SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISU
A-sarja N:o 302

Antti Aine

KILPAILU JA SOPIMUS

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 302

Antti Aine

Kilpailu ja sopimus

Yliopistollinen väitöskirja, joka Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan suostumuksella esitetään julkisesti tarkastettavaksi Calonian luentosalissa 1, lauantaina 12.2.2011 klo 12.

With an English abstract

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS • HELSINKI 2011

Tilausosoite
Suomalainen Lakimiesyhdistys
Kasarmikatu 23 A 17
00130 Helsinki
p. (09) 6120 300
f. (09) 604 668
toimisto@lakimiesyhdistys.fi
www.lakimiesyhdistys.fi

Verkkokirjan ISBN 978-951-855-486-1

© 2011 Suomalainen Lakimiesyhdistys ja Antti Aine
ISSN-L 0356-7206
ISSN 0356-7206
ISBN 978-951-855-304-8
Vammalan Kirjapaino Oy, Sastamala 2011

Esipuhe

Väitöskirja on puheenvuoro tutkijaa ympäröivälle yhteiskunnalle. Käsillä oleva tutkimus osallistuu ainakin kolmeen rinnakkaiseen keskusteluun. Tutkimus on puheenvuoro sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden yleisten oppien kehittämistä koskevassa keskustelussa. Yleisiä oppeja lähestytään oikeusperiaatteiden suunnasta. Toiseksi tutkimuksessa luodaan kestävä perusta sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden yhteensovittamiselle, mikä on välttämätöntä monien konkreettisten soveltamistilanteiden ratkaisemiseksi. Kolmanneksi tutkimuksessa tarkastellaan yleisesti oikeuden, talouden, politiikan ja moraalin välisiä vuorovaikutussuhteita. Tutkimus on puheenvuoro yhteiskuntamme perusrakennetta käsittelevään keskusteluun siten, että painopisteenä on erityisesti oikeuden ja talouden välinen suhde.

Oikeustieteellisen väitöskirjan valmistelu on monivaiheinen prosessi, jonka onnistunut loppuunsaattaminen ei ole mahdollista ilman akateemisen maailman sisäisiä sekä siihen nähden ulkoisia yhteistyö- ja tukiverkostoja. *Professori Ari Saarnilehto* on jaksanut vuosien varrella uupumatta kannustaa väitöskirjatutkimukseni valmistelua. Kannustus on välillä ollut omanlaisellaan huumorilla varustettua, mutta siihen on aina liittynyt vilpitön halu edistää tutkimuksen ja ennen kaikkea tutkijan parasta. Hänen kommenttiensa perusteella tutkimus on hioutunut nykyiseen muotoonsa. Samalla on myös varmistunut, että jatkossakin riittää mielenkiintoista kirjoitettavaa.

Professori Juha Karhu on hoitanut ripeästi tutkimuksen toisen esitarkastajan tehtävän ja lupautunut ystävällisesti toimimaan väitöstilaisuudessa toisena vastaväittäjänä. Haluan kiittää häntä edellä mainittujen virallisten tehtävien lisäksi niistä lukuisista keskusteluista, joita olemme eri vaiheissa käyneet tutkimukseni aihepiiriin liittyen. Professori Karhua voidaan luonnehtia eräänlaiseksi tieteelliseksi katalysaattoriksi: hänen kanssaan ei tarvitse olla kaikista asioista aina samaa mieltä, mutta keskustelut vievät vääjäämättömästi myös omaa ajattelua eteenpäin. Hänen innostuksensa oikeustieteen tekemiseen välittyy vastustamattomasti keskustelukumppaniin.

Dosentti, johtaja Martti Virtanen on toiminut tutkimuksen toisena esitarkastajana ja ottanut hoitaakseen myös toisen vastaväittäjän tehtävän. Hänen antamansa palaute esitarkastajana on ollut syvällisesti pohdittua. Palaute on auttanut kehittämään ja edelleen selkiyttämään tutkimukseni sisältöä. Esitarkastusprosessin aikana on myös ollut mielenkiintoista käydä ajatustenvaihtoa taloustieteilijän ja oikeustieteilijän välillä. Nämä keskustelut ovat osoittaneet aidon mahdollisuu-

den lähestyä tutkimuskysymyksiä hieman eri suunnista, mutta samalla löytää yhteinen tapa jäsentää taloutta ja sen toimintaa.

Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta on tarjonnut erinomaiset puitteet tutkimukselle. Oppiainekohtaiset tehtävät ovat jääneet määrältään kohtuullisiksi, ja tutkijalla on ollut mahdollisuus testata omaa ajatteluaan erilaisissa opetustehtävissä. *Dekaani, professori Jukka Mähönen* on suhtautunut erittäin kannustavasti tutkimukseni tekemiseen. Hän on järjestänyt kauppaoikeuden juoksevat asiat joustavasti siten, että aikaa on jäänyt tutkimukselle varsin hyvin. *Professori Heikki Kulla* on tukenut omana aiempana dekaaniaikanaan ja sen jälkeen herrasmiesmäisellä tavallaan tiedekuntamme tutkijoita ja huolehtinut osaltaan siitä, että akateeminen ilmapiiri on säilynyt alati kasvavista tulostavoitteista huolimatta.

Professori Kauko Wikströmin kanssa olen käynyt Calonian hämyisillä käytävillä lukemattomia keskusteluita oikeudesta, taloudesta ja politiikasta. Hänen kannustuksensa on osaltaan siivittänyt tutkimustani eteenpäin. Meillä on ollut myös mahdollisuus siirtyä abstraktista konkreettiseen maailman vaikeimman pallopelin, tenniksen, parissa.

Professori Jaakko Ossa on osoittautunut tutkimus- ja opetushankkeidemme yhteydessä laaja-alaiseksi oikeustieteen ja yhteiskunnan tuntijaksi. Nämä hankkeet ovat antaneet eväitä oman ajatteluni kehittämiseen sekä tuoneet mukanaan useita hyviä ystäviä.

Oikeustieteellinen tutkimus edellyttää edetäkseen aihepiiriä koskevien keskusteluiden käymistä eri foorumeilla. Oikeustieteen tutkijakoulu OMY on tarjonnut tieteellisen kodin tutkimukselleni. *Professori Ari-Matti Nuutilan* johtama tutkijakoulu antoi tärkeitä eväitä tutkijaksi kasvamiseen. Arvokkainta on kuitenkin ollut tutkijakoulun muodostama yhteisö, jonka tukeen on voinut luottaa.

Calonian kolmannessa kerroksessa ei voi välttyä perusoikeuskeskustelulta. Tämä keskustelu on omalla tavallaan vaikuttanut tutkimukseeni. Tutkimuksessa luodaan osaltaan yhteyksiä perusoikeusjärjestelmän sekä sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden välille. Yhteyden luomista ovat edistäneet keskustelut Calonian perusoikeustutkijoiden ja perusoikeussuuntautuneiden tutkijoiden kanssa. Erityisesti haluan kiittää *dosentti Pekka Länsinevaa* mielenkiintoisista tutkimusteemaani koskevista keskusteluista.

Markkinoita koskevaa tutkimusaihetta voidaan lähestyä oikeustieteen lisäksi myös taloustieteen suunnalta. Olennaista on löytää yhteys oikeustieteen ja taloustieteen välille. Tämä on onnistunut vaivatta *johtaja, KTT Aki Koposen* kanssa. Opetus- ja tutkimushankkeidemme lisäksi hän on ystävällisesti lukenut ja kommentoinut käsikirjoitukseni erinäisiä osia.

Kilpailuoikeuden tutkijoiden joukko on Suomessa määrältään vielä kohtuullisen suppea mutta asiantuntemukseltaan sitäkin korkeatasoisempi. *Professori, johtaja Petri Kuoppamäen* kanssa olen käynyt etenkin tutkimusprojektini alku-

vaiheissa useita mielenkiintoisia ja samalla tutkimusaihetta selkiyttäviä keskusteluita. *Professori Pertti Virtasen* kanssa on aina ollut miellyttävää tutkailla kilpailuoikeuden yleisiä tai erityisiä kysymyksiä.

Oikeustieteellisen tutkimuksen onnistunut toteuttaminen edellyttää yhteyksien luomista akateemisen maailman ulkopuolelle. Minulla on ollut ilo ja kunnia toimia ensin kilpailuneuvoston jäsenenä ja sittemmin markkinaoikeuden asiantuntijajäsenenä. Nämä toimet ovat laajentaneet ja syventäneet kilpailuoikeudellista näkemystäni tutkimuksen kannalta merkittävällä tavalla.

Oikeustieteellisen tutkimuksen tehokas valmistelu ja huoliteltu viimeistely on usein yhteispeliä. *Englannin kielen lehtori Gordon Henderson* on vastannut asiantuntevasti tutkimukseni tiivistelmän kielentarkastuksesta. *Toimistosihteeri Tarja Linden* on hoitanut varmalla otteellaan tutkimuksessani olevien kuvioiden toteuttamisen. *Kustannustoimittaja Pipsa Kostamo* on suoriutunut tehtävästään nopeasti ja ammattitaitoisesti. Helsingin yliopiston Kansainvälisen talousoikeuden instituutin kirjasto, sittemmin oikeustieteellisen tiedekunnan kirjasto on ystävällisesti avustanut erityisesti ulkomaisten kaukolainojen hankinnassa.

Oikeustieteellisen tutkimuksen tekeminen ei ole mahdollista ilman taloudellisia voimavaroja. Tutkimukseni edellytyksiä ovat omalla tärkeällä panoksellaan olleet luomassa Turun Yliopistosäätiö, Maaliskuun 25 päivän rahasto, Jenny ja Antti Wihurin rahasto, Suomalainen Lakimiesyhdistys, Suomen Lakimiesliiton stipendirahasto sekä Turun yliopiston stipendirahastot.

Tutkimuksen, erityisesti väitöskirjatutkimuksen saattaminen valmiiksi edellyttää erilaisia uhrauksia, jotka vaikuttavat myös läheisten elämään. Vanhempani *professori Esko Aine* ja *dosentti Liisa Aine* ovat omalla esimerkillään osoittaneet, että kovalla työnteolla voi saavuttaa asettamansa tavoitteet. He ovat ymmärtäneet akateemisen tutkimuksen tekemisen vaatimukset ja jaksaneet tukea tutkijan intoa toteuttaa suunnittelemansa kokonaisuus. Tämä tutkimus on omistettu vanhemmilleni. Sisareni *LT Hanna Kotikoski* ja *VT, KTM Leena Aine* ovat aina kannustaneet tutkimuksen tekemiseen, mutta samalla he ovat osoittaneet tutkimuksen ulkopuolisen elämän merkityksen.

Turussa 31.12.2010

Antti Aine

Sisällys

ESIPUHE V

SISÄLLYS IX

LÄHTEET XV

LYHENTEET XLI

I JOHDANTO 1

1 YLEISTÄ 3

2 TUTKIMUKSEN TAUSTA JA TEHTÄVÄ 7

3 SOPIMUSOIKEUDEN JA KILPAILUOIKEUDEN KESKINÄISTEN SUHTEIDEN JÄSENTÄMINEN 11
3.1 Yleistä 11
3.2 Systematisointi 12
3.2.1 Systematisoinnin sisältö ja merkitys 12
3.2.2 Systematisoinnin mahdollisuus 15
3.2.3 Yleiset opit systematisointivälineinä 18
3.3 Oikeusperiaatteet 20
3.3.1 Yleistä 20
3.3.2 Pätevyys 21
3.3.3 Tehtävät 25
3.3.4 Soveltaminen 28

4 TUTKIMUKSEN RAKENNE 33

II OIKEUDELLINEN PERUSTA 37

1 JOHDANTO 39

2 YHTEISKUNNAN PERUSRAKENNE JA SEN OSAT 41

3 OIKEUS JA TALOUS 45
3.1 Lähtökohtia 45
3.2 Oikeudellisen sääntelyn sisällön muotoutuminen 48

4 TALOUDEN OIKEUDELLISET PUITTEET 57
4.1 Oikeudelliset instituutiot ja niiden käytön ohjaaminen 57
4.2 Talouden oikeudellinen perusrakenne 61

4.2.1 Markkinatalouden historialliset juuret 61
4.2.2 Talouden perustuslaki 64
4.2.3 EU-oikeus ja talouden oikeudellinen perusrakenne 66
4.2.4 Yhteenveto 69

5 SOPIMUSOIKEUS 71
5.1 Yleistä 71
5.2 Sopimustoiminnan oikeudellinen perusta 72
5.3 Sopimus ja markkinat 77

6 KILPAILUOIKEUS 83
6.1 Yleistä 83
6.2 Kilpailun asema markkinataloudessa 83
6.2.1 Yleistä 83
6.2.2 Kilpailun rinnakkaiset hahmottamistavat 86
6.2.2.1 Rakenteellinen tarkastelu 86
6.2.2.2 Kilpailu prosessina 89
6.2.2.3 Kilpailu instituutiona 95
6.3 Kilpailun oikeudellisen sääntelyn perusta 97

7 PERUSOIKEUKSIEN YLEISET RAJOITUSEDELLYTYKSET 101
7.1 Yleistä 101
7.2 Soveltaminen 111

8 KILPAILUOIKEUDELLINEN TARKASTELU 123
8.1 Tarkastelun perusrakenne 123
8.2 Kilpailuoikeudellisen sääntelyn rajapinnat 126
8.2.1 Yleistä 126
8.2.2 Sisäinen rajapinta 127
8.2.3 Ulkoinen rajapinta 129
8.2.3.1 Taloustiede 132
8.2.3.2 Taloustieteellisen harkinnan rakenne 136

III KANTAVAT PERIAATTEET 147

1 JOHDANTO 149

2 SOPIMUSOIKEUDEN KANTAVAT PERIAATTEET 151
2.1 Yleistä 151
2.2 Tahtoperiaate 154
2.2.1 Tausta 154
2.2.2 Oikeudelliset ilmenemismuodot 157
2.2.3 Yhteenveto 160
2.3 Luottamusperiaate 161

2.3.1 Tausta 161
2.3.2 Luottamus 165
2.3.3 Perusteltujen odotusten suojaaminen 167
2.3.4 Oikeudelliset ilmenemismuodot 170
2.3.5 Yhteenveto 174
2.4 Kohtuusperiaate 174
2.4.1 Tausta 174
2.4.2 Sopimustasapaino ja sen toteuttaminen 177
2.4.3 Sovittelu 181
2.5 Heikomman suojaamisen periaate 184
2.5.1 Tausta 184
2.5.2 Heikomman suojan toteuttaminen 188
2.5.3 Sosiaalinen suorituseste 190
2.6 Yhteenveto 192

3 KILPAILUOIKEUDEN KANTAVAT PERIAATTEET 195
3.1 Yleistä 195
3.2 Tehokkuusperiaate 201
3.2.1 Yleistä 201
3.2.2 Oikeudellinen perusta 202
3.2.3 Sisällöllinen perustelu 207
3.2.3.1 Allokatiivinen tehokkuus 212
3.2.3.2 Tuotannollinen tehokkuus 216
3.2.3.3 Dynaaminen tehokkuus 217
3.2.4 Yhteenveto 219
3.3 Vapausperiaate 220
3.3.1 Yleistä 220
3.3.2 Oikeudellinen perusta 222
3.3.3 Menettelylliset oikeudet 227
3.3.4 Sisällöllinen perustelu 238
3.3.4.1 Yleistä 238
3.3.4.2 Yksilöiden taloudellisten toimintavapauksien suojaaminen Yhdysvaltain antitrust-lainsäädännössä 239
3.3.4.3 Ordoliberalismi 245
3.3.4.4 Perusoikeudet 248
3.3.5 Soveltaminen 252
3.3.5.1 Yleistä 252
3.3.5.2 Relevanttien markkinoiden määrittäminen 255
3.3.5.3 Vapausperiaatteen kilpailuoikeudellinen jäsentäminen 263

3.3.5.3.1 Ajallinen ulottuvuus 264
3.3.5.3.2 Henkilöllinen ulottuvuus 267
3.3.5.3.3 Asiallinen ulottuvuus 272
3.3.6 Yhteenveto 281
3.4 Integraatioperiaate 283
3.4.1 Yleistä 283
3.4.2 Sisällöllinen perustelu 284
3.4.3 Soveltamistilanteita 287
3.4.4 Yhteenveto 290
3.5 Reiluusperiaate 291
3.5.1 Yleistä 291
3.5.2 Sisällöllinen perustelu 292
3.5.3 Soveltamistilanteita 295
3.5.4 Yhteenveto 296
3.6 Kilpailuoikeuden suhde muihin yhteiskunnallisiin arvoihin ja tavoitteisiin 297
3.6.1 Yleistä 297
3.6.2 Sisäinen ja ulkoinen ulottuvuus 300

4 KANTAVAT PERIAATTEET: KOKONAISKUVA 307
4.1 Yleistä 307
4.2 Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden sisällöllisiä leikkauspisteitä 309
4.2.1 Vapaus 310
4.2.2 Markkinoiden toimivuus 318
4.2.3 Oikeudenmukaisuus 324

IV SOPIMUSOIKEUDEN JA KILPAILUOIKEUDEN RAJAPINTOJA 329

1 JOHDANTO 331

2 KILPAILUOIKEUS 333
2.1 Yleistä 333
2.2 Kilpailua rajoittava vaikutus EUT-sopimuksen 101(1) artiklassa 334
2.3 Kilpailua rajoittavien ja sitä edistävien tekijöiden keskinäinen arviointi EUT-sopimuksen 101(1) artiklassa 341
2.4 EUT-sopimuksen 101(3) artikla 349
2.5 EUT-sopimuksen 102 artikla 356

3 SOPIMUSOIKEUS 369
3.1 Yleistä 369
3.2 Hyvän tavan vastaisuuden kielto 371
3.2.1 Tausta 371

3.2.2 Markkinoiden toimivuus 377
3.2.3 Soveltaminen 380
3.3 Oikeuden väärinkäytön kielto 382
3.3.1 Tausta 382
3.3.2 Soveltaminen 390
3.4 Kohtuuttomien oikeustoimien voimaan saattamisen kielto 395
3.4.1 Tausta 395
3.4.2 Soveltamisharkintaan vaikuttavat tekijät 396
3.4.3 Sovittelun toimintaympäristöt 399
3.4.4 Kokonaisarviointi 403
3.4.5 Yhteenveto 409
3.5 Sopimuksentekovelvollisuus 410
3.5.1 Tausta 410
3.5.2 Soveltamisharkinta 411
3.5.3 Arviointia 415

4 TYYPILLISIÄ SOVELTAMISTILANTEITA 419
4.1 Tarkastelun lähtökohdat 419
4.2 Riippuvuustilanteet 420
4.3 Kilpailuoikeuden toimintaympäristösidonnainen soveltaminen .. 429
4.4 Sopimusoikeuden toimintaympäristösidonnainen soveltaminen 438

V KILPAILUOIKEUDEN JA SOPIMUSOIKEUDEN YHTEINEN TEHTÄVÄ 441

1 YLEISTÄ 443

2 KESKINÄISET YHTYMÄKOHDAT 449
2.1 Markkinoiden toimivuus 450
2.2 Yksilön toimintavapaus 451
2.3 Oikeudenmukaisuus 455

3 YHTEINEN TEHTÄVÄ 457

4 JOHTOPÄÄTÖKSET 461
4.1 Oikeudenalojen lähtökohdat ja keskinäiset suhteet 461
4.2 Soveltamistilanteet 463
4.3 Oikeustieteellisen ja taloustieteellisen ajattelun yhteensovittaminen 466

ABSTRACT 469

OIKEUSTAPAUSHAKEMISTO 471

ASIAHAKEMISTO 479

Lähteet

Aaltonen, Tapio – Junkkari, Lari, Yrityksen arvot ja etiikka, Helsinki 1999.

Aalto-Setälä, Ilkka – Aine, Antti – Lehto, Petri – Parikka, Julius – Petäjäniemi-Björklund, Anne – Stenborg, Markku – Virtanen, Pertti, Kilpailulait ja laki julkisista hankinnoista, Helsinki 2008.

Aarnio, Aulis, Laintulkinnan teoria, Helsinki 1989.

Acedo, Francisco José – Barroso, Carmen – Galan, Jose Louis, The Resource-Based Theory: Dissemination and Main Trends, Strategic Management Journal 27 2006, s. 621–636.

Adams, Walter – Brock, James W., Antitrust Economics on Trial. A Dialogue on the New Laissez-Faire, Princeton 1991.

Adams, Walter – Brock, James W., The Sherman Act and the economic power problem, in Kovaleff, Theodore P. (ed.), The Antitrust Impulse, Volume 1. An Economic, Historical and Legal Analysis, New York 1994, s. 505–535.

Adams, Walter – Brock, James W., Areeda/Turner on antitrust: a Hobson's choice, The Antitrust Bulletin Winter 1996, s. 735–780.

van Aerschot, Paul – Ilveskivi, Paula – Piispanen, Kirsi (toim.), Juhlakirja Kaarlo Tuori 50 vuotta, Helsinki 1998.

Ahlborn, Christian – Evans, Davis S. – Padilla, Atilano Jorge, Competition Policy in the New Economy: Is European Competition Law Up to the Challenge?, (2001) ECLR, s. 156–167.

Aine, Antti, Suomen kilpailulainsäädännön kehityspiirteitä, teoksessa Aine, Antti – Kumpula, Anne (toim.), Kansainvälisestä kaupasta. Juhlajulkaisu Tuula Ämmälä 2.11.2000, Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja, Kokoomateosten sarja, Juhlajulkaisut A:8, Turku 2000, s. 1–35.

Aine, Antti, Näkökulmia oikeuden, talouden ja politiikan välisiin suhteisiin, teoksessa Ahonen, Timo (toim.), Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 40 vuotta, Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja A. Juhlajulkaisut N:o 10, Turku 2001, s. 13–23. (Aine 2001a)

Aine, Antti, Kilpailuoikeus ja perusoikeudet, LM 2001, s. 261–286. (Aine 2001b)

Aine, Antti, EY:n kilpailuoikeuden soveltamisen hajauttaminen, teoksessa Helander, Petri – Lavapuro, Juha – Mylly, Tuomas (toim.), Yritys eurooppalaisessa oikeusyhteisössä, Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. A. Juhlajulkaisut N:o 11, Turku 2002, s. 267–291.

Aine, Antti, Kilpailulainsäädännön kehityssuuntia 1985–2005, teoksessa Tala, Jyrki – Litmala, Marjukka (toim.), Katsauksia Suomen lainsäädäntökehitykseen 1985–2005, Paremman sääntelyn toimintaohjelma. Osa 2, Valtioneuvoston kanslian julkaisusarja 9/2006, Helsinki 2006, s. 333–357.

Aine, Antti, Competition Law and Sport, teoksessa Halila, Heikki (toim.), Nordiskt seminarium i idrottsjuridik 2006, Helsingfors 2007, s. 79–95.

Aine, Antti – Koponen, Aki, Näkökulmia kilpailuoikeudelliseen vahingonkorvaukseen, teoksessa Jokinen, Juhani – Kari, Päivi – Virtanen, Martti (toim.), Kilpailun puolella – uutta väylää avaamassa, Matti Purasjoki 60 vuotta, Helsinki 2004, s. 93–104.

Alexy, Robert, Theorie der Grundrecht, Frankfurt am Main 1986.

Alexy, Robert, Oikeusjärjestelmä, oikeusperiaate ja käytännöllinen järki, LM 1989, s. 618–633.

Alexy, Robert, Individual Rights and Collective Goods, teoksessa Nino, Carlos (ed.), Rights, Aldershot 1992, s. 163–181.

Alkio, Mikko – Wik, Christian, Kilpailuoikeus, 2., uudistettu painos, Helsinki 2009.

Alston, Philip, Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann, European Journal of International Law September 2002, s. 815–844.
Amato, Giuliano, Antitrust and the Bounds of Power. The dilemma of liberal democracy in the history of the market, Oxford 1997.
Ameye, Evelyne M., The Interplay between Human Rights and Competition Law in the EU, (2004) ECLR, s. 332–341.
Andersson, Torbjörn, Dispositionprincipen och EG:s konkurrensregler. En studie i snittet av svensk civilprocess och EG-rätten, Uppsala 1999.
Andreae, Wilhelm, Wettbewerb und Wirtschaftsordnung, WuW 1953, s. 396–416.
Areeda, Phillip E. – Hovenkamp, Herbert, Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, Second Edition, New York 2000.
Areeda, Phillip – Kaplow, Louis, Antitrust Analysis. Problems, Text, Cases, Fifth Edition, New York 1997.
Armstrong, Mark – Vickers, John, Price Discrimination, Competition and Regulation, Journal of Industrial Economics Vol. 41, No. 4 (Dec. 1993), s. 335–359.
Arthur, Thomas C., A Workable Rule of Reason: A Less Ambitious Antitrust Role for the Federal Courts, Antitrust Law Journal 68 2000, s. 337–389.
Atiyah, P.S., The Rise and Fall of Freedom of Contract, Oxford 1979.
Atiyah, P.S., An Introduction to the Law of Contract, Fifth Edition, Oxford 1995.
Aurejärvi, Erkki, Oikeustointen kohtuullistamisen yleiset opit ja yrittäjien väliset sopimukset, LM 1979, s. 725–745.
Aurejärvi, Erkki, Valeoikeustoimen tunnusmerkistöstä, LM 1980, s. 205–229.
Aurejärvi, Erkki – Hemmo, Mika, Velvoiteoikeuden oppikirja, 3. painos, 1. lisäpainos, Helsinki 2007.
Balkin, Jack M., Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for Information Society, 79 N.Y.U.L. Rev. 1 2004, s. 1–55.
Ballerstedt, Kurt, Handlungsunwert oder Erfolgsunwert im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, teoksessa Coing, Helmut – Kronstein, Heinrich – Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), Wirtschaftsordnung und Rechtordnung. Festschrift zum 70. Geburtstag von Frans Böhm am 16 Februar 1965, Karlsruhe 1965, s. 179–198.
Baquero Cruz, Julio, Between Competition and Free Movement. The Economic Constitutional Law of the European Community, Oxford 2002.
von Bar, Christian – Clive, Eric (eds.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Münich 2009.
Basaran, Halil Rahman, How Should Article 81 EC Address Agreements that Yield Environmental Benefits?, (2006) ECLR, s. 479–484.
Basedow, Jürgen, Economic Regulation in Market Economics, teoksessa Basedow, Jürgen – Baum, Klaus – Hopt, Klaus J. – Kanda, Hideki – Kono, Toshiyuki, Economic Regulation and Competition, Regulation of Services in the EU, Germany and Japan, Kluwer 2002, s. 1–24.
Basedow, Jürgen, Who will Protect Competition in Europe? From Central Enforcement to Authority Networks and Private Litigation, in Einhorn, Talia (ed.), Spontaneous Order, Organization and the Law. Roads to a European Civil Society. Liber Amicorum Ernst-Joachim Mestmäcker, Baden-Baden 2003, s. 15–40.
Basedow, Jürgen – Baum, Klaus – Hopt, Klaus J. – Kanda, Hideki – Kono, Toshiyuki, Economic Regulation and Competition. Regulation of Services in the EU, Germany and Japan, Kluwer 2002.
Baumol, William J., Entrepreneurship: Productive, Unproductive, and Destructive, The Journal of Political Economy Vol. 98 1990, s. 893–921.

Baumol, William J., Horizontal Collusion and Innovation, The Economic Journal Vol. 102 1992, s. 129–137.

Beale, Hugh, What has been done, what is going on, what is to be expected: principles, model laws, regulations or ...?, LM 2003, s. 1119–1133.

Bellamy & Child, Rose, Vivien (ed.), Common Market Law of Competition, Fourth Edition, London 1993. (Bellamy & Child 1993)

Bellamy & Child, Roth, Peter – Rose, Vivien (eds.), European Community Law of Competition, Sixth edition, Oxford 2008.

Bengoetxea, Joxerramon, The Legal Reasoning of the European Court of Justice. Towards a European Jurisprudence, Oxford 1993.

Bentham, Jeremy, teoksessa Hart, H.L.A. (ed.), Of Laws in General, London 1970.

Bernitz, Ulf, Marknadsrätt. En komparativ studie av marknadslagstiftningens utvecling och huvudlinjer, Stockholm 1969.

Besen, Stanley M. – Raskind, Leo J., An Introduction to the Law and Economics of Intellectual Property, The Journal of Economic Perspectives Vol. 5 1991, s. 3–27.

Biedenkopf, Kurt H., Über das wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht, teoksessa Coing, Helmut – Kronstein, Heinrich – Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), Wirtschaftsordnung und Rechtordnung. Festschrift zum 70. Geburtstag von Frans Böhm am 16 Februar 1965, Karlsruhe 1965, s. 113–135.

Biedenkopf, Kurt, Wettbewerbspolitik zwischen Freiheitsidee und Pragmatismus. Zur zehnjährigen Geltung des GWB, WuW/1968, s. 3–15.

Biedenkopf, Kurt H. – Callmani, Rudolf – Deringer, A., Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts, Heidelberg 1957.

Bishop, Simon – Walker, Mike, Economics of E.C. Competition Law: Concepts, Application and Measurement, Second Edition, London 2002.

Bishop, Simon – Walker, Mike, Economics of E.C. Competition Law: Concepts, Application and Measurement, Third Edition, London 2010.

Björkroth, Tom – Boëlius, Jaana, Kilpailupolitiikka, teoksessa Björkroth, Tom – Boëlius, Jaana – Ihamäki, Antti – Oravainen, Henrikki – Pääkkönen, Jussi – Pöyry, Lasse – Tiainen, Timo – Virtanen, Martti – Virtanen, Valtteri, Kilpailukatsaus, Kilpailuviraston selvityksiä 2/2008, Helsinki 2008, s. 18–24.

Björkroth, Tom – Boëlius, Jaana – Ihamäki, Antti – Oravainen, Henrikki – Pääkkönen, Jussi – Pöyry, Lasse – Tiainen, Timo – Virtanen, Martti – Virtanen, Valtteri, Kilpailukatsaus, Kilpailuviraston selvityksiä 2/2008, Helsinki 2008.

Björkroth, Tom – Koponen, Aki – Pohjola, Mikko – Virtanen, Martti, Kilpailun seurantamenetelmien kehittäminen I: Kilpailuseurannan toteuttamisen periaatteet 2/2006, Helsinki 2006.

Björkroth, Tom – Koponen, Aki – Pohjola, Mikko – Aro, Vuokko, Kilpailun seurantamenetelmien kehittäminen II: Pilottitoimialojen kilpailuanalyysit, Kauppa- ja teollisuusministeriön julkaisuja 3/2006, Helsinki 2006.

Black, Oliver, Per Se Rules and Rules of Reason. What Are They?, (1997) 3 ECLR, s. 145–161.

Black, Oliver, Conceptual Foundations of Antitrust, Cambridge 2005.

Boscheck, Ralf, Contract Logic and Efficiency Concerns. Considerations for an Efficiency Approach to Antitrust Analysis in Keeping with the Logic of Institutional Choice, World Competition 25 2002, s. 435–462.

Boone, Jan, Effective Competition: a benchmark for competition policy, 7.10.2005. Paper presented in Center for Economic Policy Research, The Effectiveness of Competition Policy: Issues and Methods, Paris 17–18 November 2005. – Http://cepr.org.uk/meets/wkcn/6/6638/papers/Boone.pdf, viitattu 20.6.2010.

Boone, Jan, Competition: Theoretical Parameterizations and Empirical Measures, Journal of Institutional and Theoretical Economics 164 2008, s. 587–611.
Bork, Robert H., The Antitrust Paradox, New York 1978.
Bridge, Michael, Good Faith in Commercial Contracts, teoksessa Brownsword, Roger – Hird, Norma J. – Howells, Geraint (eds.), Good Faith in Contract. Concept and Context, Aldershot 1999, s. 139–164.
Bright, Christopher, Deregulation of EC Competition Policy: Rethinking Article 85(1), Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute 1994, s. 505–527.
Bright, Christopher, EU Competition Policy: Rules, Objectives and Deregulation, Oxford Journal of Legal Studies Vol. 16 1996, s. 535–559.
Briones, Juan – Padilla, Atilano Jorge, The Complex Landscape of Oligopolies under EU Competition Policy. Is Collective Dominance Ripe for Guidelines?, World Competition 24 2001, s. 307–318.
Brodley, Joseph F., Antitrust Law and Innovation Cooperation, The Journal of Economics Perspectives Vol. 4 1990, s. 97–112.
Brownsword, Roger – Hird, Norma J. – Howells, Geraint (eds.), Good Faith in Contract. Concept and Context, Aldershot 1999.
Bruun, Niklas – Hellsten, Jari (eds.), Collective Agreement and Competition in the EU. The Report of the COLCOM-project, Helsinki 2001.
Bryant, Peter G. – Eckard, E. Woodrow, Price Fixing: The Probability of Getting Caught, The Review of Economics and Statics Vol. 73 1991, s. 531–536.
Buxbaum, Richard M., Antitrust Policy in Modern Society: Dilemmas and Needs, teoksessa Biedenkopf, Kurt H. – Coing, Helmut – Mestmäcker, Ernst-Joachim, Das Unternehmen in der Rechtsordnung. Festgabe für Heinrich Kronstein aus Anlass seines 70. Geburtstages am 12. September 1967, Karlsruhe 1967.
Bygglin, Gustav, Om franchiseavtal och upplösningsfrihet med särskild hänsyn till förhållandena på dagligvaruhandelns område, Oikeustiede–Jurisprudentia 1978, s. 93–157.
Bär, Rolf, Kartellrecht und Internationales Privatrecht. Die kollisionsrechtliche Behandlung wirtschaftsrechtlicher Eingriffe, dargestellt am Beispiel der Gesetze gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bern 1965.
Böhm, Franz, Wettbewerb und Monopolkampf. Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kamprechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung. Berlin 1933.
Böhm, Franz, Wettbewerbsfreiheit und Kartellfreiheit, ORDO Band X (1958), s. 167–203.
Böhm, Franz, Reden und Schriften. Über die Ordnung einer freien Gesellschaft, einer freien Wirtschaft und über die Wiedergutmachung, Karlsruhe 1960.
Böhm, Franz, Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, ORDO Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft Band 17 1966, s. 75–151.
Böhm, Franz, Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, ORDO Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft Band 22 1971, s. 11–27.
Calvani, Terry, Some Thoughts on the Rule of Reason, (2001) ECLR, s. 201–207.
Cameron, Peter (ed.), Legal Aspects of EU Energy Regulation. Implementing the New Directives on Electricity and Gas across Europe, Oxford 2005.
Cameron, Peter, Competition in Energy Markets. Law and Regulation in the European Union, Second Edition, Oxford 2007.
Carbal, Kuis M.B. – Riordan, Michael H., The Learning Curve, Predation, Antitrust, and Welfare, The Journal of Industrial Economics Vol. 45 1997, s. 155–169.
Carlston, Kenneth S., Role of the Antitrust Laws in the Democratic State, Northwestern University Law Review Vol. 47 1952, s. 587–605.

Castells, Manuel, The Rise of the Network Society, Second Edition, Oxford 2000.
Chapman, Dudley H., Molting Time for Antitrust. Market Realities, Economic Fallacies, and European Innovations, New York 1991.
Choi, Jay Pil – Stefanadis, Christodoulos, Tying, investment, and the dynamic leverage theory, RAND Journal of Economics Vol. 32 No. 1 Spring 2001, s. 52–71.
Christensen, Peder – Rabassa, Valérie, The Airtours decision: Is there a new Commission approach to collective dominance?, (2001) ECLR, s. 227–237.
Clark, J.M., Toward a Concept of Workable Competition, teoksessa High, Jack (ed.), Competition, s. 317–332.
Coleman, James S., Foundations of Social Theory, Cambridge 1990.
Collins, Hugh, The Law of Contract, Second Edition, London 1993.
Collins, Hugh, Regulating Contracts, Oxford 1999.
Cooter, Robert – Ulen, Thomas, Law and Economics, Fourth Edition, Boston 2004.
Correia, Edward O., Antitrust and liberalism, The Antitrust Bulletin Spring 1995, s. 99–168.
Dabbah, Maher M., The Internationalisation of Antitrust Policy, Cambridge 2003.
Dannecker, Gerhard – Jansen, Oswald (eds.), Competition Law Sanctioning in the European Union. The EU-Law Influence on the National Law Systems of Sanctions in the European Area, The Hague 2004.
Dethmers, Frances – Dodoo, Ninette, The abuse of Hoffmann-La Roche: the meaning of dominance under EC Competition Law, (2006) ECLR, s. 537–549.
Dhunér, Karl Johan, ”Gryningsräder” och mänskliga rättigheter – något on företagens rättssäkerhet vid europeiska kommissionens konkurrensrättsliga undersökningar, Europarättslig tidskrift 2000, s. 379–392.
Dichmann, Werner, Subsidiarität. Herkunft, sozialpolitische Implikationen und ordnungspolitische Konsequenzen eines Prinzips, ORDO Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft Band 45 1994, s. 195–249.
van Dijk, Pieter – van Hoof, Fried – van Rijn, Arjen – Zwaak, Leo, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Fourth Edition, Antwerpen 2006.
Duménil, Gérard – Glick, Mark – Lévy, Dominique, The history of competition policy as economic history, The Antitrust Bulletin Summer 1997, s. 373–416.
Dunning, John H., International Production and the Multinational Enterprise, London 1981.
Dworkin, Ronald, Law’s Empire, Cambridge 1986.
Dworkin, Ronald, Taking Rights Seriously, Sixteenth Printing, Cambridge 1997.
Eggertsson, Thrainn, Economic behaviour and institutions, Cambridge 1990.
Ehlermann, Claus Dieter – Laudati, Laraine L. (eds.), European Competition Law Annual 1997, The Objectives of Competition Policy, Oxford 1998.
Ehlermann, Claus Dieter – Laudati, Laraine L. (eds.), European Competition Law Annual 2003, What is an Abuse of a Dominant Position, Oxford 2006.
Eisenach, Jeffrey A. – Lenard, Thomas M. (eds.), Competition, Innovation and the Microsoft Monopoly: Antitrust in the Digital Marketplace. Proceedings of a conference held by The Progress & Freedom Foundation in Washington, D.C. February 5, 1998, Second Printing, Norwell 2001.
Eucken, Walter, The Foundations of Economics. History and Theory in the Analysis of Economic Reality, Chicago 1951. (Eucken 1951a)
Eucken, Walter, This Unsuccessful Age. The Pains of Economic Progress, London 1951. (Eucken 1951b)
Eucken, Walter, Grunsätze der Wirtschaftspolitik, Tübingen 1952.
Eucken, Walter, What Kind of Economic and Social System?, teoksessa Peacock, Alan – Willgerodt, Hans (eds.), Germany’s Social Market Economy: Origins and Evolution, London 1989, s. 27–45.

Evans, Davis S., How Economists Can Help Courts Design Competition Rules: An EU and US Perspective, World Competition 28 2005, s. 93–99.

Fehl, Ulrich, Freiheit, Wettbewerb, Politik und die Rolle des Wirtschaftswissenschaftlers, ORDO Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft Band 39 1988, s. 163–167.

Fikentscher, Wolfgang, Systemfragen im europäischen Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, teoksessa Coing, Helmut – Kronstein, Heinrich – Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), Wirtschaftsordnung und Rechtordnung. Festschrift zum 70. Geburtstag von Frans Böhm am 16 Februar 1965, Karlsruhe 1965, s. 261–278.

Fikentscher, Wolfgang, Recht und wirtschaftliche Freiheit, 2. Band Transnationales Marktrecht, Tübingen 1993.

Fox, Eleanor M., The Modernisation of Antitrust: A New Equilibrium, teoksessa Sullivan, E. Thomas (ed.), The Political Economy of The Sherman Act, The First One Hundred Years, New York 1991, s. 259–283.

Fox, Eleanor M., What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect, Antitrust Law Journal Vol. 70 2002, s. 371–411.

Fox, Eleanor M., ”We Protect Competition, You Protect Competitors”, World Competition 2003 26(2), s. 149–165.

Fox, Eleanor M. – Sullivan, Lawrence A., The good and bad trust dichotomy: a short history of a legal idea, in Kovaleff, Theodore P. (ed.), The Antitrust Impulse, Volume 1. An Economic, Historical and Legal Analysis, New York 1994, s. 77–102.

Forrester, Ian S., Competition Law Implementation at Present, teoksessa Ehlermann, Claus Dieter – Laudati, Laraine L. (eds.), European Competition Law Annual 1997, Oxford 1998, s. 359–385.

Foss, Nicolai J., The Resource-Based Perspective: An Assessment and Diagnosis of Problems, Scandinavian Journal Management Vol. 14 No. 3 1998, s. 133–149.

Fukuyama, Francis, Trust. The Social Virtues and the Creation of Prosperity, London 1995.

Funk, Jeffrey L., Global Competition Between and Within Standards. The Case of Mobile Phones, New York 2002.

Geiger, Christopher, The Constitutional Dimension of Intellectual Property, teoksessa Torremans, Paul L.C. (ed.), Intellectual Property and Human Rights. Enhanced Edition of Copyright and Human Rights, Kluwer 2008, s. 101–131.

Gerber, David J., Law and the Abuse of Economic Power in Europe, Tulane Law Review November 1987, s. 57–107.

Gerber, David J., Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the ”New” Europe, American Journal of Comparative Law Winter 1994, s. 25–84. (Gerber 1994a)

Gerber, David J., Prometheus Born: The High Middle Ages and the Relationship between Law and Economic Conduct, Saint Louis University Law Journal Spring 1994, s. 673–738. (Gerber 1994b)

Gerber, David J., The Transformation of European Community Competition Law?, Harvard International Law Journal Winter 1994, s. 97–148. (Gerber 1994c)

Gerber, David J., Competition Law and International Trade: The European Union and the Neoliberal Factor, Pacific Rim Law & Policy Journal March 1995, s. 37–57.

Gerber, David J., Law and Competition in the Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus, Oxford 1998.

Gerber, Davis J. – Azarnia, Richard, Dirigisme and the Challenge of Competition Law in France, Cardozo Journal of International and Comparative Law Spring 1995, s. 9–45.

Geroski, P.A. – Philips, L. – Ulph, A., Oligopoly, Competition and Welfare: Some Recent Developments, The Journal of Industrial Economics Vol. 33 1985, s. 369–386.

Giddens, Anthony, The Consequences of Modernity, Cambridge 1995.
Glader, Marcus, Innovation Markets and Competition Analysis. EU competition law and US antitrust law, Lund 2004.
Goyder, D.G., EC Competition Law, Fourth Edition, Oxford 2003.
Graham, Cosmo – Smith, Fiona (eds.), Competition, Regulation and the New Economy, Oxford 2004.
Graham, Erward M. – Richardson, J. David, Global Competition Policy, Washington D.C. 1997.
Gravengaard, Martin Andreas, The meeting competition defence principle – a defence for price discrimination and predatory pricing?, (2006) ECLR, s. 658–677.
Greenhut, M.L. – Benson, Bruce, American Antitrust Laws in Theory and in Practice, Aldershot 1989.
Griffiths, Mark, A Glorification of de minimis – The Regulation on Vertical Agreements, (2000) ECLR, s. 241–247.
Grönfors, Kurt, Avtalsgrundande rättsfakta, Stockholm 1993.
Gual, Jordi – Hellwig, Martin – Perrot, Anne – Polo, Michele – Rey, Patrick – Schmidt, Klaus – Stenbacka, Rune, An Economic approach to Article 82. Report by the EAGCP, July 2005.
Habermas, Jürgen, Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy, Massachusetts 1996.
Hahn, Robert W. (ed.), Antitrust Policy and Vertical Restraints, Washington D.C. 2006.
Hallberg, Pekka, Perusoikeusjärjestelmä, teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka (toim.), Perusoikeudet, Helsinki 1999, s. 31–58.
Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka, Perusoikeudet, Helsinki 1999.
Haracoglu, Irina, Competition Law and Patents. A Follow-on Innovation Perspective in the Biopharmaceutical Industry, Cheltenham 2008.
Hart, H.L.A., The Concept of Law, Oxford 1961.
Hawk, Barry E., The American (Anti-trust) Revolution: Lessons for the EEC?, teoksessa Snyder, Francis (ed.), European Community Law, Vol. II, New York 1993, s. 53–87.
Hayek, Friedrich A., Individualism and Economic Order, Chicago 1948.
Hayek, Friedrich A., Law, Legislation and Liberty. Volume 1, Rules and order, London 1973.
Hayek, Friedrich A., Law, Legislation and Liberty. Volume 2, The Mirage of Social Justice, London 1976.
Hayek, Friedrich A., Tie orjuuteen, Helsinki 1995.
Helander, Petri – Lavapuro, Juha – Mylly, Tuomas (toim.), Yritys eurooppalaisessa oikeusyhteisössä, Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja A. Juhlajulkaisut N:o 11, Turku 2002.
Hemmo, Mika, Sopimusoikeus I, Helsinki 2003. (Hemmo 2003a)
Hemmo, Mika, Sopimusoikeus II, Helsinki 2003. (Hemmo 2003b)
Hemmo, Mika, Sopimusoikeus III, Helsinki 2005.
Hemmo, Mika, Sopimusoikeuden yleiset opit ja kilpailuoikeus, LM 2006, s. 1134–1157.
Henty, Paul, Agency Agreements – What are the Risks? The CFI's Judgement in DaimlerChrysler AG v Commission, (2006) ECLR, s. 102–123.
Hidén, Mikael, Omaisuuden perustuslainsuoja – nykynäkymiä ja näkökohtia, LM 1971, s. 99–134.
Hidén, Mikael, "Normaali, kohtuullinen, järkevä" ja muita kuvauksia. Hajahuomioita suhtautumisista perusoikeussuojan rajanvetokriteereihin, LM 2002, s. 1168–1184.
High, Jack (ed.), Competition, Cheltenham 2001.
Hildebrand, Doris, The European School in EC Competition Law, World Competition 25 2002, s. 3–23. (Hildebrand 2002a)

Hildebrand, Doris, The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules, Second edition, The Hague 2002. (Hildebrand 2002b)

Hofstadter, Richard, What Happenend to the Antitrust Movement?, teoksessa Sullivan (ed.), The Political Economy of The Sherman Act, The First One Hundred Years, New York 1991, s. 20–31.

Hohfeld, Wesley Newcomb, Fundamental Legal Concepts, Fourth Printing, New Haven 1966.

Hoppmann, Erich, Wettbewerb als Norm der Wettbewerbspolitik, ORDO Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft Band 18 1967, s. 77–94.

Hoppmann, Erich, Zum Schutzobjekt des GWB. Die sogenannten volkswirtschaftlichen Erkenntnisse und ihre Bedeutung für die Schutzobjektdiskkusion, teoksessa Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), Wettbewerb als Aufgabe Nach zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bad Homburg 1968, s. 61–104.

Hoppmann, Erich – Mestmäcker, Ernst-Joachim, Normenzwecke und Systemfunktionen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1974.

Hovenkamp, Herbert, The Sherman Act and the Classical Theory of Competition, teoksessa Sullivan, E. Thomas (ed.), The Political Economy of The Sherman Act. The First One Hundred Years, New York 1991, s. 136–157.

Hovenkamp, Herbert, Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice, Second Edition, St. Paul 1999.

Huemer, Lars, Trust in Business Relations. Economic Logic and Social Interaction?, Umeå 1998.

Hunt, Shelby D., A General Theory of Competition. Resources, Competences, Productivity, Economic Growth, Thousand Oaks 2000.

Huth, William L. – MacDonald, Don N., The Impact of Antitrust Litigation on Shareholder Return, The Journal of Industrial Economics Vol. 37 1989, s. 411–426.

af Hällström, Erik, Om villfarelse såsom divergens mellan vilja och förklaring vid rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, Helsingfors 1931.

Häyhä, Juha, Vakuutuksenottajan tiedonantovelvollisuus, teoksessa Wilhelmsson, Thomas – Kaukonen, Katariina (toim.), Euroopan integraatio ja sosiaalinen sopimusoikeus, Helsinki 1993, s. 163–238.

Häyhä, Juha, Oikeustaloustiede ja sopimusoikeus, teoksessa Kanniainen, Vesa – Määttä, Kalle (toim.), Näkökulmia oikeustaloustieteeseen, Helsinki 1996, s. 160–191. (Häyhä 1996a)

Häyhä, Juha, Sopimus, laki ja vakuutustoiminta, Helsinki 1996. Häyhä, Juha, Oikeustaloustiede ja sopimusoikeus, teoksessa Kanniainen, Vesa – Määttä, Kalle (toim.), Näkökulmia oikeustaloustieteeseen, Helsinki 1996, s. 160–191. (Häyhä 1996b)

Häyhä, Juha (toim.), Minun metodini, Helsinki 1997.

Häyhä, Juha, Liability for Information in Private Law, teoksessa Wilhelmsson, Thomas – Hurri, Samuli, From Dissonance to Sense: Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law, Aldershot 1999, s. 301–345.

Häyhä, Juha, Yksityisoikeus ja solidaarisuus, teoksessa Wilhelmsson, Thomas – Häyhä, Juha – Nybergh, Frey – Bärlund, Johan – Junkkari, Tuuli – Viitanen, Klaus – Hakalehto-Wainio, Suvianna – Petrell, Katarina – Kalliomaa-Puha, Laura – Mononen, Marko – Paasilehto, Satu, Pieniä hyviä kertomuksia hyvinvointivaltion siviilioikeudesta, Helsinki 2000, s. 45–92.

Häyhä, Juha, Sopimusoppi ja rauenneet edellytykset, LM 2004, s. 1437–1448.

Immenga, Ulrich, Politische Instrumentalisierung des Kartellrechts?, Tübingen 1976.

Innes, Robert – Sexton, Richard J., Strategic Buyers and Exclusionary Contracts, The American Economic Review Vol. 84 1994, s. 566–584.

Jokinen, Juhani – Kari, Päivi – Virtanen, Martti (toim.), Kilpailun puolella – uutta väylää avaamassa. Matti Purasjoki 60 vuotta, Helsinki 2004.

Joliet, René, The Rule of Reason in Antitrust Law. American, German and Common Market Laws in Comparative Perspective, Liége 1967.
Jones, Alison – Sufrin, Brenda, EC Competition Law, Third Edition, Oxford 2008.
Jones, Clifford A. – Matsushita, Mitsuo, Competition Policy in the Global Trading System, The Hague 2002.
Jyränki, Antero, Omistaminen perusoikeutena, Oikeus 1978, s. 65–75.
Jyränki, Antero, Uusi perustuslakimme, Turku 2000.
Kaira, Kaarlo, Tuotantokomiteat ja perustuslaki, LM 1946, s. 165–172.
Kallay, Dina, The Law and Economics of Antitrust and Intellectual Property. An Austrian Approach, Cheltenham 2004.
Kamerschen, David R., An Economic Approach to the Detection and Proof of Collusion, American Business Law Journal 17 (1979), s. 193–209.
Kammler, Hans, Interdependenz der Ordnungen: Zur Erklärung der osteuropäischen Revolutionen von 1989, ORDO Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft Band 411990, s. 45–59.
Kanniainen, Vesa – Määttä, Kalle (toim.), Näkökulmia oikeustaloustieteeseen, Helsinki 1996.
Kanniainen, Vesa – Määttä, Kalle (toim.), Näkökulmia oikeustaloustieteeseen 2, Helsinki 1998.
Kanniainen, Vesa – Määttä, Kalle (toim.), Näkökulmia oikeustaloustieteeseen 3, Helsinki 1999.
Kanniainen, Vesa – Määttä, Kalle (toim.), Taloustieteellinen näkökulma kilpailuoikeuteen, Helsinki 2001.
Kanniainen, Vesa – Määttä, Kalle – Heimonen, Matti, Oikeustaloustiede – law and economics, Oikeus 1995, s. 107–124.
Kant, Immanuel, Political Writings, ed. by Hans Reis, Second, Enlarged Edition, Cambridge 1991.
Kantzenbach, Erhard – Kallfass, Hermann H., Das Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs – workable competition, teoksessa Cox, Helmut – Jens, Uwe – Markert, Kurt (Hrsg.), Handbuch des Wettbewerbs, Wettbewerbstheorie – Wettbewerbspolitik – Wettbewerbsrecht, München 1981, s. 103–127.
Karapuu, Heikki, Perusasioita perusoikeuksista, Oikeustiede–Jurisprudentia 1986, s. 71–124.
Karapuu, Heikki, Perusoikeuksien tausta ja yleinen sisältö, teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka (toim.), Perusoikeudet, Helsinki 1999, s. 61–85. (Karapuu 1999a)
Karapuu, Heikki, Oikeus työhön ja elinkeinovapaus, teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka (toim.), Perusoikeudet, Helsinki 1999, s. 561–591. (Karapuu 1999b)
Karhu, Juha, Muuttuvat olosuhteet ja sopimuksen sitovuus, LM 2004, s. 1449–1463.
Karhu, Juha, Yhteiskäyttöinen omaisuus, teoksessa Mylly, Tuomas – Lavapuro, Juha – Karo, Marko (toim.), Tekemisen vapaus. Luovuuden ehdot ja tekijänoikeus, Helsinki 2007, s. 94–106.
Kasper, Wolfgang – Streit, Manfred E., Institutional Economics. Social Order and Public Policy, Cheltenham 1998.
Kastari, Paavo, Kansalaisvapauksien perustuslainturva, Helsinki 1972.
Kattan, Joseph, From Indiana Dentists to California Dental: Presumptions and Competitive Effects in Antitrust Law, Antitrust Law Journal Vol. 68 2001, s. 735–752.
Katz, Michael L., Recent Antitrust Enforcement Actions by the U.S. Department of Justice. A Selective Survey of Economic Issues, Review of Industrial Organization 21 2002, s. 373–397.
Katz, Michael L. – Shapiro, Carl, Antitrust in Software Markets, teoksessa Eisenach, Jeffrey A. – Lenard, Thomas M (eds.), Competition, Innovation and the Microsoft Monopoly: Antitrust in the Digital Marketplace, Proceedings of a conference held by The Progress & Freedom Foundation in Washington, D.C. February 5, 1998, Second Printing, Norwell 2001, s. 29–81.

Kekkonen, Jukka, Merkantilismista liberalismiin. Oikeushistoriallinen tutkimus elinkeinovapauden syntytaustasta Suomessa vuosina 1855–1879, Helsinki 1987.
Kelsen, Hans, Puhdas oikeusoppi, Helsinki 1968.
Kerse, Christopher – Khan, Nicholas, EC Antitrust Procedure, Fifth Edition, London 2005.
Kilponen, Juha – Santavirta, Torsten, Kilpailu, innovaatiot ja taloudellinen kasvu modernin kasvuteorian valossa, teoksessa Mentula, Arttu (toim.), Kilpailuoikeudellinen vuosikirja 2005, Helsinki 2006, s. 67–73.
Kintner, Earl W., Federal Antitrust Law, Volume 1. Economic Theory, Common Law, and an Introduction to the Sherman Act, Cincinnati 1980.
Kirchner, Christian, Future Competition Law, teoksessa Ehlermann, Claus Dieter – Laudati, Laraine L. (eds.), European Competition Law Annual 1997, Oxford 1998, s. 513–523.
Kivimäki, T.M. – Ylöstalo, Matti, Suomen siviilioikeuden oppikirja. Yleinen osa, Neljäs painos, toimittanut Matti Ylöstalo, Porvoo 1981.
Klein, Benjamin, Market Power in Aftermarkets, Managerial and Decision Economics Vol. 17 1996, s. 143–164.
Kleps, Karlheinz, Zur Konkurrenz wirtschaftspolitischer Konzeptionen in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, ORDO Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft Doppelband XV/XVI 1965, s. 273–332.
Knight, Frank H., The Theory of Choice and of Exchange, teoksessa High, Jack (ed.), Competition, s. 233–245.
Koch, Eckert, Freiheit und Wettbewerb, teoksessa Sauermann, Heinz – Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung. Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag, Tübingen 1975, s. 269–283.
Kocmut, Mitja, Efficiency Considerations and Merger Control – Quo Vadis, Commission?, (2006) ECLR, s. 19–27.
Koponen, Aki – Pohjola, Mikko, A Methodology for the Empirical Identification of Dynamic Capabilities – The Case of Local Banking, International Association for Management of Technology IAMOT 2007 Proceedings.
Koponen, Aki – Okko, Paavo – Virtanen, Martti, Hyödykemarkkinoiden kilpailullisuuden tutkiminen: teoriasta, menetelmistä ja toteuttamisesta. Turun kauppakorkeakoulun kilpailututkimusraportti, Turun kauppakorkeakoulun julkaisuja Sarja Keskustelua ja raportteja 1:2003.
Korah, Valentine – O'Sullivan, Denis, Distribution Agreements under the EC Competition Rules, Oxford 2002.
Kordel, Guido, Behavioural Economic Analysis of Collective Bargaining Agreements Under EC Antitrust Law, (2006) ECLR, s. 28–39.
Koskenniemi, Martti, From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument, Helsinki 1989.
Kovacic, Willam E. – Shapiro, Carl, Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking, The Journal of Economic Perspectives Vol. 14 2000, s. 43–60.
Kovalainen, Anne, Social Capital, Trust and Dependency, teoksessa Koniordos, Sokratis M. (ed.), Networks, Trust and Social Capital: Theoretical and empirical investigations from Europe, Avebury 2005, s. 71–91.
Kovaleff, Theodore P. (ed.), The Antitrust Impulse, Volume 1. An Economic, Historical and Legal Analysis, New York 1994. (Kovaleff 1994a)
Kovaleff, Theodore, Historical perspective: an introduction, in Kovaleff, Theodore P. (ed.), The Antitrust Impulse, Volume 1. An Economic, Historical and Legal Analysis, New York 1994, s. 3–18. (Kovaleff 1994b)
Krüger, Herbert, Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, Göttingen 1950.

Krüsselberg, Hans-Günter, Zur Interdependenz von Wirtschaftsordnung und Gesellschaftsordnung: Euckens Plädoyer für ein umfassendes Denken in Ordnungen, ORDO Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft Band 40 1989, s. 223–241.
Kultalahti, Jukka, Omaisuudensuoja ympäristönsuojelussa, Jyväskylä 1990.
Kuoppamäki, Petri (toim.), Kilpailuneuvoston ratkaisut 8/92–6/96, Helsinki 1996.
Kuoppamäki, Petri, Markkinavoiman sääntely EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa, Helsinki 2003.
Kuoppamäki, Petri, Uusi kilpailuoikeus, Helsinki 2006.
Kuoppamäki, Petri, Kilpailun taloustieteen soveltaminen kilpailuoikeudessa, LM 2008, s. 1077–1105.
Laffont, Jean-Jasques – Tirole, Jean, Competition in Telecommunications, London 2001.
Lando, Ole – Beale, Hugh (eds.), Principles of European Contract Law, Part I and II, Prepared by the Commission of European Contract Law, Combined and Revisited, The Hague 2000.
Langer, Julia, Tying and Bundling as a Leveraging Concern under EC Competition Law, Kluwer 2007.
Lao, Marina, Comment: the Rule of Reason and Horizontal Restraints Involving Professionals, Antitrust Law Journal Vol. 68 2000, s. 499–526.
Leary, Thomas B., Freedom as the Core Value of Antitrust in the New Millennium, Antitrust Law Journal Vol. 68 2000, s. 545–557.
Lehtinen, Tuomas, Kansainvälisen kaupan liikesopimus ja remburssi, Helsinki 2006.
Lehtonen, Niina. Sopimusvapauden perustuslainsuoja, teoksessa Nieminen, Liisa (toim.), Perusoikeudet Suomessa, Helsinki 1999, s. 179–220.
Lembke, Johan, Competition for Technological Leadership. EU Policy for High Technology, Cheltenham 2002.
Lenaerts, Koen – Maselis, Ignace, Procedural Rights and Issues in the Enforcement of Articles 81 and 82 of the EC Treaty, Fordham International Law Journal Vol. 24 2001, s. 1615–1654.
Lenel, Hans Otto, Evolution of Social Market Economy, teoksessa Peacock, Alan – Willgerodt, Hans (eds.), German Neo-Liberals and the Social Market Economy, London 1989, s. 16–39.
Lenel, Hans Otto, Zum 100. Geburtstag von Franz Böhm, ORDO Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft Band 46 1995, s. 3–7.
Lessig, Lawrence, The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach, Harvard Law Review Vol. 113 1999, s. 501–549.
Letwin, William, Law and Economy Policy in America, Westport 1980.
Lever, Jeremy – Neubauer, Silke, Vertical Restraints, Their Motivation and Justification, (2000) ECLR, s. 7–23.
Levitas, Edward – Chi, Tailan, Rethinking Rouse and Daellenbach's Rethinking: Isolating vs. Testing for Sources of Sustainable Competitive Advantage, Strategic Management Journal 23 2002, s. 957–962.
Linna, Tuula, Oikeuden väärinkäytön kielto ja sen sovelluksia, LM 2004, s. 622–638.
Lipczynski, John – Wilson, John – Goddard, John, Industrial Organization. Competition, Strategy, Policy, Second edition, Harlow 2005.
Litmala, Marjukka, Luottamus – käsitteellisiä näkökohtia, LM 2002, s. 34–46.
Livingston, Dorothy – Scott, Jonathan, Competition Law and Practice, London 1995.
Lukes, Rudolf, Zum Verständnis des Wettbewerbs und des Marktes in der Denkkategorie des Rechts, teoksessa Coing, Helmut – Kronstein, Heinrich – Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), Wirtschaftsordnung und Rechtordnung. Festschrift zum 70. Geburtstag von Frans Böhm am 16 Februar 1965, Karlsruhe 1965, s. 199–226.
Lutz, Friedrich A., Bemerkungen zum Monopolproblem, ORDO Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft Band 8 1956, s. 19–43.

Länsineva, Pekka, Muuttuva, muuttumaton omaisuudensuoja, teoksessa Länsineva, Pekka – Viljanen, Veli-Pekka (toim.), Juhlajulkaisu Antero Jyränki 1933 – 9/8 – 1993, Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja A. Juhlajulkaisut N:o 5, Turku 1993, s. 69–85. (Länsineva 1993a)

Länsineva, Pekka, Omaisuudensuoja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käytännössä, LM 1993, s. 305–321. (Länsineva 1993b)

Länsineva, Pekka, Oikeustapauskommentti: Eduskunnan perustuslakivaliokunnan lausunto n:o 21 vuoden 1993 valtiopäivillä, LM 1994, s. 81–88.

Länsineva, Pekka, Regulatory Takings. Omaisuudensuojan kehityslinjoja Yhdysvalloissa, teoksessa Kumpula, Anne (toim.), Juhlajulkaisu Leena Kartio 1938 – 30/8 – 1998, Turku 1998, s. 209–220.

Länsineva, Pekka, Omaisuudensuoja, teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka (toim.), Perusoikeudet, Helsinki 1999, s. 473–509.

Länsineva, Pekka, Perusoikeudet ja varallisuussuhteet, Helsinki 2002.

Länsineva, Pekka, Konstitutionalismi, perusoikeudet ja yksityinen valta, LM 2006, s. 1177–1190.

MacCormick, Neil, Legal Reasoning and Legal Theory, Oxford 1978.

MacCormick, Neil, Legal Rights and Social Democracy. Essays in Legal and Political Philosophy, Oxford 1982.

MacCormick, Neil – Summers, Robert S., Interpreting Statues. A Comparative Study, Aldershot 1991.

Maher, Imelda, Re-imagining the Story of European Competition Law, Oxford Journal of Legal Studies Vol. 20 2000, s. 155–166.

Mancini, G.F., Democracy and Constitutionalism in the European Union, Oxford 2000.

Martin, Stephen, Industrial Organization in Context, Oxford 2010.

May, Christopher, The Information Society. A Sceptical View, Cambridge 2002. (C. May)

May, James, The factional foundations of Competition Policy in America 1888–1992, The Antitrust Bulletin Summer 1997, s. 239–331. (J. May)

McCutcheon, Barbara, Do Meetings in Smoke-Filled Rooms Facilitate Collusion?, The Journal of Political Economy Vol. 105 1997, s. 330–350.

McDonald, J. Bruce, Section 2 and Article 82: Cowboys and Gentlemen, –http://www.justice.gov/atr/public/speeches/210873.htm, viitattu 4.11.2010.

McGahan, Anita – Porter, Michael E., The Persistence of Shocks to Profitability, The Review of Economics and Statistics 81(1) 1999, s. 143–153.

McNulty, Paul J., A Note on the History of Perfect Competition, teoksessa High, Jack (ed.), Competition, s. 263–267.

Meese, Alan J., Farewell to the Quick Look: Redefining the Scope and Content of the Rule of Reason, Antitrust Law Journal Vol. 68 2000, s. 461–498.

Mercuro, Nicholas – Medema, Steven G, Economics and the Law. From Posner to post-modernism, Princeton 1996.

Merikoski, Veli, Omistusoikeuden perustuslainsuojasta, LM 1947, s. 204–229.

Merz, Hans, Kartellrecht – Instrument der Wirtschaftspolitik oder Schutz der persönlichen Freiheit, teoksessa Coing, Helmut – Kronstein, Heinrich – Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), Wirtschaftsordnung und Rechtordnung. Festschrift zum 70. Geburtstag von Frans Böhm am 16 Februar 1965, Karlsruhe 1965, s. 227–259.

Mestmäcker, Ernst-Joachim, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, teoksessa Sauermann. Heinz – Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung. Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag, Tübingen 1975, s. 383–419.

Mestmäcker, Ernst-Joachim, Recht und ökonomisches Gesetz, 2. ergänzte Auflage, Baden-Baden 1984. (Mestmäcker 1984a)
Mestmäcker, Ernst-Joachim, Der verwaltete Wettbewerb. Eine vergleichende Untersuchung über den Schutz von Freiheit und Lauterkeit im Wettbewerbsrecht, Tübingen 1984. (Mestmäcker 1984b)
Mestmäcker, Ernst-Joachim, Wirtschaftsordnung und Geschichtsgesetz, ORDO Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft Band 46 1995, s. 9–25.
Mielityinen, Sampo, Vahingonkorvausoikeuden periaatteet, Helsinki 2006.
Mill, John Stuart, On Liberty. Edited with an Introduction by Gertrude Himmelfarb, London 1988.
Mill, John Stuart, Utilitarismi, Huomautuksia Benthamin filosofiasta, Helsinki 2000.
Millon, David, The Sherman Act and The Balance of Power, in Sullivan, E. Thomas (ed.), The Political Economy of the Sherman Act. The First One Hundred Years, New York 1991, s. 85–115.
Mononen, Marko, Määräävän markkina-aseman väärinkäytön arviointi, Helsinki 1995.
Mononen, Marko, Sopimusoikeuden materiaalisuudesta, Helsinki 2001.
Mononen, Marko, Onko sopimusoikeudessamme yhtenäistä vastuuperustetta?, LM 2004, s. 1379–1397.
Monti, Giorgio, Article 81 and Public Policy, Common Market Law Review 39 2002, s. 1057–1099.
Monti, Giorgio, Article 82 and New Economy Markets, teoksessa Graham, Cosmo – Smith, Fiona (eds.), Competition, Regulation and New Economy, Oxford 2004, s. 17–54.
Monti, Giorgio, EC Competition Law, Cambridge 2007.
Mortelmans, Kamiel, Towards Convergence in the Application of the Rules on Free Movement and on Competition?, Common Market Law Review 38 2001, s. 613–649.
Motta, Massimo, Competition Policy, Cambridge 2004.
Muris, Timothy J., The Rule of Reason after California Dental, Antitrust Law Journal vol. 68 2000, s. 527–539.
Muukkonen, Pertti Juhani, Sopimusvapauden käsitteestä, LM 1956, s. 601–612.
Muukkonen, Pertti Juhani, Sopimusoikeuden yleinen lojaliteettiperiaate, LM 1993, s. 1030–1048.
Müller-Armack, Alfred, The Meaning of the Social Market Economy, teoksessa Peacock, Alan – Willgerodt, Hans (eds.), Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution, London 1989, s. 82–86.
Mylly, Tuomas, Mikä on olennaista opissa olennaisista toimintaedellytyksistä?, teoksessa Helander, Petri – Lavapuro, Juha – Mylly, Tuomas (toim.), Yritys eurooppalaisessa oikeusyhteisössä, Turku 2002, s. 357–399.
Mylly, Tuomas, Kilpailuoikeuden peruslähtökohtia etsimässä. Kirja-arvostelu Petri Kuoppamäki: Markkinavoiman sääntely EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa, DL 2003, s. 1119–1128. (Mylly 2003a)
Mylly, Tuomas, Kuin mikä tahansa omaisuus? Immateriaalioikeus kilpailuoikeuden tähtäimessä, Kilpailuoikeudellinen vuosikirja 2003, s. 247–272. (Mylly 2003b)
Mylly, Tuomas, Tekijänoikeuden ideologiat ja myytit, LM 2004, s. 228–254.
Mylly, Tuomas, Intellectual Property and European Economical Constitution Law, The Trouble with Private Informational Power, Helsinki 2010.
Mylly, Tuomas – Lavapuro, Juha – Karo, Marko (toim.), Tekemisen vapaus. Luovuuden ehdot ja tekijänoikeus, Helsinki 2007.
Mähönen, Jukka, Law & economics: taustaa ja tulkintaa, Oikeus 1995, s. 125–139.
Mähönen, Jukka, Lojaalisuus ja yhteisöoikeus, teoksessa Kumpula, Anne (toim.), Juhlajulkaisu Leena Kartio 1938 – 30/8 – 1998, Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja A. Juhlajulkaisut N:o 7, Turku 1998, s. 231–248.

Mähönen, Jukka, Kohtuus, Lojaliteettivelvollisuus ja tiedonantovelvollisuus, teoksessa Saarnilehto, Ari (toim.), Varallisuusoikeuden kantavat periaatteet, Helsinki 2000, s. 109–143.
Mähönen, Jukka, Taloustiede lain tulkinnassa, LM 2004, s. 49–64.
Mäkelä, Juha, Sopimus ja erehdys. Sopimusoikeudellinen tutkimus oikeuserehdyksestä valinnanvapauden teorian näkökulmasta, Helsinki 2010.
Määttä, Kalle, Regulatory reform and innovations: Whether to trust the invisible hand or use the visible one?, Sitra Reports series 10, Helsinki 2001.
Määttä, Kalle, Uusi kilpailunrajoituslaki, Helsinki 2004.
Määttä, Kalle, Yritysoikeus yritystoiminnan suunnittelussa, Helsinki 2005.
Määttä, Kalle, Sääntelytarkkuus. Oikeustaloustieteellinen doktriini ja sen kritiikki, Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimustiedonantoja 107, Helsinki 2010.
Möschel, Wernhard, Wettbewerbsgesetz und Unternehmensentflechtung, ORDO Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft Band 31 1980, s. 69–85.
Möschel, Wernhard, Competition Law from an Ordo Point of View, teoksessa Peacock, Alan – Willgerodt, Hans (eds.), German Neo-Liberals and the Social Market Economy, London 1989, s. 142–159.
Möschel, Wernhard, The Proper Scope of Government Viewed from an Ordoliberal Perspective: The Example of Competition Policy, Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE) 157 2001, s. 3–13.
Möschel, Wernhard, Competition as a Basic Element of the Social Market Economy, in Einhorn, Talia (ed.), Spontaneous Order, Organization and the Law. Roads to a European Civil Society. Liber Amicorum Ernst-Joachim Mestmäcker, Baden-Baden 2003, s. 285–293. (Möschel 2003a)
Möschel, Wernhard, The Proper Scope of Government Viewed from an Ordoliberal Perspective: The Example of Competition Policy, teoksessa Scott, Colin (ed.), Regulation, Ashgate 2003, s. 183–193. (Möschel 2003b)
Neale, A. D., The Antitrust Laws of the United States of America. A Study of Competition Enforced by Law, Second edition, Cambridge 1970.
Neale, A. D. – Goyder, D. G., The Antitrust Laws of the United States of America. A Study of Competition Enforced by Law, Third edition, Cambridge 1980.
Nehf, James, Bad Faith Breach of Contract in Consumer Transactions, teoksessa Brownsword, Roger – Hird, Norma J. – Howells, Geraint (eds.), Good Faith in Contract. Concept and Context, Aldershot 1999, s. 115–137.
Nicolaides, Phedon, An Essay on Economics and the Competition Law of the European Community, Legal Issues of Economic Integration 2000 Vol. 27 Issue 1, s. 7–24.
Niels, Gunnar, Collective Dominance: More Than Just Oligopolistic Interdependence, (2001) ECLR, s. 168–172.
Niemi, Matti Ilmari, Päämäärien valtakunta. Konventionalistinen analyysi lainopillisen tiedon edellytyksistä ja oikeusjärjestelmän perusteista, Helsinki 1996.
North, Douglass C, Institutions, Institutional Change and Economic Performance, Cambridge 1996.
Nowak, Carsten, Konkurrentenschutz in der EG. Interdependenz des gemeinschaftlichen und mitgliedstaatlichen Rechtsschutzes von Konkurrenten, Baden-Baden 1997.
Nuutila, Ari-Matti, Rikosoikeudellinen huolimattomuus, Helsinki 1996.
Nybergh, Frey, Avtalsfrihet – rätt till avtal. En nordisk undersökning om kontraheringsplikt till förmån för privatpersoner, Nord 1997:10, Nordiska ministerrådet, Kobenhavn 1997.
Nörr, Knut Wolfgang, Die Leiden des Privatrechts. Kartelle in Deutschland von der Holzstoffkartellentscheidung zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1994.

Nörr, Knut Wolfgang, Frans Böhm, ein Wegbereiter des Privatrechtsgedankens, ORDO Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft Band 46 1995, s. 27–39. (Nörr 1995a)
Nörr, Knut Wolfgang, Law and Market Organization: The Historical Experience in Germany From 1900 to the Law Against Restraints of Competition (1957), Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE) 151 1995, s. 5–20. (Nörr 1995b)
O'Donoghue, Robert – Padilla, A. Jorge, The Law and Economics of Article 82, Oxford 2006.
Odudu, Okeoghene, Interpreting Article 81(1): object as subjective intention, E.L.Rev. 26 2001, s. 60–75. (Odudu 2001a)
Odudu, Okeoghene, Interpreting Article 81(1): demonstrating restrictive effect, E.L.Rev. 26 2001, s. 261–274. (Odudu 2001b)
Odudu, Okeoghene, Interpreting Article 81(1): the object requirement revisited, E.L.Rev. 26 2001, s. 379–390. (Odudu 2001c)
Odudu, Okeoghene, A new economic approach to Article 81(1)?, E.L.Rev. 27 2002, s. 100–105.
Odudu, Okeoghene, The Boundaries of EC Competition Law. The Scope of Article 81, Oxford 2006.
Offe, Claus, How can we trust our fellow citizens?, teoksessa Warren, Mark E. (ed.), Democracy and Trust, Cambridge 1999, s. 42–87.
Ogus, Anthony, Regulation. Legal Form and Economic Theory, Oxford 1994.
Oinonen, Mika, Does EC Merger Control Really Discriminate Against Small Market Companies? Diagnosing the Argument with Some Tentative Conclusions, Tampere 2009.
Ojala, Marjo, EU-kilpailuoikeus, Helsinki 2005.
Ojanen, Tuomas, The European Way. The Structure of National Court Obligation under EC Law, Helsinki 1998.
Ojanen, Tuomas, EY:n oikeuden horisontaalinen välitön oikeusvaikutus, LM 1999, s. 1070–1079.
Ojanen, Tuomas – Haapea, Arto (toim.), EU-oikeuden perusteita II – aineellisen EU-oikeuden aloja ja ulottuvuuksia, Helsinki 2007.
Oker-Blom, Max – Huhtaniska, Minna, EU:n sulautuma-asetus ja tapaus Volvo / Scania – Oikeustaloustieteellinen arvio, teoksessa Kanniainen, Vesa – Määttä, Kalle (toim.), Taloustieteellinen näkökulma kilpailuoikeuteen, Helsinki 2001, s. 170–200.
O'Toole, Francis, The E.C. Green Paper on Vertical Restraints: Option IV Defended, (1999) ECLR, s. 5–8.
Paasto, Päivi, Omistuskäsitteistön rakenteesta. Tutkimus jaetun omistusopin mahdollisuudesta ja merkityksestä omistuskäsitteistössä 1700-luvun lopulle tultaessa, Turun yliopiston julkaisuja – Annales Universitatis Turkuensis C 101, Turku 1994.
Paasto, Päivi, Onko vapaus menettänyt merkityksensä varallisuusoikeuden perustana?, Oikeus 2001, s. 340–346.
Page, William H., Ideological Conflict and the Origins of Antitrust Policy, Tulane Law Review November 1991, s. 1–67.
Patterson, Mark R., The Role of Power in the Rule of Reason, Antitrust Law Journal Vol. 68 2000, s. 429–460.
Peacock, Alan – Willgerodt, Hans (eds.), German Neo-Liberals and the Social Market Economy, London 1989. (Peacock – Willgerodt 1989a)
Peacock, Alan – Willgerodt, Hans (eds.), Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution, London 1989. (Peacock – Willgerodt 1989b)
Peers, Steve – Ward, Angela (eds.), The European Union Charter of Fundamental Rights, Oxford 2004.
Pellonpää, Matti, Euroopan ihmisoikeussopimus, Helsinki 2005.
Penrose, Edith, The Theory of the Growth of the Firm, New York 1959.

Pera, Alberto – Auricchio, Vito, Consumer Welfare, Standard of Proof and the Objectives of Competition Policy, European Competition Journal Vol. 1 2005, s. 153–177.
Peritz, Rudolf J., The ”Rule of Reason” in Antitrust Law: Property Logic in Restraint in Competition, teoksessa Sullivan, E. Thomas (ed.), The Political Economy of The Sherman Act. The First One Hundred Years, New York 1991, s. 116–135.
Peritz, Rudolph J. R., Competition Policy in America. History, Rhetoric, Law, Revisited Edition, Oxford 2000.
Pick, Tom S., Sub-contracting Agreements Under E.U. Competition Law – Applicability of Article 81 E.C., (2002) ECLR, s. 154–159.
Piotrowski, Roman, Cartels and Trusts, Their Origin and Historical Development from the Economic and Legal Aspects, Philadelphia 1978.
Pitofsky, Robert, Challenges of the New Economy: Issues at the Intersection of Antitrust and Intellectual Property, Antitrust Law Journal Vol. 68 2001, s. 913–924.
Pitt, Edward, ”Markets are Instruments Not Values”, (2006) ECLR, s. 1–4.
Porter, Michel E., Competitive Strategy. Techniques for Analyzing Industries and Competitors, New York 1980.
Porter, Michael E., Towards a Dynamic Theory of Strategy, Strategic Management Journal Vol. 12 1991, s. 95–117.
Porter, Robert H. – Zona, J. Douglas, Detection of Bid Rigging in Procurement Auctions, The Journal of Political Economy Vol. 101 1993, s. 518–538.
Posner, Richard A., The Social Costs of Monopoly and Regulation, The Journal of Political Economy Vol. 83 1975, s. 807–828.
Posner, Richard A., The Law and Economics Movement, The American Economic Review Vol. 77 1987, s. 1–13.
Posner, Richard A., Economic Analysis of Law, Fourth Edition, 1992 Boston.
Posner, Richard A., Antitrust Law, Chicago 2001. (Posner 2001a)
Posner, Richard A., Antitrust in the New Economy, Antitrust Law Journal Vol. 68 2001, s. 925–943. (Posner 2001b)
Pöyhönen, Juha, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu, Helsinki 1988.
Pöyhönen, Juha, Sopimuksen kohtuuttomuus angloamerikkalaisissa sopimusjärjestelmissä, Oikeustiede–Jurisprudentia 1993, s. 203–291.
Pöyhönen, Juha, Oikeustieteen ajanmukaisuus, LM 1997, s. 357–375. (Pöyhönen 1997a)
Pöyhönen, Juha, Kohti uutta varallisuusoikeutta, LM 1997, s. 527–560. (Pöyhönen 1997b)
Pöyhönen, Juha, Fundamental Rights and Tort Theory: From Justice (back?) to Social Virtues, Turku Law Journal Vol. 1 1999, s. 49–62.
Pöyhönen, Juha, Uusi varallisuusoikeus, Helsinki 2000.
Pöyhönen, Juha, Ulosoton kiertämissäännös (ulosottolain 4 luvun 9.4 §) yleisen varallisuusoikeuden näkökulmasta, teoksessa Koulu, Risto – Lappalainen, Juha – Lohi, Tapani (toim.), Velka, vakuus ja prosessi. Juhlajulkaisu Erkki Havansi 1941 – 11/7 – 2001, s. 309–321.
Raitio, Juha, Eurooppaoikeuden tavoitteet ja johtavat periaatteet, Tampere 1997.
Raitio, Juha, Eurooppaoikeuden periaatteet ja kilpailuoikeus, LM 1999, s. 398–408.
Raitio, Juha, Eurooppaoikeus ja sisämarkkinat, Helsinki 2006.
Raitio, Juha, Tavarakaupan rajoitusperusteet, yleinen etu ja tilanneherkkyys – mitä uutta?, DL 2009, s. 313–321.
Rawls, John, Oikeudenmukaisuusteoria, Porvoo 1988.
Rawls, John, Political Liberalism, New York 1996.
Reinikainen, Veikko, Evolutionaarinen suuntaus kansantaloustieteessä. Sivuraiteelta tieteen ytimeksi?, Turun kauppakorkeakoulun julkaisuja A-8:1995, Turku 1995.

Riepula, Esko, Eduskunnan perustuslakivaliokunta perustuslakien tulkitsijana. Valtiosääntötutkimus eduskunnan perustuslakivaliokunnasta perustuslakikontrollia ja perustuslakien tulkintaa harjoittavana toimielimenä vv:n 1907–1972 valtiopäivillä, Helsinki 1973.

Rissanen, Kirsti, Kilpailu ja tavaramerkit. Kilpailunrajoituslainsäädännön soveltaminen tavaramerkin yksilöimiin järjestelyihin, Helsinki 1978.

Rissanen, Kirsti – Korah, Valentine, EY:n ja Suomen kilpailuoikeus, Helsinki 1991.

Ritter, Lennart – Braun, W. David, European Competition Law: A Practitioner's Guide, Third Edition, The Hague 2004.

Rodger, Barry J., The Commission White Paper on modernisation of the rules implementing Articles 81 and 82 of the E.C. Treaty, 1999 24 E.L.Rev., s. 653–663.

Roiman, David, Legal Uncertainty for Vertical Distribution Agreements: The Block Exemption Regulation 2799/1999 ("BER") and Related Aspects of the New Regulation 1/2003, (2006) ECLR, s. 261–268.

Ross, Stephen F., Network Economic Effects and the Limits of GTE Sylvania's Efficiency Analysis, Antitrust Law Journal Vol. 68 2001, s. 945–965.

Rouse, Michael J. – Daellenbach, Urs S., Rethinking Research Methods for the Resource-Based Perspective: Isolating Sources of Sustainable Competitive Advantage, Strategic Management Journal 20 1999, s. 487–494.

Rudanko, Matti, Pankkiasiakkaan ja pankin oikeussuoja, Helsinki 1995.

Rudanko, Matti, Kauppaoikeuden kehityssuuntauksia, LM 1996, s. 3–26.

Rudanko, Matti, Arvopaperimarkkinat ja siviilioikeus, Helsinki 1998. (Rudanko 1998a)

Rudanko, Matti, Kauppaoikeuden kehityssuuntauksia II. Kaupallisten oikeussuhteiden teoria, LM 1998, s. 68–89. (Rudanko 1998b)

Rudanko, Matti, Yksityinen ja julkinen sääntely kauppaoikeudessa, LM 2006, s. 1118–1133.

Rumelt, Richard P., How Much Does Industry Matter?, Strategic Management Journal Vol. 12 1991, s. 167–185.

Ruohoniemi, Erkko, Onko elinkeinonharjoittaja lainsuojaton? – Eräitä näkökantoja kilpailunrajoituslaista ja elinkeinonharjoittajan perusoikeuksista, teoksessa Jokinen, Juhani – Kari, Päivi – Virtanen, Martti (toim.), Kilpailun puolella – Uutta väylää avaamassa. Matti Purasjoki 60 vuotta, Helsinki 2004, s. 222–234.

Rühle v. Lilienstern, Hans, Die Position des Wettbewerbs in der Marktwirtschaft, WuW 1964, s. 866–868.

Saarnilehto, Ari (toim.), Hyvän tavan vastaisuudesta. Yksityisoikeudellisia kirjoituksia, Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja B. Muut kokoomateokset N:o 2, Turku 1993.

Saarnilehto, Ari (toim.), Heikomman suojasta. Yksityisoikeudellisia kirjoituksia, Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja B. Muut kokoomateokset N:o 4, Turku 1995.

Saarnilehto, Ari (toim.), Varallisuusoikeuden kantavat periaatteet, Helsinki 2000.

Saarnilehto, Ari, Pääasiat velvoitteesta, Helsinki 2005.

Saarnilehto, Ari, Sopimusoikeuden perusteet, 7., uudistettu painos, Helsinki 2009.

Saastamoinen, Kari, Suomentajan jälkisanat, Millin moraalifilosofia, teoksessa Mill, John Stuart, Utilitarismi, Helsinki 2000, s. 125–147.

Salant, Stephen W. – Shaffer, Greg, Unequal Treatment of Identical Agents in Cournot Equilibrium, The American Economic Review Vol. 89 1999, s. 585–604.

Sally, Razeen, Classical Liberalism and International Economic Order. Studies in theory and intellectual history, London 1998.

Salminen, Janne – Urpilainen, Matti, Eurooppavero-oikeus, teoksessa Ojanen, Tuomas – Haapea, Arto (toim.), EU-oikeuden perusteita, s. 339–374.

Salop, Steven C., The First Principles Approach to Antitrust, Kodak, and Antitrust at the Millennium, Antitrust Law Journal Vol. 68 2000, s. 187–202.
Saraviita, Ilkka, Perustuslakivaliokunnan rooli perusoikeusjärjestelmän kehittämisessä, teoksessa Nieminen, Liisa (toim.), Perusoikeudet Suomessa, Helsinki 1999, s. 29–71.
Sauermann, Heinz, Anmerkungen zu einem alten Thema: Politik und Ökonomik, teoksessa Sauermann, Heinz – Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung. Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag, Tübingen 1975, s. 553–567.
Sauter, Wolf, Competition Law and Indutrial Policy in the EU, Oxford 1997.
Schaub, Alexander, Competition Policy Objectives, teoksessa Ehlermann, Claus Dieter – Laudati, Laraine L. (eds.), European Competition Law Annual 1997, Oxford 1998, s. 119–128.
Scheinin, Martin, Suomen valtiosäännön perusperiaatteet, teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka, Perusoikeudet, Helsinki 1999, s. 225–229.
Scherer, F.M. – Ross, David, Industrial Market Structure and Economic Performance, Third Edition, Boston 1990.
Schmalensee, Richard, Do Markets Differ Much?, The American Economic Review June 1985, s. 341–351.
Scholz, Rupert, Grundrechtsprobleme im europäischen Kartellrecht – Zur Hoechst-Entscheidung des EuGH, WuW 2/1990, s. 99–108.
Schulze Steinen, Petra, Kauppakumppanin mahti ja määräävä markkina-asema, Helsinki 1998.
Schumpeter, Joseph A., Capitalism, Socialism and Democracy, London 1943.
Scott, Colin (ed.), Regulation, Aldershot 2003.
Scott, Kenneth E., Cartels as Ideological or Economic Phenomena, Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE) 151 1995, s. 26–30.
Shapiro, Carl – Willig, Robert D., On the Antitrust Treatment of Production Joint Ventures, Journal of Economic Perspectives Vol. 4 N:o 3 1990, s. 113–130.
Shughart, William F. II – Tollison, Robert D., Collusion, profits, and rational antitrust, The Antitrust Bulletin Vol. XLIII 1998, s. 365–374.
Shy, Oz, The Economics of Network Industries, Cambridge 2001.
Siitari-Vanne, Eija, Markkinaoikeus. Kilpailu-, hankinta- ja markkinaoikeudellisten asioiden uusi erityistuomioistuin, Helsinki 2002.
Silaskivi, Vesa, Tutkimus kilpailuoikeuden ja maatalouden sääntelyn yhteensovittamisesta, Pellervon taloudellisen tutkimuslaitoksen julkaisuja N:o 18, Helsinki 2004.
Siragusa, Mario, Rethinking Article 85: Problems and Challenges in the Design and Enforcement of the EC Competition Rules, Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute 1997, s. 271–295.
Skogh, Göran, The Social Costs of Monopoly and Regulation: Some Comments, The Journal of Political Economy Vol. 84 1976, s. 1319–1323.
Slywotzky, Adrian J. – Morrison, David J., The Profit Zone. How Strategic Business Design Will Lead You to Tomorrow's Profits, Chichester 1997.
Smith, Adam, Kansojen Varallisuus. Tutkimus sen olemuksesta ja tekijöistä. I nide, Helsinki 1933.
Smith, Adam, The Wealth of Nations. Representative Selections, New York 1961.
Smith, Tefft W. – Sterling, Hillard M., Challenging Competitors' Mergers: A Real Strategic Option, Antitrust Law Journal Vol. 65 1996, s. 57–80.
Sorsa, Kaisa, Kansainvälinen kauppa ja EU:n sopimusoikeuden yhtenäistäminen, DL 2006, s. 16–39.
Spolander, Mia Mari, Menettelyn joutuisuus oikeudenmukaisen rikosoikeudenkäynnin osatekijänä. Erityisesti Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännön valossa, Helsinki 2007.

Sproul, Michael F., Antitrust and Prices, The Journal of Political Economy Vol. 101 1993, s. 741–754.
Stigler, George J., The Organization of Industry, Homewood, Illinois, 1968.
Stigler, George J., The Economists and the Problem of Monopoly, The American Economic Review Vol. 72 1982, s. 1–11.
Starbatty, Joachim, Anmerkungen zur Interdependenz politischer und wirtschaftlicher Ordnungen im Transformationsprozess, ORDO Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft Band 47 1996, s. 33–50.
Strauss, Walter, Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit. Eine rechtsgeschichtliche Erinnerung, teoksessa Sauermann. Heinz – Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung. Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag, Tübingen 1975, s. 603–614.
Streit, Manfred E., Economic Order, Private Law and Public Policy. The Freiburg School of Law and Economics in Perspective, Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE) 148 1992, s. 675–704.
Streit, Manfred E. – Mussler, Werner, The Economic Constitution of the European Community – ”From Rome to Maastricht”, in Snyder, Francis (ed.), Constitutional Dimensions of European Economic Integration, London 1996.
Sullivan, E. Thomas, The Political Economy of the Sherman Act. The First One Hundred Years, New York 1991.
Summers, Lawrence H., Competition Policy in the New Economy, Antitrust Law Journal Vol. 69 2001, s. 353–359.
Sunstein, Cass R., Behavioral Law & Economics, Cambridge 2000.
Tala, Jyrki, Pienyrittäjien asema sopimussuhteissa I, Oikeus 1984, s. 114–124.
Tala, Luottojen sääntely, heikomman suoja ja EY-integraatio, teoksessa Wilhelmsson, Thomas – Kaukonen, Katariina (toim.), Euroopan integraatio ja sosiaalinen sopimusoikeus, Helsinki 1993, s. 291–318.
Tala, Jyrki, Oikeussääntelyn määrä ja vaihtoehdot, Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja 163, Helsinki 1999.
Tala, Jyrki, Lakien laadinta ja vaikutukset, Helsinki 2005.
Tala, Jyrki, Lainsäädäntötoiminnan kehityspiirteitä Suomessa 1985–2005, teoksessa Tala, Jyrki – Litmala, Marjukka (toim.), Katsauksia Suomen lainsäädäntökehitykseen 1985–2005, Paremman sääntelyn toimintaohjelma. Osa 2, Valtioneuvoston kanslian julkaisusarja 9/2006, Helsinki 2006, s. 13–86.
Tala, Jyrki – Litmala, Marjukka, Katsauksia Suomen lainsäädäntökehitykseen 1985–2005. Paremman sääntelyn toimintaohjelma. Osa 2, Valtioneuvoston kanslian julkaisusarja 9/2006, Helsinki 2006.
Tammi-Salminen, Eva, Sopimus, kompetenssi ja kolmas. Varallisuusoikeudellinen tutkimus negative pledge -lausekkeiden sivullissitovuudesta, Helsinki 2001.
Tammi-Salminen, Eva (toim.), Omistus, sopimus, vaihdanta. Juhlakirja Leena Kartiolle, Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja A. Juhlajulkaisut N:o 13, Turku 2004.
Taxell, Lars Erik, Avtal och rättsskydd, Åbo 1972.
Taxell, Lars Erik, Rätt och demokrati, Åbo 1976.
Taxell, Lars Erik, Om lojalitet i avtalsförhållanden, DL 1977, s. 148–155.
Taxell, Lars Erik, Om avtalsetik, JFT 1979, s. 487–498.
Taxell, Lars Erik, Jämkning av avtal, JFT 1984, s. 606–630.
Taxell, Lars Erik, Demokrati, Åbo 1987.
Taxell, Lars Erik, Rätt – Individ – Samhälle, Helsinki 1989.
Taxel, Lars Erik, Avtalsrätt, Stockholm 1997.

Teece, David J. – Pisano, Gary – Shuen, Amy, Dynamic Capabilities and Strategic Management, Strategic Management Journal Vol. 18:7 1997, s. 509–533.
Telaranta, K.A., Varallisuusoikeudellisen tahdonilmaisun tulkinnasta ja täydentämisestä, LM 1953, s. 841–874.
Telaranta, K.A., Erehdys oikeustoimiopin perusongelmana, Vammala 1960.
Telaranta, K.A., Sopimusoikeus, Helsinki 1990.
Temple Lang, John, European Community Constitutional Law and the Enforcement of Community Antitrust Law, Annual Proceeding of the Fordham Corporate Law Institute 1993, s. 525–604.
Timonen, Pekka, Määräysvalta, hinta ja markkinavoima. Julkisesti noteeratun yrityksen määräysvallan siirtymisen oikeudellinen sääntely, Helsinki 1997.
Timonen, Pekka, Oikeustaloustiede – mitä se on?, LM 1998, s. 100–114.
Tirole, Jean, The Theory of Industrial Organization, Cambridge 1988.
Tolonen, Hannu, Yleisten oppien rakenteesta ja merkityksestä, teoksessa Saarnilehto, Ari (toim.), Juhlajulkaisu Allan Huttunen 1928 – 5/11 – 1988, Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja A. Juhlajulkaisut N:o 2, Turku 1988, s. 177–194. (H. Tolonen 1988)
Tolonen, Hannu, Säännöt, periaatteet ja tavoitteet: Oikeuden, moraalin ja politiikan suhteesta, Oikeustiede–Jurisprudentia 1989, s. 337–384. (H. Tolonen 1989)
Tolonen, Hannu, Korko, raha ja sopimus. Korkokielto ja sen häviäminen rahan sekä pääoman syntymisen ongelmana, Helsinki 1992. (H. Tolonen 1992)
Tolonen, Hannu, Oikeudelliset teoriat ja oikeustiede: esimerkkinä sopimusoikeus, Oikeus 1996, s. 2–16. (H. Tolonen 1996)
Tolonen, Hannu, Oikeus ja sen tulkinnat, teoksessa Häyhä, Juha (toim.), Minun metodini, Helsinki 1997, s. 279–297. (H. Tolonen 1997)
Tolonen, Hannu, Oikeuden tasot ja toiminnot. Tuorin kriittisen oikeuspositivismin tarkastelua, Oikeus 2000, s. 509–523. (H. Tolonen 2000a)
Tolonen, Hannu, Yleisten periaatteiden merkitys ja niiden yhteensovittaminen, teoksessa Saarnilehto, Ari (toim.), Varallisuusoikeuden kantavat periaatteet, Helsinki 2000, s. 156–186. (H. Tolonen 2000b)
Tolonen, Juha, Om begreppet rättshandling inom det traditionella rättssystemets ram, JFT 1973, s. 340–364. (J. Tolonen 1973)
Tolonen, Juha Pentti, Oikeus ja demokratia. Ajatuksia L.E. Taxellin teoksen ”Rätt och demokrati” johdosta, LM 1977, s. 433–446. (J. Tolonen 1977)
Tolonen, Juha, Taloudellinen vaihdanta, teoksessa Saarnilehto, Ari (toim.), Juhlajulkaisu Allan Huttunen 1928 – 5/11 – 1988, Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja A. Juhlajulkaisut N:o 2, Turku 1988, s. 195–205. (J. Tolonen 1988)
Tolonen, Juha, Valtio ja oikeus, Turku 1989. (J. Tolonen 1989)
Tolonen, Juha, Oikeustiede tieteenä, teoksessa Häyhä, Juha (toim.), Minun metodini, Helsinki 1997, s. 298–310. (J. Tolonen 1997)
Tom, Williard K. – Pak, Chul, Toward a Flexible Rule of Reason, Antitrust Law Journal Vol. 68 2000, s. 391–428.
Trebilcock, Michael J., The Limits of Freedom of Contract, Cambridge 1993.
Tridimas, Takis, The General Principles of EU Law, Second Edition, Oxford 2006.
Tuori, Kaarlo, Oikeus, valta ja demokratia, Helsinki 1990.
Tuori, Kaarlo, Perustuslakiuudistus ja hallinto-oikeus, LM 1999, s. 530–540. (Tuori 1999a)
Tuori, Kaarlo, Yleinen järjestys ja turvallisuus – perusoikeusko?, LM 1999, s. 920–931. (Tuori 1999b)
Tuori, Kaarlo, Kriittinen oikeuspositivismi, Helsinki 2000.

Tuori, Kaarlo, Opetuksia ja väärinkäsityksiä, Oikeus 2001, s. 314–326.
Tuori, Kaarlo, Sosiaalisesta siviilioikeudesta myöhäismoderniin vastuuoikeuteen, LM 2002, s. 902–913. (Tuori 2002a)
Tuori, Kaarlo, Käsitelainopin itsepuolustus, LM 2002, s. 1295–1320. (Tuori 2002b)
Tuori, Kaarlo, Oikeudenalajaotus – strategista valtapeliä ja normatiivista argumentaatiota, LM 2004, s. 1196–1224.
Tuori, Kaarlo, Vallanjako – vaiettu oppi, LM 2005, s. 1021–1049.
Tuori, Kaarlo, Oikeuden ratio ja voluntas, Helsinki 2007.
Ullrich, Hanns, Comparative Competition Law: Approaching an International System of Antitrust Law, Baden-Baden 1998.
Unger, Roberto Mangabeira, The Critical Legal Studies Movement, Harvard Law Journal Vol. 96 1983, s. 561–675.
UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004, Rome 2004.
Vanberg, Viktor J., The Constitution of Markets. Essays in political economy, London 2001.
Varian, Hal R., Intermediate Microeconomics. A Modern Approach, Sixth Edition, New York 2003.
Vedder, Hans, Competition Law, Environmental Policy and Producer Responsibility. Experiences in the Netherlands from a European perspective, Amsterdam 2002.
Veljanovski, Cento, E.C. Antitrust in the New Economy: Is the European Commission's View of the Network Economy Right?, (2001) ECLR, s. 115–121.
Venit, James S., Future Competition Law, teoksessa Ehlermann, Claus Dieter – Laudati, Laraine L. (eds.), European Competition Law Annual 1997, Oxford 1998, s. 567–584.
Venit, James S., Brave New World: The Modernisation and Decentralization of Enforcement under Articles 81 and 82 of the EC Treaty, CMLRev 2003, s. 545–580.
Vesterdorf, Bo, Legal Professional Privilege and the Privilege Against Self-incrimination in EC Law: Recent Developments and Current Issues, Fordham International Law Journal Vol. 28 2005, s. 1179–1215.
Vickers, John, Abuse of Market Power, The Economic Journal 115 2005, s. 244–261.
Viinikka-Monthan, Tuija, Sopimusvapaus ja pakottava lainsäädäntö, LM 1994, s. 1102–1118.
Viljanen, Mika, Amorin apulainen. Oikeustapauskommentti Itä-Suomen HO 5.7.2007, S 07/3, Oikeustieto 5/2007, s. 35–38. (M. Viljanen)
Viljanen, Veli-Pekka, Ulottuuko perusoikeuksien vaikutus yksityisoikeudellisiin oikeussuhteisiin?, teoksessa Saarnilehto, Ari (toim.), Juhlajulkaisu Allan Huttunen 1928 – 5/11 – 1988, Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja A. Juhlajulkaisut N:o 2, Turku 1988, s. 273–279. (V-P Viljanen 1988)
Viljanen, Veli-Pekka, Perusoikeuksien soveltamisala, Perusoikeuksien rajoittaminen, teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka, Perusoikeudet, Helsinki 1999, s. 111–156. (V-P Viljanen 1999)
Viljanen, Veli-Pekka, Perusoikeuksien rajoitusedellytykset, Helsinki 2001. (V-P Viljanen 2001)
Vincents, Okechukwu Benjamin, The Application of EC Competition Law and the European Convention on Human Rights, (2006) ECLR, s. 693–699.
Virtanen, Martti, Kilpailupoliittiset koulukunnat, Hinnat ja kilpailu 3–4/1983, s. 6–12. (M. Virtanen 1983)
Virtanen, Martti, Market Dominance and Its Abuse in Competition Policy. An Economic Inquiry, Eurooppa-Instituutin julkaisuja 5/93, Turku 1993. (M. Virtanen 1993)
Virtanen, Martti, Market Dominance-Related Competition Policy. An Eclectic Theory and Analyses of Policy Evolution, Turun kauppakorkeakouluseuran julkaisuja Sarja A-1:1998, Turku 1998. (M. Virtanen 1998)

Virtanen, Martti, Uusi allianssikapitalismi ja kilpailupolitiikka, teoksessa Kanniainen, Vesa – Määttä, Kalle (toim.), Taloustieteellinen näkökulma kilpailuoikeuteen, Helsinki 2001, s. 201–256. (M. Virtanen 2001)

Virtanen, Martti, Virallisen vastaväittäjän lausunto Petri Kuoppamäen väitöskirjaksi tarkoitetusta tutkimuksesta Markkinavoiman sääntely EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa 22.5.2003, LM 2003, s. 1337–1344. (M. Virtanen 2003)

Virtanen, Martti, Kommentti Kalle Määtän esitykseen, Talous & Yhteiskunta 4/2004, s. 8–9. (M. Virtanen 2004)

Virtanen, Pertti, Määräävän markkina-aseman kontrollointi. Oikeus- ja taloustieteellinen vertaileva tutkimus Saksan, Suomen ja EU:n kilpailuoikeudesta, Helsinki 2001. (P. Virtanen 2001)

Virtanen, Pertti, Sopimatonta menettelyä elinkeinotoiminnassa koskeva lainsäädäntö, teoksessa Aalto-Setälä, Ilkka – Aine, Antti – Lehto, Petri – Parikka, Julius – Petäjäniemi-Björklund, Anne – Stenborg, Markku – Virtanen, Pertti, Kilpailulait ja laki julkisista hankinnoista, Helsinki 2008, s. 854–913. (P. Virtanen 2008)

Vuorinen, Jarkko. Patenttipoolit itsesääntelyn ilmentyminä, LM 2007, s. 42–62.

Waelbroeck, Michel, Future Competition Law, teoksessa Ehlerman, Claus Dieter – Laudati, Laraine L. (eds.), European Competition Law Annual 1997, Oxford 1998, s. 585–593.

Wahl, Nils, Konkurrensförhållanden. Om förhållandet mellan EGs konkurrensrätt och nationell konkurrensrätt, Stockholm 1994.

Walkila, Sonya, Yleistä etua palvelevat tavoitteet osana kilpailua rajoittavien vaikutusten arviointia, DL 2008, s. 276–281.

Waverman, Leonard, Competition and/or Trade Policy, teoksessa Hope, Einar – Maeleng, Per (eds.), Competition and Trade Policies. Coherence or conflict?, London 1998, s. 31–45.

Weatherill, Stephen, The Internal Market, teoksessa Peers, Steve – Ward, Angela (eds.), The European Union Charter of Fundamental Rights, Oxford 2004, s. 183–210.

Weatherill, Stephen, Anti-doping revisited – the demise of the rule of ”purely sporting interest”?, (2006) ECLR, s. 645–657.

Weiler, J.H.H., Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision, European Law Journal Vol. 1 1995, s. 219–258.

Werden, Grogory J. – Baumann, Michael G, A Simple Model of Imperfect Competition in which Four are Few but Three are Not, The Journal of Industrial Economics Vol. 34 1986, s. 331–335.

Wernerfelt, Birger, A Resource-based View of the Firm, Strategic Management Journal Vol. 5 1984, s. 171–180.

Wesseling, Rein, Subsidiarity in Community Antitrust Law: Setting the Right Agenda, European Law Review 22 1997, s. 35–54.

Wesseling, Rein, The Commission White Paper on Modernisation of E.C. Antitrust Law: Unspoken Consequences and Incomplete Treatment of Alternative Options, (1999) ECLR, s. 420–433.

Wesseling, Rein, The Modernisation of EC Antitrust Law, Oxford 2000.

Whinston, Michael D., Tying, Foreclosure, and Exclusion, The American Economic Review Vol. 80 No. 4 1990, s. 837–859.

Whish, Richard, Competition Law, Fifth Edition, Oxford 2005.

Wiethölter, Rudolf, Die Position des Wirtschaftsrechts im sozialen Rechtsstaat, teoksessa Coing, Helmut – Kronstein, Heinrich – Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), Wirtschaftsordnung und Rechtordnung. Festschrift zum 70. Geburtstag von Frans Böhm am 16 Februar 1965, Karlsruhe 1965, s. 41–62.

Wightman, Good Faith and Pluralism in the Law of Contract, teoksessa Brownsword, Roger – Hird, Norma J. – Howells, Geraint (eds.), Good Faith in Contract. Concept and Context, Aldershot 1999, s. 41–65.

Wikström, Kauko, Oikeus ja talous. Tutkimus markkinamekanismin normatiivisen ohjaamisen tarpeesta ja mahdollisuuksista – esimerkkinä verotus, Helsinki 1994.
Wikström, Kauko, Miksi oikeuden ja talouden välistä suhdetta kannattaa tutkia?, Oikeus 1995, s. 140–146.
Wilberforce, R.O. – Cambell, Alan – Elles, Neil P.M., The Law of Restrictive Trade Practices and Monopolies, London 1957,
Wilhelmsson, Thomas, Några synpunkter på bensinbranschens dealeravtal, JFT 1973, s. 375–416.
Wilhelmsson, Thomas, Sopimusvapaudesta, Oikeustiede–Jurisprudentia 1978, s. 9–33. (Wilhelmsson 1978a)
Wilhelmsson, Thomas, Om tro och heder i finsk avtalsrätt. Avtalslagen § 33 i rättstillämpningen, Oikeustiede–Jurisprudentia 1978, s. 34–88. (Wilhelmsson 1978b)
Wilhelmsson, Thomas, Vakiosopimus. Sopimussidonnaisuudesta ja kohtuuttomista sopimusehdoista, Helsinki 1985.
Wilhelmsson, Thomas, Social civilrätt. Om behovsorienterade element i kontraktsrättens allmänna läror, Helsinki 1987.
Wilhelmsson, Thomas, Suomen kuluttajansuojajärjestelmä. Yleinen osa, Helsinki 1991.
Wilhelmsson, Thomas, Sosiaalisen siviilioikeuden metodiset lähtökohdat, teoksessa Häyhä, Juha (toim.), Minun metodini, Helsinki 1997, s. 338–358. (Wilhelmsson 1997a)
Wilhelmsson, Thomas, Vastuu ja Yksityisoikeuden Systeemi, LM 1997, s. 1180–1205. (Wilhelmsson 1997b)
Wilhelmsson, Thomas, Good Faith and the Duty of Disclosure in Commercial Contracting – The Nordic Experience, teoksessa Brownsword, Roger – Hird, Norma J. – Howells, Geraint (eds.), Good Faith in Contract. Concept and Context, Aldershot 1999, s. 165–187.
Wilhelmsson, Thomas, Yksityisoikeuden uudet mahdollisuudet, teoksessa Wilhelmsson, Thomas – Häyhä, Juha – Nybergh, Frey – Bärlund, Johan – Junkkari, Tuuli – Viitanen, Klaus – Hakalehto-Wainio, Suvianna – Petrell, Katarina – Kalliomaa-Puha, Laura – Mononen, Marko – Paasilehto, Satu, Pieniä hyviä kertomuksia hyvinvointivaltion siviilioikeudesta, Helsinki 2000, s. 19–44.
Wilhelmsson, Thomas, Senmodern ansvarsrätt. Privaträtt som redskap för mikropolitik, Helsingfors 2001.
Wilhelmsson, Thomas, Sopimusoikeuden eurooppalaistuminen ja oikeudellisten toimijoiden roolit: useampi kokki keittää paremman sopan, LM 2003, s. 1098–1118.
Wilhelmsson, Thomas, Vakiosopimus ja kohtuuttomat sopimusehdot, Helsinki 2008.
Wilhelmsson, Thomas – Hurri, Samuli (eds.), From Dissonance to Sense: Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law, Aldershot 1999.
Wilhelmsson, Thomas – Häyhä, Juha – Nybergh, Frey – Bärlund, Johan – Junkkari, Tuuli – Viitanen, Klaus – Hakalehto-Wainio, Suvianna – Petrell, Katarina – Kalliomaa-Puha, Laura – Mononen, Marko – Paasilehto, Satu, Pieniä hyviä kertomuksia hyvinvointivaltion siviilioikeudesta, Helsinki 2000.
Wilhelmsson, Thomas – Kaukonen, Katariina (toim.), Euroopan integraatio ja sosiaalinen sopimusoikeus, Helsinki 1993.
Willgerodt, Hans, Die gesellschaftliche Aneignung privater Leistungserfolge als Grundelement der wettbewerblichen Marktwirtschaft, teoksessa Sauermann, Heinz – Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung. Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag, Tübingen 1975, s. 687–705.
Williamson, Oliver E., Market and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications. A Study in the Economics of Internal Organization, New York 1983.
Williamson, Oliver E., The Economic Institutions of Capitalism. Firms, Markets, Relational Contracting, New York 1985.

Williamson, Oliver E., The Mechanisms of Governance, New York 1996.
Willimsky, Sonya Margaret, The Concept(s) of Competition, (1997) ECLR, s. 54–57.
Wils, Wouter P.J., Self-incrimination in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis, World Competition 26 2003, s. 567–588.
Wils, Wouter P.J., The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis, World Competition 27 2004, s. 201–224.
Wils, Wouter P.J., Principles of European Antitrust Enforcement, Oxford 2005.
Winter, Sidney G., Understanding Dynamic Capabilities, Strategic Management Journal 24 2003, s. 991–995.
Woll, Artur, Freiheit und Ordnung: Die gesellschaftspolitische Leitidee im Denken von Walter Eucken und Friedrich A. von Hayek, ORDO Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft Band 40 1989, s. 87–97.
Würdinger, Hans, Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht, WuW 1953, s. 721–744.
Zitting, Simo, Omistajanvaihdoksesta silmällä pitäen erityisesti lainhuudatuksen vaikutuksia, Helsinki 1951.
Åhman, Karin, Egendomsskyddet. Äganderätten enligt artikel 1 första tilläggsprotokollet till den Europeiska konventionen om de mänskliga fri- och rättigheterna, Uppsala 2000.
Ämmälä, Tuula, Oikeustoimen hyvän tavan vastaisuudesta, Saarnilehto, Ari (toim.), Hyvän tavan vastaisuudesta. Yksityisoikeudellisia kirjoituksia, Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja B. Muut kokoomateokset N:o 2, Turku 1993, s. 5–47. (Ämmälä 1993a)
Ämmälä, Tuula, Sopimuksen pätemättömyyden korjaantumisesta. Oikeustoimilain pätemättömyysperiaatteita koskeva tutkimus, Helsinki 1993. (Ämmälä 1993b)
Ämmälä, Kielloista käskyihin – heikomman suojaa koskevien normien kehittymisestä, teoksessa Saarnilehto (toim.), Heikomman suojasta, Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja B. Muut kokoomateokset N:o 4, Turku 1995, s. 241–297.
Ämmälä, Tuula, Uudistunut kuluttajansuoja, Helsinki 1996.

VIRALLISJULKAISUT

Suomi

HE 212/1972 vp, Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi taloudellisen kilpailun edistämisestä.
HE 114/1978 vp, Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa ja markkinatuomioistuimesta annetun lain muuttamisesta.
HE 247/1981 vp, Hallituksen esitys Eduskunnalle oikeustoimen kohtuullistamista koskevaksi lainsäädännöksi.
HE 148/1987 vp, Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi kilpailunrajoituksista.
HE 162/1991 vp, Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi kilpailunrajoituksista.
HE 39/1993 vp, Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi elinkeinonharjoittajien välisten sopimusehtojen sääntelystä ja markkinatuomioistuimesta annetun lain muuttamisesta.
HE 309/1993 vp, Hallituksen esitys Eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.
HE 243/1997 vp, Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi kilpailunrajoituksista annetun lain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta.

HE 11/2004 vp, Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi kilpailunrajoituksista annetun lain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta.
HE 32/2008 vp, Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi kuluttajansuojalain 2 luvun muuttamisesta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
HE 88/2010 vp, Hallituksen esitys Eduskunnalle kilpailulaiksi.
KM 1987:4. Kilpailu- ja hintakomitean mietintö.
KM 1990:20. Oikeustoimilakitoimikunnan mietintö.
Lainvalmistelukunnan julkaisuja 2/1925. Ehdotus laiksi varallisuusoikeudellisista sopimuksista ja muista varallisuusoikeudellisista oikeustoimista.

EU

Commission of the European Economic Community. Commission Ist Report on Competition Policy 1972. Published in conjunction with the Vth General Report on the Activities of the European Communities Brussels – Luxembourg 1972.
Commission of the European Economic Community. Commission IXth Report on Competition Policy 1972. Published in conjunction with the XIIIth General Report on the Activities of the European Communities Brussels – Luxembourg 1980.
Commission of the European Economic Community. Commission XIIth Report on Competition Policy 1972. Published in conjunction with the XVIth General Report on the Activities of the European Communities Brussels – Luxembourg 1983.
Commission of the European Economic Community. Commission XIVth Report on Competition Policy 1972. Published in conjunction with the XVIIIth General Report on the Activities of the European Communities Brussels – Luxembourg 1985.
Commission of the European Economic Community. Commission XVIst Report on Competition Policy 1986. Published in conjunction with the XXth General Report on the Activities of the European Communities Brussels – Luxembourg 1987.
Commission of the European Communities. Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy, 22.1.1997, COM (96) 721 final.
DG Competition Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Brussels December 2005.
European Commission. Commission XXVth Report on Competition Policy 1995. Published in conjunction with the General Report on the Activities of the European Communities 1995. Brussels – Luxembourg 1996.
European Commission. Commission XXVIth Report on Competition Policy 1996. Published in conjunction with the General Report on the Activities of the European Communities 1996. Brussels – Luxembourg 1997.
European Commission. Commission XXVIIth Report on Competition Policy 1972. Published in conjunction with the XVIth General Report on the Activities of the European Communities Brussels – Luxembourg 1998.
Komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta, EYVL C 372, 9.12.1997
Komission tiedonanto Suuntaviivat EY:n perustamissopimuksen 81 artiklan soveltamisesta horisontaalista yhteistyötä koskeviin sopimuksiin, 2001/C 3/02, EYVL 6.1.2001 C 3/2.
Komission tiedonanto vähämerkityksellisistä sopimuksista, jotka eivät Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 81 artiklan 1 kohdassa tarkoitetulla tavalla rajoita tuntuvasti kilpailua (de minimis -tiedonanto), 2001/C 368/07, EYVL 22.12.2001 C 368/13.

Komission tiedonanto Euroopan Parlamentille ja Neuvostolle, Euroopan sopimusoikeuden yhtenäistäminen, Toimintasuunnitelma, 2003/C 63/01.
Komission tiedonanto Keskittymiin suoraan liittyvistä ja niiden kannalta välttämättömistä rajoituksista, 2005/C 56/03, EYVL 5.3.2005 C 56/24.
Komission tiedonanto Suuntaviivat perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan soveltamisesta, EYVL 27.4.2004 C 101/97.
Komission tiedonanto Ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen, 9.2.2009, K(2009) 864 lopullinen, EYVL 24.2.2009 C 45/7.
Komission tiedonanto Suuntaviivat vertikaalisista rajoituksista, 19.5.2010, OJ C 130, s. 1.
Valkoinen kirja EY:n perustamissopimuksen 85 ja 86 artiklan soveltamissääntöjen uudistamisesta, Komission ohjelma 99/027, EYVL 12.5.1999 C 132, s. 1.

Yhdysvallat

U.S. Department of Justice, Competition and Monopoly: Single-firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act (2008).

Lyhenteet

CMLR	Common Market Law Reports
CMLRev	Common Market Law Review
DL	Defensor Legis
ECLR	European Competition Law Review
ECR	European Courts Reports
EU	Euroopan unioni
EU-sopimus	Euroopan unionista tehty sopimus
EUT-sopimus	Euroopan unionin toiminnasta tehty sopimus
ETY	Euroopan talousyhteisö
EY	Euroopan yhteisö
HE	hallituksen esitys
JFT	Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
JITE	Journal of Institutional and Theoretical Economics
KHO	korkein hallinto-oikeus
KKO	Korkein oikeus
KM	komiteanmietintö
LM	Lakimies
OJ	Official Journal
OK	oikeudenkäymiskaari
PeVL	perustuslakivaliokunnan lausunto
TaVM	talousvaliokunnan mietintö
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb

I
JOHDANTO

1 Yleistä

Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden suhteet muodostavat tämän tutkimuksen keskeisen kohteen ja samalla jännitteen. Suhteita on mahdollista kuvata kaarina, jotka rakentuvat kummankin oikeudenalan sisällöllisestä aineksesta. Tutkimuksen kohde liittyy nimenomaan näiden kaarien väliseen suhteeseen. Tutkimuksessa tarkastellaan, voidaanko kaaret nähdä keskenään yhdensuuntaisina vai ovatko ne keskenään ristikkäisiä. Tällä tavoin oikeustieteellinen tutkimus täyttää tehtävänsä oikeusjärjestyksen systematisoijana. Systematisointi on omiaan parantamaan oikeusjärjestyksen johdonmukaisuutta. Lisäksi systematisoinnista kumpuavat ajatukset auttavat jäsentämään yksittäisten oikeudellisten ongelmien taustaa ja luovat perustan ongelmien kestävälle ratkaisemiselle.

Sopimusoikeudella ja kilpailuoikeudella on useita leikkauspisteitä. Kilpailuoikeudessa säännellään eri tavoin yksilöiden välisiä sopimussuhteita. Perustava jaottelu voidaan tältä osin tehdä markkinakäyttäytymisen ja rakenteellisen valvonnan välille. Markkinakäyttäytymisen valvonta kohdistuu yritysten väliseen kilpailua rajoittavaan yhteistyöhön ja määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön. Rakenteellinen valvonta koskee puolestaan yrityskauppojen ja muiden yrityskeskittymien sääntelyä markkinoiden toimivuuden takaamiseksi. Tässä tutkimuksessa keskitytään arvioimaan sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden suhteita markkinakäyttäytymisen valvonnan säännösten eli kartellikiellon ja määräävän markkina-aseman väärinkäytön kiellon muodostamassa taustassa.

Markkinakäyttäytymisen valvonnan ytimeen kuuluvat EUT-sopimuksen 101 artiklan kartellikielto ja 102 artiklan määräävän markkina-aseman väärinkäytön kielto.[1] EUT-sopimuksen 101 artiklan mukaan:

> Yhteismarkkinoille soveltumattomia ja kiellettyjä ovat sellaiset yritysten väliset sopimukset, yritysten yhteenliittymien päätökset sekä yritysten yhdenmukaistetut menettelytavat, jotka ovat omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan ja joiden tarkoituksena on estää, rajoittaa tai vääristää kilpailua yhteismarkkinoilla tai joista seuraa, että kilpailu estyy, rajoittuu tai vääristyy yhteismarkkinoilla, ja erityisesti sellaiset sopimukset, päätökset ja menettelytavat:

[1] EY:n perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklasta tuli Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (EUT-sopimuksen) 101 ja 102 artikla 1. päivänä joulukuuta 2009. Kyseiset artiklat ovat olennaisesti yhdenmukaiset. Jatkossa viittauksella Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 ja 102 artiklaan tarkoitetaan viittausta EY:n perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklaan.

a) joilla suoraan tai välillisesti vahvistetaan osto- ja myyntihintoja taikka investointeja;
b) joilla rajoitetaan tai valvotaan tuotantoa, markkinoita, teknistä kehitystä taikka muita kauppaehtoja;
c) joilla jaetaan markkinoita tai hankintalähteitä;
d) joiden mukaan eri kauppakumppaneiden samankaltaisiin suorituksiin sovelletaan erilaisia ehtoja kauppakumppaneita epäedulliseen kilpailuasemaan asettavalla tavalla;
e) joiden mukaan sopimuksen syntymisen edellytykseksi asetetaan se, että sopimuspuoli hyväksyy lisäsuoritukset, joilla niiden luonteen vuoksi tai kauppatavan mukaan ei ole yhteyttä sopimuksen kohteeseen.

Tämän artiklan mukaan kielletyt sopimukset ja päätökset ovat mitättömiä.

Voidaan kuitenkin julistaa, että 1 kohdan määräykset eivät koske
– yritysten välistä sopimusta tai yritysten välisten sopimusten ryhmää,
– yritysten yhteenliittymän päätöstä tai yritysten yhteenliittymien päätösten ryhmää,
– yhdenmukaistettua menettelytapaa tai yhdenmukaistettujen menettelytapojen ryhmää,
joka osaltaan tehostaa tuotantoa tai tuotteiden jakelua taikka edistää teknistä tai taloudellista kehitystä jättäen kuluttajille kohtuullisen osuuden näin saatavasta hyödystä:
a) asettamatta asianomaisille yrityksille rajoituksia, jotka eivät ole välttämättömiä mainittujen tavoitteiden saavuttamiseksi;
b) antamatta näille yrityksille mahdollisuutta poistaa kilpailua merkittävältä osalta kysymyksessä olevia tuotteita.

EUT-sopimuksen 101 artiklan yritysten välistä kilpailua rajoittavaa yhteistoimintaa koskevan kiellon soveltaminen voidaan jakaa kolmeen osaan. Ensinnäkin 101(1) artiklassa määritellään edellytykset, jotka yritysten välisen yhteistoiminnan kieltämiselle on asetettu. EUT-sopimuksen 101(1) artiklan soveltaminen edellyttää, että kysymyksessä on kahden tai useamman yrityksen välinen toiminta, joka ilmenee sopimuksena, päätöksenä tai yritysten yhdenmukaistettuina menettelytapoina. Järjestelyn tarkoituksena tai vaikutuksena tulee olla kilpailun rajoittuminen yhteismarkkinoilla. Järjestelyllä on oltava tosiasiallisesti tai mahdollisesti vaikutuksia jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.

Soveltamisen toisen osan muodostavat 101(1) artiklan rikkomisen seuraukset; 101(2) artiklassa on säännelty yritysten välisen kielletyn yhteistyön yksityisoikeudellisista seuraamuksista. Tämän lisäksi on otettava huomioon ne valtuudet ja keinot, jotka 101 artiklan tehokkaaksi toteuttamiseksi on annettu EU:n kilpailuoikeuden soveltamisasetuksessa (1/2003). Nämä seuraamukset ovat luonteeltaan julkisoikeudellisia. EUT-sopimuksen 101(3) artiklassa säännellään mahdollisuudesta poiketa 101(1) artiklan kiellosta. Tulevassa tarkastelussa keskitytään erityisesti EUT-sopimuksen 101(1) ja 101(3) artiklaan.[2] Nämä säännökset sisäl-

[2] Ks. luku IV.2.

tävät mekanismeja, joiden avulla voidaan sovittaa yhteen kilpailuoikeudellisia ja sopimusoikeudellisia näkökohtia.

EUT-sopimuksen 101 artikla kohdistuu kahden tai useamman kilpailuoikeudellisen yrityksen toimintaan. EU:n kilpailuoikeudessa on katsottu tarpeelliseksi säännellä myös yritysten yksipuolisia menettelyitä markkinoilla. Soveltamiskynnys on kuitenkin nostettu korkealle, sillä sääntely koskee määräävässä markkina-asemassa olevaa yritystä. EUT-sopimuksen 102 artiklan mukaan:

> Yhteismarkkinoille soveltumatonta ja kiellettyä on yhden tai useamman yrityksen määräävän markkina-aseman väärinkäyttö yhteismarkkinoilla tai niiden merkittävällä osalla, jos se on omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.
>
> Tällaista väärinkäyttöä voi olla erityisesti:
>
> a) kohtuuttomien osto- ja myyntihintojen taikka muiden kohtuuttomien kauppaehtojen suora tai välillinen määrääminen;
> b) tuotannon, markkinoiden tai teknisen kehityksen rajoittaminen kuluttajien vahingoksi;
> c) erilaisten ehtojen soveltaminen eri kauppakumppaneiden samankaltaisiin suorituksiin kauppakumppaneita epäedulliseen kilpailuasemaan asettavalla tavalla;
> d) sen asettaminen sopimuksen syntymisen edellytykseksi, että sopimuspuoli hyväksyy lisäsuoritukset, joilla niiden luonteen vuoksi tai kauppatavan mukaan ei ole yhteyttä sopimuksen kohteeseen.

EUT-sopimuksen 102 artiklan soveltaminen voidaan nähdä vaiheittaisena prosessina, jonka osat voivat käytännössä limittyä toisiinsa.[3] Jaottelulla on kuitenkin 102 artiklan arviointia systematisoiva vaikutus. Soveltamisen ensimmäisessä vaiheessa on tutkittava, onko tarkastelun kohteena oleva yritys määräävässä markkina-asemassa erikseen rajatuilla markkinoilla. Sen jälkeen on arvioitava yrityksen käyttäytymistä markkinoilla suhteessa määräävän markkina-aseman väärinkäytön sääntelyyn. EUT-sopimuksen 102 artiklassa ei sinällään kielletä määräävässä markkina-asemassa olemista vaan määräävän markkina-aseman väärinkäyttäminen. EUT-sopimuksen 102 artiklan soveltamisen yhteydessä on myös tutkittava, vaikuttaako määräävän markkina-aseman väärinkäyttäminen EU:n jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Vain näiden kaikkien edellytysten täyttyessä voidaan 102 artiklaa soveltaa kilpailua rajoittavaan toimintaan.

EUT-sopimuksen 102 artiklassa ei ole nimenomaista säännöstä, joka mahdollistaisi poikkeamisen määräävän markkina-aseman väärinkäytön kiellosta. Sääntelykehikko eroaa tältä osin perustamissopimuksen 101 artiklasta. EUT-sopimuksen 102 artiklan soveltamisessa voidaan kuitenkin tosiasiassa punnita kilpailua edistäviä ja niitä rajoittavia seikkoja keskenään. Jatkossa on erikseen käsitel-

---

[3] Ks. EUT-sopimuksen 102 artiklan soveltamisen jäsentämisestä esim. Bishop – Walker 2010, s. 223–226.

tävä, millä tavoin sopimusoikeudelliset näkökohdat voidaan ottaa huomioon 102 artiklan soveltamisessa.[4] Tarkastelun on perustuttava oikeudellisen viitekehyksen ominaispiirteiden vuoksi oikeuskäytäntöön sekä oikeustieteellisessä ja muussa tutkimuksessa esitettyihin näkökantoihin.

Kansalliset markkinakäyttäytymisen valvontaa koskevat säännökset harmonisoitiin 1.5.2004 vastaamaan käytännössä EUT-sopimuksen 101 ja 102 artiklaa.[5] Keskeinen poikkeus liittyy vaatimukseen jäsenvaltioiden väliseen kauppaan kohdistuvasta vaikutuksesta kartellikiellon ja määräävän markkina-aseman väärinkäytön kiellon soveltamisedellytyksenä; kauppakriteeriä ei ole kansalliseen sääntelyymme luonnollisista syistä omaksuttu. Jatkossa arvioidaan sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden välisiä suhteita myös kilpailunrajoituslain kannalta, mutta tarkastelun lähtöpisteenä on sääntelyasetelman seurauksena useimmiten EU:n kilpailuoikeus. Esitetyt ratkaisumallit ja tulkintasuositukset soveltuvat lähtökohtaisesti sekä EU:n kilpailuoikeuden että kansallisen kilpailulainsäädäntömme alueella

---

4 Ks. luku IV.2.

5 Ks. tarkemmin HE 11/2004 vp, s. 31–34. Hallitus on antanut Eduskunnalle 11.6.2010 esityksen kilpailulaiksi (88/2010 vp), joka tarkoittaa kansallisen lainsäädäntörakenteen uudistamista siten, että kilpailunrajoituslain 4 §:n kartellikielto muuttuisi kilpailulain 5 §:ksi, kilpailunrajoituslain 5 §:n poikkeussäännös kilpailulain 6 §:ksi ja kilpailunrajoituslain 6 §:n määräävän markkina-aseman väärinkäytön kielto kilpailulain 7 §:ksi. Lainsäädäntöuudistus ei merkitse muutosta em. säännösten materiaaliseen sisältöön. Ks. tältä osin HE 88/2010 vp, s. 56. Tässä teoksessa noudatetaan 31.12.2010 voimassa olleen sääntelyn eli kilpailunrajoituslain säädösnumerointia.

2 Tutkimuksen tausta ja tehtävä

Kilpailuoikeudessa asetetaan puitteita yksilöiden välisen sopimustoiminnan harjoittamiselle, jotta markkinoiden toimivuus voidaan taata. Kilpailuoikeudellisen sääntelyn keinoin rajataan niitä mahdollisuuksia, joita yksilöillä on keskinäisten suhteidensa järjestämiseen markkinoilla. Kilpailuoikeudellinen sääntely kohdistuu myös yksipuolisiin menettelyihin markkinoilla. Tällöin rajataan muun ohella määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen mahdollisuuksia operoida sopimusperustaisesti markkinoilla. Kilpailuoikeuden ja sopimusoikeuden välinen suhde näyttäytyy tässä katsannossa interventionistisena. Toisaalta on muistettava, että sopimuksia ei solmita tyhjiössä. Markkinoiden toimivuus on keskeinen edellytys sopimustoiminnalle. On mahdollista puhua yksilöillä olevien oikeuksien ja toimintamahdollisuuksien käyttämisen mielekkäistä olosuhteista. Tämä ulottuvuus on otettava huomioon myös oikeusjärjestyksen kokonaisvaltaisessa jäsentämisessä.

Kilpailuoikeuden kieltojen rikkomisen seuraukseksi on asetettu huomattavia seuraamuksia. Julkisoikeudelliset sanktiot, sakot ja seuraamusmaksut, voivat nousta aina kymmeneen prosenttiin kilpailunrajoituksen osapuolten maailmanlaajuisesta vuosittaisesta liikevaihdosta. Tämän lisäksi kielletystä kilpailunrajoituksesta voi aiheutua yksityisoikeudellisia seuraamuksia. Kilpailua rajoittavat sopimukset ovat pätemättömiä, ja kilpailulainsäädäntöä rikkoneella on velvollisuus korvata aiheuttamansa vahinko. Kilpailuoikeuden sanktioiden laatu ja laajuus johtavat siihen, että sääntelyn kohteina olevien yritysten on otettava vakavasti kilpailuoikeudessa määritellyt puitteet sopimustoiminnalle. Kilpailuoikeuden ja sopimusoikeuden rajapinta on jäsennettävä huolellisesti yritystasolla; kilpailuoikeuden soveltamiseen liittyvien mahdollisten epävarmuustekijöiden hallinnan oltava kattavaa ja ennakollista.

Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden välisten suhteiden systemaattinen jäsentäminen on välttämätöntä sekä yksilöiden että oikeusjärjestyksen muodostaman kokonaisuuden kannalta. On kyettävä luomaan kestävä tarkastelukehikko arvioinnille. Tarkastelukehikko ei voi perustua yksinomaan yksittäisten säännösten tuntemiseen. On siirryttävä oikeuden pintatasoa syvemmälle. Yleisen taustan arvioinnille tarjoaa yhteiskunnan perusrakenne, jonka osiksi oikeus ja talous voidaan määrittää. Näin on mahdollista tarkastella sopimuksen ja kilpailun sekä niitä koskevan oikeudellisen sääntelyn merkitystä taloudessa. Arviointi ei voi kuitenkaan pysähtyä yhteiskunnan perusrakenteisiin, vaan siinä on mentävä oikeudenalakohtaista sääntelyä kohti. On hahmotettava sekä sopimusoikeuden että

kilpailuoikeuden taustalla olevat arvot ja tavoitteet. Näin varmistetaan edellytykset kummankin oikeudenalan johdonmukaiselle soveltamiselle. Omaksuttu kokonaisvaltainen tarkastelutapa ei sulje pois mahdollisuutta yksittäisten säännösten ja soveltamistilanteiden tarkastelemiseen. Päinvastoin yleisen yhteiskunnallisen ja oikeudenaloja koskevan taustan jälkeen on tarkasteltava sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden konkreettisia leikkauspisteitä. Oikeuden pintatason kautta kuva sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden leikkauspisteistä täsmentyy merkittävällä tavalla.

Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden välisten suhteiden arvioinnissa lähdetään liikkeelle kansallisesta oikeusjärjestyksestämme. EU-oikeus muodostaa osan arvioinnin viitekehystä; erityisesti kilpailuoikeudessa EU-oikeudellisen taustan jäsentäminen osaksi harkintaa on välttämätöntä. Näin määriteltyä tutkimuksellista perustaa voidaan hyödyntää arvioitaessa mahdollisuuksia tutkimuskohdetta koskevien yleisten havaintojen tekemiseen. Arvioinnissa on kuitenkin syytä edetä varoen, koska oikeusjärjestyksien erot ovat usein merkityksellisiä sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden välisten suhteiden jäsentämisessä. Tutkimustehtävän toteuttamisessa ei ole perusteltua pysähtyä ainoastaan kuvaamaan sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden suhteita koskevan vallitsevan oikeustilan sisältöä. Oikeustieteelliselle tutkimukselle on tyypillistä sen normatiivisuus. On mahdollista luonnehtia, että normatiivisuus on sisäänrakennettuna oikeustieteelliseen tarkasteluun.

Suomalaisessa kilpailuoikeudellisessa tutkimuksessa on tarkasteltu varsin rajallisesti sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden yhteensovittamiseen liittyviä kysymyksiä. Petri Kuoppamäen laajassa ja monialaisessa väitöskirjassa on käyty keskustelua yhteiskunnan perusrakenteesta sekä oikeuden ja talouden välisistä suhteista.[6] Lisäksi Kuoppamäen väitöskirjassa on tarkasteltu mielenkiintoisella tavalla markkinavoiman määrittelyä ja joitakin yksittäisiä tämän esityksen kannalta merkityksellisiä soveltamiskysymyksiä (esimerkiksi rule of reason -harkinta). Pertti Virtasen väitöskirjassa käsitellään määräävän markkina-aseman kontrollointia.[7] Virtasen väitöskirjaa on ollut mahdollista hyödyntää jäljempänä joidenkin yksittäisten tutkimuskysymysten arvioinnissa. Tuomas Myllyn tuoreessa väitöskirjassa on omaksuttu kilpailuoikeudellisiin tutkimuskysymyksiin osin tämän esityksen kanssa samankaltainen kokonaisvaltainen lähestymistapa.[8] Hänen tutkimuksensa kohdentuu kuitenkin kilpailuoikeuden ja immateriaalioikeuden rajapintaan, mikä on omiaan vaikuttamaan eriyttävästi tutkimuskysymysten muodostamiseen ja arviointiin. Kilpailun taloustieteen puolella merkkipaalun

---

6 Kuoppamäki 2003.
7 P. Virtanen 2001.
8 Mylly 2010.

taloudellisen ja oikeudellisen aineksen yhdistämisessä muodostaa Martti Virtasen väitöskirja.[9] Sillä on ollut oma vaikutuksensa myös Kuoppamäen omaksuman markkinavoiman arviointikehikon luomiseen. Martti Virtasen väitöskirjaa on hyödynnetty tässä tutkimuksessa erityisesti yhteiskunnan perusrakennetta sekä eklektistä tutkimusmetodia koskevin osin.

Sopimusoikeudellisessa tutkimuksessa on vain vähäisessä määrin käsitelty nimenomaisesti sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden leikkauspisteitä.[10] Sopimusoikeudessa on toki vanhastaan tunnistettu sopimustoiminnan ja markkinoiden toimivuuden väliset yhteydet. Esimerkkinä tästä voidaan mainita luottamusperiaatetta koskeva keskustelu.[11] Joitakin poikkeuksia on löydettävissä. Juha Karhun tuotanto on monella tavoin keskeinen taustatekijä tälle esitykselle. Hänen väitöskirjassaan tarkastellaan mielenkiintoisella tavalla sopimusoikeuden arvo- ja tavoiteperustaa sekä avataan mahdollisia periaatteiden yhteensovittamismekanismeja.[12] Karhun teoksessa Uusi varallisuusoikeus käsitellään innovatiivisesti sopimustoiminnan ja markkinoiden välisiä yhteyksiä.[13] Teoksessa luodaan myös reittejä sopimusoikeuden perusoikeuspohjaiseen jäsentämiseen. Lars Erik Taxellin tuotannossa on käsitelty tämän esityksen kannalta merkityksellisellä tavalla oikeuden ja talouden keskinäisiä suhteita sekä sopimusoikeuden ominaispiirteitä.[14] Taxellin tuotanto muodostaa yhdessä Karhun teosten kanssa keskeisen sopimusoikeudellisen lähtökohdan tälle esitykselle.

Kilpailuoikeuden ja sopimusoikeuden välisiä suhteita on tarkasteltu kansainvälisessä tutkimuksessa vaihtelevassa laajuudessa. Tarkastelu on suuntautunut asetelman yleisten lähtökohtien lisäksi yksittäisiin soveltamiskysymyksiin. Kansainvälistä keskustelua on hyödynnetty tämän esityksen eri vaiheissa.[15] Kansainvälisessä keskustelussa esitettyjen puheenvuorojen käyttökelpoisuutta vähentää se, että erityisesti sopimusoikeuden osalta yhteys kansalliseen oikeusjärjestykseen on tiivis. Tehtyjen johtopäätösten hyödyntäminen toisessa oikeusjärjestyksessä voi olla haasteellista.[16] Tutkimuksen on oltava avoin kansainvälisille vaikutteille, mutta siinä on myös muistettava institutionaalisista puitteista seuraavat vaatimukset.

Oikeustieteelliselle tutkimukselle on ominaista sen traditiosidonnaisuus: se lähtee liikkeelle aiemmista puheenvuoroista. Niin nytkin. Kilpailuoikeudellises-

---

9 M. Virtanen 1998.
10 Ks. esim. Rudanko 1996, s. 25–26.
11 Ks. esim. af Hällström.
12 Pöyhönen 1988.
13 Pöyhönen 2000.
14 Taxell 1972, Taxell 1976, ja Taxell 1997.
15 Ks. saksalaisesta keskustelusta esim. Nörr 1994.
16 Tilanne on edelleen tällainen, vaikka joitakin hankkeita eurooppalaisen sopimusoikeuden kodifioimiseen on ollut ja on vireillä. Ks. esim. Lando – Beale ja von Bar – Clive.

sa tai sopimusoikeudellisessa tutkimuksessa on käytetty tämän tutkimuksen kannalta arvokkaita puheenvuoroja, joita voidaan hyödyntää tutkimuksessa. Puheenvuorot ovat valtaosin pohjautuneet joko sopimusoikeudelliseen tai kilpailuoikeudelliseen viitekehykseen, mikä on asettanut haasteita asetelman kattavalle jäsentämiselle. Keskustelusta on puuttunut esitys, jossa kokonaisvaltaisesti mutta samalla riittävän yksityiskohtaisesti muodostetaan yleinen arviointikehikko sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden välisten suhteiden jäsentämiseen. Kokonaiskuvan muodostaminen ja samalla yleisen arviointikehikon luominen ovat keskeisiä tehtäviä käsillä olevalle tutkimukselle. Yleinen arviointikehikko antaa edellytykset sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden systemaattiselle soveltamiselle, mikä on keskeistä sekä oikeusjärjestyksen yhtenäisyyden että yksilöiden oikeusasemien kannalta.

3 Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden keskinäisten suhteiden jäsentäminen

3.1 YLEISTÄ

Tässä tutkimuksessa tarkastellaan sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden keskinäisiä suhteita. Keskeinen tutkimustehtävä koskee sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden välisen kokonaiskuvan muodostamista. On tutkittava, millaisten sääntelyideoiden varaan yhtäältä sopimusoikeus ja toisaalta kilpailuoikeus rakentuvat sekä miten nämä sääntelyideat suhtautuvat toisiinsa. Tällä tavoin voidaan löytää kestävä perusta sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden sovittamiselle yhteen. Yksittäisiä soveltamiskysymyksiä ei ole mahdollista käsitellä johdonmukaisesti ilman, että tunnetaan oikeudellinen sääntelytausta. Kokonaiskuva luo perustan, jonka varassa soveltamistilanteita voidaan jäsentyneesti arvioida. Yleisestä on edettävä erityiseen.

Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden keskinäiset suhteet muodostavat moniulotteisen kokonaisuuden. Samaa asiakokonaisuutta lähestytään kahden oikeudenalan näkökulmasta. Karhu on käyttänyt termiä *oikeudelliset päällekkäisongelmat* viittaamaan siihen, että useat normistot soveltuvat samaan ongelmaan ja tarjoavat itsenäisen ratkaisumallin.[17] Päällekkäisongelmille on tyypillistä, että rinnakkaisten normistojen soveltamisen lopputulokset poikkeavat ainakin jossain määrin toisistaan.[18] Kyse on oikeusjärjestyksen toiminnan kannalta potentiaalisista vaaranpaikoista. Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden leikkauspisteitä voidaan pitää tyypillisinä päällekkäisongelmien alueina. Leikkauspisteissä joudutaan punnitsemaan sekä sopimusoikeudellisia että kilpailuoikeudellisia argumentteja keskenään. Pelkkä rajautuminen toiseen normistoon ei lähtökohtaisesti tuota onnistunutta lopputulosta. Tutkimusongelmia on kyettävä peilaamaan rinnakkaisista näkökulmista.

Päällekkäisongelmat eivät useinkaan ole suoraviivaisesti ratkaistavissa. Ratkaisua päällekkäisongelmiin ei tyypillisesti saavuteta yksittäisiä oikeusnormeja

---

[17] Ks. tarkemmin Pöyhönen 2000, s. 10 ja 14.

[18] Päällekkäisongelmia on mahdollista luonnehtia eri tavoin. Keskeisen tyyppitilanteen muodostavat tapaukset, joissa rinnakkaisten normistojen soveltaminen johtaa toisistaan perustavalla tavalla poikkeaviin lopputuloksiin. Käytännössä myös lievemmät eroavaisuudet ovat mahdollisia: normistojen rinnakkainen soveltaminen voi johtaa ratkaisumallien osittaiseen eriytymiseen.

kaavamaisesti soveltamalla. On mahdollista puhua kiperistä tapauksista.[19] Päällekkäisongelmat asettavat erityisen haasteen oikeustieteelliselle tutkimukselle. Pelkkä lainsäädännön ja muun lainopillisen aineksen pistemäinen tarkasteleminen ei riitä, vaan arvioinnissa on siirryttävä oikeuden pintatason alle, jotta tutkimustehtävä tulee asianmukaisesti täytetyksi.

Oikeustieteen keskeinen mahdollisuus tutkimusongelmien ratkaisemisessa liittyy oikeudellisen aineiston jäsentämiseen. Oikeustiede kykenee parhaimmillaan muodostamaan systemaattisen kokonaiskuvan siitä taustasta, johon oikeudelliset ongelmat sijoittuvat. Systematisointi on yksi oikeustieteen perustehtävistä.[20] Systematisointi kytkeytyy tiiviisti myös oikeustieteen ratkaisu- ja tulkintatehtävään: systematisointi sekä ratkaisu- ja tulkintatehtävä ovat vuorovaikutussuhteessa keskenään. Systemaattinen kehys luo olennaiset edellytykset ratkaisu- ja tulkintatehtävän onnistumiselle. Systematisoinnin merkitys korostuu erityisesti silloin, kun ratkaistavat ongelmat ovat moniulotteisia. Vastaavasti ratkaisu- ja tulkintatoiminnassa syntyy impulsseja, joita voidaan hyödyntää systematisoinnissa.

3.2 SYSTEMATISOINTI

3.2.1 Systematisoinnin sisältö ja merkitys

Systematisointi luo edellytykset oikeusjärjestyksen johdonmukaisuuden toteuttamiselle. Johdonmukaisuutta voidaan tarkastella ainakin kahdessa eri merkityksessä. On mahdollista puhua oikeusjärjestyksen konsistenssista ja koherenssista.[21] Konsistenssilla tarkoitetaan oikeusjärjestyksen loogista ristiriidattomuutta, kun koherenssilla puolestaan viitataan oikeusjärjestyksen sisällölliseen johdonmukaisuuteen.

Konsistenssilla tarkoitetaan oikeusnormien keskinäistä muodollista ristiriidattomuutta. Oikeusjärjestystä ja oikeusnormien suhteita tarkastellaan lähtökohtaisesti formaalissa viitekehyksessä, jossa ei erikseen oteta kantaa oikeuden sekä sen taustalla olevien arvojen ja tavoitteiden välisiin yhteyksiin. Konsistenssi on kytkettävissä ajatukseen, jonka mukaan oikeusjärjestyksen nähdään koostuvan soveltamisalueeltaan ja sisällöltään tarkkarajaisesti määriteltävissä olevista oi-

---

[19] Ks. kiperistä tapauksista yleisesti esim. Tuori 2007, s. 124–125.

[20] Ks. oikeustieteen tehtävistä esim. Tuori 2000, s. 303 ja 309–310.

[21] Tämän laajasti omaksutun käsiteparin on tuonut oikeusperiaatteita koskevaan keskusteluun Neil MacCormick. Ks. tarkemmin MacCormick 1978, s. 107–108 ja 152–154, ja MacCormick 1982, s. 137–138.

keussäännöistä.[22] Oikeusnormien keskinäiset ristiriitatilanteet ratkaistaan soveltamalla erilaisia standardeja (kuten lex superior, lex posterior, lex specialis), jotka ylläpitävät oikeusjärjestyksen loogista johdonmukaisuutta.[23]

Koherenssiin sisältyy konsistenssista poikkeava näkemys oikeusjärjestyksen rakenteesta: oikeus nähdään sisällöllisenä järjestelmänä.[24] Pelkkä muodollinen ristiriidattomuus ei ole riittävää, vaan oikeusjärjestyksen johdonmukaisuus edellyttää oikeusnormien sekä niiden taustalla olevien arvojen ja tavoitteiden välisten suhteiden jäsentämistä. Oikeusjärjestys on hahmotettava sisällöllisesti mielekkäänä kokonaisuutena.[25] Oikeusjärjestyksen ristiriidattomuus ilmenee oikeusnormien arvo- ja tavoitesisällön johdonmukaisuutena. Oikeusnormien keskinäisten suhteiden jäsentäminen vaatii, että kunkin oikeusnormin sisällöllinen merkitys konkretisoidaan yksittäistapauksessa ja että näitä merkityssisältöjä (painoarvoja) verrataan keskenään. Johdonmukaisuutta ylläpidetään jäsentämällä oikeusjärjestyksen ja sen osa-alueiden yhteistä arvo- ja tavoiteperustaa sekä järjestämällä oikeusjärjestyksen kantavia rakenteita materiaalisesta näkökulmasta.

Oikeustieteellisessä tutkimuksessa on pyrittävä edistämään oikeusjärjestyksen systemaattisuutta. Oikeustieteellisen tutkimuksen kannalta sekä muodollisen että materiaalisen johdonmukaisuuden edistäminen ovat tärkeitä tavoitteita. Viimeaikaisessa oikeustieteellisessä tutkimuksessa on korostunut voimakkaasti materiaalisen johdonmukaisuuden asema. Asetelma liittyy kiinteästi oikeusjärjestyksen hahmottamisen tapaan. Oikeus jäsennetään kokonaisuutena, jossa sisällöllisillä seikoilla on keskeinen merkitys.[26] Oikeustiede voi omien keinojensa avulla tuoda esille ja jäsentää oikeudellisen sääntelyn sekä sen taustalla olevien arvojen ja tavoitteiden välisiä yhteyksiä. Nämä yhteydet muodostavat perustan oikeudellisen sääntelyn normatiivisuudelle. Oikeustiede luo edellytyksiä oikeudellisen sääntelyn hyväksyttävyyden ylläpitämiselle. Samalla oikeustiede paran-

---

[22] Ks. sääntö- ja periaatediskurssista yleisesti H. Tolonen 1996, s. 2–3.

[23] Tässä yhteydessä on syytä huomata, että standardien keskinäisen etusijajärjestyksen määrittämisen voidaan perustellusti katsoa edellyttävän sisällöllisiä perusteluita. Ks. tarkemmin Tuori 2000, s. 293.

[24] Sisällöllisyyden taustalta voidaan löytää ajatus siitä, että oikeuden normativiteetti edellyttää sisällöllisiä perusteita. Näkökulma poikkeaa joltain osin puhtaaksi viljellystä oikeuspositivistisesta kannasta. Esimerkiksi Hans Kelsen perusti oikeuden normatiivisuuden viime kädessä puhtaan muodolliseen perusnormin olemassaoloon. Toisaalta näkökulma eriytyy myös Hartin esittämistä pätevien oikeusnormien tunnistamista koskevista ajatuksista; Hart kytkee oikeuden normativiteetin oikeudellisiin käytäntötöihin, joista voidaan paikantaa erityisen tunnistamissäännön avulla pätevät oikeusnormit ja todeta oikeusnormien legitimiteetti. Ks. tästä keskustelusta esim. Tuori 2001, s. 316–318.

[25] Ks. tältä osin esim. H. Tolonen 1988, s. 190–192.

[26] Ks. oikeudesta sisällöllisenä systeeminä tarkemmin H. Tolonen 1988, s. 190.

taa oikeudellisen sääntelyn ongelmanratkaisuvoimaa.[27] Oikeudellisen sääntelyn kyky ratkaista yksittäisiä ongelmia on keskeisesti riippuvainen johdonmukaisesta yhteydestä sääntelyn taustalla oleviin arvoihin ja tavoitteisiin.[28]

Oikeusjärjestyksen systematisoinnin merkitystä voidaan arvioida eri tavoin. Oikeusjärjestyksen systemaattisuus edistää sekä muodollisten että materiaalisten näkökohtien toteutumista oikeudellisen sääntelyn asettamis- ja soveltamistoiminnassa.[29] Systematisointi on ensinnäkin edellytys oikeusvarmuuden ja oikeusjärjestyksen ennustettavuuden toteutumiselle.[30] Systematisointi luo puitteet, joissa oikeudellisia ongelmia voidaan vakiintuneella tavalla käsitellä ja ratkaista. Systematisoinnilla on kiinteä yhteys yhdenvertaisuuden toteutumiseen: systematisointi varmistaa osaltaan sen, että samanlaisia tapauksia käsitellään yhdenmukaisesti. Kyse on ennen kaikkea oikeudellisten ongelmien hahmottamistavasta sekä oikeusjärjestyksen arvo- ja tavoiteperustan asianmukaisesta huomioon ottamisesta. Systematisointi vaikuttaa koko oikeusjärjestyksen toiminnan lisäksi myös yksilöiden oikeusasemiin. Oikeusjärjestyksen ennakoitavuus on merkityksellistä yksittäisille yksilöille, jotta he voivat suunnitella oman toimintansa tulevaa järjestämistä.

Systematisoinnin vaikutukset eivät tyhjene yksin muodollisiin seikkoihin. Oikeusjärjestyksen systematisointi antaa mahdollisuuksia materiaalisen oikeussuojan toteutumiselle. Koherenssin saavuttaminen edellyttää oikeudellisen sääntelyn sekä sen arvo- ja tavoiteperustan välisten yhteyksien luomista ja ylläpitämistä. Materiaaliset näkökohdat tulevat tällä tavoin yhdistetyiksi oikeudellisen sääntelyn asettamis- ja soveltamistoimintaan.[31] Näin varmistetaan osaltaan sisällöllisesti oikeiden ratkaisujen toteutuminen. Viime kädessä kyse on oikeusjärjestyksen normatiivisuuden luomisesta ja ylläpitämisestä.

---

[27] Ks. tarkemmin Pöyhönen 2000, s. 68–69.

[28] Näkemyksen taustalla on ajatus, jonka mukaan oikeudellista ratkaisua edellyttävät riitakysymykset perustuvat olennaisesti osapuolten erisuuntaisiin intresseihin ja tätä kautta ratkaisu on aina osaltaan niiden arvottamista suhteessa joihinkin arvoihin ja tavoitteisiin – oikeudellisen ratkaisun osalta institutionaalista tukea saaviin arvoihin ja tavoitteisiin.

[29] Ks. muodollisesta ja materiaalisesta oikeusturvasta yleisesti tarkemmin esim. Pöyhönen 1988, s. 281.

[30] Systematisoinnilla voidaan katsoa olevan oikeudellisen aineiston käsittelyä ja jäsentämistä helpottavia vaikutuksia. Systematisoinnin vaikutukset liittyvät niin harkintaan, argumentointiin ja ratkaisun tekemiseen kuin oikeusnormien luomiseen. Ks. tältä osin Taxell 1997, s. 102–103. Ks. myös Tuori 2004, s. 1203.

[31] Oikeuden asettamistoiminnassa materiaaliset näkökohdat vaikuttavat lainsäädännön synnyssä ja auttavat siksi ymmärtämään sääntelyyn sisältyviä arvoja ja tavoitteita sekä antamaan näin sääntelystä sisällöllisemmän kuvan kuin pelkkä muodollinen (kielellinen) lukeminen. Tällaista kuvaa tarvitaan erityisesti silloin, kun oikeuskäytäntö ikään kuin jatkaa lainsäätäjän työtä.

3.2.2 Systematisoinnin mahdollisuus

Mahdollisuuksia oikeusjärjestyksen systematisointiin on arvioitu kriittisesti monilla perusteilla. Kritiikistä voidaan löytää ainakin kaksi mielenkiintoista ja samalla vakavasti otettavaa juonnetta. Kritiikin kärjet liittyvät yhtäältä yhteiskunnallisen arvopohjan fragmentoitumiseen ja toisaalta systematisoinnin oikeusjärjestyksen kehitystä tarpeettomasti lukitsevaan vaikutukseen. Yhteiskunnallisen arvopohjan hajautumista on käyty keskustelua eri yhteyksissä.[32] Kotimaisessa tutkimuksessa Thomas Wilhelmsson on innovatiivisella tavalla käsitellyt jälkiteollisen yhteiskunnan muutosta ja sen heijastuksia oikeudellisiin toimintamekanismeihin. Wilhelmssonin mukaan postmodernille yhteiskunnalle on tyypillistä perustavia arvoja koskevien käsitysten eriytyminen ja niiden nopea muutostahti; yhteiskunnan eettinen perusta hajaantuu, jolloin yhteisymmärrystä yhteiskunnan kehittämisen hyväksyttävistä suunnista on aikaisempaa vaikeampi saavuttaa.[33] Voidaan jopa puhua ideologioiden kaaoksesta. Oikeudelle yhteiskunnan ohjaamisen keinona arvopohjan fragmentoituminen merkitsee siirtoa suurista suunnitelmista pieniin hyviin kertomuksiin. Laajojen systematisointien sijaan tarvitaan käytännönläheistä moraalista kommunikointia.[34]

Vastuuoikeudenkäynnit nousevat Wilhelmssonin ajattelussa keskeiseen asemaan käytännönläheisen moraalikeskustelun näyttämöinä. Vastuuoikeudenkäynneissä voidaan nostaa yhteiskunnallisen keskustelun kohteiksi sellaisia asioita, joiden käsitteleminen ei muuten olisi mahdollista. Oikeudenkäynnit kanavoivat moraalikysymyksen käsittelyn yksittäistä juttua laajemmaksi; keskustelun kohteena eivät ole yksinomaan määrätyn jutun asiakysymykset vaan yleiset yhteiskunnalliset ongelmat. Wilhelmsson tunnustaa tapauskohtaisuuden haasteet, jotka liittyvät muun ohella ennustettavuuden heikkenemiseen.[35] Vallitsevis-

---

[32] Kansainvälisesti erityisesti CLS-tutkimussuuntauksessa on painotettu yhteiskunnallisen arvopohjan peruuttamatonta hajautumista ja tarvetta yhteiskunnan arvopohjan kriittiseen arviointiin. Oikeus hahmotetaan tällöin perustaltaan ristiriitaiseksi kokonaisuudeksi. Ks. tarkemmin Unger, passim.

[33] On huomattava, että Wilhelmssonin käyttämä terminologia poikkeaa etiikan ja moraalin osalta Tuorin terminologiasta. Tuori viittaa moraalilla yhteiskunnassa yleisesti hyväksyttyihin (jaettuihin) hyvää elämää koskeviin ratkaisuihin, kun etiikka puolestaan liittyy yksilöiden omiin käsityksiin hyvästä elämästä. Ks. tarkemmin Tuori 2002a, s. 909. Wilhelmsson puolestaan puhuu moraalista ilman etiikkaa. Wilhelmsson näkee mahdollisuuden moraalin toteuttamiseen yksittäistapauksissa, vaikka yhteiskunnan yleinen eettinen perusta on hajautunut. Ks. tarkemmin Wilhelmsson 2001, s. 103–104.

[34] Tämä merkitsee jokaisen yksilön omien valintojen merkityksen korostumista. Yksilöiden on otettava omilla ratkaisuillaan vastuu elämästään, kun mahdollisuus tukeutua laajoihin moraalilähteisiin vähenee. Ks. Wilhelmsson 2001, s. 108.

[35] Ks. tältä osin Wilhelmsson 2001, s. 235, jossa tunnistetaan ennustettavuuden merkitys riskien hallinnan kannalta. Tämä piirre on keskeinen ns. riskiyhteiskunnassa, jossa toimijoiden on voitava varautua ennakollisesti erilaisten riskien toteutumiseen.

sa olosuhteissa tapauskohtaisuutta korostavaa pienten hyvien kertomusten mekanismia parempaa vaihtoehtoa ei kuitenkaan ole olemassa Wilhelmssonin tärkeinä pitämien yhteiskunnallisesti arvojen ja tavoitteiden (muun muassa solidaarisuus) toteuttamiseksi. On vain pyrittävä löytämään tasapaino tapauskohtaisuuden ja ennakoitavuuden välille.

Wilhelmssonin luoma teoria pienistä hyvistä kertomuksista on mielenkiintoinen. Siihen sisältyy monia huomionarvoisia näkökohtia. Teoriassa on havaittavissa sekä uusia että vanhoja kerrostumia suhteessa Wilhelmssonin aiempaan tuotantoon. Oikeudelle asetettavat tehtävät ja tavoitteet ovat paljolti muuttumattomat. Ne liittyvät muun muassa solidaarisuuden edistämiseen yhteiskunnassa. Tavoitteiden toteuttamistavat ovat modifioituneet olosuhteiden muuttuessa. Uutta on myös varsin voimakkaisiin johtopäätöksiin päätyvä analyysi yhteiskunnan arvo- ja tavoitepohjan murroksesta sekä sen vaikutuksista oikeudellisten keinojen käyttökelpoisuuteen yhteiskunnan ohjaamisessa.

Wilhelmssonin esittämät havainnot yhteiskunnallisesta kehityksestä ovat sinällään varsin teräviä, mutta niistä tehtävistä johtopäätöksistä voidaan olla toista mieltä. Wilhelmson on oikeassa, kun hän kuvaa yhteiskunnallisen arvopohjan hajautumisen kehityssuuntaa ja arvopohjan muutosherkkyyttä. On ilmeistä, että erilaisten yhteiskunnallisia arvo- ja tavoitekysymyksiä koskevien käsitysten määrä on kasvanut viimeisten vuosien aikana. Tästä ei kuitenkaan voida tehdä sitä johtopäätöstä, että yhteiskunnan ja samalla oikeusjärjestyksen perustavia elementtejä koskevat käsitykset olisivat hajaantuneet voimakkaasti aiempaan verrattuna. On perusteltua lähteä siitä, että länsimaisten demokratioiden ja oikeusvaltioiden olennaisista perusrakenteista vallitsee laaja yhteisymmärrys.[36] Oikeusjärjestyksen kantavat osat voidaan ankkuroida vakaasti yhteiskunnalliseen arvo- ja tavoitetaustaan. Tätä arvo- ja tavoitetaustaa ilmentävät muun ohella perusoikeusperiaatteet.[37] Lisäksi on muistettava, että yhteiskunnan arvo- ja tavoiteperustaa koskevan kehityksen tahti on kaikissa tilanteissa varsin hidas. Muutokset eivät ryöpsähdä pistemäisesti, vaan arvo- ja tavoiteperusta kehittyy vaiheittain.

---

[36] Tämä yhteisymmärrys voi luonnollisesti hajaantua, kun siirrytään arvioimaan yksittäisiä soveltamistilanteita.

[37] Wilhelmsson ottaa esille tärkeän kysymyksen viitatessaan perusoikeuksien ja perusoikeusjärjestelmän merkityksen ylikorostumiseen suomalaisessa oikeustieteellisessä tutkimuksessa. Ks. tarkemmin Wilhelmsson 2001, s. 119. Wilhelmssonin näkemyksen paikkansa pitävyydestä voidaan olla montaa mieltä, mutta olennaista on huomata se, että kuhunkin oikeustieteelliseen tutkimustapaan liittyvät niin omat vahvuutensa kuin rajoitteensa. Tässä tutkimuksessa hyödynnetään perusoikeuskeskustelussa esitettyjä ajatuksia. Ajatusten hyödyntämisen ei kuitenkaan tule olla kaavamaista, vaan soveltamisessa on otettava huomioon kunkin tutkimuksen ja tutkimuskohteen erityispiirteet.

Oikeusjärjestyksen perusrakenteiden muutoksen arvioinnissa on omana seikkanaan otettava huomioon muutoksen luonne ja mekanismi. Oikeusjärjestys rakentuu aiempien kerrostensa päälle. Vaikka oikeusjärjestyksen arvo- ja tavoiteperustan muutokset ovat mahdollisia, oikeusjärjestyksen ja oikeudenalojen aikaisempi kehitys tarjoaa pohjan, jonka varassa oikeusjärjestystä ja oikeudenaloja voidaan sisällöllisesti arvioida yhtenäisesti. Oikeusjärjestyksen systematisointimahdollisuuksien tarkastelussa on tunnistettava ajallisen jatkuvuuden merkitys.

Sisällöllisen systematisoinnin edellyttämän arvo- ja tavoiteperustan yhtenäisyyden laajuus riippuu kulloisenkin systematisoinnin alasta. Systematisointien laajuus voi tältä osin vaihdella tapauksittain suuresti. Tällä seikalla on vääjäämätön vaikutuksensa systematisoinnin vaatiman arvo- ja tavoitepohjan kattavuuteen. Tuori on käyttänyt termiä *lokaalinen koherenssi* viittamaan oikeusjärjestyksen osia käsittävään systematisointiin.[38] Tuorin näkemyksen mukaan koko oikeusjärjestyksen näkeminen materiaalisesti johdonmukaisena kokonaisuutena ei ole välttämätöntä ennakoitavuuden ja oikeusvarmuuden kannalta, vaan systematisoinnin keinoin voidaan luoda paikallista koherenssia esimerkiksi oikeudenaloittain.[39] Paikallisen koherenssin edellytyksenä olevan arvo- ja tavoiteperustan laajuudelle asetettavat vaatimukset ovat pienemmät verrattuna ratkaisumalliin, jossa koko oikeusjärjestys pyritään hahmottamaan yhtenäisenä kokonaisuutena.

Oikeusjärjestyksen systematisointia voidaan vastustaa siksi, että pyrkimys johdonmukaisuuden toteuttamiseen voi merkitä oikeudellisen harkinnan kangistumista.[40] Systematisoinnin voidaan ajatella johtavan painottamaan ennakoitavuuteen liittyviä seikkoja, jolloin oikeusjärjestyksen kyky yksittäistapauksellisten olosuhteiden huomioon ottamiseen heikkenee. Systemaattisuutta syytetään liian tiukkojen jaotteluiden ja luokitteluiden tekemisestä. Yksittäistapauksellisten seikkojen nähdään hukkuvan järjestelmätasoisten näkökohtien joukkoon.

Systematisointi ei saa johtaa kaavamaisuuteen. Systematisoinnin yhtenä päämääränä on ennakoitavuuden lisääminen, mutta samalla pyritään luomaan edellytyksiä materiaalisen oikeudenmukaisuuden ja oikeusturvan toteuttamiselle. Itse asiassa ennustettavuus ja yksittäistapauksellinen oikeudenmukaisuus eivät ole vastakkaisia ilmiöitä, kun otetaan huomioon systematisoinnin sisältö ja sen luonne. Oikeusjärjestyksen systematisoinnilla ei voida lyödä lähtökohtaisen yksise-

---

[38] Lokaalisen koherenssin vastinparina voidaan pitää totaalista koherenssia, jossa kaikilla normeilla on käsitepuussa oma paikkansa ja jossa osien välillä vallitsevat deduktiiviset suhteet. Ks. tarkemmin Tuori 2004, s. 1213–1214 ja 1220.

[39] Näkökulma poikkeaa jossain määrin perusoikeuskeskustelussa esiintyneistä ajatuksista perusoikeusjärjestelmästä oikeusjärjestyksen yhteisenä perustana: perusoikeusjärjestelmän katsotaan voivan muodostaan yhteisen arvo- ja tavoiteperustan oikeusjärjestyksen hahmottamiselle sekä systematisoinnille. Eron merkitystä ei kuitenkaan tule ylikorostaa. Kysymys on aste-erosta, jonka taustalta löytyy varsin pitkälle yhteinen perusnäkemys.

[40] Ks. tältä osin esim. Taxell 1997, s. 102–103. Ks. myös Tuori 2004, s. 1220.

litteisesti lukkoon arvo- ja tavoitepohjaa koskevia kysymyksiä. Systematisoinnilla luodaan suuntaviivoja, joiden mukaan oikeusjärjestyksen arvo- ja tavoiteperustaan liittyviä näkökohtia tulee toteuttaa. Vedettävät suuntaviivat eivät ole kategorisia, vaan tapauskohtaiselle harkinnalle jää merkittävä sijansa. Systematisoinnissa on otettava huomioon oikeusjärjestyksen sisäisten seikkojen lisäksi myös sääntelykohteen erityispiirteet.[41] Oikeusjärjestyksen on säilytettävä jatkuvasti yhteys sääntelykohteeseensa sekä yhteiskunnalliseen taustaansa (moraali, politiikka). Näiltä sektoreilta tulevat impulssit on sisällytettävä systematisointiin.

Systematisointien taso ja samalla sen tarkkuus voivat vaihdella. On mahdollista puhua esimerkiksi kokonais- ja osittaissysteemeistä.[42] Systematisoinnin laajuuden voidaan nähdä vaikuttavan sen tarkkuuteen: mitä laajemman alueen systematisointi kattaa, sitä yleisempi systematisoinnin sisältö lähtökohtaisesti on. Vastaavasti systematisoinnin sektorin pienentämisellä on annettavien suuntaviivojen sisältöä täsmentävä vaikutus. Tämä näkökulma on syytä ottaa huomioon systematisoinnin edellytyksiä ja vaikutuksia pohdittaessa. Systematisoinnin tuloksena syntyvien suuntaviivojen sisältöön vaikuttaa sekä oikeudellisen arvo- ja tavoiteperustan yhtenäisyyden aste että sääntelykohteen jäsentämisen yksityiskohtaisuus.

Oikeusjärjestys ja samalla sen systematisointi on alati muuttuvien impulssien alainen. Nämä impulssit kumpuavat oikeusjärjestyksen yhteiskunnallisesta taustasta ja sääntelykohteesta. Tarve oikeusjärjestyksen systematisointiin on jatkuva, joten systematisointi on perusteltua nähdä prosessina eikä pistemäisenä toimenpiteenä.[43] Avoimuus ja joustavuus ovat systematisoinnille ominaisia piirteitä, eikä systematisointia voida pitää itsetarkoituksena. Dynaamisuuden vaatimus kuuluu systematisoinnin ytimeen.

3.2.3 Yleiset opit systematisointivälineinä

Oikeustieteen keinot oikeusjärjestyksen systematisointiin perustuvat olennaisilta osin yleisiin oppeihin.[44] Yleiset opit edustavat oikeustieteen muuttumattominta osaa. Ne voidaan nähdä selkärankana, johon oikeusjärjestyksen jäsentäminen on kiinnitettävissä.[45] Yleisillä opeilla voidaan katsoa olevan useita tehtäviä; oikeus-

---

41 Ks. myös Pöyhönen 2000, s. 159–160.
42 Ks. tarkemmin Taxell 1997, s. 103.
43 Ks. oikeuden systematisointitarpeen jatkuvuudesta Tuori 2000, s. 337.
44 Ks. esim. Tuori 2000, s. 187–188.
45 Tuori on puhunut tältä osin yleisistä opeista esiymmärryksenä, jonka avulla lakimiehet paikantavat oikeudellisia ongelmia. Ks. tältä osin Tuori 2004, s. 1219–1220.

järjestyksen systematisointi on yleisten oppien keskeinen tehtävä.[46] Systematisoinnin sisältö ja samalla sen mahdollisuudet voidaan ymmärtää eri tavoin: ääritilanteissa systematisoinnilla voidaan joko pyrkiä oikeusjärjestyksen sisällöllisen johdonmukaisuuden ylläpitämiseen tai ainoastaan hahmottamaan oikeusjärjestyksen sisältöä (pedagoginen tehtävä). Näkemyserot liittyvät tältä osin kiinteästi toisistaan poikkeaviin käsityksiin oikeusjärjestyksen arvo- ja tavoitepohjan yhtenäisyydestä.[47] Käsitys oikeusjärjestyksen arvo- ja tavoiteperustan hajaantumisesta typistää yleisten oppien tehtävän esitystekniseksi, jolloin oikeuden normativiteetin edistäminen jää muiden keinojen varaan.[48] Näkemys oikeusjärjestyksen arvo- ja tavoiteperustan (riittävästä) yhtenäisyydestä avaa yleisille opeille mahdollisuuden koherenssin luomiseen ja ylläpitämiseen.

Yleisten oppien keskeisiä elementtejä ovat oikeudelliset käsitteet ja oikeusperiaatteet sekä niitä koskevat oikeudelliset teoriat.[49] Käsitteiden tehtävät voidaan määritellä usealla tavalla.[50] Niiden perustavana tehtävänä on pidetty oikeudellisten ongelmien jäsentämistä. Käsitteet muodostavat ikään kuin linssin, jonka lävitse oikeuden sääntelykohdetta tarkastellaan.[51] Käsitteiden avulla voidaan tunnistaa merkityksellisiä seikkoja sääntelykohteesta: käsitteet paikantavat ja määrittelevät oikeudellisia ongelmia.

Käsitteiden heuristisen tehtävien painottuminen ei sulje pois sitä mahdollisuutta, että käsitteillä voisi olla myös oikeusjärjestyksen systematisointiin liittyviä ulottuvuuksia.[52] Oikeustieteellisessä tutkimuksessa on kuitenkin nykyisin korostettu oikeusperiaatteiden asemaa oikeusjärjestyksen sekä sen taustalla olevien arvojen ja tavoitteiden välisenä sillanrakentajana. Tällöin on selvää, että käsitteiden systematisoiva merkitys jää rajalliseksi. On kuitenkin huomattava, että käsitteitä ei tule nähdä muodollisesti määriteltyinä oikeusjärjestyksen osina,

---

[46] Lisäksi yleisillä opeilla on katsottu voivan olevan konstitutiivis-epistemologisia, heuristisia sekä argumentatiivis-normatiivisia tehtäviä. Ks. tarkemmin Tuori 2002a, s. 906.

[47] Ks. tarkemmin Tuori 2002a, s. 904. Ks. myös Tuori 2004, s. 1216.

[48] Wilhelmsson on suhtautunut epäillen mahdollisuuteen yleisten oppien avulla pitää yllä ja edistää oikeusjärjestyksen systemaattisuutta. Wilhelmssonin mielenkiinto on kiinnittynyt pieniin hyviin kertomuksiin oikeusjärjestyksen normatiivisuuden airueina. Ks. tarkemmin Tuori 2002a, s. 904.

[49] Ks. esim. H. Tolonen 1988, s. 177–178. Ks. käsitteiden rakenteistumisesta esim. Paasto 1994, s. 8–18.

[50] Ks. tältä osin esim. Tuori 2004, s. 1216–1219, jossa käsitteet jaetaan kolmeen toisiinsa limittyvään ryhmään: 1.) oikeusjärjestyksen normatiivista sisältöä tiivistävät käsitteet, 2.) oikeusjärjestykseen kuuluvien normien ja niiden yhteiskunnallisen soveltamiskohteen vuorovaikutukseen suuntautuvat käsitteet, ja 3.) oikeusnormien sääntelykohdetta jäsentävät käsitteet.

[51] Ks. tältä osin esim. Pöyhönen 2000, s. 159–161, jossa varallisuusoikeudellisen harkinnan elementeiksi määritellään toimintaympäristö, kokonaisjärjestely, intressitaho ja riskipositio.

[52] Ks. tarkemmin Tuori 2002b, s. 1314.

vaan käsitteillä on normatiivisia ulottuvuuksia.[53] Käsitteiden avulla rajataan osaltaan oikeudellisiin ongelmiin annettavia ratkaisuja; käsitteiden soveltamisella ja niiden määrittämisellä on siten normatiivisia seurauksia. Käsitteiden on läpäistävä normatiivinen seula. Niiden on oltava sisällöltään sopusoinnussa oikeusjärjestyksen arvo- ja tavoiteperustan kanssa.

Oikeusperiaatteilla on johtava asema, kun pyritään toteuttamaan ja edistämään oikeusjärjestyksen koherenssia.[54] Tämä on sinällään luontevaa, kun muistetaan oikeusperiaatteiden kiinteä yhteys oikeusjärjestyksen arvo- ja tavoitetaustaan. On mahdollista luonnehtia, että oikeusperiaatteet muodostavat avaimen oikeusjärjestyksen koherenssiin.[55] Yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden keskinäinen punninta käy mahdolliseksi, kun käytetään oikeusperiaatteita arvioinnin välineinä. Oikeusperiaatteiden kautta löytyy tällä tavoin linkki oikeudelliseen ratkaisutoimintaan: oikeusperiaatteet muodostavat kantavan taustan oikeudellisten ongelmien jäsentämiselle ja ratkaisemiselle. Oikeusperiaatteiden yhteydet yhtäältä oikeusjärjestyksen arvo- ja tavoiteperustaan sekä toisaalta oikeudelliseen ratkaisutoimintaan selittävät osaltaan sen, miksi tässä tutkimuksessa oikeusperiaatteille on annettu keskeinen sija. On perusteltua siirtyä arvioimaan yksityiskohtaisesti oikeusperiaatteisiin liittyviä näkökohtia ja niitä seikkoja, jotka on otettava huomioon käytettäessä oikeusperiaatteita oikeustieteellisessä tutkimuksessa.

3.3 OIKEUSPERIAATTEET

3.3.1 Yleistä

Oikeusperiaatteista on käyty suomalaisessa oikeustieteessä viimeisten vuosikymmenten aikana laajaa keskustelua.[56] Keskustelu on jatkunut edelleen tiiviinä.[57] Tässä tutkimuksessa oikeusperiaatteilla on keskeinen asema. Oikeusperiaatteista käytävä kansallinen ja kansainvälinen keskustelu muodostaa luonnolli-

---

[53] Ks. tarkemmin esim. Tuori 2000, s. 310 ja 322.

[54] Ks. esim. Tuori 2002b, s. 1313. Ks. myös H. Tolonen 1988, s. 192.

[55] Käsitteiden ja periaatteiden suhteet tulee nähdä dynaamisina. Keskeiset periaatteet heijastuvat peruskäsitteisiin siten, että nämä periaatteet tukevat omalta osaltaan oikeusjärjestyksen koherenssin muodostumista.

[56] Ks. tarkemmin esim. H. Tolonen 1989, s. 337–365, Taxell 1997, s. 34–36, Pöyhönen 1988, s. 13–79, ja Tuori 2000, s. 196–202. Keskustelun perusta on voimakkaasti kansainvälinen. Ks. esim. Dworkin 1997, s. 22–28. On mahdollista arvioida, että kansainvälistä keskustelua on jalostettu kansallisiin puitteisiin soveltuvaksi. Erot liittyvät mm. oikeusjärjestyksen taustoihin (mannermainen oikeusjärjestys / common law).

[57] Ks. tältä osin esim. Mielityinen, s. 61–175.

sen taustan tutkimuksessa suoritettaville tarkasteluille. Oikeusperiaatekeskustelua hyödynnetään tutkimusongelmien jäsentämisessä ja ratkaisemisessa. Tarkoituksenmukaista ei kuitenkaan ole uppoutua laajasti periaatekeskustelun syövereihin (esimerkiksi oikeussääntö–oikeusperiaate-jaottelu). Suunta on oikeusperiaatekeskustelun keskeisten piirteiden hahmottamisen jälkeen kohdistettava soveltamiseen: oikeusperiaatteet muodostavat oikeudellisen kehikon, jonka puitteissa sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden keskinäisiä suhteita voidaan systemaattisesti arvioida.

Seuraavassa tarkastellaan oikeusperiaatteita kolmesta tutkimuksen jatkon kannalta keskeisestä suunnasta. Pätevyys on oikeusnormien perustava ominaisuus. On selvitettävä, miten pätevät oikeusperiaatteet ovat tunnistettavissa. Oikeusperiaatteiden pätevyyden osalta yhteys oikeusjärjestyksen arvo- ja tavoitetaustaan nousee olennaiseen asemaan. Toiseksi on tutkittava, millaisia tehtäviä oikeusperiaatteille voidaan oikeusjärjestyksessä antaa. Oikeusperiaatteiden tehtävät voivat erota toisistaan, jolloin kussakin asiayhteydessä on tunnettava se merkitys, jossa oikeusperiaatetta kulloinkin käytetään. Kolmanneksi tarkastellaan oikeusperiaatteiden soveltamiseen liittyvää problematiikkaa. Tutkimusaihe koskee sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden keskinäisiä suhteita, jolloin on ilmeistä, että tutkimuksessa päästään vertaamaan sopimusoikeudellisia ja kilpailuoikeudellisia argumentteja keskenään. Oikeusperiaatteet muodostavat välineen, joka mahdollistaa argumenttien keskinäisen punnitsemisen. Tämä vuoksi on tunnettava oikeusperiaatteiden välistä arviointia koskeva yleinen teoreettinen tausta.

3.3.2 Pätevyys

Oikeusperiaatteiden pätevyyden tarkastelussa on vakiintuneesti käytetty hyväksi oikeusperiaatteiden ja oikeussääntöjen välistä jaottelua. Oikeussääntöjen pätevyyden tunnistaminen liittyy muodollisiin seikkoihin. Ratkaisevaa ei ole oikeussäännön sisältö vaan oikeussäännön asettamiseen, sen alkuperään liittyvä muodollinen korrektius.[58] Oikeusperiaatteiden pätevyyden tunnistaminen edellyttää sitä vastoin arviota niiden sisällöstä, arvosta tai merkityksestä.[59] Oikeusperiaatteiden pätevyys kytkeytyy niiden *hyväksyttävyyteen*.

Oikeusperiaatteet luovat mahdollisuuden oikeusjärjestyksen sisällölliseen perustelemiseen. Ne avaavat oikeusjärjestystä arvojen ja tavoitteiden suuntaan. Oikeusperiaatteen pätevyyden perustana on sen taustalla oleva arvo tai tavoite. Oikeusperiaatteet tuovat niiden taustalla olevat arvot ja tavoitteet oikeusjärjestyksen osaksi ja siten oikeudellisesti merkityksellisiksi. Ne edellyttävät tausta-

---

[58] Ks. myös H. Tolonen 1996, s. 347–348.
[59] Ks. tarkemmin esimerkiksi H. Tolonen 1988, s. 187–188.

arvonsa tai -tavoitteensa mahdollisimman laajaa soveltamista (maksiimi).[60] Oikeusperiaatteiden soveltaminen vaatii kannanottoa niiden perustana oleviin arvoihin ja tavoitteisiin. Oikeudellinen harkinta on vääjäämättä yhteiskunnallisesti värittynyttä: oikeutta ei siten ole mahdollista soveltaa vain loogisena toimituksena. Oikeusjärjestyksen materiaalinen sisältö ei kuitenkaan sulje pois mahdollisuutta oikeusjärjestyksen johdonmukaisuuteen. Oikeusperiaatteet mahdollistavat oikeusjärjestyksen näkemisen sisällöllisesti johdonmukaisena kokonaisuutena ja luovat puitteet oikeusjärjestyksen koherenssille.[61]

> Oikeusperiaatteiden kautta välittyy käsitys oikeusjärjestyksestä avoimena kokonaisuutena. Oikeusjärjestystä ei nähdä sulkeutuneena systeeminä, jossa korostuu oikeusjärjestyksen sisäinen eleganssi. Oikeusjärjestyksen luomisessa ja sen soveltamisessa ei ole mahdollista välttyä ottamasta kantaa yhteiskunnallisiin arvo- ja tavoitekysymyksiin. Oikeusjärjestyksen avoimuus näkyy myös oikeuden sääntelykohteen erityispiirteiden aseman havaitsemisena: oikeusperiaatteiden kulloiseenkin yksittäistapaukselliseen merkitykseen vaikuttavat oikeuden sääntelykohteen ominaisuudet. Vaatimus oikeusjärjestyksen avoimuudesta on heijastunut periaatesuuntautuneeseen tutkimukseen. Hyvänä esimerkkinä voidaan pitää Lars Erik Taxellin tuotantoa, jossa keskeisen aseman saa avoin sopimuskäsitys.[62] Taxell hahmottaa sopimusoikeuden systeeminä, joka on yhteydessä niin yhteiskunnallisiin arvoihin kuin sääntelykohteeseensa. Oikeudellisessa harkinnassa ja systematisoinnissa on otettava molemmat ulottuvuudet huomioon.

Oikeusperiaatteita koskevassa keskustelussa on esitetty erilaisia näkemyksiä siitä, millaisiin seikkoihin periaatteiden sisällöllinen merkitys on mahdollista kiinnittää. Ronald Dworkin on tunnetussa teoriassaan lähtenyt siitä, että periaatteet samastuvat yksilöllisiin oikeuksiin.[63] Oikeusperiaatteiden hyväksyttävyyden perustana voivat olla yksinomaan yhteiskunnalliset arvot, jotka luovat yksilöille oikeuksia. Dworkin tekee siten jaottelun arvojen ja tavoitteiden välille.

Dworkinin teoriassa on oma viehättävyytensä. Dworkinin jaottelulla on selkeä teoreettinen perustansa (liberaali poliittinen teoria), jonka mukaan yksilön oikeuksilla on etusija suhteessa kollektiivisiin yhteiskunnallisiin päämääriin.

---

60 Ks. myös H. Tolonen 1988, s. 188.

61 Yksi mahdollisuus asetelman hahmottamiseen kumpuaa oikeuden tasotteluideasta. Oikeuskulttuurin tasolle sijoittuvat oikeusperiaatteet luovat mahdollisuuden pintatason oikeusnormien sisällölliselle pätevyydelle. Ks. tarkemmin Tuori 2000, s. 263.

62 Ks. tarkemmin Taxell 1997, s. 54–55.

63 Dworkin puhuu periaatteista laajassa ja suppeassa merkityksessä. Dworkin tarkoittaa periaatteilla laajassa merkityksessä kaikki toimintaohjeita, jotka eivät ole sääntöjä. Periaatteet ja tavoitteet muodostavat tässä merkityksessä yhteisen luokan. Suppeassa merkityksessä periaatteet kytkeytyvät Dworkinin teoriassa oikeudenmukaisuuteen ja muuhun sosiaaliseen moraaliin. Yhteiskunnalliset tavoitteet ja periaatteet jäsennetään omiksi erillisiksi ryhmikseen. Ks. tarkemmin H. Tolonen 1989, s. 340–345.

Dworkinin jaottelua on kuitenkin mahdollista arvioida kriittisesti. Hannu Tolonen on tuotannossaan vakuuttavasti osoittanut, että tavoitteiden ja periaatteiden välistä erottelua ei ole perusteltua tehdä individualististen oikeuksien teesin mukaisesti.[64] Tolonen pitää periaatteiden ja tavoitteiden eroa merkittävänä mutta samalla relatiivisena. Periaatteiden olemassaolo riippuu institutionaalisista puitteista, eivätkä periaatteet ole ennalta annettuja. Kyse on institutionaalisista arvoratkaisuista, joiden tekemiseen osallistuvat lainsäätäjä, lainsoveltaja ja oikeustiede.

Tolonen nostaa individualististen oikeuksien teesin sijaan ratkaisevaan asemaan toisen Dworkinin teoriassa esiintyvän kriteerin eli yleistettävyysvaatimuksen. Yhteiskunnallista tavoitteistakin voidaan muodostaa periaatteita, mikäli ne ovat yleispätevästi voimassa ja sovellettavissa omalla alueellaan. Kyse ei ole vain sattumanvaraisesta päämäärästä vaan vakiintuneesta toimintalinjasta. Tavoitteiden ja tarkemmin ottaen niistä muodostettavien periaatteiden osalta voidaan tällöin puhua konsistenssista ja koherenssista.

Tässä tutkimuksessa keskustelulla arvo- ja tavoiteperiaatteista on oma sijansa.[65] Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden taustalta voidaan löytää arvojen lisäksi erilaisia tavoitteita. Periaatteita muodostamalla voidaan näitä arvoja ja tavoitteita jäsentää ja verrata keskenään. Pelkkiin arvoperiaatteisiin pitäytyminen jättäisi arvioinnin olennaisesti vaillinaiseksi. Tässä yhteydessä on kuitenkin huomattava, että periaatemuodostuksen yleisten puitteiden jäsentäminen ei ole kannanotto erilaisten arvojen ja tavoitteiden välisiin suhteisiin. Vastaus kysymykseen on saatavissa vasta arvo- ja tavoiteperiaatteiden keskinäisen punninnan kautta.

Oikeusperiaatteiden pätevyydelle on hyväksyttävyyden lisäksi vakiintuneesti asetettu myös toinen vaatimus, joka koskee *institutionaalista tukea*. Oikeusperiaatteet on kytkettävä oikeusjärjestykseen.[66] Oikeusperiaatteeseen liittyvä sisällöllinen kriteeri ei voi olla pelkkä esittäjänsä subjektiivinen mielipide, vaan sen tulee olla institutionalisoitunut. Institutionaalisen tuen vaatimuksen voidaan katsoa erottavan moraaliperiaatteet oikeusjärjestyksen osana olevista periaatteista.[67] Oikeusperiaate voi saada institutionaalista tukea lainsäädännössä, sen esitöissä, oikeuskäytännössä tai vakiintuneissa sosiaalisissa käytännöissä.

Vaatimus institutionaalisesta tuesta on sinällään perusteltu. Oikeusperiaatteiden pelkkä kytkeminen esimerkiksi yhteiskunnallisia arvoja ja tavoitteita koskeviin käsityksiin ei ole yksin riittävää käsitysten mahdollisesta sisällöllisestä hy-

---

64 Ks. tarkemmin H. Tolonen 1989, s. 362–365.

65 Ks. keskustelusta esim. Pöyhönen 1988, s. 54–55.

66 Institutionaalinen tuki ei yksin ratkaise periaatteen kuulumista oikeusjärjestykseen. Ks. tarkemmin H. Tolonen 1996, s. 3.

67 Ks. tarkemmin Tuori 2000, s. 293.

väksyttävyydestä riippumatta, vaan oikeusperiaatteilla tulee olla yhteys oikeusjärjestykseen ja siihen liittyviin oikeudellisiin käytäntöihin. Institutionaalisen tuen osalta olennaista on sen selvittäminen, mitä institutionaalisella tuella käytännössä tarkoitetaan erityisesti oikeustieteellisen tutkimuksen kannalta. On selvää, että vaatimus institutionaalisesta tuesta rajoittaa liikkumavaraa yleisten oppien muodostamisessa.[68] Oikeustieteilijän on otettava huomioon institutionaalinen tausta oikeusperiaatteita ja muita yleisten oppien osia muotoillessaan. Toisaalta on muistettava, että oikeustieteelliseen tutkimukseen sisältyy kriittinen ulottuvuus. Oikeustieteellisen tutkimuksen ei tule yksinomaan pyrkiä justifioimaan vallitsevia käytäntöjä, vaan vaatimus normatiivisuudesta edellyttää, että oikeustieteellisessä tutkimuksessa osoitetaan tavoiteltavina pidettäviä kehityskulkuja ja asiantiloja. Tämä voi edellyttää vallitsevan oikeustilan kriittistä arviointia. Vaatimus institutionaalisesta tuesta ei saa poistaa oikeustieteen kriittistä potentiaalia.

Institutionaalisen tuen ja oikeustieteen kriittisen potentiaalin välinen jännite kulminoituu keskeisellä tavalla institutionaalisen tuen laajuutta koskevaksi kysymykseksi. On mahdollista lähteä liikkeelle varovaisesti ja esittää vaatimus oikeusperiaatteille asetettavasta suhteellisen laajasta institutionaalisesta tuesta.[69] Oikeusperiaatteiden voidaan katsoa tarvitsevan lainsäädäntöön, sen esitöihin taikka oikeuskäytäntöön liittyvää institutionaalista tukea. Mikäli näin määritelty institutionaalisen tuen vaatimus ei täyty, liu'utaan reaalisten argumenttien puolelle. Tämän ajatuskulun mukaisesti pelkkä lainoppineen periaatemuotoilu ei yksin riitä institutionaalista tukea koskevan vaatimuksen täyttämiseen.[70] Näin halutaan torjua hajanaisuutta, joka ilmenee muun ohella tapauskohtaisena, kunkin tuomarin tai muun lainsoveltajan omana itsenäisenä arvottamisena.[71]

Oikeustieteen tehtäviin kuuluu osaltaan käydä keskustelua oikeusjärjestyksen kehittämismahdollisuuksista ja samalla avata reittejä oikeusjärjestyksen kehittämiseen. Nämä tehtävät voivat edellyttää uusien periaatteiden muodostamista tai olemassa olevien periaatteiden sisällöllistä uudistamista.[72] Kestää aikansa, ennen kuin oikeustieteessä muodostettu periaate lyö läpi oikeusjärjestyksessä ja saa institutionaalista tukea esimerkiksi oikeuskäytännössä tai lainsäädännössä. Ei ole perusteltua rajata oikeustieteen kriittistä, oikeusjärjestyksen sisältöä kehittävää potentiaalia määrittämällä institutionaalisen tuen vaatimus siten, etteivät oikeustieteen muodostamat periaatteet voisi kuulua oikeusjärjestykseen. Eräänlai-

---

68 Ks. Tuori 2000, s. 311.
69 Ks. tarkemmin Mielityinen, s. 153–156.
70 Mielityinen, s. 108.
71 Ks. Mielityinen, s. 138.
72 Tällainen periaate on ollut esimerkiksi sosiaalinen suorituseste. Ks. esim. H. Tolonen 1988, s. 190.

sena varmistuskeinona toimii oikeustieteen traditiosidonnaisuus: oikeustiede rakentuu aiempien kerrostensa päälle. Tradition avulla voidaan tarvittaessa kuitenkin hypätä tradition yli. On myös mahdollista puhua oikeustieteen pakotetusta normatiivisuudesta.[73] Oikeustieteilijä on aina jossain määrin sidottu oikeusjärjestyksen muodostamiin puitteisiin. Arvioitaessa oikeustieteen asemaa oikeusperiaatteiden muodostajana ei ole perusteltua pysähtyä yksinomaan institutionaalisen tuen vaatimukseen. Oikeustieteessä suoritettujen periaatemuotoilujen osalta on tarkastelukulmaa siten laajennettava institutionaalisen tuen vaatimuksen yli: olennaisia kysymyksiä liittyy näissä tilanteissa institutionaalisen tuen lisäksi muun muassa näiden periaatemuotoilujen painoarvon ja merkityksen arviointiin oikeusjärjestyksessä.[74]

3.3.3 Tehtävät

Oikeusperiaatteet muodostavat moniulotteisen kokonaisuuden. Tämä seikka on käynyt ilmi jo aiemmassa oikeusperiaatteita kohtuullisen lyhyesti erittelevässä osiossa. Oikeusperiaatteilla on monet kasvot. Käytännössä oikeusperiaatteiden ulottuvuuksia ilmentävät niiden useat tehtävät. Samaa asetelmaa voidaan kuvata myös puhumalla erilaisista oikeusperiaatteista. Perusajatus on kuitenkin yhteinen. Oikeusperiaatteiden tehtävät avautuvat ainakin kahteen keskeiseen suuntaan.[75] Oikeusperiaatteiden avulla voidaan sisällöllisesti perustella oikeusjärjestyksen olemassaolo. Oikeusperiaatteet luovat yhteyden oikeudellisen sääntelyn taustalla oleviin arvoihin ja tavoitteisiin. Niillä on siten justifioiva tehtävä. Justifioinnin lisäksi oikeusperiaatteet mahdollistavat oikeusjärjestyksen hahmottamisen systemaattiseksi kokonaisuudeksi. Toiseksi oikeusperiaatteet ovat merkityksellisiä oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa. Oikeusperiaatteita voidaan käyttää yksittäisten oikeudellisten ongelmien ratkaisemisessa, ja ne voivat vaikuttaa muiden oikeusnormien tulkintaan.

Oikeusperiaatteille tunnusomaisena piirteenä voidaan pitää niiden yhteyttä oikeusjärjestyksen arvo- ja tavoiteperustaan. Oikeusperiaatteet luovat edellytyksiä oikeusjärjestyksen materiaalisuudelle ja materiaaliselle johdonmukaisuudelle. Toisaalta on muistettava, että oikeusperiaatteet eivät yksinomaan toimi yhteyksien muodostajina arvo- ja tavoiteperustaan päin. Oikeusperiaatteilla on oma sijansa oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa. On mahdollista luonnehtia, että oikeusperiaatteet tai niiden tehtävät ovat luonteeltaan erilaisia ja ne sijoittuvat ikään kuin oikeuden eri tasoille, jos tällaista tuorilaista termistöä halutaan käyt-

---

[73] Ks. tarkemmin Tuori 2000, s. 305.
[74] Ks. myös H. Tolonen 1988, s. 190.
[75] Ks. Tuori 2007, s. 149–152.

tää. Oikeusperiaatteista keskusteltaessa on täsmennettävä, missä merkityksessä periaatteista kulloinkin puhutaan.

> Ajatus periaatteiden kerrostuneisuudesta ei ole uusi. Taxell on jäsentänyt oikeusjärjestyksen ja erityisesti sopimusoikeuden rakennetta periaatteiden avulla. Oikeusjärjestyksen perustan muodostavat demokratian arvot, joita ovat vapaus, tasa-arvo ja turvallisuus.[76] Demokratian arvot kuvaavat oikeusjärjestyksen kantavia ideoita. Ne ovat oikeusjärjestyksen peruskiviä. Demokratian arvoja koskevat taustaperiaatteet ovat kuitenkin sisällöltään niin yleisiä, ettei niistä ole mahdollista suoraan johtaa ratkaisua yksittäiseen (sopimustoimintaan liittyvään) ongelmaan.
>
> Seuraavalla tasolla Taxellin jäsennyksessä ovat yleiset sopimusperiaatteet, joiksi Taxell nimeää sopimusvapauden periaatteet, sopimusten sitovuuden periaatteen sekä suojaperiaatteen.[77] Yleisten sopimusperiaatteiden tehtävänä on ensinnäkin muodostaa perusta, jolle sopimusoikeuden normisysteemi voi rakentua. Sopimusperiaatteet eivät kuitenkaan määritä normien yksityiskohtaista sisältöä. Toiseksi yleiset sopimusperiaatteet tulevat esille soveltamiskäytännössä sisällöltään yleisinä normeina. Yleiset sopimusperiaatteet luovat toimintalinjoja muun muassa lainsäädäntöön. Yleisiä sopimusperiaatteita on mahdollista kutsua oikeusperiaatteiksi, vaikka ne ovat sisällöltään yleisiä ja osittain epämääräisiä siten, että niille on vaikea määrittää samaa sitovuutta kuin varsinaisille oikeusnormeille.[78] Taxell varaakin oikeusperiaatetermin käytettäväksi ensisijassa edellä mainittua konkreettisempien periaatteiden kohdalla. Tällaisia periaatteita ovat muiden muassa kohtuusperiaate ja lojaliteettiperiaate. Lainsäätäjän tehtävänä on kehittää ja konkretisoida yleisiä oikeusperiaatteita ja joskus myös rajoittaa niiden käyttöä.[79]

Oikeusperiaatteet ilmentävät kunkin oikeudenalan ja viime kädessä myös koko oikeusjärjestyksen arvo- ja tavoiteperustaa. Voidaan nähdä, että oikeusjärjestys on juuri oikeusperiaatteiden kautta yhteydessä arvo- ja tavoiteperustaansa. Tässä mielessä oikeusperiaatteet justifioivat yksittäisten oikeusnormien olemassaolon ja luovat niiden normativiteetin. Kaarlo Tuorin terminologiaa käyttäen oikeuskulttuurin tasolla olevat oikeusperiaatteet perustelevat pintatason oikeudellisen aineksen.[80] Voidaan puhua oikeusperiaatteiden kautta välittyvästä oikeuden syväjustifikaatiosta. Samalla oikeusperiaatteet rajoittavat konkreettisempien oi-

---

[76] Taxell 1997, s. 16.
[77] Taxell 1997, s. 36–40.
[78] Ks. myös Taxell 1997, s. 35–36.
[79] Ks. Taxell 1997, s. 58.
[80] Ks. tarkemmin Tuori 2000, s. 263.

keusnormien sisältöä. Oikeusperiaatteista kumpuaa siemen normatiiviselle kritiikille.[81] Oikeusperiaatteilla on tällöin *oikeuslähdetehtävä*.[82]

Oikeusperiaatteet välittävät oikeusjärjestyksen kantavia ideoita toimiessaan oikeuslähdetehtävässä. Nämä ideat voivat olla sisällöltään hyvin yleisiä ja vaatia siten konkretisointia soveltamistoimintaa varten. Oikeusperiaatteet tuovat esille sen, mitä koko oikeusjärjestyksen taikka yksittäisen oikeudenalan kohdalla on pidettävä normatiivisesti olennaisena. Lisäksi on mahdollista puhua yleisistä oikeusperiaatteista, jotka tiivistävät koko oikeusjärjestyksen ja oikeudenalojen normatiivisen sisällön. Näitä normatiivisia lähtökohtia voidaan hyödyntää lainsäädäntöä muotoiltaessa.

Oikeusjärjestyksen systematisoinnissa on viime vuosina korostunut materiaalisen johdonmukaisuuden merkitys. Oikeusperiaatteilla on koherenssin toteuttamisessa merkittävä sijansa. Kun oikeusperiaatteet luovat yhteyksiä oikeusjärjestyksen arvo- ja tavoiteperustaan, mahdollistavat ne samalla oikeusjärjestyksen sisällöllisen johdonmukaisuuden luomisen ja ylläpitämisen. *Systematisointitehtävä* kytkeytyy tiiviisti oikeusperiaatteiden oikeuslähdetehtävään.[83]

Oikeusperiaatteita tarvitaan oikeudellisessa soveltamis- ja ratkaisutoiminnassa. Oikeusperiaatteet voivat toimia oikeusnormeina, joita sovelletaan itsenäisesti oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa. Niitä voidaan hyödyntää myös muiden oikeusnormien tulkinnassa. Oikeusperiaatteet muodostavat oikeuslähteiden tulkinnassa huomioon otettavan argumentin; periaatteet voivat tällöin ohjata esimerkiksi yksittäisen säännön soveltamista. Oikeusperiaatteilla on siten *ratkaisu- ja tulkintatehtävä*.[84]

Ratkaisu- ja tulkintatehtävät poikkeavat joiltakin osin oikeusperiaatteiden oikeuslähde- ja systematisointitehtävistä. Ilmeinen ero liittyy konkreettisuuden asteeseen. On selvää, että ratkaisu- ja tulkintaperiaatteet ovat lähtökohtaisesti sisällöltään konkreettisempia kuin oikeuslähde- ja systematisointiperiaatteet. Oikeudellinen ratkaisutoiminta edellyttää sovellettavilta oikeusnormeilta käytettävyyttä. Toiseksi voidaan ajatella, että oikeuslähde- ja systematisointiperiaatteiden ala on lähtökohtaisesti ratkaisu- ja tulkintaperiaatteita laajempi. Kyse ei tällöin ole yksittäiseen tilanteeseen sovellettavasta oikeusnormista, vaan koko oikeusjärjestyksen taikka yksittäisen oikeudenalan normatiivista sisältöä kuvaavasta periaatteesta.

---

[81] On myös mahdollista puhua oikeuden itserajoitusfunktion toteutumisesta. Ks. tarkemmin Tuori 2000, s. 250.

[82] Tuori ei alun perin tunnustanut periaatteille oikeuslähdetehtävää. Ks. tarkemmin Tuori 2000, s. 198. Tuori on sittemmin muuttanut kantaansa. Ks. Tuori 2001, s. 322. Ks. myös Tuori 2007, s. 150. Ks. asiaa koskevasta keskustelusta esim. H. Tolonen 2000a, s. 523.

[83] Ks. Tuori 2007, s. 150.

[84] Ks. Tuori 2007, s. 151–152.

Oikeusperiaatteiden eri funktioiden ja tehtävien erilaisuutta ei tule ylikorostaa. Päinvastoin oikeuslähde- ja systematisointitehtävillä sekä ratkaisu- ja tulkintatehtävillä on keskenään kiinteä yhteys. Se muodostuu yhteisestä arvo- ja tavoiteperustasta: sisällölliset seikat luovat kantavan pohjan kullekin tehtävälle ja oikeusperiaatteiden ilmenemismuodoille. Oikeusperiaatteiden eri tehtävien väliset yhteydet voivat jäsentyä eri tavoin. Periaatetyyppien välillä voi muodostua erilaisia konstellaatioita. Joissakin yhteyksissä yksittäisen oikeuslähdeperiaatteen alle voi sijoittua spektri erilaisia ratkaisu- ja tulkintaperiaatteita. Toisissa tilanteissa yksittäinen oikeuslähdeperiaate täsmentyy erikseen rajatuksi ratkaisuperiaatteeksi. Erilaiset kombinaatiot ovat mahdollisia. Oikeusperiaatteiden konstellaatiot vaikuttavat oikeusperiaatteiden jäsentämiseen: oikeusperiaatteiden systematisointi ei saa olla kaavamaista, vaan siinä on otettava huomioon oikeusperiaatteiden erityispiirteet.

3.3.4 Soveltaminen

Oikeusperiaatteiden soveltaminen poikkeaa sääntöjen soveltamisesta. Sääntö–periaate-keskustelussa on vakuuttavasti selvitetty, miten sääntöjen soveltamiselle on tyypillistä joko–tai-luonne: sääntö joko soveltuu kokonaisuudessaan tilanteeseen tai sitten se ei sovellu lainkaan. Oikeusperiaatteille on puolestaan tunnusomaista painoarvoihin perustuva asteittainen soveltaminen. Niille on määriteltävä kussakin tilanteessa painoarvot, joita vertaamalla oikeusperiaatteiden keskinäiset suhteet ovat ratkaistavissa. Oikeusperiaatteen merkitystä ei siten ole mahdollista määrittää yksinomaan yleisesti, vaan soveltamistoiminnassa tarvitaan tapauskohtaista harkintaa.[85] Tämä edellyttää yksittäistapauksellisten olosuhteiden huomioon ottamista. Oikeusperiaatteen painoarvo on konkretisoitava kussakin tapauksessa erikseen. Tarvitaan oikeusperiaatteen taustalla olevan arvon tai tavoitteen konkreettisen merkityksen täsmentämistä.

Oikeustieteessä on käyty laajaa keskustelua siitä, kuinka oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden keskinäiset ristiriidat tulisi ratkaista. Kun painotetaan oikeuden sisällöllistä luonnetta, on päädytty jäsentämään oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden välinen suhde tasoittain rakentuvaksi kokonaisuudeksi.[86] Kullakin tasolla ilmenevät ristiriidat ratkaistaan aina seuraavalla, ylemmällä tasolla. Ensimmäisen tason muodostavat oikeussäännöt. Rakenteen idean mukaisesti sääntöjen väliset ristiriidat ratkaistaan seuraavalle tasolle sijoittuvien oikeusperiaatteiden avulla.[87] Oikeussäännöistä on hypättävä oikeusperiaatteisiin, jotta oikeus-

---

[85] Ks. myös H. Tolonen 1989, s. 349.
[86] Ks. esim. H. Tolonen 1988, s. 191.
[87] Ks. myös Tuori 2000, s. 338, ja Pöyhönen 1988, s. 51–52.

järjestyksen koherenssi voidaan taata; ratkaisu edellyttää oikeusnormien välisen rajan ylittämistä. Tällöin vertailtavina ovat oikeussäännön taustalla olevia arvoja tai tavoitteita edustavat ja niiden toteuttamista edellyttävät oikeusperiaatteet.[88] Ristiriita ratkeaa oikeusperiaatteiden välisiä painoarvoja punnitsemalla.

Oikeusperiaatteiden väliset ristiriidat ratkaistaan vastaavasti mallinnuksen seuraavalla tasolla, joka muodostuu oikeudellisista teorioista. Teoriat luovat suuntaviivoja periaatteiden välisten kollisioiden ratkaisemiselle. Kyse ei ole kiinteistä ratkaisulinjoista vaan prima facie -ratkaisumalleista, jotka konstruoivat kokonaisnäkemyksen oikeusperiaatteiden keskinäisistä suhteista. Prima facie -mallit ovat suuntaviivaluonteisia; ne ohjaavat lähtökohtaisesti ratkaisuharkintaa, mutta ne eivät poista tarvetta määrittää oikeusperiaatteiden painoarvot tapauskohtaisesti.[89]

Tässä tutkimuksessa tarkastellaan sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden keskinäisiä suhteita. Oikeusperiaatteilla on tutkimuksessa keskeinen asema. Oikeusperiaatteiden avulla voidaan jäsentää, millaisten arvojen ja tavoitteiden varaan kumpikin edellä mainittu oikeudenala rakentuu. Tutkimuksessa muodostetaan kokonaiskuva sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden keskinäisistä suhteista. Kokonaiskuvan muodostaminen edellyttää sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden kantavien periaatteiden keskinäistä jäsentämistä. Jäsentämisen osalta palataan kysymykseen oikeudellisen teorian muodostamisesta.

> Tutkimukselle asetettu tehtävä on haastava. Tarkastelukulma ylittää kahden oikeudenalan rajat. Tuori on omassa tuotannossaan puhunut mahdollisuudesta jäsentää oikeusjärjestyksen yksittäisiä osia tai oikeudenaloja johdonmukaisiksi kokonaisuuksiksi viittaamalla lokaaliseen koherenssiin.[90] Tuorin mukaan lokaalisen koherenssin mahdollisuus liittyy ennen kaikkea oikeudenalakohtaisuuteen: oikeudenalakohtaisesti voidaan löytää riittävän yhtenäinen arvo- ja tavoiteperusta oikeusjärjestyksen systemaattiselle hahmottamiselle. Tätä laajempiin jäsennyksiin liittyy merkittäviä ongelmia. Toisaalta erityisesti perusoikeustutkimuksen piirissä on esitetty kannanottoja, joiden mukaan perusoikeusjärjestelmän avulla voitaisiin systematisoinnin alaa laajentaa koko oikeusjärjestyksen kattavaksi.[91] Perusoikeusjärjestelmän ja yksittäisten perusoikeuksien voidaan katsoa ilmentävän koko oikeusjärjestyksen kantavia ideoita ja keskeisiä sisällöllisiä lähtökohtia.

---

[88] Ks. myös Pöyhönen 1988, s. 52–53.

[89] Esimerkkinä voidaan mainita Karhun väitöskirjassaan muotoilemat sopimusmallit. Ks. tarkemmin Pöyhönen 1988, s. 79–80, 91–94 ja 101–103. Sopimusmallit tarjoavat sisällöllisen perustelun sopimusten sitovuudelle. Sopimusten sitovuutta ei oteta tällöin vain pacta sunt servanda -maksiimiin kytkeytyvänä lähtökohtana, vaan sopimusmallien avulla selvitetään, miksi sopimuksen sitovuutta on pidettävä yllä. Karhun muodostamissa sopimusmalleissa tehdään valinta eri sopimusoikeudellisten periaatteiden välillä.

[90] Ks. tarkemmin esim. Tuori 2007, s. 119–123.

[91] Ks. esim. Länsineva 2002, s. 13–19. Ks. ajattelutavan sovelluksista varallisuusoikeuden alueella tarkemmin Pöyhönen 2000, s. 66–67.

> Keskustelu systematisoinnin laajuudesta kytkeytyy osaltaan systematisointien tarkkuuteen. On pohdittava, halutaanko systematisoinnin avulla ainoastaan jäsentää suuria kokonaisuuksia vai pyritäänkö samalla ottamaan askel konkreettisten soveltamisongelmien ratkaisemisen suuntaan. Jos systematisoinnin tarkkuutta pyritään pitämään yllä, liittyy systematisoinnin laajuuteen konkreettisia haasteita. Toisaalta nämä näkökulmat eivät ole toisiaan poissulkevia. Systemaattinen tausta luo edellytyksiä yksittäisten soveltamiskysymysten ratkaisemiseen. Vastaukset eivät kuitenkaan ole monissa tilanteissa valmiina, vaan systematisoinnin avulla syntyneitä linjauksia on sovellettava ja täsmennettävä yksittäistapauksittain.

Oikeustieteellisessä tutkimuksessa oikeusperiaatteita koskevia malleja on muodostettu eri tavoin. Eräs mahdollinen tapa on ollut mallin rakentaminen yhden johtavan oikeusperiaatteen varaan. Juha Karhu on väitöskirjatutkimuksessaan peilannut tutkimusongelmia lähtökohtaisesti johtavan periaatteen näkökulmasta.[92] Karhu on perustellut yhden johtavan periaatteen varaan rakentuvaa sopimusmalliaan muun ohella niillä vaikeuksilla, joita rinnakkaismalleihin liittyy ongelmanratkaisutilanteissa.[93] Jos arvioinnissa käytetään useita kriteereitä, on seurauksena vaikeita rajanveto-ongelmia, jotka koskevat muun muassa eri ratkaisuperusteiden keskinäisiä suhteita. Ratkaisua Karhu hakee uudesta sopimusmallista, johon sopimusoikeudellisessa keskustelussa keskeisen sijan saaneet systeemi-ideat (tahto ja luottamus) sijoitetaan. Systeemi-ideoita tarkastellaan kuitenkin aiemmasta poikkeavasta näkökulmasta.[94]

Tutkimuksen perustavat asetelmat heijastuvat tutkimuksessa tehtäviin ratkaisuihin. Tässä tutkimuksessa jäsennetään kahden oikeudenalan keskinäisiä suhteita. Asetelma johtaa alustavan hypoteesinomaisesti siihen, ettei suuntautuminen lähtökohtaisesti yhden johtavan periaatteen mukaiseen malliin tunnu luontevalta. Oikeudenalojen erityispiirteet poikkeavat liiaksi toisistaan. Perustellummalta lähestymistavalta vaikuttaa sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden kantavien periaatteiden rinnakkainen punnitseminen. Yhden johtavan periaatteen sijaan on puhuttava rinnakkaisesta punninnasta tai rinnakkaisen punninnan mallista.[95]

Vallitsevassa tutkimusasetelmassa oikeustieteellisen mallintamisen voidaan katsoa koostuvan kahdesta toisiinsa nivoutuvasta osasta, jotka koskevat yhtäältä

---

[92] Yksi sitovuusperustelu (arvo tai tavoite) nostetaan johtavaksi periaatteeksi. Sopimustoimintaa jäsennetään lähtökohtaisesti tämän periaatteen mukaisesti. Pöyhösen valinta osuu yhteisöllisen käytännön malliin, jossa kohtuusperiaate on johtavassa asemassa. Kohtuusperiaatteen sisällöllisenä perusteluna on oikeudenmukaisuus yhteiskunnallisena arvona. Ks. tarkemmin Pöyhönen 1988, s. 94–101.

[93] Ks. tältä osin Pöyhönen 1988, s. 160.

[94] Esimerkkinä Pöyhönen mainitsee luottamuksen, jonka hahmottamistapa muuttuu yksilöperustaisesta yhteisölliseksi. Ks. tarkemmin Pöyhönen 1988, s. 162.

[95] Ks. luku V.

sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden kantavien oikeusperiaatteiden sisältöä sekä toisaalta niiden suhdetta sääntelykohteeseensa. Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden systemaattisen tarkastelemisen perustaksi on oikeudellisen viitekehyksen määrittämisen jälkeen jäsennettävä kummankin oikeudenalan taustalla olevat arvot ja tavoitteet. Tällä tavoin saadaan kuva kummankin oikeudenalan kantavista sääntelyideoista. Kantavia oikeusperiaatteita on mahdollista tarkastella ristikkäin ja verrata keskenään. Näin voidaan luoda suuntaviivoja siitä, miten kummankin oikeudenalan kantavat periaatteet suhteutuvat toisiinsa. Suuntaviivat ja niistä tehtävät päätelmät edustavat tässä tilanteessa mallinnuksen ensimmäistä vaihetta. Mallinnuksen avulla voidaan muodostaa systemaattinen kokonaiskuva sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden keskinäisistä suhteista. Mallinnus tarjoaa osaltaan myös taustan, jota vasten konkreettisia soveltamisongelmia voidaan tarkastella.

Oikeusperiaatteiden keskinäisten suhteiden jäsentäminen ei ole yksin oikeusjärjestyksen sisäinen asia. Oikeustieteellisessä tutkimuksessa ei tule sivuuttaa oikeuden ja sen sääntelykohteen välisiä yhteyksiä.[96] Sääntelykohteen erityispiirteet on otettava huomioon oikeusperiaatteiden tarkastelussa. Erityispiirteet voivat vaikuttaa periaatteiden keskinäisten suhteiden järjestymiseen. Tutkimuksessa on siirryttävä sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden konkreettisiin leikkauspisteisiin. Leikkauspisteitä voidaan etsiä eri tavoin. Tässä tutkimuksessa leikkauspisteitä paikallistetaan oikeudellisista soveltamiskäytännöistä. Kuva sääntelykohteesta välittyy perusteiltaan oikeuskäytännön kautta. Kuvaa täsmennetään tarpeelliselta osin taloustieteen keinoin.

Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden keskinäisiä suhteita voidaan hahmottaa usealla tavalla. On mahdollista valita jokin sopimustyyppi, jota koskevia sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden leikkauspisteitä tarkastellaan yksityiskohtaisesti.[97] Käsillä olevassa tutkimuksessa on valittu toinen strategia. Valinta perustuu olennaisesti siihen, että tutkimuksen keskiössä on *kokonaiskuvan* muodostaminen sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden suhteista eikä niinkään sopimustyyppikohtainen tarkastelu. Näin voidaan luoda yleiset puitteet sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden välisten suhteiden arvioinnille. Puitteiden on oltava kunnossa, jotta yksityiskohtainen tarkastelu on mielekkäällä tavalla mahdollista. Näin toteutuu osaltaan oikeustieteen tehtävä oikeusjärjestyksen johdonmukaisuuden varmistajana. Tutkimuksessa ei ole mahdollista syventyä yksityiskohtaisesti sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden keskinäisiin suhteisiin yksittäisillä sektoreilla. Tehtävä jää tulevien tutkimusten varaan.

---

[96] Ks. tältä osin Pöyhönen 2000, s. 198–201, ja Taxell 1997, s. 115–117.

[97] Esimerkkinä mahdollisista tutkimuskohteista voidaan mainita vertikaaliset jakelusopimukset tai horisontaalinen tuotantoyhteistyö.

Tutkimustehtävän toteuttamiseksi oikeuskäytännöstä voidaan paikallistaa sellaisia tapauksia, joissa sopimusoikeudellisia ja kilpailuoikeudellisia argumentteja tyypillisesti joudutaan punnitsemaan keskenään. Tapaukset on valittava kattavasti tutkimusaiheen alueelta. Leikkauspisteisiin sijoittuvista tapauksista voidaan tällöin löytää sellaisia piirteitä, joilla on yleistä kantavuutta sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden keskinäisiä suhteita järjestettäessä. Näin voidaan osaltaan muodostaa sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden kantavien periaatteiden keskinäisiä suhteita koskevia suuntaviivoja.

Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden kantavien periaatteiden jäsentämisen osat rakentuvat toistensa varaan. Kantavien periaatteiden tausta-arvot ja -tavoitteet luovat kehikon, jossa sääntelykohteen ominaispiirteet voidaan ottaa asianmukaisella tavalla huomioon. Toisaalta pelkkä tukeutuminen tausta-arvoihin ja tavoitteisiin ei ole omiaan edistämään systematisoinnin ongelmanratkaisuvoimaa. On löydettävä yhteys sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden konkreettisiin rajapintoihin. Tällä tavoin muodostettavat suuntaviivat helpottavat eri sektoreiden yksittäisten ongelmien jäsentämistä ja ratkaisemista. Kyse on ajattelu- tai hahmottamistavasta, jota on mahdollista edelleen täsmentää kunkin soveltamissektorin erityispiirteiden mukaisesti. Lisäksi on muistettava, että oikeusperiaatteiden suhteita koskevat oikeustieteelliset kannanotot tai teoriat ovat parhaimmillaankin vain suuntaviivoja, jotka luovat edellytyksiä yksittäisten oikeudellisten ongelmien jäsentämiseen. Tämä on jo suora seuraus periaatteiden soveltamisen luonteesta: periaatteiden keskinäisten suhteiden ratkaiseminen edellyttää tapauskohtaisten painoarvojen määrittämistä. Systematisointi ei poista tapauskohtaisen harkinnan merkitystä.

4 Tutkimuksen rakenne

Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden keskinäiset suhteet muodostavat tämän tutkimuksen keskeisen juonen ja samalla myös jännitteen. Näitä suhteita voidaan tarkastella eri tavoin ja eri suunnista.

Oikeustieteellisessä tutkimuksessa on keskeistä sijoittaa tutkimuskohde yhteiskunnalliseen taustaansa. Tässä tutkimuksessa lähdetään arvioimaan sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden keskinäisiä suhteita yhteiskunnan perusrakenteen tasolta. Oikeus, talous ja politiikka muodostavat taustan, johon tutkimusaiheen käsittely voidaan luotettavasti ankkuroida. Sopimus ja kilpailu voidaan nähdä sekä oikeudellisina että taloudellisina ilmiöinä. Tutkimuksen perusta on oikeudellinen, mutta toisaalta yhteyttä oikeudellisen sääntelyn ja sen kohteen välillä ei saa päästää katkeamaan. Oikeustieteellisessä tutkimuksessa on tämän vuoksi kyettävä hahmottamaan sääntelykohteen ominaispiirteet. Erityisen mielenkiinnon kohteeksi nousee oikeudellisen sääntelyn ja sen kohteen välinen ohjaussuhde: talous toimii oikeudellisesti määrittyneissä puitteissa, ja oikeudellisen sääntelyn keinoin pyritään ohjaamaan taloutta yhteiskunnallisesti hyväksyttäväksi katsottavaan suuntaan. Sääntelyn toteuttamisessa tarvitaan oikeusjärjestyksen sisäisten seikkojen sekä sääntelykohteen ominaispiirteiden tuntemusta.

Perusoikeuksien yleiset rajoitusedellytykset avaavat ensimmäisen näkökulman sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden keskinäisten suhteiden jäsentämiseen. On selvitettävä, miten kaksi oikeudellisen sääntelyn osa-aluetta voidaan sovittaa yhteen. Perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten avulla voidaan kuvata sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden keskinäisen suhteen oikeudellista lähtöasetelmaa. Olennaista on oikeudellisen harkinnan rakenteen systemaattinen jäsentäminen. Oikeudelliseen lähtöasetelmaan kuuluvat yksilöille oikeusjärjestyksessä annetut oikeudet ja näiden oikeuksien käyttämistä ohjaava kilpailuoikeudellinen sääntely.[98] Yksilöt käyttävät taloudellisia oikeuksiaan markkinoilla. Markkinoiden toimivuus heijastuu niihin mahdollisuuksiin, joita yksilöillä on oikeuksiensa käyttämiseen. Kilpailuoikeudellinen sääntely luo edellytyksiä markkinoiden toimivuudelle ja vaikuttaa näin yksilöille oikeusjärjestyksessä annettujen oikeuksien käyttämismahdollisuuksiin. Kilpailuoikeudellisen sääntelyn toteuttamisessa on otettava huomioon yhtäältä yksilöiden oikeuksien kunnioitta-

[98] Yksilöillä tarkoitetaan tässä esityksessä sekä luonnollisia henkilöitä että oikeushenkilöitä. Käsitteen soveltamisessa on otettava huomioon kulloinenkin asiayhteys.

miseen sekä toisaalta näiden oikeuksien suojaamiseen ja markkinoiden toiminnan järjestelmätasoisiin vaikutuksiin liittyvät seikat.

Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden välisen suhteen jäsentämisessä ei voida pysähtyä yksinomaan rakenteellisiin lähtökohtiin, vaan on otettava askel sääntelyn materiaalisten perusteiden suuntaan. Kyse on kahden oikeudellisen sääntelyalueen leikkauspisteistä, joita ei voida arvioida kestävästi yksinomaan vain oikeudellisen sääntelyn pintatasolla. On siirryttävä oikeudellisen sääntelyn taustalla olevien arvojen ja tavoitteiden tasolle. Näiden arvojen ja tavoitteiden avulla saadaan kuva sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden keskeisistä sääntelyideoista sekä niiden mahdollisista eroista ja yhtäläisyyksistä. Erityisen mielenkiinnon kohteena on se, voidaanko kummankin oikeudenalan taustalta löytää yhtenäisiä sisällöllisiä elementtejä. Jos tällaisia ainesosia on mahdollista tunnistaa, helpottavat havainnot yhteensovittamistehtävän toteuttamista.

Oikeudellisen sääntelyn taustalla olevat arvot ja tavoitteet muodostavat pohjan yksittäisten oikeudellisten ongelmien ratkaisemiselle. Arvo- ja tavoiteperustan systematisointi luo edellytykset menestyksekkäälle ratkaisutoiminnalle. Oikeustieteellisessä tutkimuksessa ei kuitenkaan ole perusteltua pitäytyä yksinomaan oikeudellisen sääntelyn perustavien arvojen ja tavoitteiden tasolle, vaan tutkimuksellisia ponnistuksia on suunnattava myös oikeudellisiin ratkaisutilanteisiin. Tässä tutkimuksessa on jäsennettävä, millä tavoin sopimusoikeudellisia ja kilpailuoikeudellisia näkökohtia on sovitettu yhteen oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa. Erityisen mielenkiinnon kohteina ovat sellaiset murtumakohdat, joissa rinnakkaisesta oikeudenalasta kumpuavat näkökohdat ovat saaneet merkitystä oikeudellisessa harkinnassa.

Näistä tilanteista voidaan löytää perusta yleisille sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden suhteita koskeville arvioinneille. On tarkasteltava sopimusoikeudellisten argumenttien ja näkökohtien asemaa EUT-sopimuksen 101(1), 101(3) ja 102 artiklan soveltamisessa. Vastaavasti on arvioitava kilpailuoikeudellisten näkökohtien huomioon ottamisen mahdollisuuksia sopimusoikeudellisessa harkinnassa, jolloin arvioinnin kohteiksi nousevat sopimus- tai yleisimmin velvoiteoikeudellisina instrumentteina oikeuden väärinkäytön kielto, hyvän tavan vastaisuuden kielto, kohtuuttomien oikeustoimien voimaan saattamisen kielto ja velvollisuus sopimusten tekemiseen.

Lopuksi on yhteenvedon aika. Tämän tutkimuksen tavoitteena on sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden suhteiden kokonaisvaltainen tarkastelu. Tutkimuksessa ei kuitenkaan tarkastella yksittäisiä sopimus- tai kilpailunrajoitustyyppejä sellaisinaan; tämä jää tulevien tutkimusteni varaan. Tutkimustehtävän rajaamisen vuoksi ei ole mahdollista mennä yksittäisten soveltamistilanteiden laajaan arviointiin, vaan tutkimuksellinen painopiste kytkeytyy sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden suhdetta koskevien suuntaviivojen määrittämiseen. Suuntaviivat auttavat kuitenkin jo sellaisenaan jäsentämään sopimusoikeuden ja kilpailuoi-

keuden väliseen suhteeseen liittyviä ratkaisutilanteita sekä luovat perustan oikeudellisen argumentaation kohdentamiselle kunkin tapauksen ominaispiirteiden mukaisesti.

II
OIKEUDELLINEN PERUSTA

1 Johdanto

Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden suhteiden arvioinnissa on edettävä vaiheittain. Tarkastelu on perusteltua aloittaa asetelmaa jäsentävästä oikeudellisesta viitekehyksestä. Ratkaisu ei kuitenkaan tarkoita sitä, että arvioinnissa lähdettäisiin liikkeelle sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden konkreettisista leikkauspisteistä. Tarkastelun aluksi on olennaista muodostaa yleiset oikeudelliset puitteet arvioinnille. Konkreettisiin leikkauspisteisiin siirrytään esityksen myöhemmässä vaiheessa.

Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden välisten suhteiden arvioiminen edellyttää yhteiskunnan perusrakenteen hahmottamista. Oikeus on nähtävä yhteydessä yhteiskunnan perusrakenteen muihin osiin. Oikeuden ja talouden välille muodostuu erityinen suhde. Oikeudessa määritetään puitteet talouden toiminnalle, mutta toisaalta taloudesta välittyy impulsseja myös oikeuden suuntaan. Tutkimuksen kannalta on tärkeätä selvittää, millainen merkitys yhtäältä sopimusoikeudella ja toisaalta kilpailuoikeudella on markkinoiden toiminnan kannalta.

Sopimusoikeus ja kilpailuoikeus ovat keskenään vuorovaikutussuhteessa. Oikeudellisessa viitekehyksessä korostuu suhteen *muodollinen ulottuvuus*: kilpailuoikeudessa asetetaan oikeudellisia puitteita sopimusten käyttämiselle ja sopimustoiminnan harjoittamiselle. Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden välisten suhteiden arvioinnissa voidaan hyödyntää perusoikeuksien yleisiä rajoitusedellytyksiä. Niiden avulla on mahdollista jäsentää systemaattisesti syntyvää asetelmaa.

Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden välisten suhteiden tarkastelussa ei voida pysähtyä perusoikeuksien yleisistä rajoitusedellytyksistä muodostuvaan harkintakehikkoon. Harkintaa on laajennettava sisällöllisten aspektien suuntaan. Perusoikeuksien yleisillä rajoitusedellytyksillä on kuitenkin oma perustava paikkansa sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden välisten suhteiden arvioimisessa. Kyse on eräänlaisesta oikeudellisesta lähtökohdasta, johon voidaan peilata tässä teoksessa käytettäviä suhteiden muita jäsentämistapoja.

2 Yhteiskunnan perusrakenne ja sen osat

Oikeustieteellisen tutkimuksen kohde on perusteltua sijoittaa yhteiskunnalliseen taustaansa. Tässä tutkimuksessa tarkastellaan kilpailuoikeuden ja sopimusoikeuden keskinäisiä suhteita. Tutkimus kohdistuu talouden alueelle. Tarkemmin määriteltynä tutkimuksessa arvioidaan talouden oikeudellista sääntelyä. Ennen kuin voidaan siirtyä tarkastelemaan kilpailuoikeuden ja sopimusoikeuden välisiä suhteita yksityiskohtaisesti, on hahmotettava, millaiseen yhteiskunnalliseen viitekehykseen talous sijoittuu. Tutkimuksessa on mentävä yhteiskunnan perusrakenteiden tasolle.

Yhteiskunnan perusrakenteet muodostavat klassisen tutkimusaiheen. Niitä voidaan lähestyä eri tavoin. On mahdollista puhua yhteiskunnallisista järjestyksistä. Taxell on jakanut yhteiskunnan yhtäältä talousjärjestykseen ja toisaalta poliittiseen järjestykseen.[1] Taxellin mielenkiinnon kohteena on kansallisen oikeusjärjestyksemme ja sen taustana suomalainen yhteiskunta: talousjärjestys rakentuu markkinatalouden periaatteiden varaan ja poliittinen järjestys maassamme on demokratia, joka liitetään Taxellin ajattelussa kiinteästi osaksi pohjoismaista demokratiaperinnettä. Oikeus toimii yhteiskunnallisten järjestysten kesken eräänlaisena välittävänä tekijänä. Kansainvälisessä katsannossa löytyy vastaavalla tavalla erilaisia yhteiskunnan rakenteen jaotuksia. Esimerkiksi ordoliberalistisessa tutkimuksessa jäsennetään taloudellisen ja poliittisen järjestelmän välisiä yhteyksiä. Siinä korostuu oikeuden merkitys: oikeudellisen sääntelyn keinoin varmistetaan osaltaan markkinoiden ja samalla poliittisen järjestelmän toimivuuden edellytykset.[2]

Jatkossa talous hahmotetaan yhteiskunnan perusrakenteen yhdeksi osaksi tai alueeksi. Merkittävää ei ole valittu terminologia vaan pyrkimys tarkastella yhteiskunnan rakennetta kokonaisvaltaisesti. Arvioinnin keskiössä ovat yhteiskunnan perusrakenteen lisäksi sen osa-alueiden keskinäiset vuorovaikutussuhteet. Tutkimuksen kannalta on olennaista ymmärtää, miten talouden sääntelyä koskevat impulssit syntyvät. Lisäksi on tärkeätä hahmottaa, millä tavoin taloutta koskevat oikeudelliset sääntelyratkaisut mahdollisesti vaikuttavat talouden ulkopuolella. Tarkastelu jää välttämättä yleispiirteiseksi, koska tutkimuksen pääteemana ei ole yhteiskunnan perusrakenteen ja siihen sisältyvien vuorovaikutussuhteiden jäsentäminen. Tarkastelu yksityiskohtaistuu, kun siirrytään kohti taloutta ja en-

---

1 Ks. tarkemmin Taxell 1997, s. 14–15.

2 Ks. ordoliberalismin osalta esim. Eucken 1951a, s. 272–273, ja Gerber 1998, s. 240–241.

nen kaikkea kilpailu- ja sopimusoikeuden keskinäisiä suhteita koskevaa arviointia. Talouden yhteiskunnallisen taustan hahmottaminen on lähestymistavan yleisyydestä huolimatta olennainen osa tutkimusaiheen ankkuroimista yhteiskunnalliseen viitekehykseensä.

Yhteiskunnan rakennetta on varsin klassisesti kuvattu jaottelulla oikeus – talous – politiikka.[3] Jaottelu otetaan tässäkin esityksessä arvioinnin perustaksi. Oikeustieteellisessä tutkimuksessa *oikeusjärjestyksellä* on lähtökohtainen asema. Oikeusjärjestyksessä asetetaan puitteet talouden toiminnalle.[4] Siinä annetaan yksilöille oikeuksia, joilla on keskeinen merkitys talouden toiminnan kannalta. Lisäksi oikeus on talouden ohjaamisen instrumentti. On selvitettävä, miten ja miksi taloutta säännellään. Kysymys palautuu tällöin sovellettaviin oikeusnormeihin (säännöt ja periaatteet) ja niiden soveltamismekanismeihin.

Ensiarvoisen tärkeätä on ymmärtää, millaisten arvojen ja tavoitteiden varaan talouden sääntely rakentuu. Tällöin on syytä muistaa, että oikeusjärjestys muodostaa kokonaisuuden. Talouden sääntelyä ei tule nähdä yksinomaan sektorikohtaisesti (esimerkiksi kilpailu- tai sopimusoikeus), vaan huomiota on kiinnitettävä talouden oikeudellisista sääntelymekanismeista rakentuvaan kokonaisuuteen ja viime kädessä taloudellisen sääntelyn asemaan oikeusjärjestyksen osana.[5]

Talous voidaan jäsentää yksittäisten toimijoiden välisen taloudellisen vuorovaikutuksen kentäksi.[6] Talous perustuu maassamme vakiintuneesti markkinatalouden periaatteiden varaan.[7] Markkinatalouden olennaisiin lähtökohtiin sisältyy eräänlainen perustava jännite. Talouden toiminnan keskeisenä elementtinä on ajatus yksittäisten toimijoiden vapaudesta järjestää keskinäiset suhteensa haluamallaan tavalla. Talouden toiminta edellyttää yksilöiden liikkumavaraa ja toimintamahdollisuuksia suhteessa julkiseen valtaan. Markkinoiden toiminta puolestaan syntyy yksittäisten toimijoiden menettelyiden yhteisvaikutuksesta.

Markkinat vaativat toimiakseen oikeudellista sääntelyä. Tarve kumpuaa sekä talouden sisä- että ulkopuolelta. Oikeudellisen sääntelyn keinoin voidaan vahvistaa taloudessa syntyneitä markkinoiden toiminnan muotoja ja vähentää täten

---

3 Ks. esim. Gerber 1998, s. 249.

4 Ks. myös Vanberg, s. 3. Talouden toiminnan kannalta oikeudellisella sääntelyllä on keskeinen asema. Vaihdanta ilman oikeudellisia puitteita muuttuu usein tosiasiassa vahvemman oikeuden toteuttamiseksi. Viime kädessä asetelma palautuu kaikkien sotaan kaikkia vastaan.

5 Oikeusjärjestyksien osia yhteen liittävänä tekijänä voidaan pitää perusoikeusjärjestelmää. Ks. tarkemmin esim. V-P Viljanen 2001, s. 19–22. Yksittäisissä tutkimuksissa on kuitenkin tehtävä sen kohdetta koskevia rajauksia, jotta tutkimuksen terävyys ja tutkimustulosten ongelmaratkaisukyky voidaan varmistaa. Rajaukset liittyvät kiinteällä tavalla tutkimustapaan ja tutkimukselle asetettuihin tavoitteisiin. Tältä osin erilaiset variaatiot ovat luontevia.

6 Vuorovaikutuksen lisäksi on mahdollista korostaa talouden asemaa yksilöiden välisen yhteistyön ja vaihdannan kenttänä.

7 Ks. elinkeinotoiminnan sääntelyn kehityspiirteistä maassamme ja elinkeinovapauden toteuttamisesta tarkemmin Kekkonen, s. 322–341.

muiden muassa transaktiokustannuksia.[8] Talouden sääntely on voimakkaasti myös yhteiskunnan intressissä. Talouden oikeudellisen sääntelyn keinoin pyritään toteuttamaan yhteiskunnallisesti merkittäviksi koettuja arvoja ja tavoitteita. Nämä arvot ja tavoitteet voivat kytkeytyä muun muassa yksilöiden oikeuksien turvaamiseen horisontaalisella, yksilöiden välisellä tasolla ja markkinoiden toimivuuden varmistamiseen.[9]

Politiikka muodostaa oikeuden ja talouden ohella yhteiskunnan perusrakenteen kolmannen osan. Politiikassa voidaan havaita yhtäältä muodollisia ja toisaalta materiaalisia elementtejä. Muodollinen puoli liittyy politiikan asemaan yhteiskunnan hallitsemisjärjestelmänä. Kysymys on olennaiselta osin siitä, kuinka yhteiskunnallista valtaa käytetään. Maamme poliittista järjestelmää voidaan luonnehtia perustuslain 2 §:n mukaisesti edustukselliseksi demokratiaksi.[10] Poliittiseen järjestelmään sisältyy voimakas arvoulottuvuus. On mahdollista puhua demokratian arvoista eli arvoista, joiden toteutumista pidetään demokratiassa keskeisenä. Oikeusjärjestys ilmentää osaltaan demokratian arvoja.[11] Erityisesti perusoikeusjärjestelmä on läheisessä yhteydessä demokraattisen järjestelmämme arvoperustaan. Oikeudellisen sääntelyn kautta demokratia ja sen kantavat arvot heijastuvat yksittäisten toimijoiden välisiin suhteisiin.

Moraali jäsennetään tässä esityksessä yhteiskunnan perusrakenteen neljänneksi osaksi. Klassista oikeus – talous – politiikka -jaottelua täydennetään siten uudella sektorilla. Ratkaisu on välttämätön, jotta yhteiskunnan toiminnan kannalta olennaiset elementit saadaan koottua yhteen. Moraalilla voidaan ymmärtää yhteiskunnassa vakiintuneita käsityksiä siitä, mikä on oikein ja mikä väärin.[12] Moraalin voidaan nähdä kuvastavan yhteiskunnan perustavia arvoja. Moraalia ei tule nähdä yksinomaan staattisena ilmiönä; sen sisältö voi kehittyä, vaikka kehitys on usein hidasta.

---

[8] Transaktiokustannukset voivat liittyä mm. sopimustoiminnassa tarvittavan tiedon hankintaan ja sopimusten valvontaan. Oikeudelliset instituutiot voivat vähentää näitä kustannuksia. Ks. instituutioista tarkemmin esim. North, s. 3–5.

[9] Markkinoiden toimivuuteen voidaan liittää ajatus hyvinvoinnin lisäämisestä yhteiskunnassa ja sen lähtökohtaisesta jakautumisesta markkinamekanismin mukaisesti.

[10] Perustuslain 2 §:n mukaan valtiovalta Suomessa kuuluu kansalle, jota edustaa valtiopäiville kokoontunut eduskunta. Valtiollisten tehtävien jaosta on säädetty perustuslain 3 §:ssä. Eduskunta käyttää lainsäädäntövaltaa. Hallitusvalta on jaettu tasavallan presidentin ja valtioneuvoston välillä. Valtioneuvoston jäsenten tulee parlamentarismin periaatteiden mukaisesti nauttia eduskunnan luottamusta. Ks. tarkemmin esim. Jyränki 2000, s. 56–58 ja 62–67.

[11] Demokratian keskeisinä arvoina voidaan pitää ainakin perustuslain 1 §:n perusteella ihmisarvon loukkaamattomuutta, vapautta ja oikeudenmukaisuutta. Ks. tarkemmin Scheinin, s. 225–229.

[12] Ks. tarkemmin esim. Aaltonen – Junkkari, s. 73. Ks. myös Taxell 1997, s. 21. Ks. moraalin ja etiikan välisestä suhteesta Tuori 2007, s. 130–131. Suhteen arviointiin liittyy useita ulottuvuuksia. Oikeustieteellisen tutkimuksen kannalta on olennaista pyrkiä tunnistamaan oikeusjärjestyksen taustalla olevien perustavien arvokäsitysten leikkauspisteitä.

Moraali ja oikeus ovat osittain rinnakkaisia sektoreita, mutta niillä on myös keskinäisiä kosketuspintoja.[13] Moraalinen velvoite koetaan sitovaksi siitä riippumatta, onko sen noudattamisen varmistamiseksi asetettu oikeudellinen sanktio tai ei. Toisaalta oikeus ja moraali voivat vaikuttaa toistensa sisältöön: oikeusnormilla voi olla moraalinen kytkentä, ja oikeudellinen sääntely voi osaltaan tai ainakin välillisesti vaikuttaa moraalikäsitysten muotoutumiseen.

Yhteiskunnan perusrakenteiden osien välisiä suhteita ei ole voida hahmottaa pysäytyskuvamaisena asetelmana. Tämä johtuu siitä, että perusrakenteen osat ovat potentiaalisesti jatkuvassa liikkeessä toisiinsa nähden: muutoksen mahdollisuus on alati olemassa. Joidenkin perustavien vuorovaikutussuhteiden löytäminen on kuitenkin mahdollista. Nämä havainnot auttavat jäsentämään yhteiskunnallisia toimintamekanismeja ja samalla talouden sääntelyn vaikutuksia.

[13] Tämä yhteys voi syntyä esimerkiksi oikeusperiaatteiden avulla. Ks. tarkemmin esim. Tuori 2000, s. 200–202.

3 Oikeus ja talous

3.1 LÄHTÖKOHTIA

Taloutta voidaan tarkastella usealla tavalla. Tarkastelu voi keskittyä talouteen omana kokonaisvaltaisena järjestyksenään. Perusteen arvioinnille voivat tarjota esimerkiksi taloustieteelliset tai yhteiskuntatieteelliset teoriat. Oikeustieteellisessä tutkimuksessa keskeiseen asemaan nousee oikeuden ja talouden välinen suhde: talous on oikeudellisen sääntelyn kohde, jolloin kuva taloudesta välittyy keskeisesti oikeudellisen sääntelyn avulla. Edellä esitetty ei tarkoita sitä, että oikeustieteellisessä tutkimuksessa tulisi sivuuttaa sääntelykohteen sisäinen logiikka.[14] Reitin tutkimuskohteen erityispiirteiden jäsentämiseen voi tarjota esimerkiksi taloustieteellisten teorioiden käyttäminen tutkimuksen apuna. Kyse on osaltaan tutkimuksessa tehtävissä rajauksista ja metodologisista valinnoista. Tässä tutkimuksessa lähestytään taloutta oikeudellisen sääntelyn ja oikeudellisten instituutioiden, kuten sopimusten sekä EUT-sopimuksen 101 ja 102 artiklaan kiinnittyvän kilpailun, kautta. Taloustiedettä ei unohdeta, vaan sitä hyödynnetään erilaisten oikeudellista sääntelyä koskevien ratkaisujen arvioinnissa.

Oikeuden ja talouden suhteen kannalta keskeisenä lähtökohtana voidaan pitää taloudellisten toimintojen oikeudellista määrittyneisyyttä. Oikeus asettaa puitteet markkinoiden toiminnalle.[15] Oikeusjärjestys tukee kokonaisuudessaan markkinoiden toimintaa. Kaikkien perustavimmalla tasolla oikeusjärjestyksessä määritetään sekä valtiojärjestyksen että talousjärjestyksen rakenne. Valtiojärjestyksemme on perustuslain 2 §:n mukaan edustuksellinen demokratia. Sen ytimeen kuuluu myös oikeusvaltioperiaate, jonka mukaan julkisen vallan käytön tulee perustua lakiin. Vastaavasti oikeusjärjestyksemme kokonaisuuden kautta rakentuu talousjärjestyksemme perusta, joka muodostuu markkinatalouden periaatteiden varaan. Valtiojärjestys ja talousjärjestys eivät ole toisistaan irrallisia järjes-

---

[14] Oikeuden ja talouden suhteet voivat muodostua eri tavoin. Kyse ei ole aina nimenomaisesta pyrkimyksestä muuttaa markkinoilla vallitsevia käytäntöjä oikeudellisen sääntelyn keinoin. Oikeudellinen sääntely voi muodostua myös siten, että markkinoilla vallinneet käytännöt kodifioidaan oikeudellisiksi normeiksi. Tosin käytäntöjen on ennen niiden kodifioimista läpäistävä oikeudellinen seula.

[15] On muistettava, että myös muut kuin oikeudelliset normistot voivat ohjata markkinoiden toimintaa. Esimerkkinä voidaan mainita markkinoilla vakiintuneiden moraalikäsitysten tai sukulaisuussuhteiden merkitys. Ks. tarkemmin esim. Fukuyama, s. 149–153.

tyksiä, vaan niiden välillä on tiivis keskinäinen yhteys.[16] Demokratia ja markkinatalous ovat nivoutuneet voimakkaasti yhteen.[17] Valtiojärjestys ja talousjärjestys ovat keskenään vuorovaikutussuhteessa. Valtiojärjestystä koskevat ratkaisut vaikuttavat siten markkinoiden toiminnan peruspuitteisiin. Samalla tavoin talousjärjestyksen perustaan liittyvät valinnat heijastuvat valtiojärjestyksen toimintaan.

Valtiojärjestyksen ja talousjärjestyksen perustaa koskevat ratkaisut ovat luonteeltaan hyvin yleisiä. Niiden sisältöä on usein konkretisoitava erilaisilla oikeusnormeilla. Lisäksi on luotava oikeudellisia järjestelmiä tai mekanismeja, joilla varmistetaan oikeussäännösten toteutuminen.[18] Tällä tavoin valtiojärjestyksen ja talousjärjestyksen perusteet tulevat konkreettisesti ohjaamaan markkinoiden ja samalla yksilöiden toimintaedellytyksiä.

Talouden oikeudellisen sääntelyn päämäärät ja vaikutukset jakaantuvat kahtaalle. Oikeudellisella sääntelyllä ohjataan yksittäisten toimijoiden operointimahdollisuuksien syntymistä ja käyttämistä. Lisäksi oikeudellinen sääntely vaikuttaa markkinoiden toimivuuteen kokonaisuutenaan, järjestelmänä. Markkinoiden toimintaa tukeva oikeudellinen sääntely voi olla luonteeltaan suoraa tai epäsuoraa.[19]

Oikeus on yhteiskunnallisen sääntelyn muoto.[20] Oikeudellisella sääntelyllä pyritään erilaisten yhteiskunnallisesti suotaviksi katsottavien arvojen ja tavoitteiden toteuttamiseen. Nämä arvot ja tavoitteet voivat nivoutua eri tavoin oikeusjärjestykseen. Oikeusjärjestyksessä yksilöille annetaan erilaisia oikeuksia, joilla on usein selkeä kytkentä yhteiskunnalliseen arvoperustaan. Esimerkkinä voidaan mainita yksilön sopimusten solmimista koskeva vapaus, jonka on vakiintuneesti nähty kuuluvan omaisuudensuojan alaan.[21] Lisäksi oikeudellinen sääntely luo osaltaan edellytykset oikeuksien mielekkäälle käyttämiselle. Kyse ei ole yksinomaan oikeuksista sellaisinaan vaan merkittävässä määrin oikeuksien käyttämisen mielekkäistä olosuhteista. Markkinoiden toimivuus on olennainen edellytys

---

[16] Taxell puhuu yhteiskunta- ja talousjärjestyksen välisestä vuorovaikutuksesta. Ks. tarkemmin Taxell 1997, s. 28–29. Ks. myös J. Tolonen 1997, s. 439–445.

[17] Ks. tarkemmin arvioinnin perustavista lähtökohdista ja reunaehdoista esim. Hayek 1995, s. 77–90.

[18] Olennaisessa asemassa ovat tältä osin hallintoviranomaiset ja tuomioistuinlaitos, joiden tehtävänä on osaltaan varmistaa lainsäädännön toteutuminen.

[19] Suoralla sääntelyllä pyritään vaikuttamaan välittömästi taloudellisen toiminnan lopputulokseen. Epäsuora sääntely puolestaan luo puitteita talouden toiminnalle; nämä puitteet ohjaavat taloudellisen toiminnan järjestämistä ja samalla lopputulosten muodostumista. Ks. kilpailuoikeuden osalta tarkemmin Kuoppamäki 2003, s. 21.

[20] Oikeuden sisältöä on mahdollista jäsentää eri tavoin. Tuori on jaotellut Jürgen Habermasin käsitteistön mukaisesti oikeuden koostuvaksi yhtäältä instituutioista ja toisaalta niiden ohjausvälineistä. Ks. tarkemmin Tuori 2007, s. 91–92.

[21] Ks. tarkemmin Länsineva 2002, s. 182–183.

taloudellisten oikeuksien lisäksi myös monien muiden oikeuksien käyttämiselle.[22]

Yksilöiden oikeudet turvataan kaikkein perustavimmalla tasolla perustuslaissa. Talouden oikeudellisen sääntelyn taustalta voidaan kuitenkin löytää monia sellaisia yksilön kannalta tärkeitä yhteiskunnallisia arvoja ja tavoitteita, joita ei voida välittömästi palauttaa yksilöiden perustuslaissa turvatuiksi oikeuksiksi. Arvot ja tavoitteet saavat oikeudellista suojaa, vaikka niitä ei suoraan liitettäisikään perusoikeusjärjestelmään. Olennaista on arvojen ja tavoitteiden yhteiskunnallinen merkitys.[23]

> Tässä yhteydessä on muistettava, että oikeusjärjestystä voidaan lukea ja samalla perusoikeusjärjestelmän sisältö voidaan hahmottaa eri tavoin. Esimerkkinä erilaisista lukutavoista voidaan mainita sopimusehtojen kohtuullistaminen. Sopimusehtojen kohtuullistamisen taustalla on oikeudenmukaisuus yhteiskunnallisena arvona.[24] Kohtuusperiaatetta voidaan pitää yhtenä sopimusoikeuden kantavana periaatteena, joka ilmentää osaltaan sopimusoikeuden arvo- ja tavoitepohjaa. Toisaalta on mahdollista pyrkiä luomaan yhteyksiä perusoikeusjärjestelmän ja sopimussuhteisiin liittyvän oikeudenmukaisuuden välille. Voidaan esimerkiksi puhua perusoikeusjärjestelmään sisältyvästä oikeudesta varallisuusoikeudellisesti ihmisarvoiseen elämään tai kohtuuttomien oikeussuhteiden voimaansaattamisen kiellosta horisontaalisen perusoikeusvaikutuksen ilmentymänä.[25] Lähestymistavat eivät välttämättä ole toisiaan poissulkevia; oikeusjärjestyksen erilaiset lukutavat voidaan nähdä rikkautena.

Yksilötason lisäksi talouteen sisältyy järjestelmätasolla erilaisia merkittäviä yhteiskunnallisia intressejä. Nämä intressit voidaan palauttaa viime kädessä markkinoiden toimintaan järjestelmänä liittyviksi arvoiksi ja tavoitteiksi. Tässä yhteydessä otetaan esille kaksi keskeistä markkinoiden toimintaan sisältyvää järjestelmätason seikkaa, jotka liittyvät hyvinvoinnin syntymiseen ja jakautumiseen sekä poliittisen järjestelmän toimivuuteen.

Yhteiskunnallisesti on olennaista pyrkiä lisäämään hyvinvointia ja toisaalta varmistaa sen jakautuminen markkinamekanismin mukaisesti. Oikeudellinen sääntely tukee keskeisellä tavalla markkinoiden toimivuutta. Hyvinvoinnin lisääminen ja jakaminen ovat voimakkaasti esillä sekä kilpailuoikeudellisessa että sopimusoikeudellisessa sääntelyssä.[26] Hyvinvoinnin lisääntymistä ja jakaantu-

---

[22] Nämä oikeudet eivät ole luonteeltaan yksinomaan taloudellisia, vaan talouden toimivuus vaikuttaa myös poliittisten oikeuksien käyttämiseen. Esimerkkeinä voidaan mainita viestintämarkkinoiden toimivuuden ja sananvapauden välinen yhteys.

[23] Tähän merkitykseen voi toki vaikuttaa arvojen ja tavoitteiden institutionaalinen yhteys perusoikeusjärjestelmään.

[24] Ks. kohtuuden ja oikeudenmukaisuuden välisestä yhteydestä Pöyhönen 1988, s. 191–192.

[25] Pöyhönen 2000, s. 86.

[26] Ks. tarkemmin luku III.4.2.2. Ks. hyvinvoinnin jakaantumisen merkityksestä oikeudellisen arvioinnin kannalta Timonen 1997, s. 36.

mista ei tule nähdä yksinomaan talouden sisäisenä kysymyksenä. Hyvinvoinnin lisääntyminen luo osaltaan mahdollisuuksia poliittisen järjestelmän toiminnalle. Voidaan ajatella, että hyvinvoinnin olemassaolo ja lisääntyminen on tosiasiallinen edellytys poliittisille päätöksille, joilla hyvinvointia jaetaan. Hyvinvointi mahdollistaa erilaisten poliittisten päämäärien toteuttamisen.

Markkinoiden toimivuudella voidaan nähdä olevan vaikutuksia poliittisen järjestelmän toimintaan kokonaisuudessaan. Asia on ollut esillä erityisesti ordoliberalistisessa tutkimuksessa, jossa on painotettu taloudellisen vallan keskittymisen heijastusvaikutuksia poliittisen järjestelmän toimivuuteen.[27] Kyse ei ole vain poliittisten oikeuksien käyttämisen olosuhteista vaan viime kädessä koko poliittisen järjestelmän toimivuudesta. Voimakkaat taloudelliset toimijat voivat pyrkiä manipuloimaan poliittista päätöksentekojärjestelmää omaksi edukseen: poliittisessa päätöksenteossa toteutetaan tällöin tosiasiassa julkisen intressin sijaan yksityistä etua. Havainto talouden ja politiikan välisestä yhteydestä on mielenkiintoinen ja osoittaa, että markkinoiden toimivuuden varmistaminen ei ole yhteiskunnallisessa katsannossa yksinomaan taloutta koskeva kysymys.

Oikeudelliselle sääntelylle on tyypillistä erilaisten näkökohtien yhteensovittaminen. Yksittäistä kysymystä voidaan harvoin ratkaista kiinnittämällä huomio yksinomaan yhteen näkökohtaan. Tämä ominaispiirre koskee myös talouden oikeudellista sääntelyä. Oikeudellisessa sääntelyssä on punnittava keskenään erilaisia arvoja ja tavoitteita. Nämä arvot ja tavoitteet voivat liittyä yhtäältä yksilöiden oikeusasemiin ja toisaalta järjestelmätasoisiin seikkoihin. Esimerkkinä voidaan mainita jatkon kannalta merkityksellinen keskustelu yksilön kilpailuoikeudessa saaman suojan kriteerien sisällöstä.[28] Arvioinnissa on tällöin keskeistä, miten yksittäisen järjestelyn kohteen ja muiden toimijoiden asema (yksilön mahdollisuus oikeuksiensa käyttämiseen) ja toisaalta menettelyn vaikutukset markkinoiden toimintaan kokonaisuudessaan (hyvinvoinnin lisääntyminen ja jakaantuminen) suhteutetaan.

3.2 OIKEUDELLISEN SÄÄNTELYN SISÄLLÖN MUOTOUTUMINEN

Oikeudellinen sääntely ei muotoudu tyhjiössä. Talouteen kohdistuvan oikeudellisen sääntelyn sisältöön vaikuttavat sekä talouden ulkoiset että sisäiset tekijät.

---

[27] Ks. tältä osin esim. Eucken 1951a, s. 271–273, ja Eucken 1952, s. 334–338. Taloudellisen ja poliittisen järjestelmän yhteydet ovat olleet esillä myös Yhdysvaltain antitrust-lainsäädännön säätämisen yhteydessä. Ks. tarkemmin esim. Million, s. 85–88.

[28] Ks. tarkemmin luku III.3.3.

Politiikasta ja moraalista kumpuaa impulsseja oikeudellisen sääntelyn toteuttamiseen. Lisäksi sääntelykohde eli talous vaikuttaa oikeudellisen sääntelyn sisältöön. Oikeudellisen sääntelyn voidaan katsoa olevan näiden tekijöiden yhteisvaikutuksen tulos.

Politiikka välittää oikeuteen käsityksen siitä, millaisia arvoja ja tavoitteita pidetään hyväksyttävinä talouden toiminnassa. Oikeudellisen sääntelyn keinoin toteutetaan näitä yhteiskunnallisia päämääriä. Poliittiset impulssit voivat liittyä oikeusnormien asettamiseen tai niiden soveltamiseen. Vaikutuksiltaan laajimpia ovat talouden oikeudellista perustaa koskevat ratkaisut: talouden järjestäminen markkinatalouden periaatteiden mukaisesti on mahdollista nähdä viime kädessä poliittisena valintana.[29] Politiikan sektorilla muodostuneet käsitykset voivat vaikuttaa oikeusnormien soveltamisen suuntaamiseen.[30] Harkinta on kuitenkin lähtökohtaisesti oikeudellisesti määrittynyttä: harkintamahdollisuuksien laajuus riippuu merkittävästi oikeudellisten normien asettamista puitteista. Näin taataan osaltaan yksilön perustellut oikeusturvaa koskevat odotukset.

Kilpailupolitiikan sisältö voidaan jäsentää eri tavoin.[31] Kilpailuoikeudellisessa tutkimuksessa on tehty jaottelu kilpailuteorian ja kilpailupolitiikan välillä. Kuoppamäki viittaa kilpailuteorialla siihen yhteiskuntatieteiden osa-alueeseen, joka tutkii taloudellisen kilpailun merkitystä markkinatalousjärjestelmässä. Kilpailupolitiikalla Kuoppamäki tarkoittaa politiikan lohkoa, jolla turvataan ja edistetään taloudellista kilpailua konkreettisin keinoin laissa asetettujen tavoitteiden saavuttamiseksi.[32] Hän lukee kilpailupolitiikan alaan kuuluvaksi myös kilpailun toimivuuteen vaikuttavien lakien säätämisen ja niitä koskevien muutosten valmistelun. Ero kilpailuteorian ja kilpailupolitiikan välillä liittyy konkreettisuusasteeseen. Kilpailuteoriassa mallinnetaan kilpailua abstraktilla tasolla; kilpailupolitiikassa asetetaan konkreettisia tavoitteita ja punnitaan vaihtoehtoisia keinoja niiden saavuttamiseksi.

Kilpailupolitiikan määrittely on käsitteen monitahoisuuden vuoksi haastavaa. Kuoppamäen muotoileman määrittelyn voidaan katsoa olevan osittain perusteltu, mutta siihen liittyy joitakin ongelmallisia piirteitä erityisesti kilpailupolitiikan ja kilpailuoikeuden välisen suhteen kannalta. On ilmeistä, että kilpailupolitiikka vaikuttaa lainsäädännön tavoitteiden asettamiseen ja sen säätämiseen. Yhteiskunnassa voidaan myös käydä yleistä kilpailupoliittista keskustelua taloudellisista ilmiöistä ja niiden ohjaamisesta. Keskusteluun voivat osallistua muun ohella poliitikot, talouselämän edustajat ja tutkijat. Sitä vastoin kilpailupolitiikan suhdetta kilpailulainsäädännön so-

---

[29] Tämä lähestymistapa on ollut esillä erityisesti ordoliberalistisessa tutkimuksessa. Ks. tarkemmin esim. Gerber 1994a, s. 44–46.

[30] Esimerkiksi kilpailuviranomaisten resursseja voidaan kohdentaa kilpailupoliittisen harkinnan mukaisesti.

[31] Ks. esim. Björkroth – Boëlius, s. 18, jossa tarkastellaan kilpailupolitiikkaa suppeassa ja laajassa merkityksessä. Suppea merkitys kytkeytyy puuttumiseen markkinoiden kilpailutilanteeseen konkreettisessa tapauksessa. Laajassa merkityksessä kilpailupolitiikka ymmärretään vaikuttamisena muuhun lainsäädäntöön tai käytäntöihin siten, että niissä otetaan huomioon kilpailunäkökohdat.

[32] Ks. tarkemmin Kuoppamäki 2003, s. 95–98.

veltamiseen on tarkasteltava eritellysti: kilpailupoliittisen vaikutuksen sisällössä on havaittavissa aste-eroja.

Kilpailuviranomaisten tehtävät on asetettu lainsäädännössä, mutta viranomaiset voivat kohdentaa resurssejaan osittain kilpailupoliittisen perustein. Yksittäisten tapausten käsittelemisessä lainsäädännölliset puitteet ohjaavat kilpailuviranomaisten harkintavallan käyttämistä. Kilpailulainsäädäntöä soveltavien tuomioistuinten toiminnan rajat määrittyvät lainsäädännössä.[33] Tuomioistuinten suorittama harkinta on luonteeltaan oikeudellista. Tuomioistuinten ratkaisuilla voi olla kilpailupoliittisia seurauksia, mutta ei tunnu luontevalta väittää, että tuomioistuimet päätöksiä antaessaan suorittaisivat suoraa kilpailupoliittista harkintaa tai tekisivät kilpailupolitiikkaa. Toisaalta on muistettava oikeudellisen harkinnan eräänlainen suhteellisuus. Oikeudellisessa harkinnassa on otettava kantaa sääntelykohteen eli talouden ominaispiirteisiin. Tämä ei ole mahdollista yksinomaan oikeuden sisäisin keinoin, vaan tarvitaan lisäksi taloudellisia teorioita, joiden taustalla on erilaisia yhteiskunnallisia kerrostumia.[34] Teorioiden on kuitenkin ollakseen oikeudellisesti merkityksellisiä läpäistävä oikeudellinen seula. Oikeudellisen harkinnan ominaisuudet linkittyvät siten mielenkiintoisella tavalla toisiinsa.

Kilpailua koskevien käsitteiden osalta on tarkoituksenmukaista erottaa abstrakti ja operatiivinen taso toisistaan. Oikeustieteellisestä näkökulmasta ei kuitenkaan ole perusteltua käyttää käsitettä kilpailupolitiikka vastaamaan koko operatiivista tasoa. Tarvitaan edellä mainittua hienosyisempää jaottelua. Kilpailupolitiikalla viitataan siihen operatiivisen tason osaan, jossa korostuvat yhteiskuntapoliittiset näkökohdat. Kilpailuoikeudella puolestaan tarkoitetaan sitä operatiivisen tason osaa, jossa kilpailulainsäädäntöä sovelletaan ja tutkitaan oikeudellisessa viitekehyksessä. Jaottelu ei ole aina suoraviivaisesti toteutettavissa, mutta sen avulla voidaan parantaa keskustelun tarkkuutta.

Moraali vaikuttaa osaltaan oikeudellisen sääntelyn sisältöön. Yhden mahdollisuuden oikeuden ja moraalin välisten yhteyksien tarkasteluun tarjoaa Kaarlo Tuorin ajatus oikeuden kerrostuneisuudesta. Moraali vaikuttaa oikeuden sisältöön nimenomaan oikeuskulttuurin ja oikeuden syvätason välityksellä.[35] Moraalin merkitys voi konkretisoitua yksittäisen oikeusnormin kohdalla. Oikeusperiaatteet muodostavat keskeisen yhteyden oikeuden ja moraalin välille. Esimerkiksi sopimusoikeudessa vakiintuneen hyvän tavan vastaisuuden kiellon sisällön voidaan nähdä linkittyvän vankasti käsitykseen siitä, millaiset toimet markkinoilla ovat hyväksyttäviä ja millaiset puolestaan eivät. Oikeusperiaatteiden voidaan nähdä ohjaavan oikeudellista harkintaa vaikuttamalla siihen, millaisia rat-

---

[33] Kuoppamäki on myös huomauttanut kilpailuoikeuden soveltamiseen tuomioistuimissa ja kilpailuviranomaisissa sisältyvän luonteeltaan kilpailupoliittisia elementtejä. Ks. tarkemmin Kuoppamäki 2003, s. 95 av. 2.

[34] Ks. myös M. Virtanen 2004, s. 8–9.

[35] Ks. tarkemmin Tuori 2000, s. 262–263.

kaisuja voidaan pitää oikeudellisesti mahdollisina.[36] Oikeusperiaatteet muodostavat avaimen oikeusjärjestyksen koherenssiin.

Oikeudellisen sääntelyn kohde heijastuu sääntelyn sisältöön ja toteuttamistapaan. Kysymys on ennen kaikkea sääntelykohteen ominaispiirteiden ja sisäisen logiikan hahmottamisesta. Oikeudellisen sääntelyn säätämisessä ja soveltamisessa on tunnettava kulloinenkin toimintaympäristö ja sen erityispiirteet. Sääntelykohteen erityispiirteet linkittyvät sääntelyn vaikuttavuuden ja hyväksyttävyyden toteutumiseen. Tässä yhteydessä on myös huomattava, että talouden ominaispiirteet voivat heijastua yksittäistä sääntelyratkaisua laajemmin oikeuden sisältöön ja sitä kautta yhteiskunnan muihin lohkoihin. On mahdollista puhua oikeuden markkinaistumisesta.[37] Oikeuden ja talouden vaikutussuhde on siten useallakin tavalla kaksisuuntainen.

Oikeudelliselle sääntelylle on luonteenomaista normatiivisuus. Oikeus mahdollistaa talouden kehittämisen vallitsevien yhteiskunnallisten käsitysten ja näkemysten mukaisesti. Poliittiset ja moraaliset impulssit luovat perustan oikeudellisen sääntelyn normatiivisuudelle: taloutta pyritään ohjaamaan yhteiskunnallisesti hyväksyttäväksi katsottavaan suuntaan. Oikeusperiaatteilla on keskeinen asema moraalisten ja poliittisten impulssien välittäjänä. Oikeudellisen sääntelyn kohdistaminen talouteen edellyttää kuvan muodostamista sääntelykohteesta.[38] Oikeudellisen sääntelyn normatiivisuuteen voidaan saada ainesosia myös talouden suunnalta. Kyse on siitä, miten talouden ominaispiirteet hahmotetaan. Esimerkkinä voidaan mainita erilaiset taloustieteelliset teoriat, jotka välittävät käsitystä talouden dynamiikasta. Tässä yhteydessä on huomattava, että taloustieteellisillä teorioilla on selkeä yhteiskuntapolitiikkaan tai moraaliin liittyvä kytkentä. Näiden kytkentöjen implikoiminen on kuitenkin käytännössä usein puutteellista. Taloustieteellisten teorioiden yhteiskunnallinen perusta vaikuttaa vääjäämättä saavutettaviin soveltamistuloksiin. Oikeudellisen sääntelyn yhteydessä käytettävien taloustieteellisten teorioiden on läpäistävä normatiivinen seula.

Oikeudellisen sääntelyn normatiivisuus merkitsee sitä, että oikeudellisessa sääntelyssä ei voida ehdoitta justifioida taloudessa vallitsevia käytäntöjä. Martti Koskenniemen tunnettua terminologiaa lainaten kysymys ei ole vain taloudessa muotoutuneita käytäntöjä myötäilevästä sääntelystä eli apologiasta, vaan oikeu-

---

[36] Ks. oikeuden itserajoitusfunktiosta Tuori 2000, s. 234–236. Tuomioistuimilla on tärkeä asema oikeusperiaatteisiin kytkeytyvän oikeuden itserajoituksen toteuttamisessa. Asetelmaan voidaan nähdä sisältyvän joitakin mahdollisia ongelmia yhteiskunnallisen vallanjaon kannalta. Polttopisteessä on kysymys yhteiskunnallisten arvovalintojen tekijästä: kyse on siitä, tehdäänkö ratkaisuja parlamentissa tai tuomioistuimissa. Ks. myös Tuori 2000, s. 250–253.

[37] Ks. tarkemmin Pöyhönen 2000, s. 20–21.

[38] On mahdollista todeta, että oikeudessa tosiasiat riippuvat normeista ja niitä havainnoidaan normien lävitse. Ks. tarkemmin Tuori 2007, s. 27.

dellisen sääntelyn keinoin pyritään talouden ohjaamiseen yhteiskunnallisesti hyväksyttävään suuntaan.[39] Asetelman kääntöpuoli liittyy siihen, että oikeudellinen sääntely ei saa etääntyä liiaksi kohteestaan. Oikeudellinen sääntely muuttuu utopiaksi, jolloin sen tehokkuus ja tehokkuuden kautta saavutettava hyväksyttävyys vaarantuvat.

Oikeudellisen sääntelyn muotoilemisessa ja soveltamisessa on otettava todesta vaara utopiasta ja apologiasta. Oikeudessa on havaittavissa jatkuva jännite sen sääntelykohdetta muuttamaan pyrkivien ja sääntelykohteen ominaispiirteiden mukaisten osien välillä. Tätä jännitettä ei voida sivuuttaa oikeustieteellisessä tutkimuksessa.

Apologiasta ja utopiasta puhuttaessa on muistettava, että oikeutta ei tule nähdä ainoastaan interventionistisena, talouteen puuttuvana tekijänä. Oikeudellinen sääntely tukee käytännössä monelta osin talouden toimintaa. Sillä vakautetaan talouden sisäisiä toimintaedellytyksiä. On mahdollista puhua oikeuden taloutta stabilisoivasta tehtävästä.[40]

> Asetelmaa voidaan valaista seuraavan esimerkin avulla. Oikeudellinen sääntely vaikuttaa yksittäisten toimijoiden välisen luottamuksen ylläpitämiseen ja edistämiseen markkinoilla.[41] Perusteltujen odotusten sopimusoikeudellinen suojaaminen voi luoda markkinoilla olosuhteet, joissa toimitaan sopimustoiminnassa syntyneiden odotusten mukaisesti. Oikeudellinen sääntely voidaan nähdä suojaverkkona, joka pienentää toiseen toimijaan luottamisen riskiä ja näin madaltaa yhteistoiminnan aloittamisen kynnystä. Oikeudellinen sääntely mahdollistaa luottamuksen syntymiselle ja vahvistumiselle myönteisten olosuhteiden muotoutumisen markkinoilla. Oikeudellinen sääntely on yhdensuuntainen markkinoiden oman systematiikan kanssa.[42]
>
> Oikeudellinen sääntely voi tukea yksittäisten toimijoiden toimintaedellytyksiin liittyvien ja markkinoiden toiminnan kannalta keskeisten edellytysten syntymistä. Juha Häyhän tutkimukset tuovat tämän näkökohdan tärkeällä tavalla esille.[43] Häyhä on hahmottanut oikeudellisen sääntelyn merkityksen joukkomittaistuneessa vaihdannassa siten, että sääntely tukee toimijoilla vaihdannan vakiintumisesta kumpuavien perusteltujen odotusten toteutumista. Lainsäädännöllä ei puututa interventionistisesti markkinoiden toimintaan, vaan parannetaan ennakoitavuutta sopimussuhteissa. Tämä on sopimustoimintaa koskevien perustavien olettamien mukaista, ja sillä on yksittäisten toimijoiden vaihdantaan osallistumista sekä samalla markkinoiden toimivuutta edistäviä vaikutuksia.

---

[39] Ks. Koskenniemi, s. 4–6.
[40] Ks. myös Taxell 1976, s. 443.
[41] Ks. tarkemmin esim. Huemer, s. 341–346. Yhdeltä osin on mahdollista puhua sosiaalisesta pääomasta, jonka muodostumista oikeudellinen sääntely voi tukea. Ks. myös Kovalainen, s. 75–77.
[42] Ks. myös Mähönen 1998, s. 234–235.
[43] Ks. tarkemmin Häyhä 1996b, s. 62–64.

Oikeudellisen sääntelyn utopiamuodostukseen vaikuttavia kriteereitä ei ole mahdollista määrittää yleisellä tasolla yksityiskohtaisesti, koska kysymys on toimintaympäristösidonnaisesta ilmiöstä. Joitakin yleisiä havaintoja voidaan kuitenkin tehdä. Vaara utopiasta on konkreettinen, jos oikeudellisessa sääntelyssä sivuutetaan talouden oma rationaliteetti, siis talouden ominaispiirteet ja rajoitteet. Yhteys sääntelykohteen sisäiseen logiikkaan, siinä vallitseviin arvoihin ja tavoitteisiin katkeaa. Oikeudellisen sääntelyn määrä, sisältö ja toteuttamistapa vaikuttavat sääntelyn muuttumiseen utopiaksi.

Oikeudellisen sääntelyn kannalta on haastavaa, miten sääntelykohteen eli talouden ominaispiirteet ovat hahmotettavissa. Vastausta voidaan hakea kahdesta suunnasta. Keskeisessä asemassa ovat talouden toimintaa kuvaavat taloustieteelliset ja muut yhteiskuntatieteelliset teoriat. Tällöinkin on muistettava näiden teorioiden arvo- ja tavoitesidonnaiset lähtökohdat. Näkökulmat muovautuvat pitkälle kunkin teorian lähtökohtaisten olettamien mukaisesti. Seurauksena on tulkintasuositusten laaja kirjo. Toiseksi tukea on haettava sääntelyratkaisujen todellisia vaikutuksia koskevista havainnoista.[44] On selvitettävä, millaisia vaikutuksia oikeudellisella sääntelyllä tosiasiassa on. Saatuja tuloksia on arvioitava oikeudellisessa viitekehyksessä.

Talouden perustavia toimintaedellytyksiä koskevan ajatuksen esille nostaminen ei tarkoita sitä, että talouden ominaispiirteisiin vetoamalla haluttaisiin estää yhteiskunnallisesti hyväksyttäväksi katsottavien arvojen ja tavoitteiden toteuttaminen oikeudellisen sääntelyn keinoin. Markkinat eivät ole ainoa tapa tehdä yhteiskunnallisia päätöksiä tai ratkaista yhteiskunnallisia ongelmia. Kysymys on viime kädessä siitä, halutaanko jokin asia järjestää talouden keinoin vai onko perusteltua käyttää muita yhteiskunnallisia ratkaisumalleja (esimerkiksi suora julkinen ohjaus). Oikeudellisen sääntelyn toteuttamisessa on kuitenkin muistettava sääntelykohteen erityispiirteet. Jos yksittäinen yhteiskunnallinen kysymys ratkaistaan markkinoiden avulla, ei markkinoiden toimintaedellytyksiä saada poistaa.

Oikeudellisen sääntelyn muodostumista utopiaksi voidaan pyrkiä estämään eri tavoin. Tässä yhteydessä käsitellään kahta merkityksellistä näkökulmaa. Riskiä oikeudellisen sääntelyn utopiasta voidaan hallita, kun otetaan huomioon oikeudellisen sääntelyn suhde muihin taloudellisen toiminnan sääntelymekanismeihin. Oikeudelliset instrumentit eivät ole ainoita taloudellisen toiminnan sääntelykeinoja. Markkinoilla voi muotoutua erilaisia yhteisöllisiä normistoja, jotka ohjaavat yksittäisten toimijoiden välisiä suhteita ja samalla markkinoiden toimintaa. Esimerkkinä voidaan mainita liike-elämän etiikka, joka vaikuttaa luottamuksellisten suhteiden syntymiseen. Yksittäisten toimijoiden väliset suhteet voi-

[44] Ks. kansallisen lainsäädäntömme vaikutusten arvioinnista esim. Tala 2006, s. 13–17.

vat oikeudellisen sääntelyn sijaan tai ohella perustua markkinoilla vallitseviin käytäntöihin, joilla on vahva moraalinen kytkentä. Vastaavalla tavalla markkinoilla omaksuttu itsesääntely kuvastaa usein markkinoilla hyväksyttäväksi katsottavia menettelytapoja.[45] Erilaiset sääntelymekanismit voivat toimia päällekkäin.

> Ongelmaksi voi muodostua esimerkiksi taloudellisten käytäntöjen taustalla olevien moraalikäsitysten eriytyminen: samalla tavoin kuin moraalikäsitykset voivat muuttua ajan kuluessa, ne voivat vaihdella toimintaympäristöstä toiseen siirryttäessä. Oikeudellisen sääntelyn normatiivisuus edellyttää, että markkinoilla syntyneet käytännöt ovat yhteiskunnallisesti hyväksyttäviä. Käytäntöjen on oikeudellista relevanssia saadakseen läpäistävä normatiivinen seula.[46]

Oikeudellisen sääntelyn muuttumista utopiaksi voidaan ehkäistä sillä, että oikeudellinen sääntely on sisällöltään johdonmukaista. Kyse on oikeudellisen sääntelyn tasapainosta: oikeudellisen sääntelyn tulee olla yhdensuuntainen sen taustalla olevien arvojen ja tavoitteiden kanssa. Uhka oikeudellisen sääntelyn tasapainolle voi kummuta esimerkiksi politiikan suunnalta. Oikeudesta tulee väline, jolla edistetään yksinomaan poliittisia tarkoitusperiä. Oikeusnormien asettamista ja soveltamista voidaan pyrkiä ohjaamaan poliittisesti siten, että oikeusjärjestyksen taustalla olevat arvot ja tavoitteet vaarantuvat.[47]

Oikeuden ja politiikan välinen suhde ei ole yksiselitteinen. Poliittiset näkökohdat eivät ole merkityksettömiä oikeudellisen sääntelyn kannalta: politiikasta välittyy impulsseja oikeuteen siitä, millaisia päämääriä on pidettävä yhteiskunnalliset hyväksyttävinä. Olennaista on se, miten poliittiset impulssit kanavoituvat oikeuteen. Poliittisia vaikutteita toteutettaessa on otettava huomioon oikeuden sisäinen logiikka.[48]

Oikeudellisilla periaatteilla ja käsitteillä on merkittävä asema oikeusjärjestyksen sisällöllisen johdonmukaisuuden varmistamisessa. Erityisesti oikeusperiaatteet luovat yhteyden oikeudellisen sääntelyn sekä sen taustalla olevien arvojen ja tavoitteiden välille. Oikeusperiaatteet asettavat puitteita sille, millaisia oikeudellisia ratkaisuja voidaan pitää mahdollisina.[49] Oikeusperiaatteiden ongelmanratkaisuvoima perustuu niiden sekä oikeudellisen sääntelyn taustalla olevien arvojen ja tavoitteiden väliseen yhteyteen.

---

45 Ks. itsesääntelystä tarkemmin Tala 2005, s. 18–19 ja 172–173, ja Tala 1999, s. 78–79.
46 Ks. sopimustoiminnan osalta tarkemmin luku III.2.3.3.
47 Ks. tältä osin perustavasta jaottelusta oikeuden ration ja voluntaksen kesken Tuori 2007, s. 5–6.
48 Ks. tältä osin esim. Sally, s. 155, jossa viitataan Jan Tumlirin ja Frans Böhmin esitysten mukaisesti siihen, että oikeuden tehtävänä on muun ohella yksilöiden oikeuksien puolustaminen poliittisen harkintavallan väärinkäytöltä. Ks. kansallisesta keskustelusta Tuori 2007, s. 5–6, jossa tarkastelun perusjännite muodostuu oikeuden sisäisen logiikan ja poliittisten vaikutteiden välille.
49 Ks. tältä osin esim. Tuori 2000, s. 235–236.

Sääntelyn sisältö ja oikeusturvajärjestelyt vaikuttavat politiikan ja oikeudellisen sääntelyn soveltamisen välisen yhteyden merkitykseen yksilöiden kannalta. Yksilön näkökulmasta on tärkeätä, että yksilöiden asemaan keskeisesti vaikuttavat seikat olisi muotoiltu mahdollisimman tarkoiksi oikeuksiksi, jolloin poliittisen harkinnan merkitys on rajallinen. Talous ei kuitenkaan tyhjene yksinomaan oikeuksiin. Siihen sisältyy erilaisia kollektiivisia ulottuvuuksia ja monilta osin nämä kollektiiviset tekijät ovat yksilöiden kannalta merkityksellisiä. Esimerkkinä voidaan mainita markkinoiden toimivuus yksilöiden oikeuksien käyttämisen mielekkäänä ympäristönä. Ainakin silloin, kun järjestelmätason tekijät vaikuttavat suoraan ja välittömästi yksilöiden oikeusasemiin, tulisi yksilöillä olla mahdollisuus saattaa asiaa koskevat erimielisyydet oikeudellisen normiston soveltamisesta tuomioistuimen ratkaistaviksi. Menettelylliset oikeudet turvaavat talouden järjestelmätason vaikutuksiin kytkeytyvien yksilöiden materiaalisten oikeuksien toteutumisen.[50]

[50] Esille nousee jälleen oikeudellisen harkinnan punnintaluonne: yksilöiden prosessuaalisten oikeuksien merkitys on suhteutettava kuhunkin asetelmaan liittyviin muiden yksilöiden oikeuksiin ja kollektiivisiin hyviin. Ks. menettelyllisistä oikeuksista luku III.3.3.3.

4 Talouden oikeudelliset puitteet

4.1 OIKEUDELLISET INSTITUUTIOT JA NIIDEN KÄYTÖN OHJAAMINEN

Oikeudellinen sääntely luo puitteet markkinoiden toiminnalle. Oikeudellinen sääntely vaikuttaa yksittäisten toimijoiden välisten suhteiden järjestämiseen ja toisaalta markkinoiden toimintaan kokonaisuudessaan. Sen avulla talouden toimintaa ohjataan yhteiskunnallisesti hyväksyttäväksi katsottavaan suuntaan.

Oikeudellisen sääntelyn asemaa ja sisältöä voidaan jäsentää eri tavoin. Yhden merkityksellisen tavan tarjoaa neoinstitutionaalinen taloustiede.[51] Siinä erityisen mielenkiinnon kohteena on erilaisten toimijoiden välinen yhteistoiminta ja sen ohjaaminen. Neoinstitutionaalisessa taloustieteessä tehdään jaottelu instituutioiden ja organisaatioiden välille. Ne ovat neoinstitutionaalisen taloustieteen peruskäsitteitä.

Instituutiot ohjaavat yhteisöllistä käyttäytymistä. Niitä voidaan luonnehtia pelin tai yhteistoiminnan säännöiksi, jotka luovat järjestystä yhteistoimintaan. Instituutiot voivat olla talouden sisäisiä taikka ulkoisia, yhteiskunnalliseen päätöksentekoon perustuvia.

Organisaatioilla viitataan erilaisiin yhteiskunnallisiin toimijoihin.[52] Ne ovat yhteenliittymiä, jotka pyrkivät yhteisen tavoitteen saavuttamiseen. Organisaatiot voivat olla luonteeltaan esimerkiksi poliittisia, taloudellisia, sosiaalisia taikka opetustoiminnallisia.[53] Ne ovat pelaajia, joiden toimintaa instituutiot ohjaavat. Organisaatiot toimivat instituutioiden asettamissa puitteissa. Organisaatiot eivät pelkästään mukaudu instituutioiden asettamiin puitteisiin, vaan ne pyrkivät vaikuttamaan instituutioiden kehittymiseen.[54] Instituutiot ja organisaatiot ovat siten keskinäisessä vuorovaikutussuhteessa.

Instituutioiden tehtävä on luoda edellytykset organisaatioiden väliselle kestävälle yhteistoiminnalle. Sille voi olla erilaisia esteitä. Neoinstitutionaalisen ta-

---

[51] Tässä yhteydessä neoinstitutionaalisen taloustieteen sisältöä tarkastellaan Douglass C. Northin ja Oliver E. Williamsonin töiden muodostamaa taustaa vasten. Ks. neoinstitutionaalisen taloustieteen rakenteellisesta analyysistä Timonen 1997, s. 48–53.

[52] North, s. 4–5.

[53] Neoinstitutionaalisessa taloustieteessä omaksuttu organisaation määritelmä kattaa siten myös talouden ulkopuolisia toimijoita. Tarkastelu avautuu talouden ulkopuolelle. Ks. tarkemmin North, s. 2–5.

[54] Ks. esim. North, s. 5 ja 73.

loustieteen keskeisiin lähtökohtiin kuuluvat olettamukset yksittäisten toimijoiden rajoittuneesta rationaalisuudesta ja opportunistisuudesta.[55] Instituutiot vähentävät kitkaa toimijoiden välisissä suhteissa: instituutiot muodostavat pidäkkeitä opportunistiselle käyttäytymiselle ja vakauttavat näin toimijoiden välisiä suhteita.[56] Parhaimmillaan instituutiot ovat perusta, jonka varaan toimijoiden keskinäinen luottamus voi rakentua. Instituutioiden tehtävänä on osaltaan tukea taloudellisen työnjaon toteuttamisen ja samalla vaihdannan edellytyksiä.[57] Taloudellinen työnjako muodostaa perustan hyvinvoinnin lisäämiselle yhteiskunnassa. Instituutioille voidaan asettaa myös yhteistoiminnan vakauttamista laajempia tehtäviä, jotka eivät välittömästi liity hyvinvoinnin lisäämiseen yhteiskunnassa. Instituutiot määrittävät organisaatioiden välisiä suhteita. Näin instituutiot sääntelevät organisaatioiden toimintamahdollisuuksia (yksityisautonomia) ja kääntäen vallan käyttämistä. Laajassa katsannossa instituutioiden tehtävänä voidaan lisäksi pitää erilaisten konfliktien ratkaisemista.[58]

Neoinstitutionaalisessa taloustieteessä on instituutioita tarkasteltu jossain määrin toisistaan poikkeavilla tavoilla.[59] Douglass C. North on määrittänyt instituutiot yleisesti yksilöiden välistä yhteistoimintaa ohjaaviksi pelisäännöiksi. Määritelmä on laaja, eikä se rajoitu mihinkään yksittäiseen yhteistoiminnalliseen tilanteeseen. On mahdollista luonnehtia, että Northin tarkastelussa painottuu institutionaalisen viitekehyksen yleinen hahmottaminen. Kyse on lähtökohdiltaan järjestelmätason arvioinnista.

Oliver E. Williamson on puolestaan keskittynyt tutkimuksissaan jäsentämään yksilöiden välisten suhteiden hallinnointia. Williamsonin tarkastelema institutionaalinen viitekehys määrittää osaltaan yksilötason yhteistoiminnan puitteita.[60] Tarkemmin ottaen kyse on siitä, kuinka erilaiset institutionaaliset ratkaisut vaikuttavat transaktiokustannusten ja muiden toimintaa ohjaavien kustannusten (esimerkiksi valmistuskustannukset) muotoutumiseen. Williamsonin tarkoittamia vaihtoehtoisia instituutioita yksittäisen vaihdantasuhteen hallinnointiin ovat sopimus, hybridi ja kiinteä organisaatio (kuten esimerkiksi osakeyhtiö).

Instituutioiden jäsennystapa on otettava huomioon, kun operoidaan neoinstitutionaalisen taloustieteen käsitteistöillä.[61] Jäsennystapa on valittava kulloisenkin tarkaste-

---

[55] Ks. tarkemmin esim. Williamson 1985, s. 44–49.

[56] Instituutioita voidaan jaotella eri tavoin. On mahdollista puhua yhtäältä tietoiseen yhteiskunnalliseen päätöksentekoon perustuvista instituutiosta ja toisaalta markkinoilla muovautuneista instituutioista. Jaottelu on osin suhteellinen, koska markkinoilla muodostuneet käytännöt voidaan myöhemmin kodifioida nimenomaisiksi oikeusnormeiksi. Käytäntöjen täytyy tällöin läpäistä normatiivinen seula.

[57] Ks. esim. North, s. 5–6, ja Kasper – Streit, s. 17.

[58] Ks. tältä osin tarkemmin Kasper – Streit, s. 118–122.

[59] Ks. instituution määrittelemisen eri näkökulmista Williamson 1996, s. 4–5.

[60] Williamson ottaa yleisen institutionaalisen taustan lähtökohtaisesti annettuna. Ks. tarkemmin Williamson 1996, s. 5.

[61] Esimerkiksi Timonen on tutkiessaan yrityskauppamarkkinoita määrittänyt käyttävänsä laajaa instituutiokäsitettä sillä varauksella, että joidenkin Williamsonin instituutiomääritelmän osien

lukohteen mukaan ja se on tuotava asianmukaisesti esille. Arvioitaessa oikeudellisen sääntelyn merkitystä yhteiskunnallisena sääntelykeinona on perusteltua pidättäytyä instituution laajassa, järjestelmätasoisessa määritelmässä. Niin tehdään tässäkin yhteydessä. Vastaavasti tarkasteltaessa yksittäistä vaihdantasuhdetta ja sen ohjaamista on useimmiten asianmukaista käyttää Williamsonin omaksumaa instituutiokäsitettä arvioinnin apuna. Tarvittaessa näkökulmia voidaan yhdistää.

Neoinstitutionaalisessa taloustieteessä oikeudellinen sääntely on katsottu yhdeksi yhteiskunnallisten instituutioiden muodoksi. Oikeudellinen sääntely jäsennetään ulkoiseksi tai muodolliseksi instituutioksi. Muodollisille instituutioille on neoinstitutionaalisen taloustieteen mukaan tyypillistä se, että ne ovat tietoisen yhteiskunnallisen päätöksenteon tulos.[62] Lisäksi muodollisten instituutioiden ominaispiirteeksi voidaan katsoa, että niiden rikkomisesta seuraa erikseen yhteiskunnallisesti määriteltyjä sanktioita.

Taloudellisen toiminnan ohjautuminen ei perustu yksinomaan oikeudellisiin tai muihin muodollisiin instituutioihin. Oikeudellisten instituutioiden lisäksi on olemassa erilaisia epävirallisia tai talouden sisäisiä instituutioita.[63] Muut kuin oikeudelliset talouden ohjausmekanismit perustuvat markkinoilla muodostuneisiin käytäntöihin. Niiden sisältöön vaikuttavat viime kädessä markkinoiden toiminnan taustalla olevat arvot ja tavoitteet. Esimerkkeinä voidaan mainita liikeelämän etiikka sekä yksittäisten toimijoiden tai näiden yhteenliittymien antamat erilaiset menettelytapaohjeet ja -suositukset (itsesääntely).

Talouden sisäiselle sääntelylle on tyypillistä, että se muotoutuu lähtökohtaisesti markkinoiden ominaispiirteistä ja tarpeista käsin. Epävirallinen sääntely ei useimmitenkaan ole tietoisen suunnittelun tulos, vaan se pohjautuu markkinoiden itseohjautuvuuteen. Siihen sisältyy siten spontaani ulottuvuus. Epävirallisen sääntelyn rikkomisen sanktiot eivät perustu julkisen vallan toimiin, vaan sanktiot ovat markkinoiden sisäisiä. Muodolliset ja epäviralliset instituutiot vaikuttavat toisiinsa, joten oikeudellisessa tarkastelussa ei ole lähtökohtaisesti perusteltua sivuuttaa epävirallisten instituutioiden merkitystä.

Tässä tutkimuksessa keskitytään tehtyjen rajausten mukaisesti markkinoiden toiminnan oikeudelliseen sääntelyyn. Keskiössä on sopimusta ja kilpailua koskevan oikeudellisen sääntelyn asema markkinatalouden osana. Edellä lausuttu ei kuitenkaan tarkoita sitä, että oikeudellisella sääntelyllä ei nähtäisi olevan yhteyksiä talouden muihin ohjausmekanismeihin tai että nämä yhteydet tulisi jättää huomiotta tutkimuksessa. Oikeudellisella sääntelyllä on selkeä normatiivinen ulottuvuus; taloutta pyritään ohjaamaan yhteiskunnallisesti hyväksyttäväksi katsottavaan suuntaan. Oikeudessa ei

---

käyttäminen on tarpeellista eräiden tutkimuskysymysten yhteydessä. Ks. tarkemmin Timonen 1997, s. 62–69.

62 On mahdollista, että muodolliset instituutiot hioutuvat soveltamiskäytäntöjen yhteydessä.

63 Ks. tarkemmin esim. North, s. 36–45.

kuitenkaan pidä sen normatiivisuudesta huolimatta sivuuttaa talouden sisäisiä ohjausmekanismeja. Oikeudellisen sääntelyn samansuuntaisuus muiden ohjausmekanismien kanssa vahvistaa osaltaan oikeudellisen sääntelyn hyväksyttävyyttä ja estää oikeudellisen sääntelyn muodostumisen utopiaksi. Lisäksi talouden sisäiset sääntelyjärjestelmät voivat osaltaan vaikuttaa oikeudellisen sääntelyn sisältöön. Esimerkkinä voidaan mainita sopimusoikeudessa keskeinen good faith and fair dealing -periaate, jonka voidaan katsoa heijastuvan muun muassa oikeustoimilain 33 §:n sisältöön. Periaatteella on tiivis yhteys markkinoilla vallitseviin arvokäsityksiin.

Oikeudellisia instituutioita voidaan jäsentää eri tavoin. Sopimusta ja kilpailua voidaan tarkastella paitsi oikeudellisena myös taloudellisena instituutiona. Tässä tutkimuksessa tarkastellaan sopimuksen ja kilpailun keskinäisiä suhteita oikeudellisesta näkökulmasta. Keskiössä ovat sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden väliset vuorovaikutussuhteet. Sopimusta ja kilpailua voidaan pitää talouden perustavina oikeudellisina osatekijöinä.

Sopimus on väline yksittäisten toimijoiden suhteiden järjestämiseen. Sopimus asettaa oikeudelliset puitteet yksilöiden väliselle yhteistoiminnalle. Sen avulla yksilöt voivat siirtää omaisuuttaan ja tehdä yhteistyötä muiden yksilöiden kanssa. Sopimus on täten yksilöille portti vaihdantaan osallistumiseen.

Sopimuksen vastinparin tässä tutkimuksessa muodostaa taloudellinen kilpailu. Sopimus ja taloudellinen kilpailu limittyvät toisiinsa. Ne vaikuttavat yhtäältä yksittäisten toimijoiden välisten suhteiden muodostumiseen ja toisaalta markkinoiden toimivuuteen kokonaisuudessaan. Kilpailu voidaan nähdä itsenäisenä instituutiona. Näin on erityisesti silloin, kun painotetaan kilpailun merkitystä hajautettuna taloudellisena päätöksentekomekanismina.[64] Toiseksi kilpailua koskeva oikeudellinen sääntely voidaan nähdä instituutiona, joka ohjaa yhden instituution eli sopimuksen käyttämistä turvatakseen markkinoiden toimivuuden.[65]

Oikeustieteellisessä tutkimuksessa sopimusta ja kilpailua arvioidaan lähtökohtaisesti oikeudellisen linssin lävitse. Tarkastelua ei kuitenkaan ole perusteltua rajoittaa yksinomaan oikeuden sisäiseksi, vaan arvioinnin kohteeksi on otettava mahdollisuuksien mukaan myös sopimusta ja kilpailua koskeva taloustieteellinen ja muu yhteiskuntatieteellinen aines. Sopimuksen ja kilpailun keskinäisen suhteen hahmottaminen oikeustieteellisessä tutkimuksessa edellyttää sen selvittämistä, millaisia tehtäviä sopimukselle ja kilpailulle on markkinataloudessa asetettu. Kyse on sopimusoikeudellisen ja kilpailuoikeudellisen sääntelyn perustavista ideoista. Ideat muodostavat keskeisen perusteen sopimuksen ja kilpailun oikeudelliselle suojaamiselle. Asetelmaa on edelleen avattava kummankin oikeudellisen instituution taustalla olevien perustavien arvojen ja tavoitteiden

---

[64] Ks. tarkemmin Kuoppamäki 2003, s. 119–120.
[65] Ks. myös Kasper – Streit, s. 33.

suuntaan. Arvojen ja tavoitteiden avulla löydetään avain sopimus- ja kilpailuoikeuden keskinäisten suhteiden arvioimiseen.

4.2 TALOUDEN OIKEUDELLINEN PERUSRAKENNE

Oikeudessa asetetaan puitteet talouden toiminnalle. Oikeudella ja taloudella on lukuisia leikkauspisteitä. Oikeudellinen sääntely vaikuttaa monella tavoin ja useilla tasoilla talouden toimintaan. Yksityiskohtien sijaan talouden oikeudellisesta sääntelystä voidaan pyrkiä löytämään joitakin keskeisiä rakenteita. Nämä rakenteet muodostavat perustan talouden yhteiskunnalliselle ohjaamiselle; ne ovat talouden ohjaamisen välttämätön ainesosa. Talouden oikeudellinen perusrakenne on tausta, johon muu, yksityiskohtainen oikeudellinen sääntely voi kiinnittyä.

Talouden oikeudellisen perusrakenteen kautta välittyy osaltaan kuva siitä ajattelutavasta, jonka mukaan talouden oikeudellinen ohjaaminen on järjestetty. Tässä tutkimuksessa keskitytään sopimusoikeudellisen ja kilpailuoikeudellisen sääntelyn keskinäisten suhteiden tarkasteluun. Tutkimusaiheen kokonaisvaltaisessa arvioinnissa on perusteltua jäsentää, millainen merkitys sopimusoikeudellisella ja kilpailuoikeudellisella sääntelyllä on talouden toiminnan kannalta. Tällöin ikään kuin paikannetaan sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden asema talouden oikeudellisessa sääntelykentässä.

4.2.1 Markkinatalouden historialliset juuret

Markkinatalouden keskeisten perusajatusten juuret ovat palautettavissa aina klassiseen liberalismiin saakka. Klassisesta liberalismista voidaan löytää yhteisiä markkinatalouden rakennetta koskevia ajatuksia, vaikka on ilmeistä, että klassisessa liberalismissa omaksutut näkökulmat talouteen ovat vaihdelleet jossain määrin. Lisäksi on huomattava, että klassisen liberalismin ajatukset ovat välittyneet muihin talous- ja yhteiskuntatieteellisiin teorioihin ja siten muovautuneet edelleen. Klassisen liberalismin ajatusten voidaan kuitenkin katsoa edelleen heijastuvan markkinatalouden peruslähtökohtiin. Klassisen liberalismin perusteista on mahdollista löytää sellainen ydinsisältö, joka on ohjannut markkinatalouden rakennetta koskevia ajattelutapoja. Klassisen liberalismin edustajista nousee erityisen merkittävään asemaan Adam Smith, jonka voidaan katsoa muovanneen uraauurtavasti markkinatalouden institutionaalista perusrakennetta koskevia käsityksiä.[66]

---

[66] Ks. tarkemmin Smith 1961, passim.

Klassisessa liberalismissa painotetaan yksilöiden vapauden lähtökohtaista merkitystä.[67] Yksilön vapaus on luonteeltaan taloudellista ja poliittista. Yksilö tuntee parhaiten omat tarpeensa, ja yksilön tulee olla lähtökohtaisesti vapaa toteuttamaan omaa etuaan. Talouden toimintakentällä yksilöille on siten varattava perusteiltaan mahdollisimman laaja alue elinkeinonsa harjoittamiseen ja taloudelliseen kanssakäymiseen muiden yksilöiden kanssa. Julkisen vallan on pidättäydyttävä rajoittamasta yksilöiden toimintamahdollisuuksia. Järjestelmätasolla kiinnitetään huomiota talouden kokonaisvaltaisiin vaikutuksiin. Taloudelliseen vapauteen liitetään klassisessa liberalismissa ajatus yhteiskunnan varallisuuden lisääntymisestä. Ajattelutapa perustuu työnjaon hyvinvointia lisäävään vaikutukseen. Taloudellisten resurssien kohdentamista ja muut taloutta koskevat päätökset tehdään hajautetusti markkinoilla. Markkinamekanismi sovittaa yhteen yksilöiden toiminnan, jolloin yksilöllinen eduntavoittelu kääntyy yhteiseksi hyväksi.

Klassiseen liberalismiin tukeutuvan markkinatalouden rakenteen karkeasta kuvauksesta voidaan tehdä se johtopäätös, että markkinatalouden rakenteeseen sisältyy ainakin kaksi keskeistä elementtiä. Yksilöillä on oltava taloudelliset toimintamahdollisuudet. Oikeudellisesta näkökulmasta tämä tarkoittaa sitä, että oikeusjärjestyksen on suojattava yksilöä ja luotava tälle edellytykset taloudessa toimimiseen. Perustavalla tasolla oikeusjärjestys toteuttaa tätä tehtäväänsä suojaamalla yksilöillä olevaa omaisuutta. Oikeusjärjestys turvaa näin yksilöille kannustimet toimia taloudellisesti. Omaisuuden staattinen suojaaminen ei ole riittävää. Yksilöillä on oltava mahdollisuus hyötyä omaisuudestaan siirtämällä sitä toisille yksilöille ja muullakin tavoin edellytykset yhteistyön tekemiseen toisten yksilöiden kanssa. Kyse on vaihdantaan kytkeytyvästä taloudellisesta työnjaosta. Sopimus on väline vaihdantaan osallistumiseen. Oikeusjärjestyksessä on suojattava yksilön vaihdantamahdollisuuksia ja sopimussuhteita. Tarvitaan sopimusta oikeudellisena instituutiona.

> Klassisessa liberalismissa suhtaudutaan lähtökohtaisen pidättyvästi talouden yhteiskunnalliseen ohjaamiseen. On mahdollista luonnehtia, että klassinen liberalismi edustaisi puhtaaksi viljeltyä laissez faire -ajattelua, jonka mukaan markkinat sääntelevät parhaiten itse itsensä. Yhteiskunnallista sääntelyä ei tarvita. Ajattelutapaa on pidettävä liian rajautuneena. Klassisessa liberalismissa voidaan katsoa ymmärretyn, että yksilöiden vapaus ja markkinoiden toiminta tarvitsevat tuekseen oikeudellista sääntelyä.[68] Sääntelyn laajuus ja intensiteetti on kuitenkin harkittava tarkoin. Klassisessa liberalismissa hyväksyttiin julkisen vallan tehtäväksi omaisuuden ja sopimussuhteiden suo-

[67] Ajattelun juuret tulee nähdä yhteydessä taustaansa, jonka muodosti merkantilistinen talousjärjestelmä. Merkantilismille oli tyypillistä talouden voimakas sääntely ja yksilöiden toimintamahdollisuuksien rajoittaminen. Ks. merkantilismin lähtökohdista esim. Kekkonen, s. 10–15.

[68] Ks. tarkemmin Sally, s. 26.

jaaminen. Tämä on eräänlainen perusedellytys taloudelliselle toiminnalle myös klassisen liberalismin mukaisessa katsannossa.

Markkinatalouden järjestelmätasoinen perustava osa liittyy taloudelliseen kilpailuun. Yksilöt osallistuvat taloudelliseen vaihdantaan. Markkinat rakentuvat yksilöiden toiminnan yhteisvaikutuksesta. Yksilöiden toimintaa markkinoilla ohjaa markkinamekanismi. Adam Smith on puhunut *markkinoiden näkymättömästä kädestä*, joka koordinoi yksilöiden toiminnan yhteiseksi hyväksi (hyvinvointi).[69] Yhteiskunnallisesti on erityisen tärkeätä, että markkinat voivat toteuttaa niille asetetut päämäärät. Oikeudellisen sääntelyn näkökulmasta tämä merkitsee sitä, että sen perustavana tehtävänä markkinataloudessa on kilpailun edellytysten ja markkinoiden toimivuuden varmistaminen. Taloustieteellisessä ja oikeustieteellisessä keskustelussa käsitykset kilpailulainsäädännön tarpeellisuudesta ja hyväksyttävästä toteuttamistavasta vaihtelevat suuresti. Keskustelun taustalta voidaan löytää muun muassa eriävät käsitykset talouden itseohjautuvuuden asteesta ja julkisen vallan kyvystä talouden sääntelyyn. Näihin kysymyksiin palataan jäljempänä erikseen.[70]

Klassisen liberalismin peruslähtökohtiin kuuluu ajatus markkinoiden itseohjautuvuudesta. Markkinat poistavat itse mahdolliset häiriötilanteet, ja paras tulos saavutetaan lähtökohtaisesti silloin, kun julkisen sääntelyn määrä on mahdollisimman vähäinen. Ajattelutapa on yhdistettävissä suoraan klassisen liberalismin yhteiskunnalliseen taustaan: irtaantuminen merkantilismista merkitsee talouden vapauden korostamista ja pidättyvää suhtautumista talouden julkiseen ohjaukseen. Täten on ilmeistä, että esimerkiksi Adam Smithin tuotannossa ei erityisesti käsitellä kilpailuoikeudellisen sääntelyn tarvetta. On kuitenkin syytä huomata, että Adam Smith tunnisti joissakin tilanteissa ilmenevän mahdollisuuden markkinoiden epätäydellisestä toiminnasta ja kilpailunrajoitusten olemassaolosta.[71] Markkinoiden toiminnan rajoitukset saattoivat perustua esimerkiksi erilaisiin julkisen vallan toimiin (erioikeuksien myöntäminen).

Klassisen liberalismin avaamaa lähestymistapaa seuraten voidaan todeta, että sopimustoiminnalla ja kilpailulla on keskeinen merkitys markkinataloudessa. Sopimus ja kilpailu ovat markkinatalouden ytimessä. On mahdollista luonnehtia, että ilman niitä markkinatalous ei voi toimia asianmukaisesti. Ne ovat markkinatalouden perustavia ja samalla välttämättömiä, vaikkakaan eivät ainoita, perustekijöitä. Oikeudellisessa arvioinnissa sopimusoikeus ja kilpailuoikeus sijoittuvat markkinatalouden oikeudelliseen perustaan. Merkille pantavaa on sopimusoi-

---

69 Ks. tarkemmin Smith 1961, s. 166.

70 Ks. tarkemmin luku II.8.2.3.1.

71 Smithin mukaan kahden tai useamman kilpailijan tavatessa puhe kääntyy jossain vaiheessa mitä todennäköisimmin hintoihin. Ks. Smith 1933, s. 168–169. Ks. Smithin monopoleja koskevan ajattelun osalta myös Atiyah 1979, s. 303.

keuden ja kilpailuoikeuden kietoutuminen mielenkiintoisella tavalla yhteen. Ne muodostavat toistensa vastinparin. Yksilöiden suojatut toimintamahdollisuudet ovat edellytys vaihdannan muotoutumiselle, ja markkinat syntyvät yksilöiden toiminnan yhteisvaikutuksesta. Vastaavasti yksilöiden toimintamahdollisuudet riippuvat keskeisesti siitä ympäristöstä, jossa yksilö toimii. Markkinoiden toimivuus on edellytys yksilöiden oikeuksien mielekkäälle käyttämiselle. Asetelmasta muodostuu symbioosi oikeudellisesti säädellyissä puitteissa.[72]

Klassiseen liberalismiin kytkeytyvien markkinatalouden perusajatusten avulla voidaan saada tukea sille, että sopimusoikeus ja kilpailuoikeus kuuluvat talouden oikeudelliseen perustaan. Haasteena on kuitenkin erityisesti se, että markkinatalouden oikeudellisen perusrakenteen sisältöä ja keskinäisiä suhteita ei voida kovin pitkälle klassisen liberalismin välinein täsmentää. Klassisen liberalismin ajatukset voidaan nähdä ennen kaikkea eräänlaisena suuntimena, joka ohjaa sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden tarkastelua eteenpäin.

4.2.2 Talouden perustuslaki

Talouden oikeudellisen perusrakenteen sisältöä on klassisen liberalismin ajatusten esittämisen jälkeen jäsennetty useissa yhteyksissä. Ordoliberalismi tarjoaa tähän keskusteluun merkittävän puheenvuoron. Ordoliberaalin tutkimuksen keskeisenä käsitteenä voidaan pitää talouden perustuslakia. Talouden perustuslaki hahmotetaan kokonaisvaltaiseksi päätökseksi talouden järjestämistavasta.[73] Talouden perustuslaissa asetetaan suuntaviivat, jonka mukaan taloutta ohjataan yhteiskunnallisesti. Taloudellisesta perustuslaista päättäminen nähdään perusteiltaan poliittisena kysymyksenä; samalla tavoin päätetään yhteiskunnan talouden ulkopuolisia osia, kuten poliittisen järjestelmän toimintaa, ohjaavan perustuslain säätämisestä. Taloudellisen perustuslain kautta talouden ohjaamista koskevat kysymykset oikeudellistuvat. Taloutta ohjataan oikeudellisissa puitteissa, jonka rajat määrittyvät talouden perustuslain mukaisesti. Liikkumavara taloudellisen sääntelyn toteuttamisessa on siten rajoitettu.

Ordoliberaalin ajattelun esikuvanomaisena tavoitteena pidetään yksityisoikeudellista yhteiskuntaa, jossa yksilöiden väliset suhteet järjestyvät vapaaehtoisten sopimusmenettelyiden avulla.[74] Keskeisenä pyrkimyksenä on yksilöiden toimintamahdollisuuksien turvaaminen. Yksilöiden on oltava tosiasiassa vapaita

---

[72] Toisaalta on syytä havaita, että symbioosin lisäksi yksilön ja markkinoiden suhteeseen sisältyy jännitteitä. Markkinoiden voidaan katsoa asettavan yksilön määrättyyn muottiin (kuluttaja tai tuottaja), jolloin yksilön mahdollisuudet omien yksilöllisten tarpeidensa toteuttamiseen kapenevat.

[73] Ks. tarkemmin esim. Eucken 1951a, s. 83.

[74] Ks. tarkemmin esim. Möschel 1989, s. 148–149.

edistämään omaa intressiään ja osallistumaan vaihdantaan. Lähestymistapa liittyy kiinteästi ordoliberaaliin näkemykseen yksilön perustavasta asemasta yhteiskunnassa. Yksilön toimintavapauden suojaamista voidaan pitää itsessään yhteiskunnallisesti arvokkaana asiana. Asetelmaan liittyy kuitenkin myös toinen puoli. Yksilöiden toimintavapauksien suojaaminen luo samalla edellytyksiä markkinoiden toiminnalle. Tällä tavoin voidaan varmistaa hyvinvoinnin lisääntyminen yhteiskunnassa.

Yksityisoikeudellisen yhteiskunnan luominen ja ylläpitäminen edellyttävät oikeudellista sääntelyä. Taloudellinen perustuslaki muodostaa pohjan talouden oikeudelliselle sääntelylle. Sopimusoikeudella ja kilpailuoikeudella on keskeinen asema talouden sääntelyssä. Talouden oikeudellinen perustuslaki koostuu konstitutiivisista ja regulatiivisista periaatteista.[75] Konstitutiiviset periaatteet luovat perustan talouden toiminnalle. Omistusoikeus ja sopimus muodostavat yhden konstitutiivisista periaatteista. Omistusoikeuden ja sopimuksen katsotaan siten olevan ordoliberaalin näkökulman mukaan välttämätön edellytys talouden toiminnalle. Regulatiiviset periaatteet puolestaan varmistavat konstitutiivisesta ainesosista rakentuvan talouden toimivuuden ylläpitämisen.[76] Regulatiiviset periaatteet luovat edellytykset sille, että konstitutiiviset periaatteet toteutuvat käytännössä. Markkinavoiman torjuminen, rajoittaminen ja sääntéleminen on keskeinen regulatiivinen periaate, ja samalla kilpailuoikeus on taloudellisen konstituution olennainen osa ordoliberaalien ajattelussa. Markkinoiden toimivuuden katsotaan edellyttävän kilpailuoikeudellista sääntelyä.[77] Kilpailuoikeudellinen sääntely varmistaa osaltaan, että sopimusoikeus voi toteuttaa sille asetetut yhteiskunnalliset tehtävät.

Talouden perustuslaki on monella tavalla mielenkiintoinen käsite. Sen innovatiivisuus liittyy ennen kaikkea talouden oikeudellisen ohjaamisen kokonaisvaltaisuuteen; talouden ohjaamista ei nähdä pistemäisinä toimina vaan laaja-alaisen suunnitelman toteuttamisena. Samalla voidaan havaita talouden oikeudellisen sääntelyn yhteydet muihin yhteiskuntalohkoihin. Laaja-alaisuus voi toisaalta olla haaste. Talouden perustuslain avulla ei välttämättä voida löytää konkreettisia vastauksia talouden ohjaamisen käytännön ongelmiin, vaikka talouden perustuslain voidaan katsoa sulkevan jo sinällään oikeudellisen suojan ulkopuolelle joita-

---

[75] Ks. tarkemmin esim. Lenel 1989, s. 29–32.

[76] Ks. tarkemmin Sally, s. 113.

[77] Tältä osin tulevat esille ordoliberalismin ja klassisen liberalismin osin toisistaan poikkeavat ajatukset talouden luonteesta. Klassisen liberalismin peruslähtökohtiin sisältyy ajatus markkinoiden itseohjautuvasta luonteesta; markkinat korjaavat pääsääntöisesti itse vaihdannassa ilmenevät häiriötilat. Ordoliberalismissa puolestaan painotetaan oikeudellisen sääntelyn välttämättömyyttä markkinoiden toiminnan takaajina. Oikeudellisen sääntelyn katsotaan muodostavan puitteet markkinaprosessin toiminnalle.

kin taloudellisen toiminnan muotoja. Talouden perustuslain erityinen vahvuus kytkeytyykin sen jäsentämisvoimaan: taloudellisia ilmiöitä on mahdollista tarkastella kattavasti.

Talouden perustuslaissa korostuu talouden oikeudellisen ohjauksen merkitys. Talous ja oikeus liittyvät tiiviisti toisiinsa. Talous toimii oikeudellisesti määrittyneissä puitteissa. Talouden perustuslain kautta painottuu myös sen osien yhteiskunnallinen merkitys: sopimusoikeus ja kilpailuoikeus talouden perustuslain osina muodostavat keskeisen osan talouden oikeudellista infrastruktuuria. Sopimusoikeus ja kilpailuoikeus voidaan asettaa paikoilleen oikeusjärjestyksessä. Kokonaan oma kysymyksensä on puolestaan se, millä tavoin sopimusoikeutta ja kilpailuoikeutta tulee konkreettisesti soveltaa ja miten näiden oikeudenlohkojen keskinäiset suhteet järjestyvät. Ongelmaksi voi nousta talouden *dynaamisten* piirteiden jäsentäminen. Talouden perustuslain ja siihen liittyvän ajattelun selitysvoima on tältä osin rajallinen. Tarvitaan talouden yleisiä lähtökohtia yksityiskohtaisempaa tarkastelua.

4.2.3 EU-oikeus ja talouden oikeudellinen perusrakenne

Talouden oikeudellinen perusrakenne on noussut esille EU-oikeudellisessa keskustelussa. Julio Baquero Cruz on mielenkiintoisella tavalla jäsentänyt markkinoiden toimintaa koskevan sääntelyn sisältöä ja asemaa EU-oikeudellisessa kontekstissa. Baquero Cruzin perusväitteen mukaan EU-oikeudessa voidaan hahmottaa taloudellinen perustuslaki, johon kuuluvat kilpailuoikeutta, vapaata liikkuvuutta, talous- ja rahaliittoa sekä yhteistä kauppapolitiikkaa koskevat perustamissopimuksen säännökset.[78]

Tutkimustehtävän kannalta erityisen huomion kohteena on kilpailuoikeudellinen sääntely. EU-oikeuden kerroksisen luonteen tuo hyvin esille se, että Baquero Cruzin määrittelyssä sopimusoikeutta ja elinkeinovapautta koskevat säännökset jäävät EU:n taloudellisen perustuslain ulkopuolelle. Baquero Cruzin mukaan EU:n kilpailuoikeus ja vapaan liikkuvuuden säännökset edellyttävät omistusoikeutta ja sopimusoikeutta koskevan sääntelyn olemassaoloa. Nämä säännökset sisältyvät Baquero Cruzin mukaan kansallisiin oikeusjärjestyksiin.[79] Näkökulma on tältä osin jossain määrin rajallinen, kun otetaan huomioon EU:n perusoikeuskirja ja EU-oikeuden suhde kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin. Joka tapauksessa Baquero Cruzin tarkastelu valottaa hyvin kilpailuoikeudellisen sääntelyn asemaa EU-oikeuden osana.

---

[78] Ks. tarkemmin Baquero Cruz, s. 85.
[79] Ks. tarkemmin Baquero Cruz, s. 77.

Baquero Cruzin tutkimuksen keskeisenä käsitteenä on taloudellinen perustuslaki. Käsitteellä on ilmeisiä yhteyksiä ordoliberalismiin, mutta Baquero Cruz tekee eron EU-oikeudellisen taloudellisen peruslain ja ordoliberaalien omaksuman taloudellisen perustuslain käsitteen välillä. Hänen mukaansa ordoliberalistinen talouden perustuslaki on liian laaja, kun siinä edellytetään yleisen talouden toiminnan järjestämistä koskevan yhteiskunnallisen päätöksen olemassaoloa. Baquero Cruz pitää ordoliberalistista näkemystä talouden perustuslaista liian heikkona, koska siihen sisältyy muitakin kuin perustuslaintasoisia normeja.[80] Talouden perustuslaissa korostuu Baquero Cruzin mukaan nimenomaan sen perustuslaillinen luonne: talouden perustavaa oikeudellista pohjaa ei saa levittää liian laajalle, vaan on pyrittävä tulkitsemaan yhtenäisesti taloudellisen perustuslain avulla taloutta sääntelevää oikeudellista normistoa.

Baquero Cruz määrittää EU:n talouden perustuslain sisällön yhtäältä muodollisten seikkojen ja toisaalta sääntelyn merkityksen avulla. Talouden perustuslaki voidaan kiinnittää EY:n perustamissopimuksessa määriteltyihin tavoitteisiin ja periaatteisiin sekä sopimuksessa oleviin materiaalisiin säännöksiin. EY:n perustamissopimuksen periaatteet asettavat puitteet yhteismarkkinoiden toiminnalle ja sitä koskevalle oikeudelliselle sääntelylle.[81] EY:n perustamissopimuksen 3 artiklassa todetaan yhteisön toimintaan sisältyvän järjestelmän, jolla taataan, ettei kilpailu sisämarkkinoilla vääristy. Tärkeän sijan saa EY:n perustamissopimuksen 4 artikla, jonka mukaan yhteisön ja sen jäsenvaltioiden toiminnassa keskeisessä asemassa on vapaaseen kilpailuun perustuva avoin markkinatalous. Lissabonin sopimuksen voimaantulon 1.12.2009 jälkeen perustamissopimusten tavoitteiden ja niitä koskevien keinojen määrittely on osin muuttunut sekä jakautunut EU-sopimuksen ja EUT-sopimuksen välille.[82] EY:n perustamissopimuksen 3 artiklan mukainen maininta sisämarkkinoiden kilpailuedellytykset turvaavasta järjestelmästä on korvattu EUT-sopimukseen sisältyvällä vastaavan sisältöisellä liitteellä (numero 27). Vastaavasti EY:n perustamissopimuksen 4 artikla on siirretty EUT-sopimuksen 119 artiklaksi.

Edellä käsiteltyjä päämääriä toteuttavat EY:n perustamissopimukseen ja myöhemmin EUT-sopimukseen otetut kilpailuoikeudelliset säännökset. EUT-sopimuksen 101 artiklassa kielletään yritysten kilpailua rajoittava yhteistyö ja 102 artiklassa määräävän markkina-aseman väärinkäyttäminen. EU:n kilpailuoikeuden perustavaa merkitystä yhteismarkkinoiden toiminnalle korostaa erityisten

---

80 Ks. tarkemmin Baquero Cruz, s. 26–28.

81 EY:n perustamissopimuksen 2 artiklassa asetetaan yhteisön päämääräksi muun ohella taloudellisen toiminnan sopusointuinen, tasapainoinen ja kestävä kehitys. Päämäärä on yleinen, ja sitä on konkretisoitava perustamissopimuksen muissa säännöksissä kuten 3 ja 4 artiklassa. Tällä järjestelmällä voidaan katsoa viitattavan erityisesti yhteisön kilpailuoikeuden säännöksiin.

82 Jatkossa käytetään rinnakkain termejä yhteismarkkinat ja sisämarkkinat kuvaamaan koko EU-alueen kattamia markkinoita, joiden nimitys on jossain määrin vaihdellut integraatioprosessin eri vaiheissa.

säännösten ottaminen perustamissopimukseen. Tällä tavoin ne erottautuvat muista yhteisön sektoripolitiikoista: sekä päämäärät että niiden toteuttamiseksi tarvittavat keinot on määritelty korkeimmalla EU-oikeudellisella tasolla, perustamissopimuksessa. Argumentin painoarvo on EU-oikeuden kehityksen myötä jatkuvasti suhteellistunut. Lissabonin sopimuksen voimaantulo on entisestään korostanut EU-oikeuden kokonaisvaltaista luonnetta. Sisämarkkinoilla ja niitä koskevalla oikeudellisella sääntelyllä on edelleen keskeinen asema EU:ssa, mutta vastaavasti myös muiden päämäärien merkitys on vahvistunut ja laajentunut.

EU:n kilpailuoikeuden säännösten hierarkiatason lisäksi Baquero Cruz tukee kilpailuoikeudellisen sääntelyn kuulumista talouden perustuslakiin viittaamalla kilpailuoikeudellisen sääntelyn merkitykseen yhteismarkkinoiden toiminnan kannalta. Ajatus on tullut formuloiduksi EU:n tuomioistuimen oikeuskäytännössä Eco Swiss -tapauksessa.[83] Siinä EU:n tuomioistuin totesi EUT-sopimuksen 101 artiklan olevan perustavanlainen määräys, joka on välttämätön yhteisölle annettujen tehtävien suorittamiseksi ja erityisesti sisämarkkinoiden toimivuuden varmistamiseksi. EU:n tuomioistuin katsoi EUT-sopimuksen 101 artiklan olevan oikeusjärjestyksen perusteisiin kuuluva määräys.[84]

Baquero Cruzin ajattelussa korostuu vaatimus taloudellisen perustuslain operationaalisuudesta ja vahvuudesta. EU-oikeudellisessa kontekstissa taloudellisen perustuslain tehokkuuden varmistavat yleiset yhteisön oikeuteen liittyvät ominaisuudet. EU:n kilpailusäännöksillä on välittömiä oikeusvaikutuksia eli ne ovat välittömästi sovellettavissa yksilöiden välisissä suhteissa. Välitön oikeusvaikutus takaa EU:n kilpailuoikeudellisten säännösten operationaalisuuden. Säännösten vahvuus suhteessa kansalliseen sääntelyyn voidaan rakentaa EU-oikeuden etusijaperiaatteen varaan. Ristiriita kansallisten säännösten kanssa on siten ratkaistavissa EU-oikeuden eduksi.

Baquero Cruzin talouden perustuslakia koskeva lähestymistapa on pitkälle yhteismarkkinaorientoitunut. Oikeudellista sääntelyä arvioidaan yhteismarkkinoiden toiminnan kannalta. Tämä näkyy esimerkiksi keskustelussa EU:n taloudellisten ja muiden päämäärien, kuten esimerkiksi sosiaalisten tavoitteiden, keskinäisistä suhteista. Baquero Cruz sijoittaa yhteismarkkinoiden ulkopuoliset päämäärät ennen kaikkea kansallisissa oikeusjärjestyksissä toteutettaviksi: toimivaltaa ei tältä osin ole siirretty unionitasolle.

Baquero Cruz katsoo EU:n mahdollisen toimivallan lisäämisen talouden ulkopuolisilla sektoreilla ongelmalliseksi myös EU-oikeuden sisäisen johdonmukai-

---

[83] Asia 126/97 Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV, (1999) ECR I 3055.

[84] Edellä mainitun tuomion kohta 36. Näkökulma on ollut esillä myös myöhemmin EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännössä. Ks. asia C-453/99 Courage Ltd v. Bernard Crehan ja Bernard Crehan v. Courage ym., (2001) ECR I 6297, k. 19–20.

suuden kannalta. Integraatioprosessin alkuperäisen ytimen eli yhteismarkkinoiden asema voi tällöin vaarantua, kun EU:ssa pyritään talouden ulkopuolisten tavoitteiden toteuttamiseen.[85] Soveltamisjärjestelmän selkeyden nähdään kärsivän.

Baquero Cruzin esittämiä näkemyksiä voidaan pitää joiltakin osin ongelmallisina. Euroopan integraatioprosessi on muotoutunut selvästi taloudellisia kysymyksiä laajemmaksi. Euroopan integraatiolla on taloudellinen ydin, mutta se ei vielä anna koko kuvaa integraation vallitsevasta luonteesta. Integraation eri ulottuvuudet eivät ole irrallaan toisistaan. Tarvitaan kokonaisvaltaista näkemystä. Toisaalta yhteismarkkinoiden viitekehyksessä taloudellisilla näkökohdilla on edelleen perustava merkitys.[86] Baquero Cruzin esitys avaa tältä osin hyvän mahdollisuuden yhteismarkkinoiden oikeudellisten perusteiden jäsentämiseen. Esitys vahvistaa osaltaan käsitystä sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden sijoittumisesta talouden oikeudellisten perusrakenteiden ytimeen.

4.2.4 Yhteenveto

Talouden institutionaalista perusrakennetta kuvaavat näkemykset muodostavat eräänlaisen peitepiirroksen. Tarkastelun kautta välittyy kuva talouden oikeudellisista puitteista. Näihin raameihin sijoittuvat kiistatta sopimusoikeus ja kilpailuoikeus. Ne ovat talouden oikeudellisen perusrakenteen keskeisiä osia. Sopimusoikeus ja kilpailuoikeus muodostavat välttämättömät edellytykset markkinoiden toiminnalle.

> On kuitenkin huomattava, että edellä on esillä ollut vain yksi näkökulma talouden oikeudelliseen sääntelyyn. Sopimusoikeus ja kilpailuoikeus eivät ole talouden oikeudellisen perustan ainoita osia. Oikeusjärjestys on kokonaisuus, jonka eri osat vaikuttavat talouden toimintaan.

Klassisen liberalismin avaamaa lähestymistapaa seuraten voidaan todeta, että sopimustoiminnalla ja kilpailulla on keskeinen merkitys markkinataloudessa. Sopimus ja kilpailu ovat markkinatalouden ytimessä. On mahdollista ajatella, että ilman niitä markkinatalous ei voi toimia asianmukaisesti. Ne ovat markkinatalouden välttämättömiä, vaikkakaan eivät ainoita, perustekijöitä. Oikeudellisessa katsannossa sopimusoikeus ja kilpailuoikeus sijoittuvat markkinatalouden

---

[85] Kilpailuoikeuden kannalta mielenkiintoisen kehityssuunnan muodostaa EU:n tuomioistuimen asiassa C-67/96 Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, (1999) ECR I 5751, antama päätös. Tapauksessa keskusteltiin EU:n kilpailuoikeuden soveltamisesta työehtosopimuksiin. Ks. myös luku III.3.6.

[86] Ks. taloudellisten ja muiden päämäärien yhteensovittamista EU-oikeudessa koskevasta keskustelusta esim. Walkila, s. 281, ja Raitio 2009, s. 320–321.

oikeudelliseen perustaan. Sopimusoikeutta ja kilpailuoikeutta tarvitaan, jotta markkinatalous voi toimia.

Erityisen mielenkiintoista on se, että sopimusoikeus ja kilpailuoikeus kietoutuvat eräällä tavalla yhteen. Ne muodostavat toistensa vastinparin. Yksilöiden suojatut toimintamahdollisuudet ovat edellytys vaihdannan muotoutumiselle. Markkinat syntyvät yksilöiden toiminnan yhteisvaikutuksesta. Vastaavasti yksilöiden toimintamahdollisuudet riippuvat keskeisesti siitä ympäristöstä, jossa yksilö toimii. Markkinoiden toimivuus on edellytys yksilöiden oikeuksien mielekkäälle käyttämiselle. Asetelmasta syntyy symbioosi oikeudellisesti säädellyissä puitteissa.

Talouden oikeudellisen perusrakenteen osalta on lisäksi muistettava, että kyse on ainoastaan peitepiirroksesta. Talouden oikeudellinen perusrakenne ohjaa arvioinnin kohdentamista, mutta valmiita vastauksia yksittäisiin kysymyksiin sen avulla harvemmin suoraan tarjoutuu. Tarkastelua on syvennettävä ja laajennettava. Arvioinnissa on kyettävä jäsentämään talouden dynaamisuus ja sen vaikutukset oikeudellisen sääntelyn toteuttamiseen. Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden keskinäisiä vuorovaikutussuhteita on jäsennettävä systemaattisesti. Lisäksi on voitava hahmottaa, miten sopimusoikeus ja kilpailuoikeus suhtautuvat oikeusjärjestyksen muodostamaan kokonaisuuteen. On otettava askel operationalisoinnin suuntaan.

5 Sopimusoikeus

5.1 YLEISTÄ

Sopimuksen perustava merkitys taloudellisena instituutiona on vakiintuneesti liitetty siihen, että sopimus on keskeinen oikeudellinen instrumentti yksittäisten toimijoiden välisten suhteiden järjestämisessä. Sopimus luo puitteet yksittäisten toimijoiden keskinäiselle yhteistyölle. Sopimuksella on yksittäisten toimijoiden suhteita välittävä tehtävä. Lisäksi sopimuksella on huomattava vaikutus markkinoiden muodostumisen osalta; markkinat syntyvät yksittäisten toimijoiden menettelyiden yhteisvaikutuksesta. Sopimuksella on oikeudellisena instituutiona perustava asema markkinoiden toimivuuden kannalta.

Sopimus ei ole ainoa mahdollinen instrumentti yksittäisten toimijoiden välisten suhteiden järjestämiseen. Yhteistyö voi perustua sopimuksen lisäksi kiinteisiin organisaatioihin taikka erilaisiin hallinnointijärjestelyihin (hybridit), jotka ovat omistuksen ja sopimuksen välimuotoja.[87] Käytettävän instrumentin valintaan vaikuttavat muiden muassa yhteistyön valvontakustannukset, mahdolliset sopimuskohtaiset erityisinvestoinnit ja toiminnan hajauttamisesta seuraavat tehokkuushyödyt. Kyse on strategisesta päätöksenteosta, jossa otetaan huomioon yhteistoiminnan luonne ja ominaispiirteet.

Organisaatioiden sisälle sijoittuvan toiminnan lähtökohtaisena ongelmana on tehokkuuskannustimien rajallisuus.[88] Markkinoilla solmittavat sopimukset tarjoavat tässä suhteessa tehokkaampia vaihtoehtoja. Tehokkuuden perustana on tyypillisesti markkinoilla saavutettava toiminnan suurempi laajuus verrattuna organisaatioiden sisäisiin järjestelyihin ja tästä seuraavat mittakaavaedut. Organisaatioiden sisällä voidaan toisaalta pienentää yhteistyöhön sisältyviä riskejä merkittävästi. Ratkaisun tekijä joutuu tasapainoilemaan yhtäältä tehokkuuskannustimien ja toisaalta transaktiokustannusten välillä.[89] Ratkaisuun vaikuttavat myös osapuolilla olevien tuotannontekijöiden mahdollinen erikoistuneisuus.

Tuotannontekijöiden erikoistuneisuus voi olla seurausta esimerkiksi määrättyä asiakasta varten kehitetystä tuotantotekniikasta, jonka käyttäminen muiden asiakkaiden kanssa tehtävässä yhteistyössä on vain rajallisesti mahdollista. Investointien erityisyys merkitsee haavoittuvuutta. Erityisiä investointeja tehneen toimijan on perus-

---

87 Ks. tarkemmin Williamsson 1985, s. 15–18.
88 Ks. tarkemmin Williamsson 1996, s. 66–67.
89 Tässä yhteydessä on huomattava, että myös organisaation sisäisiin toimintoihin liittyy erilaisia valvonta- ja muita transaktiokustannuksia.

teltua pyrkiä estämään yhteistyökumppanin opportunistista käyttäytymistä erilaisten hallinnointijärjestelyiden avulla. Hallinnointijärjestelyt voivat olla muun muassa erilaisia taloudellisia sijoituksia osapuolten välillä.

Päätöksenteossa on vertailtava hinnan muodostumista markkinoilla ja organisaation sisällä. Mittakaavaedut ovat todennäköisesti suurimmillaan sellaisten hyödykkeiden osalta, joilla käydään yleisesti kauppaa markkinoilla. Vastaavasti erityisesti yksittäistä asiakasta varten valmistetuissa tuotteissa markkinoilta saatavat mittakaavaedut ovat keskimääräistä pienemmät. Lähtökohtaisesti markkinoilta kannattaa hankkia ainakin sellaiset hyödykkeet, joita koskevissa suhteissa tuotannontekijöihin kohdistuvat sijoitukset ovat helposti liikuteltavissa.

Valvonta- ja muut transaktiokustannukset ovat korkeita silloin, kun sijoitusten liikuteltavuus on rajallista. Tällöin on perusteltua käyttää erilaisia hallinnointijärjestelyjä tai ottaa toiminta kokonaan oman organisaation sisälle.

Institutionaalisessa taloustieteessä omaksutussa tarkastelussa pyritään minimoimaan toiminnasta aiheutuneet hallinnointi- ja valmistuskustannukset. Erilaisten hallinnointijärjestelyiden rakentamisen voidaan nähdä kuvastavan oikeusjärjestystä kohtaan tunnettua epäluottamusta: omaehtoisten rakenteellisten järjestelyiden (taloudelliset panttivangit) katsotaan tarjoavan tuomioistuimissa tapahtuvaa sopimusten täytäntöönpanoa tehokkaamman keinon yksittäisten toimijoiden välisten suhteiden järjestämiseen. Lähestymistapa on mielenkiintoinen ja se osoittaa sopimuksen aseman suhteellisuuden yksittäisten toimijoiden välisten relaatioiden järjestämiskentässä.

Sopimusta oikeudellisena instituutiona voidaan tarkastella sekä yksilö- että järjestelmätasolla. Jaottelu ei ole kategorinen, koska tasot ovat käytännössä kietoutuneet toisiinsa. Kyse on pitkälti systemaattisen tarkastelutavan luomisesta. Oikeudellisessa tarkastelussa merkitykselliseksi nousee myös sopimustoiminnan sisällöllinen ulottuvuus. Sopimustoiminnan sisältöä voidaan oikeudellisen sääntelyn keinoin ohjata yhteiskunnallisesti hyväksyttävään suuntaan.

5.2 SOPIMUSTOIMINNAN OIKEUDELLINEN PERUSTA

Yksittäisen toimijan kannalta sopimus on väline, jonka avulla hän voi käyttää toimintamahdollisuuksiaan markkinoilla ja tehdä haluamallaan tavalla yhteistyötä muiden toimijoiden kanssa. Sopimuksen avulla yksittäinen toimija voi hyödyntää omaa työpanostaan, asiantuntemustaan ja kykyään erilaisten taloudellisten riskien ottamiseen. Tiivistetysti voidaan sanoa, että sopimus on yksittäiselle toimijalle avain vaihdantaan. Vaihdantaan osallistuminen antaa yksittäiselle toimijalle mahdollisuuden kasvattaa omaa hyvinvointiaan.

Taloudellisen toiminnan keskeisenä perustana on klassisesti pidetty yksilöiden toimintavapautta. Ajattelun juuret voidaan palauttaa taloudelliseen liberalismiin. Ajattelun konkreettisena ilmenemismuotona voidaan pitää sopimusvapautta: yksilöillä on lähtökohtainen vapaus järjestää keskinäiset suhteensa haluamal-

laan tavalla.[90] Yksilön tahto muodostaa pohjan sopimustoiminnalle. Yksilöt voivat tahdonvapautensa puitteissa päättää, solmivatko ne sopimuksia, millaisin ehdoin ja keiden kanssa.

Sopimustoiminta edellyttää, että yksittäisillä toimijoilla on oikeusjärjestyksen suojaama mahdollisuus käyttää toimintavapauttaan markkinoilla.[91] Sopimustoiminnan olennainen osa liittyy siten yksittäisten toimijoiden oikeudellisesti suojattuun asemaan. Sopimustoiminnan kannalta keskeistä on toimintavapauden suojaaminen sekä suhteessa julkiseen valtaan että toisiin toimijoihin.[92] Sopimustoiminnan järjestämiseen vaikuttavat myös tähän toimintaan ja sen puitteisiin kohdistuvat perustellut odotukset. Kysymys voi olla esimerkiksi sopimussuhteiden pysyvyyttä koskevista odotuksista.[93] Yksilöiden mahdollisuuksia sopimusten solmimiseen on suojattu oikeusjärjestyksessä eri tavoin. Puitteiltaan kantavin suoja kiinnittyy perusoikeusjärjestelmään.

Sopimustoiminnan oikeudellisen perustan kannalta keskeiseen asemaan nousevat perustuslain 15 §:n omaisuudensuojasäännös ja perustuslain 18 §:n elinkeinovapaussäännös. Perustuslain 15 §:n mukaan jokaisen omaisuus on turvattu. Omaisuudella tarkoitetaan varallisuusarvoisia etuuksia, joista laajimpana voidaan pitää omistusoikeutta.[94] Perustuslain 15 §:ssä sopimustoiminnalle annettua suojaa on arvioitava kahdessa ulottuvuudessa. Tarkastelu on jaettava yhtäältä olemassa olevien sopimusten suojaan ja toisaalta vapauteen jatkossa solmia sopimuksia eli sopimusvapauteen. Omaisuudensuojan piiriin kuuluvat yksityisten toimijoiden solmimat varallisuusarvoiset sopimukset.[95] Omaisuudensuojasäännös antaa suojaa yksityisoikeudellisten sopimusten pysyvyydelle.[96] Omaisuudensuojan voidaan tällöin nähdä kohdistuvan varallisuusoikeudellisten sopimusten pysyvyyttä koskevan perustellun luottamuksen suojaamiseen.[97]

Yksittäisten toimijoiden vapautta tulevaisuudessa solmia sopimuksia ei ole nimenomaisesti suojattu perustuslain 15 §:ssä. Toisaalta sopimusvapauden suojaamista voidaan perustella sillä keskeisellä asemalla, joka sopimusvapaudella

---

90 Ks. luku III.2.2.

91 Kyse on yksilöiden vapausoikeuksista. Ks. perusoikeuksien luokittelusta tarkemmin esim. Hallberg, s. 40–43.

92 HE 309/1993 vp, s. 29, ja V-P Viljanen 1988, s. 277–279.

93 Ks. esim. Karhu 2004, s. 1457–1462.

94 Omaisuudensuojan piiriin kuuluvat omistusoikeuden lisäksi siten mm. rajoitetut esineoikeudet ja immateriaalioikeudet. Ks. tarkemmin esim. PeVL 13/1986 vp, s. 2. ja Ks. myös HE 309/1993 vp, s. 62.

95 Ks. tarkemmin Länsineva 1999, s. 483.

96 Kyse on tällöin taannehtivasta puuttumisesta sopimussuhteisiin. Ks. omaisuudensuojasta tältä osin Kastari, s. 104.

97 Ks. tarkemmin Länsineva 2002, s. 229–232.

varallisuusoikeuksien järjestelmässä on.[98] Sopimusvapaus saa joka tapauksessa perustuslain 15 §:ssä välillisempää suojaa kuin olemassa olevat varallisuusoikeudelliset oikeussuhteet.[99] Sopimustoiminnan suoja on liitettävissä enemminkin yksittäisten toimijoiden yleiseen vapauteen päättää omista taloudellisista suhteistaan.[100] Tämän lähestymistavan voidaan katsoa johtavan siihen, että tulevan sopimustoiminnan sääntely ei suoranaisesti sijoitu perustuslain 15 §:n suojan keskeisimmälle alueelle.

Yksittäisten toimijoiden mahdollisuuksiin järjestää keskinäisiä suhteitaan sopimuksilla vaikuttaa myös perustuslain 18 §:ssä turvattu elinkeinovapaus.[101] Merkittävä osa sopimuksista solmitaan elinkeinotoiminnassa. Sopimus on tällöin instrumentti toteuttaa elinkeinonharjoittamiseen liittyviä päämääriä. Sopimustoiminnan perustuslaillinen suoja on nähtävä kokonaisuutena, jonka ydin muodostuu perustuslain 15 §:n omaisuudensuojasäännöksestä ja 18 §:n elinkeinovapautta turvaavasta säännöksestä.

Sopimustoimintaa lähestytään elinkeinovapaussäännöksen kannalta osittain omaisuudensuojasäännöksestä poikkeavalla tavalla. Kysymys voi olla painotuseroista esimerkiksi siten, että elinkeinovapaus näyttäytyy korostuneesti horisontaalisissa markkinatoimijoiden välisissä suhteissa. Monilta kohdin säännösten soveltamisalat kuitenkin leikkaavat toisiaan.[102] Sopimustoiminnan oikeudellisessa tarkastelussa on pidettävä mielessä, että sopimustoiminnan sääntelyssä vaikutetaan niihin mahdollisuuksiin, joita yksittäisillä toimijoilla on elinkeinotoimintansa järjestämiseen. Tämä ulottuvuus on erityisen merkityksellinen markkinoille pääsyn edellytysten varmistamisen kannalta.

Sopimustoiminta saa suojaa myös kansainvälisten ihmisoikeussopimusten kautta.[103] Merkittävimpänä ihmisoikeussopimuksena voidaan tältä osin pitää Euroopan ihmisoikeussopimusta, jonka 1 lisäpöytäkirjan 1 artiklan mukaan ”jokaisella luonnollisella ja oikeushenkilöllä on oikeus nauttia rauhassa omaisuudestaan”.[104] Tämän yleislausekkeen mukaan yksityiseen omaisuuteen ei saa puuttua, mikäli puuttuminen on yksittäisen toimijan kannalta kohtuutonta; omaisuuteen

---

[98] Tällöin voidaan puhua omaisuudensuojan institutionaalisesta osasta. Ks. tarkemmin Länsineva 1999, s. 477–478. Ks. myös Lehtonen, s. 189. Ks. sopimusvapauden kehityksestä Wilhelmsson 1978a, s. 19–25.

[99] Ks. tarkemmin HE 309/1993 vp, s. 62, ja Länsineva 2002, s. 179–180. Ks. myös Kastari, s. 103, Hidén 1971, s. 113, ja Jyränki 1978, s. 75.

[100] Ks. tarkemmin HE 309/1993 vp, s. 62, ja Länsineva 1999, s. 484.

[101] Ks. elinkeinovapaudesta tarkemmin Karapuu 1999b, s. 564–566. Ks. elinkeinovapauden historiasta Kekkonen, s. 210–270.

[102] Ks. tarkemmin omaisuudensuojan ja elinkeinonharjoittamisen vapauden välisestä suhteesta Kastari, s. 62–64.

[103] Ks. perus- ja ihmisoikeuksien erottelusta Jyränki 2000, s. 279.

[104] Ks. tarkemmin Länsineva 1999, s. 474.

puuttuvien toimien tulee olla kohtuullisessa ja järkevässä suhteessa niihin tavoitteisiin, joihin puuttumisella pyritään.[105] Yleislausekkeen lisäksi artiklassa säännellään omaisuuden ottamista sekä sellaista omaisuuden käytön sääntelyä, joka on tarpeen yleisen edun toteuttamiseksi.[106]

Euroopan ihmisoikeussopimuksen 1 lisäpöytäkirjan 1 artiklan piiriin kuuluvat yksityisoikeudelliset sopimukset.[107] Suojan keskiössä on yksityisoikeudellisten sopimusten pysyvyyden ylläpitäminen. Sitä vastoin ihmisoikeussopimuksessa ei turvata oikeutta omaisuuden saamiseen.[108] Mahdollisuus solmia sopimuksia tulevaisuudessa ei siten lähtökohtaisesti kuulu ihmisoikeussopimuksen antaman suojan piiriin.[109]

Sopimustoiminnan oikeudellista perustaa voidaan tarkastella suhteessa EU-tasolla annettuun sääntelyyn. Arviointi on jaettava koskemaan yhtäältä EU:n perusoikeuskirjaa ja toisaalta EUT-sopimuksen määräyksiä. EU:n perusoikeuskirjan 16 artiklassa tunnustetaan elinkeinovapaus ja 17 artiklassa jokaisen oikeus nauttia hankkimastaan omaisuudesta sekä käyttää, luovuttaa ja testamentata sitä. EU:n perusoikeuskirjan voidaan katsoa sekä erityisesti edellä mainittujen artiklojen että kokonaisuuden osalta vahvistavan sopimustoiminnan oikeudellisesti suojattua asemaa. EU:n perusoikeuskirjan asema on vahvistunut oikeudellisesti merkityksellisellä tavalla osana 1.12.2009 voimaan tullutta Lissabonin sopimusta. EU:n perusoikeuskirjalla on erityistä merkitystä arvioitaessa sopimustoiminnan ja yhteisötasoisen yhteiskunnallisiin intresseihin perustuvan sääntelyn välistä suhdetta.

Sopimustoiminnan voidaan katsoa saavan välillistä suojaa myös niistä EUT-sopimuksen määräyksistä, jotka koskevat tavaroiden, palveluiden, henkilöiden ja pääomien vapaata liikkuvuutta.[110] Tässä yhteydessä voidaan puhua EU:n neljästä vapaudesta. Vapaan liikkuvuuden säännökset ovat tiiviissä yhteydessä yhteismarkkinoiden luomiseen ja ylläpitämiseen; markkinoiden toiminta edellyttää yksittäisten toimijoiden suojattuja oikeusasemia.

Vapaan liikkuvuuden säännöksiä ei perinteisesti ole rinnastettu perus- ja ihmisoikeussääntelyyn. Tämä on sinällään perusteltua, kun otetaan huomioon

---

[105] Ks. tarkemmin Länsineva 1993b, s. 309.
[106] Ks. tarkemmin Pellonpää, s. 562–575, ja Länsineva 1993b, s. 307.
[107] Ks. tarkemmin Åhman, s. 166–167.
[108] Ks. tarkemmin Pellonpää, s. 559.
[109] Ks. tarkemmin Åhman, s. 168–169.
[110] Tavaroiden vapaasta liikkuvuudesta säädetään EUT-sopimuksen 28–37 artiklassa sekä henkilöiden, palveluiden ja pääomien vapaasta liikkuvuudesta 45–66 artiklassa. Ks. yhteisötasoisten perusvapauksien suhteesta perusoikeussääntelyyn Jyränki 2000, s. 281.

sääntelymuotojen taustalla olevat eroavaisuudet.[111] Käytännössä yhteisöoikeuteen sisältyvät perusvapaudet ovat kuitenkin vaikuttaneet huomattavasti yksittäisten toimijoiden tosiasiallisiin mahdollisuuksiin solmia sopimuksia yhteismarkkinoilla. Vapaan liikkuvuuden säännöksissä on lisäksi määritetty niitä edellytyksiä, joiden asettamissa puitteissa sopimustoimintaan voidaan kohdistaa sääntelyä sekä jäsenvaltio- että yhteisötasolla. On mahdollista luonnehtia, että vapaan liikkuvuuden säännökset ovat muovanneet omalta osaltaan sitä oikeudellista ympäristöä, johon perus- ja ihmisoikeudet sijoittuvat.[112] EUT-sopimukseen sisältyvät taloudellista vapautta turvaavat säännökset on nähtävissä selkeässä yhteydessä perus- ja ihmisoikeussääntelyyn, kun arvioidaan sopimustoiminnan oikeudellista perustaa.

Yksittäisille toimijoille perus- ja ihmisoikeusjärjestelmissä turvatut oikeudet muodostavat kantavan oikeudellisen perustan sopimustoiminnalle. Sopimustoiminnan oikeusjärjestyksessä saama suoja ei kuitenkaan ole ehdotonta. Perusoikeussuojan tasosta voidaan joutua yksittäistapauksissa joustamaan.[113] Asetelma on seurausta siitä, että perusoikeusjärjestelmää on tarkasteltava kokonaisuutena eikä vain yksittäisten perusoikeuksien kokoelmana. Sopimustoiminnan kannalta perusoikeusjärjestelmän järjestelmäulottuvuus merkitsee tarvetta erilaisten yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden yhteensovittamiseen. Harkintaa voidaan joutua tekemään perusoikeuksien välillä; eri perusoikeuksia saattaa olla välttämätöntä sovittaa yhteen yksittäistapauksissa. Lisäksi perusoikeuksia ja erilaisia kollektiivisia hyviä voidaan joutua punnitsemaan keskenään. Keskeiseen asemaan nousevat tällöin perusoikeuksien yleiset rajoitusedellytykset.[114]

Sopimustoiminnan saama perusoikeussuoja on nähtävä sisällöltään muovautuvana. Ratkaisevaa ei ole yksinomaan rajanveto omaisuudensuoja- tai elinkeinovapaussäännöksen soveltamisalan osalta, vaan huomiota on myös kiinnitettävä toiminnan sisältöön, kun määritetään perusoikeussuojan tasoa. Perusoikeussuojan on mahdollista katsoa hajaantuvan esimerkiksi *henkilöllisesti* ja *asiallisesti*.

Perusoikeusjärjestelmässä turvataan lähtökohtaisesti yksilöiden eli luonnollisten henkilöiden oikeuksia.[115] Tutkimuksen aiheen kannalta olennaisia ovat yri-

---

[111] EUT-sopimuksen taloudellisia vapauksia koskevat säännökset liittyvät erityisesti yhteismarkkinoiden toiminnan varmistamiseen. Perus- ja ihmisoikeuksien tausta on lähtökohtaisesti edellä mainittua laajempi.

[112] Ks. myös HE 309/1993 vp, s. 40.

[113] Poikkeuksen muodostavat ns. ehdottomat perusoikeudet, joiden rajoittaminen ei ole sallittua. Tällaisia ehdottomia kieltoja sisältyy mm. perustuslain 7.2 §:ään (kuolemanrangaistuksen, kidutuksen ja ihmisarvoa loukkaavan kohtelun kielto) sekä 8 §:ään (taannehtivan rikoslain kielto).

[114] Ks. luku II.7.

[115] Euroopan ihmisoikeussopimuksen sisältö poikkeaa tältä osin perustuslaista. Euroopan ihmisoikeussopimuksen 1 lisäpöytäkirjan 1 artiklassa turvataan jokaisen luonnollisen henkilön ja oikeushenkilön oikeus nauttia rauhassa omaisuudestaan.

tysten väliset sopimukset. Yritysten välisiä sopimuksia on perinteisesti arvioitu niin sanottu välillisen puuttumisen teorian avulla; ratkaisevaa on tällöin se, miten toimenpide vaikuttaa oikeushenkilöiden taustalla olevien luonnollisten henkilöiden asemaan.[116] Modernissa perusoikeuskeskustelussa on luovuttu välillisen puuttumisen teorian soveltamisesta ja on katsottu, että myös oikeushenkilöt voivat saada suoraan perusoikeussuojaa. Perusoikeussuojan sisältö voi kuitenkin vaihdella tapauksittain. Perusoikeussuoja voidaan jakaa ydin- ja reuna-alueisiin. Ydinalueelle kuuluvat lähtökohtaisesti luonnollisten henkilöiden oikeudet ja vastaavasti reuna-alueelle oikeushenkilöiden oikeudet. Mitä välillisemmin omaisuudensuojan ja elinkeinovapauden rajoitukset kohdistuvat luonnollisiin henkilöihin, sitä laajemmin näitä rajoituksia voidaan toteuttaa.[117]

Perusoikeussuojan tasoon voi vaikuttaa henkilöllisen ulottuvuuden lisäksi myös sopimustoiminnan sisältö. Kysymys on keskeisesti siitä, millainen yhteiskunnallisesti merkityksellinen suojan tarve eri toimintoihin liittyy. Esimerkiksi riskeille alttiiseen liiketoimintaan sisältyvien sopimusten on katsottu kuuluvan perusteiltaan heikomman perusoikeussuojan alueeseen verrattuna yksilöiden solmimiin sisällöltään tavanomaisiin sopimuksiin.[118] Lähestymistapaa on perusteltu muun muassa toimintaan jo sisältönsä puolesta liittyvillä epävarmuustekijöillä ja yritysten mahdollisuuksilla hallita toimintaan kytkeytyviä epävarmuustekijöitä. Perusoikeustutkimuksessa omaksuttu lähestymistapa on johdonmukainen perusoikeussuojan joustavuutta koskevan ajattelun kanssa. Perusoikeussuojan intensiteetti voi vaihdella tilanteittain.

5.3 SOPIMUS JA MARKKINAT

Markkinataloudessa korostetaan työnjaon merkitystä.[119] Kaikkien toimijoiden ei kannata valmistaa jokaista tarvitsemaansa hyödykettä itse, vaan tehokkaampaan lopputulokseen päästään erikoistumalla ja toiminnan mittakaavaa kasvattamalla. Työnjako edellyttää sitä, että hyödykkeet voidaan siirtää niille, jotka arvostavat hyödykkeitä eniten. Voidaan puhua allokatiivisesta tehokkuudesta.[120] Tätä hyödykkeiden allokoitumista kuvaa hyvin Coasen teoreema, jonka mukaan hyödykkeet siirtyvät markkinoilla niitä eniten arvostaville toimijoille, mikäli transaktio-

[116] Ks. esim. Länsineva 2002, s. 106–108.
[117] Ks. esim. PeVL 45/1996 vp.
[118] Ks. tarkemmin Länsineva 2002, s. 237.
[119] Ajatus tulee esille jo klassisissa Adam Smithin kirjoituksissa. Ks. tarkemmin Smith 1961, s. 3–5.
[120] Ks. myös Cooter – Ulen, s. 81.

kustannuksia ei ole olemassa.[121] Sopimus on yksi mahdollinen tapa järjestää yksittäisten toimijoiden välisiä suhteita. Sopimuksia tarvitaan, jotta hyödykkeet voivat siirtyä toimijalta toiselle ja jotta yksittäiset toimijat voivat tehdä keskenään yhteistyötä.

> Käytännössä on ilmeistä, että vaihdanta ei toimi kitkatta; hyödykkeiden siirtyminen yksittäisten toimijoiden välillä aiheuttaa kustannuksia. Neoinstitutionaalisessa taloustieteessä nämä kustannukset on liitetty ihmisten käyttäytymisen opportunistisuuteen ja rajoitettuun rationaalisuuteen.[122] Instituutiot, kuten sopimus, selitetään institutionaalisessa taloustieteessä ihmisten toiminnan tuloksena syntyneiksi normeiksi, jotka pyrkivät estämään opportunistista käyttäytymistä.[123] Instituutioiden avulla parannetaan yksilöiden käyttäytymisen ennustettavuutta. Instituutiot mahdollistavat järjestyksen luomisen ja ylläpitämisen yhteiskunnassa. Sopimusoikeudellisen sääntelyn on pyrittävä lieventämään hyödykkeiden siirtymiseen liittyviä kustannuksia.[124] Tämä voi merkitä muun muassa sitä, että sopimusoikeuden keinoin suojataan luottamusta tehtyjen sitoumusten pysyvyyteen ja näin rajoitetaan opportunistista käyttäytymistä.

Sopimus mahdollistaa osaltaan taloudellisen työnjaon ja yksittäisten toimijoiden välisen yhteistyön toteutumisen. Taloudellisen liberalismin perusajatusten mukaisesti työnjako lisää hyvinvointia yhteiskunnassa kokonaisuudessaan. On mahdollista puhua markkinoiden näkymättömästä kädestä.[125] Sopimuksella on taloudellisena instituutiona ilmeinen yhteys hyvinvoinnin lisääntymiseen; yksityinen yritteliäisyys kanavoituu markkinoilla yhteiseksi hyväksi. Lisäksi sopimusten avulla hyvinvointi jakaantuu yhteiskunnassa markkinamekanismin mukaisesti.

Sopimuksen asema talouden olennaisena instituutiona johtaa siihen, että sopimusoikeudellisessa tarkastelussa ei voida pidättäytyä arvioimaan sopimusta ainoastaan yksittäisten toimijoiden välisenä oikeussuhteena. Tarkastelukulmaa on laajennettava yksilötasolta järjestelmätasolle. Sopimusoikeudellisin keinoin voidaan tukea markkinoiden toimintaa. Sopimustoiminnan vaihdantaulottuvuus merkitsee ennen kaikkea sitä, että sopimusoikeudellisessa tarkastelussa on otettava huomioon markkinoiden toiminta ja vaihdannan intressi. Sopimusoikeudellisessa tarkastellussa on siten tunnistettava, millainen vaikutus tulkintaratkaisulla on markkinoiden toimintaan.

---

[121] Ks. myös Cooter – Ulen, s. 79–82.
[122] Ks. Williamsson 1985, s. 73–78.
[123] Ks. tarkemmin Kasper – Streit, s. 28. Instituutiot voivat syntyä joko markkinoilla vakiintuneiden käytäntöjen tuloksena tai markkinoihin nähden ulkopuolisen yhteiskunnallisen päätöksenteon tuloksena. On mahdollista puhua ulkoisista ja sisäisistä instituutioista. Ks. tarkemmin Kasper – Streit, s. 30–31.
[124] Ks. tarkemmin esim. Cooter – Ulen, s. 168–171, ja Williamson 1985, s. 32.
[125] Ks. tarkemmin Smith 1961, s. 166.

Vaihdannan intressi on ollut useassa yhteydessä esillä suomalaisessa sopimusoikeudessa. af Hällström on painottanut voimakkaasti vaihdannan edistämiseen liittyviä päämääriä sopimusoikeudessa.[126] Hän kytkee vaihdannan intressin yleiseen etuun. Kyse on järjestelmän toimivuudesta, josta hyötyvät myös yksittäiset toimijat. Vaihdannan intressi esiintyy af Hällströmillä nimenomaan hyvinvointia yhteiskunnassa lisäävänä tekijänä.[127] Taxellin omaksuma niin sanottu avoin sopimuskäsitys mahdollistaa markkinoiden ominaispiirteiden huomioon ottamisen sopimusoikeudellisessa tutkimuksessa.[128] Tähän asiaryhmään voidaan sisällyttää markkinoiden toimivuus ja vaihdannan intressi. Taxellin sopimusoikeudellisessa tarkastelussa vaihdannan intressi tulee välillisemmin esille kuin af Hällströmillä. Taxell ei kiinnitä sopimustoiminnan oikeudellista tarkastelua suoraan vaihdannan intressiin vaan markkinatalouden sopimusoikeudelliselle sääntelylle asettamiin vaatimuksiin. Taxellin omaksuman sopimusoikeuden ja markkinatalouden suhdetta koskevan lähestymistavan osalta on keskeistä havaita, ettei sopimusoikeudellinen sääntely voi rakentua yksinomaan markkinatalouden asettamien vaatimusten varaan. Markkinatalous ei talousjärjestyksen muotona sulje pois sitä mahdollisuutta, että taloudelliseen toimintaan kohdistetaan yhteiskunnallista sääntelyä.[129] Taxellin tarkastelussa yhteiskuntajärjestyksen ja talousjärjestyksen välillä on tiivis vuorovaikutussuhde.

Sopimusoikeudessa on viime aikoina käyty keskustelua *avoimen systeemin mukaisesta sopimuskäsityksestä*.[130] Tämä keskustelu tuo oman lisänsä markkinoiden toimintaa koskevien argumenttien asemaan sopimusoikeudellisessa arvioinnissa. Avoimen systeemin sopimuskäsityksen idea voidaan tiivistää siihen, että sopimusoikeudellisessa arvioinnissa ei ole perusteltua kiinnittää huomiota yksinomaan osapuolten välisiin intresseihin, vaan myös erilaiset järjestelmätason argumentit on otettava mukaan harkintaan.[131] Sopimus on nähtävä osana yhteiskunnallista taustaansa. Sopimustoiminnan yhteiskunnallisesta taustasta voi kummuta erilaisia vaatimuksia sopimusoikeudelliselle arvioinnille. Osa näistä vaatimuksista, muun muassa sosiaaliset näkökohdat, eivät liity välittömästi markkinoiden toimintaan.[132] Avoimen systeemin sopimuskäsityksen avulla voidaan kuitenkin sisällyttää markkinoiden toimivuutta koskevat argumentit osaksi sopimusoikeudellista tarkastelua.[133]

Avoimen systeemin sopimuskäsitys voidaan liittää pyrkimykseen sopimusoikeudellisten ja yleisemminkin oikeudellisten ongelmien kokonaisvaltaiseen arviointiin.

---

[126] Ks. tarkemmin af Hällström, s. 49–51.

[127] Ks. tarkemmin af Hällström, s. 49–50. Ks. tuoreesta kotimaisesta keskustelusta myös Mäkelä, s. 45–48.

[128] Ks. tarkemmin Taxell 1997, s. 29. Ks. Taxellin omaksumasta avoimesta sopimuskäsityksestä tarkemmin Taxell 1997, s. 11–12.

[129] Ks. tarkemmin Taxell 1997, s. 29.

[130] Avoimen systeemin sopimuskäsityksen teoreettisen perustan keskeisen osan muodostaa Juha Karhun tuotanto. Matti Rudanko on omissa tutkimuksissaan osin systematisoinut avoimen systeemin sopimuskäsitystä ja soveltanut sitä erilaisissa oikeudellisissa ympäristöissä. Viime aikoina keskustelua on virittänyt osaltaan Juha Mäkelä. Ks. esim. Mäkelä, s. 22–26.

[131] Ks. tarkemmin Rudanko 1995, s. 112.

[132] Ks. tarkemmin Rudanko 1995, s. 286.

[133] Kyseeseen voivat tulla myös muut kuin markkinoiden toimivuutta koskevat näkökohdat. Avoimen systeemin sopimuskäsitys on nimensä mukaisesti avoin erilaisille impulsseille. Ks. tarkemmin Rudanko 1995, s. 113–114.

Sopimusoikeudellisen argumentointipohjan laajentumisen taustalla on voimakas peruskäsitys sopimustoiminnan yhteisöllisyydestä. Sopimuksia ei solmita tyhjiössä vaan osana yksittäisten toimijoiden välisistä vuorovaikutussuhteista rakentuvaa yhteisöllistä kokonaisuutta. Kuten aikaisemmin on todettu, markkinoiden toimintaa koskevien näkökohtien asema on tunnistettu suomalaisessa sopimusoikeudellisessa tutkimuksessa jo ennen avoimen systeemin sopimuskäsitystä. Avoimen systeemin sopimuskäsityksen keskeisin merkitys lieneekin siinä, että sen avulla sopimusoikeudellisen tarkastelun rakenteita on hiottu yksittäisen sopimussuhteen rajat ylittävien argumenttien käyttöalan laajentamiseksi. Sopimustoiminnan yhteiskunnallista taustaa koskevat argumentit muodostavat luonnollisen osan avoimen systeemin sopimuskäsityksen mukaista oikeudellista harkintaa.

Sopimustoiminnan merkitys markkinoiden toimivuuden kannalta heijastuu monella tavoin sopimusoikeudelliseen arviointiin. Markkinoiden toimivuus edellyttää, että sopimustoiminnassa syntyneitä perusteltuja odotuksia suojataan.[134] Sopimus on keino luoda vakautta yksittäisten toimijoiden välisiin suhteisiin. Perinteisesti tämän on nähty merkitsevän sopimuksen sitovuuden ylläpitämistä. Vaihdannan varmuus on edellyttänyt, että sopimukset täytetään sisältönsä mukaisesti.[135] Nykyisin näkökulma on jossain määrin aiempaa laajempi. Sopimuksia ei jäsennetä enää sisällöltään staattisiksi kokonaisuuksiksi, vaan niiden sisältö voi muovautua sopimussuhteen aikana. Vaihdannan kannalta on olennaista tuntea ne mekanismit, joiden mukaan sopimuksen sisältö voi muuttua. Vaihdannan luonteen kehittyminen, muun muassa joukkomittaistuminen, on merkinnyt, että perustellut odotukset voivat koskea sopimusten lisäksi erilaisia yksittäisen toimijan noudattamia menettelytapoja tai markkinoilla yleisesti vallitsevia käytäntöjä.[136] Perusteltujen odotusten syntymisen pohja on siten laajentunut. Keskeisessä asemassa on toiminnan vakiintuminen, johon perustellut odotukset voivat kiinnittyä.

Vaihdantaan liittyvä vaatimus perusteltujen odotusten suojaamisesta ei ilmene vain yksittäisten sopimussuhteiden tasolla.[137] Vaihdanta edellyttää, että markkinoiden toimivuuteen luotetaan kokonaisuudessaan. Luottamus on mahdollista nähdä ennen kaikkea järjestelmän toimivuuteen liittyvänä ilmiönä, joka konkretisoituu yksittäistapauksellisissa olosuhteissa. Toimijoilla on usein perusteltuja odotuksia siitä, miten markkinat kokonaisuudessaan toimivat. Luottamus markkinoiden toimintaan muodostaa yhden keskeisen sopimusten solmimis- ja soveltamisympäristöön vaikuttavan taustaelementin. Toisella tavoin ajateltuna luottamus markkinoiden toimivuuteen syntyy yksittäisten ratkaisujen yhteisvaikutuk-

[134] Ks. luku III.2.3.3.
[135] Ks. esim. Taxell 1997, s. 29–30.
[136] Ks. myös Häyhä 1996b, s. 52–55.
[137] Ks. tarkemmin Taxell 1972, s. 20.

sesta. Yksittäisellä ratkaisulla voidaan osaltaan vaikuttaa markkinoiden toimintaa koskevaan luottamukseen. Käytännössä markkinoiden toimivuuden huomioon ottaminen tarkoittaa, että yksittäistapauksessa tunnistetaan markkinoiden toimintaan liittyvät, yksittäisen sopimussuhteen rajat ylittävät vaatimukset. Nämä vaatimukset on sovitettava yhteen yksittäistapauksellisten olosuhteiden kanssa.

Toinen sopimustoiminnan ja markkinatalouden kosketuspinta liittyy sopimusten haitallisiin vaikutuksiin markkinoiden toimintaan ja kolmansien osapuolten asemiin. Lähtökohtaisesti sopimuksen oikeusvaikutukset ulottuvat ainoastaan sopimusosapuolten välille. Joissakin tilanteissa sopimuksilla voi kuitenkin olla haitallisiksi katsottavia vaikutuksia sopimusosapuolten ulkopuolella. On mahdollista puhua sopimuksen ulkoisvaikutuksista eli eksternaliteeteista.[138] Markkinoiden jakamiseen tai hintojen sopimiseen tähtäävät kartellisopimukset ovat tyypillinen esimerkki sopimuksista, joilla on haitallisia vaikutuksia markkinoiden toimintaan.[139]

Sopimusten eksternaliteetit muodostavat pätevän perusteen sille, ettei sopimusoikeudellinen tarkastelu voi rajoittua ainoastaan yksittäisten toimijoiden väliseen suhteeseen.[140] Sopimusta on arvioitava yksittäistä sopimussuhdetta laajemmissa puitteissa. Eksternaliteetit voivat ensinnäkin kohdistua markkinoiden toimintaan sellaisenaan. Esimerkiksi kilpailua rajoittavat sopimukset estävät markkinamekanismia toimimasta itseohjautuvasti. Toisaalta sopimustoiminnan ulkoisvaikutukset voivat haitata yksittäisten toimijoiden oikeudellisen aseman käyttämistä markkinoilla. Esimerkkinä voidaan mainita määräävää markkina-asemaa väärinkäyttäen solmitut sisällöltään kohtuuttomat sopimukset. Suojan kohteina ovat yksittäiset toimijat omina yksikköinään ja toisaalta markkinatalouden toimijoina, markkinaprosessin osatekijöinä. Sopimustoiminnan ulkoisvaikutuksia arvioitaessa kietoutuvat usein yhteen pyrkimykset suojata markkinaprosessia ja toisaalta yksittäisten toimijoiden oikeusasemia.[141]

Sopimustoiminnan markkinoihin kohdistuvat ulkoisvaikutukset voidaan ottaa huomioon eri tavoin. Sopimustoimintaan kohdistuu luonnollisesti kilpailuoikeudellista sääntelyä. Instrumentteja voidaan löytää myös sopimusoikeuden sisältä: markkinoiden toimintaa rajoittavia sopimuksia voidaan arvioida esimerkiksi hy-

---

[138] Ks. eksternaliteettien taloustieteellisestä määrittelystä tarkemmin Kasper – Streit, s. 198–199, ja Cooter – Ulen, s. 38–40. Ks. sopimuksen ulkoisvaikutuksista yleisesti Rudanko 1998a, s. 201–203.

[139] Asteikko voidaan nähdä tältä osin liukuvana. Toisessa ääripäässä ovat tietoisesti kilpailua rajoittavat sopimukset ja toisessa järjestelyt, joilla aiheutetaan tiedostamatta vahinkoa markkinoiden toiminnalle ja kolmansille tahoille.

[140] Ks. yksittäiseen sopimussuhteeseen kiinnittyvästä tarkastelusta Collins 1999, s. 23–24.

[141] Ks. sopimusoikeudellisen teoriamuodostuksesta markkinaprosessia suojaavien normien ja sopimusoikeudellisen puuttumisen välisen suhteen osalta Wilhelmsson 1991, s. 191–198.

vän tavan vastaisina sopimuksina. Juha Karhu on avannut keskustelun markkinoiden toimivuuden turvaamisen ja perusoikeusjärjestelmän välisestä suhteesta nimeämällä toimivat markkinat kirjoittamattomaksi perusoikeudeksi.[142] Sopimustoiminnan ulkoisvaikutukset nähdään tällöin itse asiassa perusoikeuskollisioina. Tätä siirtoa on kritisoitu perusoikeuksien yleisiä kriteereitä koskevin perustein.[143] Markkinoiden toimivuuden asemaa kirjoittamattomana perusoikeutena voidaan lähestyä eri tavoin, mutta keskeistä on se, että sopimustoiminnan vapautta voidaan rajoittaa, mikäli sopimustoiminnalla on markkinoiden toimintaa haittaavia ulkoisvaikutuksia.

Kolmas sopimustoiminnan ja markkinatalouden leikkauspinta muodostuu niistä perusteista, joiden mukaan sopimustoimintaa oikeudellisesti arvioidaan. Jokaisella sopimussuhteella on omat erityispiirteensä, jotka on otettava huomioon sopimusoikeudellisessa arvioinnissa. Toisaalta sopimusoikeudellisen arvioinnin materiaali ei tyhjene yksittäistapauksellisiin olosuhteisiin. Yksittäiset sopimussuhteet muodostavat usein osan laajoja käytäntöjä markkinoilla.[144] Näiden käytäntöjen vakiintuneilla piirteillä on vääjäämätöntä vaikutusta siihen, miten yksittäisiä sopimussuhteita arvioidaan oikeudellisesti.[145]

Toimintaympäristö muodostaa sopimustoiminnan oikeudellisen arvioinnin kannalta hyödyllisen käsitteen.[146] Se määritetään toimintatapojen vakiintumisen kautta.[147] Markkinoilla vakiintuneista käytännöistä muodostuu sellaisia kokonaisuuksia, joita vasten yksittäisiä sopimuksia voidaan arvioida. Sopimukset eivät ole atomistisia erityistapauksia vaan osa markkinoilla vakiintuneita käytäntöjä. Tämä vakiintuminen mahdollistaa arviointimitan asettamisen sopimustoiminnalle. Toimintaympäristön tyypillisten piirteiden hyödyntämistä sopimusoikeudellisessa arvioinnissa voidaan perustella myös yksittäisen toimijan näkökulmasta. Toiminnan vakiintuminen luo yksittäiselle toimijalle sopimuksia ja sopimustoimintaa koskevia perusteltuja odotuksia.[148] Toimijan on voitava rakentaa toimintansa näiden odotusten varaan.

---

[142] Pöyhönen 2000, s. 82–83.

[143] Keskustelu kiinnittyy tältä osin ennen muuta perusoikeuksien sisältöön yksilön oikeuksina eikä kollektiivisina hyvinä. Ks. tästä keskustelusta tarkemmin Tuori 1999b, s. 930–931.

[144] Ks. myös Collins 1999, s. 25–26.

[145] On selvää, että joissakin tilanteissa käytännöt ovat vasta vakiintumassa, jolloin niiden sopimusoikeudellista tarkastelua ohjaava voima on lähtökohtaisesti heikompi kuin tilanteissa, joissa käytännöt ovat pitkälle standardisoituneet.

[146] Ks. toimintaympäristön käsitteestä tarkemmin Pöyhönen 2000, s. 162.

[147] Ks. tarkemmin Pöyhönen 2000, s. 163.

[148] Toiminnan vakiintuminen liittyy kiinteästi markkinoiden joukkomittaistumiseen. Ks. myös Häyhä 1996a, s. 184–185.

6 Kilpailuoikeus

6.1 YLEISTÄ

Kilpailuoikeudellisen sääntelyn systemaattinen jäsentäminen edellyttää laaja-alaisen tarkastelutavan omaksumista. Kilpailuoikeudellista sääntelyä on lähestyttävä eri suunnista. Seuraavassa keskitytään kahteen näkökulmaan, jotka ovat tutkimustehtävän kannalta keskeisiä. Ensinnäkin on selvitettävä, millainen asema kilpailulla on markkinataloudessa. Kysymys on välttämätön, jotta yhteys kilpailuoikeudellisen sääntelyn ja sen kohteen välillä voidaan säilyttää. Keskeiseen asemaan nousevat tällöin kilpailun funktiot markkinataloudessa. Arviointi voisi tältä osin muodostua varsin laajaksi ja jopa itsenäiseksi tutkimusaiheeksi, mutta jatkossa on pidättäydyttävä tämän tutkimuksen kannalta välttämättömään; kilpailun tehtäviä kuvaavien päälinjojen tarkastelu luo riittävät edellytykset jatkaa kohti kilpailuoikeudellisen sääntelyn sisällön jäsentämistä. Näin voidaan muodostaa riittävä esikäsitys siitä taustasta, johon kilpailuoikeudellinen sääntely sijoittuu.

Oikeustieteellisessä tutkimuksessa keskeisen sijan saa luontevasti oikeudellinen sääntely. Tarkastelu on seuraavaksi suunnattava kilpailun ja oikeudellisen sääntelyn välistä suhdetta koskeviin perustaviin kysymyksiin. On arvioitava kilpailuoikeudellisen sääntelyn rakennetta, jossa joudutaan sovittamaan yhteen yksilöiden oikeusasemiin sekä markkinoiden toimintaan järjestelmätasolla liittyviä näkökohtia.

6.2 KILPAILUN ASEMA MARKKINATALOUDESSA

6.2.1 Yleistä

Kilpailu on markkinataloutta pyörittävä voima. Se pitää talouden rakenteet liikkeessä. Kilpailu nivoutuu siten talouden dynamiikan perustaan ja on lähtökohtainen edellytys sille, että talous voi toimia tehokkaasti. Yksilötasolla kilpailu koordinoi yritysten ja muiden toimijoiden välisiä suhteita. Hintamekanismi välittää informaatiota markkinataloudessa ja antaa samalla impulsseja yksilöiden toiminnan suuntaamiseen. Yksittäisten toimijoiden on otettava nämä impulssit huomioon omassa päätöksenteossaan.

Kilpailu on monitahoinen yhteiskunnallinen ilmiö. Sille voidaan antaa lukuisia toisistaan poikkeavia määritelmiä riippuen siitä, mitä kilpailun osa-aluetta

painotetaan. Itse asiassa on selvää, ettei taloustieteellisessä tai siihen osaltaan liittyvässä kilpailuoikeudellisessa keskustelussa ole saavutettu yhteisymmärrystä kilpailukäsitteen sisällöstä. Päinvastoin taloustieteen historiallisen kehityksen aikana kilpailun sisältöä koskevat ajatukset ovat muovautuneet sykleittäin.[149] Asetelma on osaltaan heijastunut kilpailuoikeudelliseen keskusteluun.

Esimerkkejä kilpailua koskevien näkökulmien hajaantumisesta voidaan löytää myös tuoreesta suomalaisesta kilpailuoikeuden ja kilpailun taloustieteen tutkimuksesta, jossa on omaksuttu sisällöltään jossain määrin toisistaan poikkeavia kilpailun määritelmiä. Kuoppamäen mukaan kilpailu on sosiaalisen kanssakäymisen muoto ja päätöksentekomekanismi, jonka avulla suoritetaan valinta useamman samaa asiaa tavoittelevan subjektin välillä.[150] Hän toteaa kilpailun voivan olla itsetarkoitus taikka keino jakaa rajallisia resursseja. Kilpailun keskeisiä elementtejä ovat: 1.) rivaliteetti useamman itsenäisen subjektin välillä, 2.) lyhyt, pitkä tai ajallisesti päättymätön prosessi, jona kilpailua käydään, 3.) sen oikeushyvän rajallisuus, josta kilpaillaan, ja 4.) pelin säännöt tai muu selektiomekanismi, jonka perusteella valinta suoritetaan. Kuoppamäen tarkastelulle on tyypillistä kokonaisvaltaisuus. Kilpailukäsitteen alle pyritään yhdistämään eri näkökulmia.

Koponen – Okko – Virtanen hahmottavat kilpailun prosessiksi, jossa yksilö tai yksilöiden muodostama ryhmä pyrkii saavuttamaan jotain sellaista hyväksi koettua, joka parantaa yleistä hyvinvointia ja jota kaikki yksilöt tai yksilöiden muodostamat ryhmät eivät voi ainakaan haluamassaan määrin saavuttaa.[151] Kilpailulle on siten tyypillistä resurssien niukkuus ja ihmisen luontainen pyrkimys parempaan. Koponen – Okko – Virtanen painottavat kilpailun prosessiluonnetta; siinä on kyse vaihdantaan osallistumisesta. Yksilöt pyrkivät tarjoamaan kilpailijoitaan parempia vaihtoehtoja toisille markkinaosapuolille ja näin saavuttamaan taloudellisia voittoja. Koponen – Okko – Virtanen tuovat lisäksi esille sen, että kilpailu on sidoksissa kulloiseenkin talousjärjestykseen. Talousjärjestyksessä asetetaan puitteet markkinoiden toiminnalle ja samalla kilpailulle.

Pertti Virtanen avaa kilpailukäsitteen laajasti eri suuntiin.[152] Hän viittaa vaihdannan vapauteen kilpailun perustavana ainesosana ja toteaa kilpailun taustalta löytyvän pyrkimyksen erikoistumiseen. Työnjaon avulla yhteiskunnan niukat resurssit saadaan tehokkaasti käyttöön. Virtanen omaksuu esityksessään toimivan kilpailun käsitteen; kilpailulainsäädännön tavoitteena on varmistaa markkinoiden toimivuus. Ongelma on tällöin kuitenkin se, että toimivan kilpailun käsite on sisällöltään varsin epämääräinen. Virtasen näkemyksen mukaan tarvitaan tapauskohtaista harkintaa: kilpailukäsitteen sisältö voidaan joutua määrittämään kussakin tapauksessa erikseen. Käsitteen avoimuus vaikeuttaa sen hyödyntämistä oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa.

---

[149] Ks. tarkemmin High, s. xiiv–xiv, jossa kilpailukäsitteen kehitys jaetaan pääpiirteissään yhtäältä klassiseen ja uusklassiseen vaiheeseen sekä toisaalta markkinarakennelähtöiseen tarkasteluun, jota edustaa muun muassa täydellisen kilpailun suuntaus.

[150] Ks. tarkemmin Kuoppamäki 2003, s. 112–113.

[151] Koponen – Okko – Virtanen, s. 11–13.

[152] Ks. tarkemmin P. Virtanen 2001, s. 18–23 ja 215–221.

> Jo lyhyt katsaus suomalaisessa kilpailuoikeudellisessa ja kilpailun taloustieteen tutkimuksessa omaksuttuihin kilpailukäsitteen määrittelyihin osoittaa, ettei yhtenäisen kilpailukäsitteen määritteleminen ole käytännössä mahdollista. Vaikka edellä mainituista kilpailukäsitteistä voidaan löytää joitakin yhtäläisyyksiä, painopiste-erot ovat selkeästi havaittavissa. Näkökulmien kirjo kasvaa edelleen, jos tarkastelua laajennettaisiin syvälle taloustieteellisiin koulukuntiin. Ongelmaksi voi myös muodostua kilpailukäsitteen määrittelyn yleisyys. Jos omaksuttavaan määritelmään sisällytetään erilaiset keskusteluissa esillä olleet näkökulmat, tulee määritelmästä helposti niin yleinen, ettei sillä ole operationaalista käytettävyyttä.

Kilpailuoikeudellisessa tutkimuksessa on tarpeen tunnistaa erilaiset kilpailua koskevat pääasialliset lähestymistavat ja niiden kehityskaaret. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että oikeustieteen harjoittajan tulisi välttämättömästi lähteä kehittämään edelleen näitä lähestymistapoja. Kyse on enemmänkin tutkimuskohteen ominaispiirteiden ymmärtämisestä sekä tarpeellisten yhteyksien luomisesta oikeudellisen sääntelyn ja sen kohteen välille.[153] Ratkaisu ei piile tältä osin kilpailukäsitteen pitkälle viedyssä taloustieteellisessä tarkentamisessa, vaan keskeiselle sijalle nousee kilpailun tehtävien jäsentäminen. Tämä tarkoittaa käytännössä kilpailukäsitteen pilkkomista osiin ja kilpailuun liittyvien erilaisten hahmottamistapojen tarkastelemista.

Kilpailun merkitys markkinataloudessa voidaan perusteiltaan tiivistää kolmeen toisiinsa limittyvään ulottuvuuteen.[154] Kilpailu luo yksittäisille toimijoille kannustimia toimia tehokkaasti ja tuottaa kuluttajien tarpeita entistä paremmin tyydyttäviä hyödykkeitä. On mahdollista puhua kilpailun *kannustinulottuvuudesta*. Talous toimii tällöin kokonaisuutenaan tehokkaasti. Toiseksi kilpailu mahdollistaa *taloudellisen päätöksenteon hajauttamisen*. Päätökset taloudellisten resurssien suuntaamisesta ja käyttämisestä syntyvät yksittäisten toimijoiden menettelyiden yhteisvaikutuksesta; markkinamekanismi koordinoi taloudellista päätöksentekoa.[155] Päätöksenteon hajauttaminen merkitsee päätöksenteon perustana olevan tietopohjan laajentumista. Tieto kumuloituu markkinoilla. Vertailukohtana voidaan pitää keskitettyä päätöksentekojärjestelmää, jossa päätöksentekijän on kerättävä päätöksensä perustaksi tarpeelliset tiedot ja osattava analysoida niitä. Kilpailu tarjoaa toimivan ratkaisun taloudellista päätöksentekoa koskevien tietojen saatavuusongelmaan.

---

[153] Kokonaan oma kysymyksensä on se, kuinka laajasti erilaisten kilpailukäsitysten läpikäyminen on kussakin tutkimuksessa perusteltua. Ratkaisu kytkeytyy valittuun tutkimustehtävään ja tutkimustradition sisältöön.

[154] Ks. myös Vanberg, s. 1–2.

[155] Voidaan alustavasti todeta, että markkinat ja oikeudellinen sääntely ovat keskenään vuorovaikutussuhteessa. Markkinat toimivat oikeudellisen sääntelyn asettamissa puitteissa. Ks. luku II.4.

Kilpailun kannustin- ja tietoulottuvuudet kytkeytyvät tiiviisti talouden tehtävään yhteiskunnallisen hyvinvoinnin lisäämisessä ja jakamisessa. Kilpailun funktioita on kuitenkin vielä täydennettävä *institutionaalisella ulottuvuudella*. Kilpailu hajauttaa taloudellista valtaa markkinoilla ja luo edellytykset yksittäisten toimijoiden keskinäiselle kanssakäymiselle. Järjestelmätasolla kilpailu estää lähtökohtaisesti sellaisen taloudellisen vallan keskittymisen, joka voisi vaarantaa poliittisen järjestelmän toimivuuden. Yksilötasolla kilpailu mahdollistaa yksittäisten toimijoiden toimintavapauksien käyttämisen mielekkäällä tavalla. Institutionaalisessa viitekehyksessä korostuu kilpailun itsenäinen merkitys poliittisen järjestelmän ja yksilön toimintavapauksien kannalta, vaikka näkökulmalla onkin tiivis yhteys kilpailun edellä käsiteltyihin, lähtökohtaisesti taloudellisiin ulottuvuuksiin.

6.2.2 Kilpailun rinnakkaiset hahmottamistavat

Kilpailua on taloustieteessä ja siihen liittyen myös kilpailuoikeudellisessa tutkimuksessa vakiintuneesti lähestytty kolmella pääasiallisella tavalla. Kilpailua voidaan arvioida olosuhteena, jolloin painopisteen muodostavat kilpailun vaikutukset. Kyse on erityisesti kilpailun ja talouden suorituskyvyn välisistä yhteyksistä. Arviointimittarina voidaan käyttää esimerkiksi taloudellisten resurssien allokoitumista. Toiseksi voidaan painottaa lopputuloksen sijaan kilpailun toteutumiseen kytkeytyviä seikkoja; tarkastelun voidaan katsoa keskittyvän tuloksiin johtavaan kehityskulkuun ja siihen vaikuttaviin tekijöihin. Kilpailua tarkastellaan tällöin prosessina. Kolmanneksi kilpailun merkitys voidaan hahmottaa suhteessa niihin yhteyksiin, joita kilpailulla on yksilöiden toimintavapauksien toteutumiseen ja poliittisen järjestelmän toimivuuteen. On mahdollista puhua kilpailun systeemisestä merkityksestä.

Kolme lähestymistapaa – rakenteellinen lopputulokseen kiinnittyvä arviointi, prosessikäsitys ja systeeminen arviointi – muodostavat kattavan perustan kilpailun aseman ja merkityksen jäsentämiselle. Näkökulmat eivät ole toisiaan poissulkevia, vaan ne täydentävät toisiaan. Kilpailuoikeudellisen tutkimuksen kannalta lähestymistavoista rakentuu viitekehys, jota vasten kilpailuoikeudellista sääntelyä voidaan peilata.

6.2.2.1 Rakenteellinen tarkastelu

Kilpailu ohjaa markkinatalouden toimintaa. Kilpailu varmistaa osaltaan sen, että talous voi toimia tehokkaasti. Talouden keskeisenä päämääränä on hyvinvoinnin lisääminen yhteiskunnassa. Kilpailulla on selkeä hyvinvointifunktio. Asetelmaan liittyy osaltaan kysymys hyvinvoinnin jakaantumisesta markkinamekanismin

mukaisesti. Tässä katsannossa hyvinvoinnin määrän absoluuttinen lisääntyminen ei yksin ole merkityksellistä, vaan myös kuluttajien asema on otettava huomioon.[156]

Markkinoiden toiminnan tehokkuutta voidaan arvioida erilaisilla mittareilla. Tehokkuus on vakiintuneesti jaettu tuotannolliseen, allokatiiviseen ja dynaamiseen tehokkuuteen.[157] Tuotannollisella tehokkuudella viitataan hyödykkeiden valmistuskustannusten optimaaliseen tasoon. Kilpailun paineen vuoksi valmistajien on kyettävä valmistamaan hyödykkeet pienimmillä mahdollisilla kustannuksilla. Tämä edellyttää käytännössä tuotantomenetelmien virtaviivaistamista.

Allokatiivinen tehokkuus liittyy hintojen ja tuotantokustannusten väliseen suhteeseen. Allokatiivisen tehokkuuden kannalta optimaalinen tilanne saavutetaan, kun hyödykkeen hintataso vastaa sen valmistamisen marginaalikustannuksia. Kilpailun seurauksena resurssit kohdentuvat optimaalisesti.

Dynaamisella tehokkuudella tarkoitetaan kehitystä kohti uusia hyödykkeitä ja tuotantomenetelmiä, jotka palvelevat aiempaa paremmin kuluttajien ja asiakkaiden tarpeita. Kehityksen aikaansaaminen edellyttää uuden tiedon luomista ja sen kanavoimista hyödykkeiden tuotantoon. Keskeiseen asemaan nousevat innovaatiot; yksittäiset toimijat pyrkivät parantamaan asemaansa markkinoilla panostamalla kehitystoimintaan ja saavuttamaan kilpailuedun suhteessa kilpailijoihinsa.

Rakenteellisessa tarkastelussa markkinaolosuhteiden katsotaan lähtökohtaisesti ohjaavan talouden toimintaa ja suorituskykyä.[158] Merkityksellisiä seikkoja ovat muun ohella markkinoiden keskittymisaste, markkinoille pääsyn esteet ja tuotedifferointi. Tarkastelun suorittaminen edellyttää merkityksellisten markkinoiden määrittämistä. Kilpailun taloudellisten vaikutusten painottaminen johtaa rakenteellisessa tarkastelussa etsimään yhtä tai useampaa talouden tasapainotilaa, jossa talouden tehokkuustavoitteet ovat saavutettavissa. Markkinaolosuhteiden on katsottu vaikuttavan myös yksilöiden toimintaedellytyksiin.[159] Taloustieteellisessä keskustelussa on avattu markkinarakenteen ja yksilöiden välistä suhdetta markkinoiden toimivuuden kannalta. Suoraviivaisen strukturaalisen ajatte-

---

[156] Kysymys on taloustieteellisesti kiistanalainen. Taloustieteessä voidaan painottaa ainoastaan järjestelyn kokonaisvaltaisia tehokkuusvaikutuksia, jolloin kuluttajien järjestelystä mahdollisesti saama hyvinvoinnin lisäys on toissijainen asia, johon ei erikseen oteta kantaa. Ks. tarkemmin esim. Posner 1992, s. 14. Normatiivisesti näkökulmasta asetelma näyttäytyy toisessa valossa. Ks. tarkemmin luku III.3.2.

[157] Ks. tarkemmin tehokkuuden muodoista jäljempänä luku III.3.2.3.1–3.2.3.3.

[158] Kysymys on ollut esillä jo Cournotin tutkimuksissa 1800-luvulla: yritysten lukumäärällä nähdään olevan vaikutuksia markkinoiden kilpailullisuuden asteeseen. Cournotin määräkilpailuun perustuva asetelma muodostaa IO-tutkimussuuntauksen keskeisen alueen. Kilpailuoikeudellisessa tarkastelussa perusolosuhteet, rakenteen, käyttäytymisen ja talouden suorituskyvyn yhdistävällä SCP-analyysilla sekä sen sovelluksilla on tärkeä asema. Ks. tarkemmin luku II.8.2.3.2.

[159] Ks. esim. Scherer – Ross, s. 4–6.

lun rinnalle on vakiintunut käsitys, jonka mukaan yksilöt voivat omilla toimillaan vaikuttaa markkinarakenteeseen ja edelleen kilpailuedellytyksiin markkinoilla. Vastaavasti yritysten ominaisuudet, kuten kyky korkeaan tuotannolliseen tehokkuuteen, voivat ohjata markkinarakenteen muodostumista.[160] Erilaiset takaisinkytkennät markkinoiden toimintaan vaikuttavien tekijöiden välillä ovat siten mahdollisia.

Markkinoiden toiminnan tehokkuusvaikutuksia voidaan arvioida rakenteellisesti vertaamalla eri markkinatilanteita keskenään. Täydellinen kilpailu ja monopoli muodostavat tarkastelukulman ääripäät. Niiden välille sijoittuvat monopolistinen kilpailu ja oligopoli. Täydellistä kilpailua ei ole käytännössä mahdollista saavuttaa sille asetettujen vaatimusten vuoksi, mutta täydellisen kilpailun ja monopolin välisellä tehokkuusvertailulla on siitä huolimatta pedagogista merkitystä.[161] Vertailun avulla voidaan havainnollistaa hyvin, miten monopoli vaikuttaa markkinoiden toiminnan tehokkuuteen. Samankaltaisiin seikkoihin voidaan kiinnittää huomiota monopolin lisäksi myös muiden kilpailunrajoitusten yhteydessä, jolloin hyvinvointivaikutusten suuruus riippuu kilpailunrajoitusten luonteesta ja toteuttamistavasta.

Kilpailun taloudellisia lopputuloksia korostava lähestymistapa mahdollistaa parhaimmillaan teoreettisesti varsin puhtaiden tehokkuusvertailujen suorittamisen. Vallitsevan kilpailutilanteen tehokkuusvaikutuksia arvioidaan suhteessa teoreettiseen vertailukohtaan (esimerkiksi täydellinen kilpailu, monopolistinen kilpailu tai monopoli). Tarkastelun teoreettinen puhtaus ei kuitenkaan takaa arvioinnin ongelmattomuutta. Teorioiden premissien on oltava realistisia. Jos näin ei ole, vertailujen tulosten käytännöllinen kantavuus on rajallinen.

Tehokkuusvaikutusten arviointiin nivoutuu sisäänrakennettuna tehokkuuden eri lajien välisiä suhteita koskeva kysymys. Tuotannollinen, allokatiivinen ja dynaaminen tehokkuus on kyettävä suhteuttamaan keskenään.[162] Asetelma voi konkretisoitua esimerkiksi silloin, kun pohditaan hintamarginaalien ja uusiin innovaatioihin tähtäävän kehitystoiminnan välisiä yhteyksiä.[163] Yksiselitteistä

---

[160] Ks. esim. Posner 2001a, s. 136–137.

[161] Täydellisen kilpailun vaatimuksiksi on vakiintuneesti asetettu muun muassa seuraavat seikat: ostajien ja myyjien suuri lukumäärä markkinoilla, toimijoiden täydellinen rationaalisuus, hyödykkeiden täydellinen siirrettävyys, toimijoiden täydellinen keskinäinen riippumattomuus, hyödykkeiden homogeenisuus ja olosuhteiden muuttumattomuus, toimijoiden mahdollisuus päästä markkinoille ja poistua niiltä. Ks. tarkemmin esim. Lipczynski – Wilson – Goddard, s. 4. Ks. täydellisen kilpailun lähtökohdista myös Knight, s. 233–239.

[162] Näkökulmat vaihtelevat koulukunnittain. Harvardilaisessa ajattelussa on korostunut allokatiivisen tehokkuuden merkitys, kun taas chicagolainen ajattelu on painottanut allokatiivisen ja tuotannollisen tehokkuuden parhaan mahdollisen kombinaation löytämisen merkitystä. Ks. tältä osin esim. Posner 2001a, s. 90–91. Ks. tehokkuuden muodoista tarkemmin luku III.3.2.

[163] Ks. esim. Hildebrand 2002a, s. 8–9. Ks. hintamarginaalien ja yritysten toimintaedellytysten välisestä suhteesta myös Clark, s. 319–330.

vastausta tehokkuuden eri muotojen yhteensovittamisen ongelmaan ei ole taloustieteen keinoin saatavissa, vaan asetelma palautuu viime kädessä yhteiskunnallisten arvovalintojen tasolle.[164] Harkinnassa ei voida myöskään sivuuttaa toimintaympäristön ominaispiirteitä. Markkinoilta toisille siirryttäessä voivat korostua tehokkuuden eri muodot. On ilmeistä, että harkinnan on oltava luonteeltaan kokonaisvaltaista. Siinä tulee ottaa huomioon yhteiskunnallisen sääntelyn asettamat puitteet. Ennalta voidaan asettaa suuntaviivoja eri näkökohtien yhteen sovittamiselle, mutta tapauskohtaisen harkinnan merkitys säilyy keskeisenä.

6.2.2.2 Kilpailu prosessina

Markkinarakenteen ja siitä seuraavien tehokkuusvaikutuksien sijaan kilpailua voidaan arvioida toisesta näkökulmasta: huomio kiinnitetään kilpailun konkreettiseen muotoutumiseen liittyviin seikkoihin.[165] Markkinoiden toiminta ja samalla kilpailu syntyy yksittäisten toimijoiden menettelyiden yhteisvaikutuksesta. Markkinatalouden perusajatuksen mukaan kukin toimija pyrkii edistämään omaa etuaan; markkinamekanismi sovittaa yhteen yksittäisten toimijoiden menettelyt. On mahdollista puhua markkinoiden näkymättömästä kädestä.[166] Tätä kautta syntyy kuva kilpailusta prosessina. Asetelmaan sisältyy ajatus hajautetusta päätöksenteosta. Tuotantopäätökset tehdään markkinoilla eikä keskussuunnittelijan pöydällä. Vastaavasti lähtökohtana on taloudellisen päätöksenteon järjestelmätasoisuus: päätökset syntyvät markkinoilla järjestelmätasoisesti eikä yksittäinen yritys voi lähtökohtaisesti omilla toimillaan suoraan ohjata taloudellisten resurssien kohdentumista markkinoilla.

Tarkastelun keskiössä ovat yksittäiset toimijat.[167] Kilpailun paineen seurauksena yksittäiset toimijat yrittävät tarjota kuluttajien ja asiakkaiden tarpeita entistä paremmin palvelevia hyödykkeitä entistä edullisemmin ehdoin; toimijan tavoitteena on samalla parantaa asemaansa suhteessa kilpailijoihinsa. Kilpailu voidaan hahmottaa yksittäisten toimijoiden pyrkimyksenä saavuttaa *kilpailuetuja* suhteessa kilpailijoihinsa.[168] Kilpailuetu voidaan määritellä yrityksen avai-

---

[164] Yhden mahdollisuuden tarjoaa ns. eklektinen lähestymistapa, jonka avulla pyritään löytämään paras mahdollinen suhde tehokkuuden eri muotojen välille. Kyse on ennen kaikkea tehokkuuden staattisten ja dynaamisten muotojen keskinäisen suhteen optimoinnista. Ks. tarkemmin esim. Koponen – Okko – Virtanen, s. 24–28.

[165] Tarkastelutavan juuret voidaan kiinnittää itävaltalaiseen ja edelleen uus-itävaltalaiseen taloustieteeseen. Ks. tarkemmin M. Virtanen 1998, s. 41–44, ja Hildebrand 2002b, s. 154–157.

[166] Ks. tästä Adam Smithin esittämästä klassisesta ajatuksesta tarkemmin Smith 1961, s. 166.

[167] Ks. evolutionaarisen ajattelun osalta Reinikainen, s. 21–22.

[168] Ks. arvioinnin evolutionaarisesta luonteesta M. Virtanen 1998, s. 106.

meksi suorituskykyyn ja siten menestykseen markkinoilla.[169] Kilpailuetu muodostaa yritykselle vahvuuden, jonka avulla se voi erottua positiivisesti kilpailijoistaan. Kilpailuetuja voidaan luokitella eri tavoin. Ne voivat perustua toimialakohtaisiin tai institutionaalisiin seikkoihin taikka ne voivat olla yritysryhmä- tahi yrityskohtaisia.[170] Voidaan siis puhua yrityksen ulkoisista ja sisäisistä kilpailueduista. Yksittäisen toimijan kilpailuaseman kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa on otettava huomioon sekä sisäiset että ulkoiset kilpailuedut.[171]

Toimialakohtaiset kilpailuedut liittyvät yksittäisen toimintaympäristön erityispiirteisiin. Markkinaolosuhteet voivat olla suotuisat markkinoilla jo oleville yrityksille ja luoda näille kilpailuedun suhteessa toisiin toimijoihin.[172] Markkinoille tulon esteet voivat vahvistaa näiden yritysten kilpailuasemaa markkinoilla. Institutionaaliset tekijät, kuten oikeudellinen sääntely, voivat luoda yksittäiselle toimijalle etulyöntiaseman suhteessa kilpailijoihinsa.[173] Kyse voi olla esimerkiksi toimilupajärjestelmästä tai muusta markkinoiden toimintaa ohjaavasta sääntelystä. Tyypillistä on tällöin sääntelyn vaikutusten hajaantuminen; sääntely muodostuu edulliseksi yksittäisen yrityksen tai yritysryhmän kannalta.

Yrityskohtainen kilpailuetu voi perustua toimijan erityiseen tietämykseen, kyvykkyyteen tai sillä oleviin resursseihin. Tietoperusteinen kilpailuetu liittyy yrityksen muita toimijoita parempaan tietämyksen tasoon. Nämä resurssit voivat koostua muun muassa henkisestä pääomasta (asiantuntemus) tai erityisesti tietojen hallinnointitaidosta. Kyvykkyysperustainen näkemys puolestaan painottaa etevämmyyttä eri tietolähteiden yhdistämisessä. Resurssiperusteisessa arvioinnissa yhdistetään tieto- ja kyvykkyysperusteiset mallit.[174] Siinä otetaan huomioon yrityksen erilaiset fyysiset, immateriaaliset ja muut taloudelliset resurssit, joten tarkastelu on tieto- ja kyvykkyysperusteisia malleja laajempi.[175]

Yrityskohtaisille resursseille on tyypillistä vaikea jäljiteltävyys; niitä ei ole saatavissa suoraan markkinoilta, vaan niiden kehittäminen yrityksen sisäisesti vie aikaa.[176] Esimerkkeinä voidaan mainita liikesalaisuudet, erikoistuneet tuotantolaitteet ja toimintaympäristökohtaiset asiantuntemuksen muodot. Kilpailuedun lähteenä on usein resurssien yhdistäminen, joka edellyttää yritykseltä kyvykkyyttä toiminnan sisäiseen organisointiin. Erityisen merkittäviä ovat liiketoiminnan ytimeen liittyvät kompetens-

---

[169] Ks. kilpailueduista yleisesti esim. M. Virtanen 1998, s. 102–106. Kilpailuedut voidaan jakaa esimerkiksi kykyyn toimia kilpailijoita alhaisemmilla kustannuksilla tai nostaa hintoja merkittävästi kustannustasoa korkeammiksi. Ks. tarkemmin Porter 1991, s. 100–101.

[170] Ks. tästä keskustelusta esim. Schmalensee, s. 341–351, ja Rumelt, s. 167–185.

[171] Ks. myös M. Virtanen 1998, s. 103.

[172] Tämä näkökulma on esimerkiksi Porterin määrittämien kilpailuvoimien keskeinen perusta. Ks. tarkemmin esim. Porter 1991, s. 100–101.

[173] Ks. tältä osin esim. Porter 1980, s. 13.

[174] Resurssiperustainen ajattelu juontaa juurensa Edith Penrosen teokseen The Theory of the Growth of the Firm vuodelta 1959.

[175] Ks. resurssien määrittelystä tarkemmin Hunt, s. 128–130.

[176] Toisaalta on muistettava, etteivät yrityskohtaiset kilpailuedut ole aina vaikeasti jäljiteltävissä. Muussa tapauksessa markkinoiden mahdollisuus muovautua ja kehittää uusia toimintatapoja olisi tosiasiassa rajautunut.

sit ja muut osaamisen muodot. Kilpailuedun saavuttamiseksi ja säilyttämiseksi ei riitä yksinomaan vallitsevien olosuhteiden hallinta. Yrityksen on kyettävä hallitsemaan muutosta ja mukauttamaan oma toimintansa uuteen tilanteeseen. Dynaamisella kyvykkyydellä tarkoitetaan juuri yrityksen sellaista osaamista, jonka avulla yritys voi saavuttaa uusia kilpailuetuja tai ylläpitää kilpailuetujaan muuttuneissa olosuhteissa.

Kilpailuetujen oikeudellisessa arvioinnissa on tunnistettava etujen laajuus, pysyvyys sekä niiden lähde. Kilpailuedut voidaan jakaa ajalliseen, henkilölliseen ja asialliseen ulottuvuuteen. Kilpailuedun henkilöllinen ulottuvuus kuvaa kilpailuedun vaikutuspiirissä olevien asiakkaiden ja kilpailijoiden määrää. Puhtaan määrällisen kattavuuden lisäksi tulee arvioinnissa ottaa huomioon kilpailuedun suuruus suhteessa asiakkaisiin ja kilpailijoihin. Näiden muuttujien avulla voidaan muodostaa kuva kilpailuedun todellisesta merkittävyydestä.

Kilpailuetujen ajallinen ulottuvuus liittyy kilpailuetujen muutosherkkyyteen markkinatilanteen kehittyessä.[177] Kilpailuetu voi murentua markkinoiden normaalin toiminnan yhteydessä esimerkiksi uusien innovaatioiden ja imitaation vuoksi.[178] Kilpailuedun nykyinen asema ei siten välttämättä kerro sen tulevasta merkityksestä. Tarvitaan dynaamista tarkastelua.[179] Kilpailuetujen ajallinen muutosalttius vähentää lähtökohtaisesti tarvetta puuttua oikeudellisen sääntelyn keinoin kilpailuedun käyttämiseen.

Kilpailuoikeudellisen arvioinnin kannalta olennaista on kilpailuedun lähteen määrittäminen. Kilpailuetu voi perustua yrityksen aitoon etevämmyyteen ja kykyyn sopeutua toimintaympäristön muutoksiin. Kilpailuedut kytkeytyvät tällöin toimijan tehokkuuteen ja ne edistävät markkinoiden toimintaa kokonaisuudessaan. Yritysten ominaisuudet voivat vaihdella tältä osin merkittävästi. Kilpailuoikeudellisessa analyysissä on päästävä näiden yrityskohtaisten ominaisuuksien äärelle, vaikka niiden jäsentäminen ei ole aina suoraviivaista. Arvioinnissa on otettava huomioon kilpailuetujen historiallinen tausta, jotta niiden tulevan merkityksen tarkastelu on mahdollista. Voidaan puhua kilpailuetujen polkuriippuvuudesta.[180] Toisaalta on muistettava, että innovaatiot voivat tosiasiassa avata kokonaan uusia toimintatapoja ja samalla vähentää polkuriippuvuuden merkitystä. Kilpailuoikeudellisen analyysin kannalta merkityksellistä on se, että kilpailuetujen lähteenä voivat olla muut kuin toimijan tehokkuuteen liittyvät seikat. Yritys voi menettelyillään pyrkiä esimerkiksi vaikeuttamaan kilpailijoidensa toimintaa epäasiallisin keinoin ja samalla rajoittamaan markkinoiden toimivuut-

[177] Ks. tarkemmin Hunt, s. 148–149.
[178] Mureneminen voi perustua kilpailijoiden kykyyn siirtää voimavaroja ja asiantuntemusta markkinoilta toisille. Kilpailija käyttää toisin sanoen olemassa olevia resurssejaan uudella tavalla. Ks. kilpailuedun menettämisestä tarkemmin Teece – Pisano – Shuen, s. 524–526.
[179] Ks. resurssiperustaisen tarkastelun dynamisoinnista esim. Foss, s. 133–149.
[180] Ks. polkuriippuvuudesta tältä osin esim. Teece – Pisano – Shuen, s. 522.

ta.[181] Keinojen epäasiallisuus liittyy sellaisiin menettelyihin, jotka ovat ristiriidassa kilpailuoikeuden arvo- ja tavoiteperustan kanssa; taloudellinen tehokkuus muodostaa tältä osin keskeisen arviointimittarin.[182]

Kilpailuoikeudellisen sääntelyn keinoin on perusteltua puuttua sellaisiin kilpailuetuihin, jotka rajoittavat markkinoiden toimivuutta ja vaikeuttavat yksittäisten toimijoiden mahdollisuuksia operoida markkinoilla. Kilpailuedun tulee tällöin pohjautua muuhun kuin yrityksen tehokkuuteen. Lisäksi kilpailuedun vaikutusten on ulotuttava yksittäistä sopimussuhdetta laajemmalle, jotta kilpailuoikeudelliselle puuttumiselle on kestävät perusteet; kilpailuetu on niin merkittävä, että se mahdollistaa markkinoiden toiminnan rajoittamisen. Tällöin on mahdollista puhua toimijalla olevasta markkinavoimasta.[183] Lisäksi kilpailuedun tulee olla ajalliselta kestoltaan muu kuin väliaikainen. Väliaikaiset markkinatilanteet poistuvat lähtökohtaisesti markkinoiden oman dynamiikan mukaisesti.[184]

Kilpailun prosessikäsitykseen voidaan liittää ajatus rivaliteetista, yksilöiden kamppailusta toisiaan vastaan.[185] Markkinatalouden perusperiaatteiden mukaan kukin toimija pyrkii edistämään omaa etuaan ja samalla parantamaan omaa asemaansa suhteessa kilpailijoihinsa. Yksittäisten toimijoiden välille syntyy vastakkainasettelu markkinoilla. Asetelmaa kuvaa puhtaimmillaan Schumpeterin *luovan tuhon teoria*.[186] Schumpeter hahmottaa talouden dynamiikan eräänlaisena kiertokulkuna. Kehitys kohti uusia hyödykkeitä ja tuotantomenetelmiä etenee sykleittäin. Schumpeterin mukaan yksittäisen toimijan menestys johtaa toisten toimijoiden poistumiseen markkinoilta, tuhoon. Kilpailuetujen kannalta asiaa

---

[181] Strategiset toimet voivat koskea esimerkiksi hintakilpailun jarruttamista. Ks. esim. Porter 1991, s. 17–23, jonka mukaan strategisen käyttäytymisen keskeisenä tarkoituksena on estää kilpailijaa laskemasta tuotteen hintaa täydellisen kilpaillulle tasolle.

[182] Kilpailulainsäädännössä hyväksyttävät kilpailukeinot voidaan määritellä eri tavoin. Saksan kilpailuoikeudessa on perinteisesti puhuttu suorituskilpailusta. Suorituskilpailulla tarkoitetaan pyrkimystä parantaa toimijan suoritusta eikä estää kilpailijan toimintamahdollisuuksia. Ks. suorituskilpailusta tarkemmin esim. P. Virtanen 2001, s. 233–238. Kilpailunrajoituslain 1 §:ssä lain tavoitteeksi asetetaan terveen ja toimivan taloudellisen kilpailun turvaaminen perusteettomilta esteiltä ja rajoituksilta. Ks. terveen ja toimivan kilpailun määrittelystä tarkemmin luku III.3.2.

[183] Markkinavoimaa voidaan katsoa ilmentävän muun ohella mahdollisuus hinnoitella tuotteensa yli kilpaillun tason ja sulkea kilpailijoita pois markkinoilta sekä asiakkaiden riippuvuus. Markkinavoimaa voidaan arvioida markkinoiden rakenteen kannalta; korkean markkinaosuuden voidaan katsoa ilmentävän yrityksen markkinavoimaa tai kilpailuetua. Ks. tarkemmin esim. Kuoppamäki 2003, s. 228–231.

[184] Ks. kilpailuedun ajallisesta ulottuvuudesta myös M. Virtanen 1998, s. 125–126.

[185] Ks. tarkemmin esim. McNulty, s. 265.

[186] Ks. tarkemmin Schumpeter, s. 83–86. Schumpeterin ajattelu kehittyi markkinarakenteen ja innovaatioiden välisen suhteen osalta vuosien varrella. On mahdollista puhua ensimmäisestä vaiheesta, jossa korostui yksittäisen yrittäjän keskeinen asema innovaatioiden synnyttämisen kannalta. Myöhemmin Schumpeter painotti keskittymisen ja innovaatioiden välistä suhdetta. Ks. tarkemmin Martin, s. 451–452.

voidaan kuvata niiden välttämättömänä murenemisena, jonka seurauksena yksittäisen yrityksen toimintaedellytykset kuihtuvat lopulta pois. Aikatekijällä on arvioinnissa keskeinen sija: markkinatilanne ei useinkaan muutu hetkessä, vaan kilpailuetujen muovautuminen vie aikaa.[187] Aikatekijä luo kilpailuedun omaavalle toimijalle liikkumavaraa. Se voi muodostaa perusteen kilpailuoikeudellisen sääntelyn soveltamiselle. Arvioinnissa on tältä osin otettava huomioon myös oikeudellisen sääntelyn kannustinvaikutukset sen kohteen kannalta.

Kilpailun prosessikäsityksen mukaisessa tarkastelussa ei voida yksiselitteisesti olettaa, että kilpailijoiden edut ja intressit ovat poikkeuksettomasti vastakkaisia. Taloudellisesti tehokas toiminta voi edellyttää yksittäisten toimijoiden ja samalla kilpailijoiden tai potentiaalisten kilpailijoiden välistä yhteistyötä. Hyvinä esimerkkeinä voidaan mainita erilaiset strategiset allianssit ja klusterit.[188] Yhteistyön tarpeeseen vaikuttaa taloudellisen toimintaympäristön muutos. Talouden informatisoituminen asettaa kasvavia paineita vaihdantaan osallistuville toimijoille. Kaiken tuotantoprosessiin liittyvän informaation hallitseminen yksin ei ole enää mahdollista, vaan tarvitaan verkostomaista yhteistyötä. Verkostoitumisessa on hyvin pitkälle kysymys tiedon jakamisesta: kukin toimija keskittyy oman ydinosaamiseensa ja hankkii muun tarvittavan tiedon yhteistyökumppaneiltaan.

Kilpailun luonne ja toteutumistapa ovat osittain muuttuneet talouden kehityksen seurauksena. Innovaatiot ovat nousseet keskeiseen osaan talouden kehityksen vetureina.[189] Innovaatiot vaativat usein tieto- ja asiantuntijapanosten yhdistämistä. Pelkkä antagonistiseen kamppailuun kytkeytyvä käsitys kilpailusta ei siten enää ole riittävä. Rivaliteetin oheen tarvitaan myös yhteistyötä. Kilpailu ei enää yksinomaan ilmene kamppailuna olemassa olevilla markkinoilla, vaan kilpailun kohteena on uusien markkinoiden avaaminen esimerkiksi standardeja luomalla. Organisaation joustavuus merkitsee nopeutta, mikä on selvä kilpailuetu uudessa taloudessa.[190]

Taloudellisen toimintaympäristön muutos asettaa kasvavia haasteita kilpailuoikeudelliselle sääntelylle. Kilpailijoiden välistä yhteistyötä ei voida pitää yksinomaan haitallisena ilmiönä. Tarvitaan syvällistä analyysia. Yhteistyöhön liittyvät tehokkuutta lisäävät ja samalla hyvinvointia kasvattavat tekijät on osattava erottaa kilpailua rajoittavista vaikutuksista. On kyettävä arvioimaan sopimusjärjestelyn tai muun yhteistyön mahdollisia hyväksyttäviä motiiveja aiempaa tarkemmin. Toisaalta on muistettava, että talous muodostaa laajan yhteiskunnallisen sektorin. Yhteistyön perusteet ja tarve voivat vaihdella markkinoilta toisille siirryttäessä. Kilpailuoikeudellisessa analyysissä on osattava ottaa huomioon toimintaympäristön erityispiirteet. Kilpailuoikeudellisessa tarkastelussa tarvitaan tilanneherkkyyttä.

---

[187] Ks. Schumpeter, s. 83. Esimerkkeinä voidaan mainita teknisen ratkaisun tai uuden teknologian kehittämisen ja käyttöön ottamisen vaatima aika.
[188] Ks. esim. Castells, s. 174–175. Ks. myös M. Virtanen 2001, s. 226–233.
[189] Ks. tältä osin esim. Hunt, s. 180–181.
[190] Ks. tarkemmin Castells, s. 166–167.

Kilpailun prosessikäsityksen ero lopputulosta painottavaan lähestymistapaan voidaan tiivistää muutamaan keskeiseen näkökohtaan. Kilpailun prosessikäsityksessä painottuu kilpailun dynaaminen luonne.[191] Kilpailua ei voida hahmottaa pysäytyskuvana vaan jatkuvasti muuntuvana kehityskulkuna. Kilpailu nähdään löytämis- tai etsimisprosessina, jonka lopputulos ei ole yksiselitteisesti ennalta määriteltävissä. Kilpailun prosessikäsitykseen nivoutuu vahvasti evolutionaarinen leima: kilpailu on sopeutumista muuttuviin markkinaolosuhteisiin ja niistä oppimista.[192] Kyse ei siten ole tasapainotilasta, vaan uusien mahdollisuuksien avautumisesta kilpailuprosessin seurauksena. Kilpailu ei ole tasaista rataa pyörivä pyörä, vaan ennemminkin alati muovautuva prosessi. Tulevaisuus luodaan markkinoilla tehtävillä valinnoilla.[193] Ero lopputulospainotteiseen arviointiin verrattuna on ilmeinen. Dynaamisuuteen sisältyy olennaisesti ajatus uuden tiedon löytymisestä.[194] Taloudellisen hyvinvoinnin lisääntyminen liitetään nimenomaan uusiin hyödykkeisiin ja tuotantoprosesseihin. Taloudellisen kasvun nähdään syntyvän innovaatioiden kautta.

Kilpailun prosessinäkemykselle on leimallista keskittyminen yrityksen toimintaan.[195] Kilpailun muotoutumiseen vaikuttavia elementtejä arvioidaan yritysten toiminnan kannalta. Kilpailun syntymistä ohjaa yksittäisten toimijoiden yrittäjävaistojen käyttäminen. Yksittäiset yritykset mukautuvat markkinaolosuhteiden vaatimuksiin sekä muokkaavat markkinaolosuhteita omaksi edukseen.[196] Kilpailun jäsentäminen avautuu tällöin yrityksen strategisen käyttäytymisen ja liikkeenjohdollisen tutkimuksen suuntaan.[197] Tarkastelun kohteena on yritys yksilönä eikä standardisoituna taloudellisen toiminnan yksikkönä. Arvioinnissa ei voida sivuuttaa yrityksen todellisia toimintaedellytyksiä, jotka liittyvät muun muassa tiedon epätäydelliseen saatavuuteen ja yritysten rajalliseen rationaalisuuteen.

---

[191] Dynaamisen kilpailukäsityksen juuret voidaan löytää itävaltalaisesta taloustieteestä. Lähestymistapaa voidaan kutsua subjektivismiksi, johon kytkeytyvät yhtäältä itävaltaisen taloustieteen mikroteoreettinen koulukunta ja toisaalta evolutionaarinen taloustiede. Ks. tarkemmin esim. Vanberg, s. 103.

[192] Ks. tarkemmin Schumpeter, s. 82.

[193] Tässä yhteydessä on huomattava, että uusien kehityskulkujen muodostumisen voidaan usein nähdä olevan yhteydessä historialliseen kehitykseen. Innovaatiot eivät synny tyhjiössä vaan niillä on yhteyksiä laajempaan kehitykseen. On mahdollista puhua polkuriippuvuudesta. Käytännössä on ilmeistä, että polkuriippuvuuden aste voi vaihdella markkinoittain. Ks. polkuriippuvuudesta esimerkiksi Teece – Pisano – Shuen, s. 522–524.

[194] Ks. tarkemmin Hayek 1948, s. 94.

[195] Ks. esim. Reinikainen, s. 21–23.

[196] Markkinaolosuhteiden muuttuminen voi olla seurausta yritysten tietoisesta toiminnasta. Toisaalta markkinaolosuhteet muovautuvat myös spontaanisti yritysten ja kuluttajien toiminnan yhteisvaikutuksena.

[197] Taloustieteen tutkimuksen kannalta tämä merkitsee siirtoa liiketaloustieteen suuntaan.

Kilpailun lopputulokset eivät ole merkityksettömiä kilpailun prosessikäsityksen kannalta; kilpailuprosessin seurauksena talous toimii tehokkaasti. Yrittäjyys ja siitä seuraavat taloudelliset lopputulokset eivät siten ole toisistaan irrallisia asioita. Päinvastoin yrittäjyys luo edellytykset olemassa olevien resurssien mahdollisimman tehokkaalle käyttämiselle.[198] Tätä kautta syntyy yhteys kilpailun taloudellista lopputulosta painottavan lähestymistavan ja kilpailun prosessikäsityksen välille. Kilpailua lähestytään eri tavoin, mutta arviointitavoilla on selkeitä leikkauspisteitä.

Kilpailun prosessikäsitys avaa tärkeän reitin kilpailuoikeudellisen harkinnan monipuolistamiseen. Prosessikäsityksestä ei seuraa markkinoiden toimivuuden varmistamisen keskeisen merkityksen rapautuminen kilpailuoikeuden tehtäväkentässä. Markkinoiden toimintaa vain lähestytään osin rakenteellisesta tarkastelusta poikkeavalla tavalla. On oletettavaa, että kilpailun prosessikäsityksen merkitys ei tule ainakaan vähenemään osana systemaattista kilpailuoikeudellista harkintaa. Lähestymistavan operationaalisuuden varmistamiseksi on kuitenkin pyrittävä edelleen kehittämään taloustieteellisen ja oikeudellisen harkinnan vuorovaikutusta. On löydettävä entistä parempia muotoja kilpailuoikeuden prosessikäsityksen soveltamiseksi käytännössä.

6.2.2.3 Kilpailu instituutiona

Kilpailua voidaan tarkastella institutionaalisessa viitekehyksessä. Se nähdään tällöin yhtenä yhteiskunnallisena instituutiona, joka on yhteydessä yhteiskunnan muihin instituutioihin. Kilpailu suuntaa taloudellista päätöksentekoa ja ohjaa siten talouden toimintaa. Lisäksi se muodostaa taustan yksilöiden oikeuksien käyttämiselle talouden alueella. Näkökulma on kuitenkin pelkkää taloutta laajempi: arvioinnissa nousee esille kilpailun asema osana demokraattista yhteiskuntaa. On mahdollista väittää, että kilpailulle perustuva markkinatalous on välttämätön vastinpari demokraattiselle poliittiselle järjestelmälle. Markkinatalous luo perustan, jonka varaan demokraattinen valtiojärjestys osaltaan rakentuu. Vastaavasti demokraattinen valtiojärjestys muodostaa puitteet markkinatalouden toiminnalle.[199]

Markkinatalouden keskeisenä perusajatuksena on luoda edellytyksiä päätöksenteon hajautumiselle. Taloutta koskevat päätökset syntyvät markkinoilla yksilöiden menettelyiden yhteisvaikutuksesta. Kilpailun institutionaalisessa arviointitavassa kiinnitetään huomio juuri hajautetun päätöksentekomekanismin turvaa-

---

[198] Ks. Hayek 1948, s. 104.
[199] Ks. markkinatalouden ja demokratian muodostamasta vastinparista myös Trebilcock, s. 264.

miseen.[200] Talouden hajautettu päätöksenteko voi vaarantua, mikäli yksittäiset toimijat käyttävät taloudellista valtaa markkinoiden toiminnan rajoittamiseksi. Taloudellisesti vahvat yritykset voivat vinouttaa taloudellista päätöksentekoa siten, että se siirtyy kollektiiviselta markkinamekanismin tasolta yksittäisten toimijoiden käsiin. Markkinamekanismin sijaan yksittäiset toimijat ohjaavat markkinoiden toimintaa. Tämä on vastoin markkinatalouden perusperiaatteita.

Markkinatalouden päätöksentekomekanismin horjuttamisella on välittömiä taloudellisia vaikutuksia: yhteiskunta kärsii hyvinvointitappioita markkinoiden tehokkuuden laskiessa. Institutionaalisessa lähestymistavassa tunnistetaan nämä vaikutukset, mutta samalla painotetaan erityisesti taloudellisen vallan väärinkäytön vaikutuksia poliittisen järjestelmän alueella. Ordoliberaalissa tutkimuksessa on historiallisten kokemusten perusteella pidetty keskeisinä taloudellisen vallan poliittisen järjestelmän toimivuutta haittaavia vaikutuksia.[201] Taloudellisen vallan keskittymisestä seuraa vaara siitä, että poliittinen päätöksenteko muuttuu taloudellisesti voimakkaiden yritysten erityisten intressien toteuttamisen pelikentäksi. Tämä voi tarkoittaa käytännössä esimerkiksi erioikeuksien myöntämistä.

Kilpailun institutionaalisen ulottuvuuden avulla voidaan tarkastella myös yksilötason ilmiöitä. Talous on yksittäisten toimijoiden välisten suhteiden järjestämisen kenttä. Markkinat muodostavat ympäristön, jossa yksilöt käyttävät oikeuksiaan. Oikeudet liittyvät muun muassa sopimusten solmimiseen ja elinkeinotoiminnan harjoittamisen järjestämiseen. Tosin myös muilla kuin puhtaan taloudellisilla oikeuksilla on kytkentöjä markkinoihin. Liian suppean tarkastelukulman omaksumista on siksi vältettävä. Esimerkiksi liikkumisvapauden käyttäminen edellyttää usein palveluiden hankkimista markkinoilta.[202]

Taloudellisen vallan keskittyminen heijastuu niihin olosuhteisiin, joissa yksilöt käyttävät oikeuksiaan. Seurauksena voi olla yksittäisten toimijoiden, kuten asiakkaiden tai kilpailijoiden, toimintamahdollisuuksien kaventuminen. Ordoliberalistit ovat lähestyneet asetelmaa *kokonaisvaltaisen kilpailun* käsitteen avulla.[203] Kokonaisvaltaisella kilpailulla tarkoitetaan sitä, että yhdelläkään toimijalla ei ole mahdollisuutta vaikeuttaa muiden toimijoiden toimintaedellytyksiä markkinoilla. Nämä toimijat ovat siten vapaita suuntaamaan menettelyitään markkinoilla.

---

[200] Ks. tarkemmin esim. Eucken 1952, s. 175–179.
[201] Ks. tarkemmin esim. Eucken 1951b, s. 35.
[202] Liikkumisvapautta voidaan käyttää monilla tavoin. Liikkuminen ja matkustaminen edellyttävät modernissa yhteiskunnassa monissa tilanteissa erilaisten palveluiden saatavuutta. Liikkumisvapauden käyttäminen jää helposti rajalliseksi, jos markkinoilta ei ole saatavilla kuljetuspalveluita tai niiden hinnat ovat kilpailunrajoitusten vuoksi kohtuuttoman korkealla.
[203] Ks. tarkemmin Eucken 1951a, s. 270. Ks. suomalaisesta terminologiasta Kuoppamäki 2003, s. 191.

Kilpailun institutionaalista puolta painottavassa ordoliberalistisessa tutkimuksessa markkinatalouden toimivuuden varmistaminen on annettu oikeudelliselle sääntelylle. Oikeudellisen sääntelyn tehtävänä on taloudellisen vallan kesyttäminen suojaamalla yksilöiden oikeusasemia. Järjestelmätasolla olennaista on kilpailullisen markkinarakenteen turvaaminen. Kilpailulliseen markkinarakenteeseen voidaan liittää, kuten ordoliberalistit tekevät, ajatus riittävästä toimijoiden määrästä.[204]

Kilpailun institutionaalisen hahmottamistavan yhteydessä korostuu kilpailun asema suhteessa muihin yhteiskunnan instituutioihin. Talouden sisäisesti keskiöön nousee vapauden merkitys sekä yksilö- että järjestelmätasolla. Vapaus saa itseisarvon aseman tarkastelussa. Toisaalta on huomattava, että vapauden ja taloudellisen suorituskyvyn välille voidaan löytää välttämättömiä yhteyksiä. Yksilöiden toimintavapauden turvaamisen voidaan katsoa olevan yksi keskeisistä edellytyksistä markkinoiden toimivuudelle ja hyvinvointivaikutusten saavuttamiselle.

6.3 KILPAILUN OIKEUDELLISEN SÄÄNTELYN PERUSTA

Kilpailun ja oikeudellisen sääntelyn suhteita voidaan lähestyä eri tavoin. Tässä tutkimuksessa on lähdetty siitä perustavasta havainnosta, että talous ja samalla kilpailu toimivat oikeudellisesti määrittyneissä puitteissa. Talouden rakenteelliseen perustaan kuuluvat muun muassa oikeudelliset instituutiot.[205] On mahdollista arvioida, että oikeudellinen sääntely muodostaa selkärangan taloudelliselle toiminnalle.[206] Samalla sillä asetetaan talous yhteiskunnallisen ohjauksen alaiseksi. Oikeudellinen sääntely ei muodostu tyhjiössä, vaan sen kautta välittyy talouteen impulsseja politiikan ja moraalin alueilta.

Talouden oikeudellinen perusta muodostaa laajan kokonaisuuden.[207] Tässä tutkimuksessa arvioidaan erityisesti sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden keski-

---

[204] Ks. asetelmaa koskevasta keskustelusta esim. Vickers, s. 246.

[205] Ks. tältä osin luku II.4.1.

[206] Oikeudellisten sääntelyn lisäksi talouden toimintaa ja kilpailua voivat ohjata myös muut mekanismit. Tällaisina mekanismeina voidaan mainita mm. erilaiset markkinoilla muodostuneet tavat ja käytännöt sekä toimijoiden itsesääntely. Nämä ohjausmekanismit ovat usein tiiviissä yhteydessä markkinoiden oikeudelliseen sääntelyyn. Talouden muiden sääntelymekanismien tunnistaminen ei ole ristiriidassa sen ajatuksen kanssa, että oikeudellisella sääntelyllä on keskeinen asema talouden toiminnan ja kilpailun kannalta.

[207] Sopimusoikeus ja kilpailuoikeus muodostavat ainoastaan osan talouden oikeudellista infrastruktuuria. Talouden oikeudellinen perusrakenne on sopimusoikeutta ja kilpailuoikeutta laajempi. Viime kädessä oikeusjärjestys kokonaisuutenaan luo taustan taloudelle. Oikeusjärjestyksen merki-

näisiä suhteita. Sopimusoikeudellinen ja kilpailuoikeudellinen sääntely ovat talouden oikeudellisen perusrakenteen kulmakiviä. Sopimus on usein välttämätön instrumentti yksittäisten toimijoiden välisten suhteiden järjestämiseen. Sopimusoikeudellinen sääntely luo yksilöille edellytykset tehdä yhteistyötä muiden toimijoiden kanssa ja osallistua vaihdantaan. Sopimus on olennainen osa talouden oikeudellista perustaa ja keskeinen oikeudellinen instituutio. Kilpailuoikeudellisen sääntelyn tehtävänä on turvata kilpailun ja samalla markkinoiden toimivuuden edellytykset. Kilpailuoikeus kuuluu sopimusoikeuden vastinparina markkinatalouden oikeudelliseen perustaan. Näillä kahdella markkinatalouden oikeudellisen perustan osalla on tiivis keskinäinen yhteys. Kilpailuoikeudessa säännellään, kuinka sopimusta oikeudellisen instituutiona voidaan käyttää. Kilpailuoikeudessa ohjataan merkittävällä tavalla sopimuksen käyttöalaa ja -tapaa.

Markkinoiden oikeudellisen perustan arvioinnin ytimen muodostaa havainto siitä, että markkinoiden toiminnan voidaan katsoa syntyvän yksilöiden toiminnan yhteisvaikutuksesta. Yksilöiden toiminnan ja samalla markkinoiden toimivuuden näkökulmasta on olennaista, että oikeusjärjestys suojaa yksilöitä. Kyse on yksilöiden suojatuista oikeusasemista. Oikeusjärjestys turvaa yksilöiden toimintamahdollisuuksia ja -vapauksia markkinoilla. Oikeudet mahdollistavat yksilön käyttää vapauttaan ja samalla kehittää talouden toimintoja. Oikeudet liittyvät siten keskeisesti talouden dynamiikkaan. Näihin oikeuksiin kiinnittyvien perusteltujen odotusten suojaaminen on olennainen edellytys taloudellisen toiminnan suunnittelulle ja järjestämiselle. Samalla oikeusjärjestys luo vakautta talouteen.

> Perustavimmalla tasolla oikeusasemat voidaan palauttaa yksilöiden perus- ja ihmisoikeuksiin sekä niiden taustalla oleviin järjestelmiin. Perus- ja ihmisoikeudet muodostavat kokonaisuuden. Yksittäiset perus- ja ihmisoikeudet on yhdistettävä toisiinsa ja kukin perusoikeus vielä omaan taustaansa. Taloudellisen toiminnan näkökulmasta perus- ja ihmisoikeudet sijoittuvat eräänlaiseen spektriin, jonka osien merkitys vaihdannan kannalta vaihtelee. Sopimustoiminnan ja vaihdannan osalta erityisen keskeisiä perus- ja ihmisoikeuksia kytkeytyy omaisuudensuojaan ja elinkeinovapauteen. Näiden perus- ja ihmisoikeuksien merkitystä sopimustoiminnan osalta on käsitelty aiemmin.[208]
>
> Tässä yhteydessä on syytä muistaa, että myös muut perus- ja ihmisoikeudet voivat olla merkityksellisiä taloudellisen toiminnan harjoittamisessa. Esimerkkeinä voidaan mainita sananvapautta ja liikkumisvapautta koskevat säännökset. Menettelyllisellä puolella tärkeään asemaan nousevat oikeusturvaan liittyvät oikeudet. Perusoikeusjärjestelmä onkin nähtävä kokonaisuutena, joka muodostaa kantavan perustan yksilöiden taloudelliselle toiminnalle ja samalla markkinoille. Yksilöiden toimintaedellytysten

---

tystä on mahdollista arvioida sekä yksilö- että järjestelmätasolla. Oikeusjärjestys asettaa puitteet talouden toiminnalle yhteiskunnallisena järjestyksenä. Lisäksi oikeusjärjestys ohjaa yksilöiden toimintaa ja asettaa reunaehdot yksilöiden operoinnille.

[208] Ks. tarkemmin luku II.5.2.

suojaaminen ei pohjaudu yksin perusoikeusjärjestelmään, vaan perusoikeusjärjestelmän lisäksi oikeusjärjestyksen muut osat voivat turvata yksilöiden toimintamahdollisuuksia markkinoilla.[209] Tämä sääntely voi täsmentää perusoikeusjärjestelmän mukaisten oikeusasemien sisältöä tai luoda kokonaan uusia oikeussuojan alueita.

Oikeusjärjestys muodostaa perustan sille, että yksilöt voivat osallistua vaihdantaan ja päättää toimintansa suuntaamisesta markkinoilla. Toimintavapaus kohdistuu sekä julkiseen valtaan että toisiin toimijoihin. Julkinen valta tunnustaa yksilön oikeudet ja pidättäytyy niiden loukkaamisesta. Julkisen vallan on toisin sanoen kunnioitettava yksilöiden oikeusasemia.[210] Asetelma kytkeytyy tyypillisesti liberaalin oikeusvaltioajattelun ytimeen. Yksilöille turvataan vapauspiiri suhteessa julkiseen valtaan; julkinen valta ei voi ilman hyväksyttävää perustetta puuttua yksilöiden toimintamahdollisuuksiin. On mahdollista puhua oikeuksien *vertikaalisesta ulottuvuudesta*.

Yksilön kannalta ei ole yksinomaan riittävää, että toimintamahdollisuuksia suojataan oikeudellisesti suhteessa julkiseen valtaan. Esille nousee oikeuksien *horisontaalinen ulottuvuus*: oikeudet toteutuvat myös yksilöiden välisissä suhteissa.[211] Yksilön oikeuksien käyttämistä voivat tosiasiassa rajoittaa toiset yksilöt. Lisäksi yksilöiden oikeuksien horisontaalisella käyttömahdollisuudella on merkitystä markkinoiden toimivuuden kannalta. Julkisella vallalla on täten velvollisuus suojata yksilöiden oikeuksia horisontaalisesti; julkisen vallan on annettava yksilöille suojaa toisten yksilöiden perusoikeuksia rajoittavilta toimilta.[212] Kyse on viime kädessä siitä, että yksilöiden oikeuksien käyttämiselle on olemassa mielekkäät olosuhteet.

Oikeusjärjestys muodostaa kokonaisuuden. Yksilöiden oikeudet eivät oikeusjärjestyksen näkökulmasta ole ehdottomia, vaan niiden käyttöä voidaan hyväksyttävien perustein säännellä. Oikeuksien suhteellisuus on ikään kuin sisäänrakennettu oikeusjärjestyksen järjestelmäluonteeseen. Oikeuksia ei voida arvioida irrallisina saarekkeina, vaan niitä on tarkasteltava kokonaisuuden osina. Oikeuksien käyttäminen tulee materiaalisen arvioinnin alaiseksi. Oikeudellisen sääntelyn perustan muodostavat sääntelyn taustalla olevat arvot ja tavoitteet.

---

[209] Tavallisessa lainsäädännössä annetaan yksilöille erilaisia oikeuksia, jotka ovat merkityksellisiä taloudellisen toiminnan kannalta. Taloudellisen toiminnan harjoittamiseen voivat vaikuttaa lisäksi esimerkiksi yleiset oikeusperiaatteet. Ks. esim. varallisuusoikeuden kantavista periaatteista Saarnilehto 2000, passim.

[210] Ks. tästä kunnioittamisvelvollisuudesta tarkemmin Karapuu 1999a, s. 82.

[211] Ks. perusoikeuksien horisontaalisesta ulottuvuudesta esim. Viljanen 1988, s. 273–279.

[212] Ks. julkisen vallan suojaamisvelvollisuudesta tarkemmin esim. Länsineva 2002, s. 24.

Kilpailuoikeudellisella sääntelyllä ohjataan yksilöillä olevien oikeuksien käyttämistä markkinoilla.[213] Kilpailuoikeudellinen sääntely voidaan hahmottaa vaihdantaa koskevien *pelisääntöjen* asettamiseksi ja valvomiseksi. Se on perusluonteeltaan *epäsuoraa*. Sillä luodaan puitteet yksilöiden oikeuksien käyttämiselle ja samalla markkinoiden toiminnalle.[214] Kilpailuoikeudellisen sääntelyn keinoin ei lähtökohtaisesti suoraan pyritä ohjaamaan vaihdannan lopputulosten muovautumista.[215]

Kilpailuoikeuden instrumentit voidaan jakaa kolmeen osaan. Tämän teoksen kannalta sääntelyn keskeisiä välineitä ovat kartellikielto ja määräävän markkina-aseman väärinkäytön kielto. Lisäksi yrityskeskittymävalvonnan säännöksillä on tärkeä tehtävänsä, jota ei kuitenkaan erikseen tarkastella. Kilpailuoikeuden säännösten soveltamista voidaan jäsentää eri tavoin. Oikeusjärjestyksen sisältä kumpuavana systematisointiavaimena voidaan käyttää perusoikeuksien yleisiä rajoitusedellytyksiä. Niiden avulla voidaan tarkastella systemaattisesti kilpailuoikeuden soveltamisharkintaan vaikuttavia tekijöitä, jotka liittyvät keskeisesti yksilöiden oikeusasemien sekä markkinoiden toimintaa koskevien järjestelmätasoisten näkökohtien välisiin jännitteisiin. Samalla avautuu yksi mahdollinen näkökulma sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden keskinäisten suhteiden arvioimiseen.

---

[213] Kilpailuoikeudellinen sääntely voidaan nähdä myös yksityisen sääntelyn vastasääntelynä, jolloin kilpailuoikeuden keinoin estetään yksilöiden mahdollisuudet omilla toimillaan (esim. kartellit) vaikeuttaa markkinoiden toimintaa.

[214] Kilpailuoikeudellinen sääntely asettaa pelisäännöt markkinoilla oleville toimijoille. Kilpailuoikeudellisesta näkökulmasta yksilöt voivat menetellä haluamallaan tavalla näissä puitteissa. Perustaltaan vaihtoehtoinen sääntelylogiikka liittyy taloudellisen toiminnan suoraan sääntelyyn. Tällöin sääntelyllä puututaan markkinoiden toiminnan yleisten puitteiden sijasta yksittäisen sopimussuhteen sisältöön. Markkinoiden kannalta tämä lähestymistapa merkitsisi eräänlaista hintasääntelyä. Tätä ei voida pitää kilpailuoikeudellisesta näkökulmasta tavoiteltavana tilana. Ei ole toivottavaa, että kilpailuviranomaiset ohjaisivat jatkuvasti laajamittaisesti päätöksillään yksittäisten yritysten menettelyitä. Yksittäisissä tilanteissa tällainen puuttuminen voi olla perusteltua esimerkiksi poistettaessa kaikkein räikeimmistä ylihinnoittelukäytännöistä seuraavat haitalliset vaikutukset riippuvuustilanteissa. Kestäviä sääntelyratkaisuita saavutetaan turvaamalla markkinoiden toimintaedellytykset. Tältä osin kilpailuoikeus kytkeytyy tiiviisti ajatukseen kilpailusta prosessina. On turvattava kilpailun toimivuuden rakenteelliset edellytykset. Tällainen seikka voi olla esimerkiksi markkinoille pääsyn mahdollisuus. Ks. esim. P. Virtanen 2001, s. 570–572.

[215] Ajatus kilpailuoikeudellisen sääntelyn välillisyydestä ei ole uusi. Ordoliberalistisen tutkimuksen keskeisenä teemana on ollut korostaa kilpailuoikeuden merkitystä markkinatalouden pelisääntöjen asettajana. Ks. tarkemmin esim. Eucken 1951b, s. 95–96. Lähestymistapa on perusteltu ja se auttaa hahmottamaan kilpailuoikeudellisen sääntelyn suhdetta oikeudenalakohtaisiin, kuten sopimusoikeudellisiin, säännöksiin, vaikka lähestymistapa ei vielä sinällään kerro kilpailuoikeudellisen sääntelyn konkreettisesta sisällöstä. Tässä yhteydessä on syytä muistaa, että kilpailuoikeudellista sääntelyä ei pidä nähdä vain neutraalina taloudellisen toiminnan ohjailuna, joka poistaa talouden häiriötilat sen omaa logiikkaa noudattaen. Kilpailuoikeudelliseen sääntelyyn sisältyy muun oikeudellisen sääntelyn tavoin yhteiskunnallisia arvo- ja tavoitevalintoja. Tämän vuoksi on tunnettava kilpailuoikeudellisen sääntelyn taustalla olevat arvot ja tavoitteet.

7 Perusoikeuksien yleiset rajoitusedellytykset

7.1 YLEISTÄ

Oikeusjärjestyksessä suojataan yksilön oikeusasemia eri tavoin. Suojatut oikeusasemat ovat keskeinen edellytys sille, että yksilöt voivat toteuttaa haluamiaan päämääriä ja harjoittaa yhteistyötä muiden yksilöiden kanssa. Vaihdannassa erityisen merkityksen saavat taloudelliset vapausoikeudet, joista keskeisimpiä tässä katsannossa ovat omaisuudensuoja ja elinkeinovapauden suoja.[216] Yksilön oikeusasema on kuitenkin kokonaisuus, joka muodostuu eri osista. Yksilöiden taloudellisten toimintamahdollisuuksien ja markkinoiden toiminnan oikeudelliseen infrastruktuuriin kuuluu taloudellisten vapausoikeuksien lisäksi muita tärkeitä sekä materiaalisia että menettelyllisiä oikeuksia.[217] Yksilön toimintaa voidaan ohjata oikeudellisesti monella tavoin erilaisten yhteiskunnallisten päämäärien saavuttamiseksi. Kilpailuoikeus on yksi taloudellisen sääntelyn muoto. Kilpailuoikeudellisessa sääntelyssä asetetaan puitteita yksilöiden oikeuksien käyttämiselle: yksilöiden toimintamahdollisuuksia on säänneltävä markkinoiden toimintaan liittyvien yksilö- ja järjestelmätasoisten seikkojen suojaamiseksi.

Vaihdantaa harjoitetaan monilla taloudellisen toiminnan kentillä. Jaottelu voidaan tehdä esimerkiksi kuluttajamarkkinoiden sekä elinkeinonharjoittajien välisten markkinoiden kesken. Tässä tutkimuksessa mielenkiinto kohdistuu ensisijaisesti elinkeinonharjoittajien toimintaan markkinoilla. Näkökulma perustuu kilpailulainsäädännön soveltamisalan rajaukseen, jonka mukaan sääntelyä sovelletaan kilpailuoikeudellisesti määriteltyihin yrityksiin tai elinkeinonharjoittajiin.[218] Tyypillistä on tällöin taloudellisen toiminnan harjoittaminen oikeushenki-

---

[216] Omaisuudensuojan osalta vaihdannassa nousevat esille erityisesti sopimusten solmimisvapauden ja sitovuuden lisäksi erilaiset markkina-asemaa ja investointeja koskevat tuotto-odotukset. Arvioinnissa voidaan hyödyntää ainakin vakiintuneen liiketoiminnan osalta yrityksen tuottoarvoa. Ks. esim. KKO 2004:77. Elinkeinovapauden piiriin voidaan katsoa kuuluviksi sopimustoiminnan luvanvaraistamiskysymysten ohella toimijoiden mahdollisuudet päättää hyödykkeiden hinnoista ja muista myyntiehdoista.

[217] Merkitykselliset oikeudet voivat koskea taloudellisia vapausoikeuksia laajemmin yksilön toimintavapauksien sisältöä (esim. liikkumisvapaus) tai yksilöiden menettelyllistä asemaa (oikeus hyvään hallintoon ja oikeudenmukaisuuden oikeudenkäyntiin).

[218] EU:n kilpailuoikeuden yrityskäsite on määrittynyt oikeuskäytännössä. Ks. esim. asia C-41/90 Höfner & Elser v. Macrotron, (1991) ECR I 1979, k. 21, ja asia T-6/89 Enichem v. komissio, (1991) ECR II 1623, k. 235. Kilpailuoikeudellisella yrityksellä tarkoitetaan taloudellisen toiminnan yksikköä. Merkityksellistä on yksikön osallistuminen vaihdantaan markkinoilla. Kilpailuoi-

lönä ja pyrkimys taloudellisen voiton saavuttamiseen. Toimijoiden voidaan olettaa olevan lähtökohtaisesti keskenään tasavertaisia ja pystyvän huolehtimaan omista eduistaan. Toimintaympäristön erityispiirteiden vuoksi voidaan virittää keskustelu perusoikeusjärjestelmän soveltamisen tarpeista ja edellytyksistä elinkeinonharjoittajien välisissä suhteissa. Voidaan jopa lähteä siitä, että oikeushenkilöiden ja erityisesti taloudellista toimintaa harjoittavien yritysten osalta perusoikeussuojan merkityksen tulisi olla hyvin rajallinen.

> Näkökulma perustuu keskeisesti ajatukseen siitä, että perusoikeusjärjestelmän ensisijaisena tavoitteena on yhteiskunnallisen epätasavertaisuuden ehkäiseminen ja poistaminen.[219] Perusoikeuksien nähdään antavan suojaa erilaisten valta-asemien väärinkäytöltä. Keskiössä on tällöin ihmisyksilö, luonnollinen henkilö, joka voi tarvita suojaa niin julkista kuin yksityistä valtaa vastaan. Philip Alston on käyttänyt mielenkiintoisen puheenvuoron tässä keskustelussa.[220] Alstonin esityksen lähtökohtana on kriittinen arvio Ernst-Ulrich Petersmanin esittämistä näkemyksistä, joiden mukaan ihmisoikeusperusteista argumentaatiota voitaisiin käyttää menestyksekkäästi kansainvälisessä kauppaoikeudessa esiintyvien, erityisesti Maailman kauppajärjestöä (WTO) koskevien ongelmien ratkaisemisessa. Ihmisoikeusajattelu voisi vahventaa WTO-järjestelyiden oikeudellista perustaa tuomalla arviointiin mukaan perustuslaillisen ulottuvuuden.[221]
>
> Alston viittaa kritiikkinsä tueksi ihmisoikeussäännösten ja kansainvälisen kauppaoikeuden säännösten erilaiseen ideologiseen perustaan: ihmisoikeuksien taustalla on ajatus ihmisestä itseisarvoisena yksilönä, kun kauppaoikeudessa puolestaan yksilö nähdään toimijana vaihdannan kentällä. Kauppaoikeudessa keskitytään ensisijaisesti poistamaan esteitä vaihdannan sujuvalta toteuttamiselta. Yksilö ikään kuin välineellistyy taloudellisten tavoitteiden ristiaallokossa. Ihmisoikeuksien pyrkimyksenä on vii-

---

keudellinen yritys voi olla oikeudelliselta muodoltaan esimerkiksi osakeyhtiö, yhtymä, yksityinen elinkeinonharjoittaja tai yhdistys. Kilpailunrajoituslain 1 §:n mukaan lakia sovelletaan elinkeinonharjoittajien toimintaan. Elinkeinonharjoittajalla tarkoitetaan kilpailunrajoituslaissa luonnollista henkilöä taikka yksityistä tai julkista oikeushenkilöä, joka ammattimaisesti pitää kaupan, ostaa, myy tai muutoin vastiketta vastaan hankkii tai luovuttaa tavaroita tai palveluita. Keskeiseksi elinkeinonharjoittajan toimintaan liittyväksi tunnusmerkiksi katsotaan pyrkimys taloudelliseen tulokseen, johon liittyy yrittäjäriski. Toiminnan tulee olla luonteeltaan ammattimaista. Tämä vaatimus ei kuitenkaan edellytä sitä, että toiminnan olisi oltava pitkäkestoista. Ks. tarkemmin HE 148/1987 vp, s. 16. Kilpailuoikeudellinen yrityskäsite on lähtökohtaisesti laaja. Ratkaisevaa on taloudellisen toiminnan harjoittaminen riippumatta tämän toiminnan taloudellisesta järjestämismuodosta. Tällöin myös luonnolliset henkilöt voivat tulla arvioiduiksi kilpailuoikeudellisina subjekteina.

[219] Ks. tarkemmin Länsineva 2002, s. 105.

[220] Alston, passim.

[221] Samankaltaisia ajatuksia on tuotu esille ordoliberalistisen tutkimuksen piirissä. Yksilön taloudellisilla vapausoikeuksilla tulee olla perustuslaillinen suoja. Taloudellisten vapausoikeuksien suoja liittyy osaltaan yhteiskuntanäkemykseen: yksilön toimintamahdollisuuksia on suojattava oikeudellisesti sekä suhteessa julkiseen valtaan että toisiin yksilöihin. Ks. tarkemmin esim. Böhm 1960, s. 41.

me kädessä suojella yksilöiden ihmisarvoa.[222] Maailmankuvien erilaisuuden voidaan katsoa johtavan yhteensovittamistehtävän vaikeuteen: premissien mukaisia puitteita ei ole helppo ylittää. Näkökulmaero on luonteeltaan periaatteellinen.

Alston näkee ongelmaksi myös kauppaoikeudellisen ajattelun kapea-alaisuuden. Tarkastelu kiinnittyy vain joihinkin taloudellisiin vapausoikeuksiin, kun ihmisoikeusjärjestelmä puolestaan muodostaa laajan kokonaisuuden. Vaarana on arvioinnin valikoivuus, jolloin ihmisoikeusjärjestelmän kokonaisuuden jäsentäminen voi jäädä taka-alalle. Alstonin esittämän kritiikin taustalta voidaan löytää huoli taloudellisen toiminnan sääntelymahdollisuuksien kaventumisesta. Taloudellisen toiminnan oikeudellinen sääntely voi vaikeutua, mikäli yksilöiden mahdollisuudet taloudellisen toiminnan harjoittamiseen turvataan voimakkailla ihmisoikeussäännöksillä. Tällöin yhteiskunnan mielekäs kehittäminen voi hidastua tai jopa kokonaan estyä; oikeudellista suojaa saavat tahot, joilla ei siihen oman asemansa vuoksi ole välitöntä tarvetta.

Oikeushenkilöiden perusoikeussuojaa koskevat varaukselliset havainnot pitää ottaa vakavasti eikä niitä voida sivuuttaa arviotta. Nämä seikat heijastuvat osaltaan siihen, kuinka perusoikeuspohjaista ajattelua voidaan hyödyntää kilpailuoikeuden ja sopimusoikeuden välisen suhteen tarkastelussa. Toisaalta arviointi ei voi pysähtyä sellaisenaan esitettyihin kriittisiin näkökohtiin. Luontevan lähtökohdan tarkastelulle tarjoavat oikeushenkilöiden perusoikeussuojaa koskevat yleiset periaatteet.

Kansallisessa oikeusjärjestelmässämme on käsitelty oikeushenkilöiden perusoikeussuojaa laajalti sekä perusoikeussäännösten soveltamiskäytännöissä että oikeuskirjallisuudessa. Aiemmin oikeushenkilöiden perusoikeussuojan muodostuminen on jäsennetty niin sanotun välillisen puuttumisen teorian avulla.[223] Perusoikeussuojan nähdään kuuluvan ensisijaisesti luonnollisille henkilöille, mutta joissakin tapauksissa oikeushenkilöiden oikeusasemaan puuttumisen voidaan katsoa heijastuvan merkityksellisellä tavalla myös niiden taustalla oleviin luonnollisiin henkilöihin. Asetelma avautuu ensisijaisesti luonnollisten henkilöiden suunnasta. Tosin on pantava merkille, että soveltamiskäytännöissä oikeushenkilön ja luonnollisten henkilöiden oikeusasemien välistä yhteyttä on joissakin tilanteissa arvioitu varsin vapaasti.[224] Lisäksi monien perusoikeuksien luonne on sellainen, ettei niiden soveltamisessa ole perusteltua tehdä eroa luonnollisten henkilöiden ja yksityisoikeudellisten oikeushenkilöiden välillä.[225] Varsinaisten

---

[222] Samaa asetelmaa voidaan lähestyä puhumalla varallisuusoikeudellisesta ihmisarvosta. Ks. tarkemmin keskustelusta Pöyhönen 2000, s. 64–65.

[223] Ks. tarkemmin V-P Viljanen 1999, s. 117–118, Länsineva 1999, s. 480–481, Jyränki 2000, s. 285. Ks. aiemmasta keskustelusta Hidén 1971, s. 105, ja Merikoski, s. 210.

[224] Ks. soveltamiskäytännöstä tältä osin esim. PeVL 47/1996 vp ja PeVL 34/2000 vp.

[225] Tällaisena oikeutena voidaan tyypillisesti pitää perustuslain 21 §:n oikeusturvaa koskevaa säännöstä. Ks. tarkemmin HE 309/1993 vp, s. 23.

perusoikeussäännösten lisäksi yksityisoikeudellisten oikeushenkilöiden toiminnan sääntelyssä on otettava huomioon oikeusvaltiolliset periaatteet.[226]

Modernissa perusoikeuskeskustelussa on lähdetty puolestaan siitä, että oikeushenkilöt voivat saada perusoikeussuojaa ilman tarvetta konstruoida yhteys luonnollisten henkilöiden oikeusasemiin.[227] Oikeushenkilöt on katsottu mahdollisiksi perusoikeussubjekteiksi. Omaksuttu lähestymistapa on yhdenmukainen Euroopan ihmisoikeussopimuksen kanssa, jossa ei erotella luonnollisia henkilöitä ja oikeushenkilöitä ihmisoikeussuojan lähtökohtaisen soveltamisalan osalta.[228] Oikeushenkilöiden saaman perusoikeussuojan taso on määriteltävä tapauskohtaisesti. Merkityksellinen seikka arvioinnissa voi olla esimerkiksi toiminnan yhteys luonnollisiin henkilöihin: mitä välillisemmin oikeushenkilöön kohdistetut rajoitukset vaikuttavat luonnollisiin henkilöihin, sitä laajemmin nämä rajoitukset voidaan toteuttaa.[229]

Oikeushenkilöiden perusoikeussuojaa koskevan kansallisen keskustelumme taustalla vaikuttavat keskeisesti käsitykset perusoikeussuojan sisällöstä. Jäykästä perusoikeussuojasta on siirrytty toimintaympäristöittäin ja soveltamistilanteittain muovautuvaan perusoikeussuojaan; kysymys ei ole joko–tai-arvioinnista vaan enemmänkin tapauskohtaisesta punninnasta. Oikeushenkilöiden sisällyttäminen välittömästi perusoikeussuojan alaan ei ole vielä sellaisenaan kannanotto oikeushenkilöiden saaman perusoikeussuojan sisältöön. Tässä mielessä huoli oikeushenkilöille annettujen oikeuksien vaikutuksesta talouden yhteiskunnallisiin sääntelymahdollisuuksiin on pitkälti ylikorostunut. Lähtökohtana on edelleen syytä pitää perusoikeuksien kuulumista ensisijaisesti luonnollisille henkilöille. On ilmeistä, että oikeushenkilöt eivät lähtökohtaisesti sijoitu perusoikeussuojan ydin- vaan pikemminkin sen laita-alueelle. Tällä on suora vaikutus oikeushenkilöiden nauttiman perusoikeussuojan sisältöön. Yksittäistapauksellisessa arvioinnissa on kuitenkin otettava huomioon kulloinenkin perusoikeuskonstellaatio.

Perusoikeussuojan sisällön määrittelyssä ei tule sivuuttaa toiminnan ominaispiirteitä. Oikeushenkilöiden harjoittama toiminta voi tässä suhteessa olla luonteeltaan varsin erilaista.[230] Lisäksi on muistettava, että perusoikeussuojalle on tyypillistä suojan suhteellisuus. Oikeusjärjestyksessä taatut oikeudet eivät pää-

---

[226] Esille voidaan tältä osin nostaa suhteellisuus- ja luottamuksensuojaperiaatteet. Ks. tarkemmin Tuori 1999a, s. 534–536, ja Länsineva 1993a, s. 80.
[227] Ks. tältä osin esim. Länsineva 2002, s. 108–111.
[228] Ks. myös Länsineva 1993b, s. 307.
[229] Ks. tarkemmin PeVL 34/2000 vp, s. 2, Viljanen 1999, s. 119–120 ja Jyränki 2000, s. 285.
[230] Ks. tarkemmin Länsineva 2002, s. 237.

sääntöisesti ole luonteeltaan absoluuttisia.[231] Kyse on eräänlaisesta järjestelmän sisäänrakennetusta piirteestä. Yksilöt käyttävät oikeuksiaan osana yhteisöä. Yksilöiden on otettava huomioon muiden yksilöiden vastaavat oikeudet sekä kollektiiviset hyvät. Erilaiset sääntelytoimenpiteet ovat mahdollisia.[232] Asetelmaa on perusoikeuksien soveltamiskäytännössä kuvattu aiemmin viittaamalla oikeuksien normaaliin, kohtuulliseen ja järkevään käyttämiseen.[233]

Perusoikeusjärjestelmä muodostaa tukevan pohjan sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden välisten suhteiden arvioimiselle. Kysymys ei ole niinkään valmiiden soveltamisratkaisujen hakemisesta kuin kestävän perustan löytämisestä oikeudenalarajat ylittävälle tarkastelulle. Perusoikeusjärjestelmä tarjoaa yhden työvälineen sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden rajapinnan systemaattiseen jäsentämiseen. Sen avulla voidaan vahventaa tarkastelun systemaattista luonnetta. Arvioinnin lähtökohdan muodostavat yksilöiden oikeudet. Yksilöiden oikeuksilla on perustava asema, vaikka näitä oikeuksia ei ole mahdollista käyttää irrallaan yhteiskunnallisesta taustastaan. Yksilön on otettava taloudellisia oikeuksia käyttäessään huomioon muiden yksilöiden oikeudet sekä markkinoiden toimintaan liittyvät järjestelmätasoiset näkökohdat.[234] Tämä merkitsee osaltaan sitä, että oikeuksien käyttöä voidaan ohjata oikeudellisin keinoin. Sääntelyn päämäärien ja toteuttamistapojen on kuitenkin läpäistävä oikeudellinen seula. Yksilöiden oikeuksien sääntelyn tulee muiden muassa olla painavien yhteiskunnallisten päämäärien edellyttämää ja käytettyjen keinojen oikeassa suhteessa tavoiteltaviin päämääriin nähden. Tämän sääntelysuhteen jäsentämiseen tarjoavat perusoikeuksien yleiset rajoitusedellytykset arvokkaan välineen.

Perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytyksien avulla voidaan luoda oikeudellinen viitekehys, jossa yksilön oikeuksien ja niihin kohdistuvien sääntelytoimien suhdetta on mahdollista jäsentää kattavasti. Siirto on siinä mielessä tärkeä, että se luo yhteyden oikeusjärjestyksen yleiseen perustaan. Sopimusoikeus ja kilpailuoikeus eivät muodosta omaa erityistä yritysten välistä toimintaa koskevaa saarekettaan, johon tulisi soveltaa erityisiä arviointitapoja. Päinvastoin asetelmaa voidaan tarkastella oikeusjärjestyksen yhteisten ja yleisten arviointimenetelmien mukaisesti. Tämä parantaa osaltaan oikeusjärjestyksen systemaattisuutta.

---

[231] Poikkeuksen muodostavat ns. absoluuttiset perusoikeudet, jotka ovat sisällöltään siten ehdottomia, ettei niiden rajoittaminen tavallisella lailla ole sallittua. Tällaisia perusoikeuksia ovat mm. kuolemanrangaistuksen, kidutuksen ja muun ihmisarvoa loukkaavan kohtelun kielto sekä taannehtivan rikoslain kielto ja muut rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen sisältämät kiellot. Ks. esim. V-P Viljanen 1999, s. 158–159, ja V-P Viljanen 2001, s. 56–57.

[232] Keskeistä on tällöin se, ettei sääntelyllä olennaisesti heikennetä varallisuusoikeuden haltijan oikeusasemaa. Ks. esim. Länsineva 1999, s. 498–499.

[233] Ks. tästä alkujaan ns. Kairan testistä tarkemmin Kaira, s. 169, ja Hidén 1971, s. 128–130. Ks. soveltamiskäytännöstä esim. PeVL 2/1988 vp.

[234] Oikeuksien haltijalle voidaan asettaa täten eräänlainen sietämisvelvollisuus.

Arviointitapaan liittyy joitakin haasteita. On selvää, että perusoikeuksien yleiset rajoitusedellytykset voivat luoda vain puitteet sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden välisten suhteiden tarkastelulle. Välineistö on määrätyssä mielessä karkea, vaikka harkinta voi kiinnittyä yksittäistapauksellisiin olosuhteisiin. Perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten tarjoama tuki tulee nähdä arvioinnin oikeudellisten muuttujien määrittäjänä. Yleiset rajoitusedellytykset ohjaavat harkitsijaa painottamaan asetelman oikeudellisen jäsentämisen kannalta olennaisia seikkoja. Näin voidaan osaltaan edistää oikeusjärjestyksen koherenssia.

> Perusoikeuksien yleisillä rajoitusedellytyksillä on ollut erityinen asema lainsäädäntöprosessiin sisältyvän harkinnan osana. Yleisellä tasolla ei kuitenkaan ole perusteltua tehdä sellaista johtopäätöstä, että perusoikeusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten relevanssi rajoittuisi lainsäädäntömenettelyyn.[235] Niihin sisältyvää ajatuksellista kehikkoa voidaan soveltaa myös yksittäisessä ratkaisutilanteessa. Yleisten rajoitusedellytysten merkitys näyttäytyy tällöinkin enemmän harkinnan ohjaajana kuin välittömien lopputulosten antajana. Tämä ei sinällään ole poikkeuksellista, kun ratkaisutilanne jäsennetään eri periaatteiden välisenä punnintana. Oikeustieteen tehtävä on muodostaa suuntaviivoja, joiden avulla periaatteiden sovittaminen yhteen on mahdollista. Yksittäistapauksellisille harkinnalle jää oma sijansa.

Perusoikeuksien yleiset rajoitusedellytykset luovat perustan kahden oikeudenalan kokonaisvaltaiselle tarkastelulle.[236] On mahdollista puhua oikeudellisista päällekkäisongelmista: oikeustieteen tehtävänä on sovittaa yhteen kaksi rinnakkaista oikeudenalaa.[237] Kilpailua rajoittavien sopimusten oikeudellista asemaa voidaan arvioida kilpailuoikeus–sopimusoikeus-relaation lisäksi sopimusoikeuden suunnalta. Tällöin huomio kiinnittyy niihin perusteisiin, joiden mukaisesti kilpailunrajoituksiin voidaan puuttua sopimusoikeudellisin välinein.[238] Sopimusoikeuden sisäinen tarkastelutapa johtaa muuttamaan perusoikeusharkinnan muotoa. Perusoikeuksien rajoittamisen sijaan pohditaan perusoikeussuojan kattaman alan laajuutta. Sopimusoikeudellisin instrumentein on mahdollista rajata kilpailua rajoittavat järjestelyt ja menettelyt jo lähtökohtaisesti perusoikeussuojan ulkopuolelle. Kilpailua rajoittaville järjestelyille ei anneta perusoikeussuojaa, vaan

---

[235] Ks. V-P Viljanen 2001, s. 351–353. Vrt. kuitenkin Hidén 2002, s. 1183.

[236] Perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten käyttäminen sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden välisiä suhteita jäsentävänä instrumenttina perustuu olennaisilta osin ajatukseen kilpailuoikeudesta yksilön toimintamahdollisuuksien sääntelyn muotona. Yksilön toimintamahdollisuuksiin markkinoilla on puututtava toisten yksilöiden oikeuksien mielekkäiden käyttöolosuhteiden turvaamiseksi ja markkinoiden kokonaisvaltaisen toimivuuden varmistamiseksi. Yksilöiden toimintavapaudet muodostavat lähtökohdan, jota vasten kilpailuoikeudellisen sääntelyn toteuttamista arvioidaan.

[237] Ks. tarkemmin Pöyhönen 1997b, s. 532.

[238] Ks. luku IV.3.

ne katsotaan yhteiskunnallisen haitallisuutensa vuoksi sitomattomiksi. Ajatus on saanut kannatusta sekä kansallisessa että kansainvälisessä keskustelussa.

> Perustuslakivaliokunta on lausunnossaan 3/1963 vp arvioinut kilpailua rajoittavien sopimusten ja omaisuudensuojan välistä suhdetta. Tällaiset sopimukset rajataan yleisten lain ja hyvän tavan vastaisia sopimuksia koskevien periaatteiden mukaisesti omaisuudensuojan ulkopuolelle. Käytetyt perustelut ovat kahdentyyppisiä. Kilpailua rajoittavia sopimuksia koskevat kieltosäännöt suojaavat taloudellista kilpailua ja markkinoiden toimintaa. Kieltosäännökset luovat samalla edellytyksiä sopimusvapauden toteutumiselle. Kilpailua rajoittavat sopimukset vaarantavat myös toisten henkilöiden perustuslaissa turvattuja oikeushyviä. Kilpailulainsäädännön taustalla on siten voimakkaita yhteiskunnallisia intressejä. Näiden intressien turvaamiseksi tarvitaan kilpailulainsäädäntöä, jonka toteuttamisessa on varmistettava asianmukaisten oikeusturvakeinojen olemassaolo.
>
> Ordoliberalistit lähtevät omassa ajattelussaan siitä, että yksilöiden oikeuksien käyttämiseen liittyy voimakas vastuu.[239] Yksilöt eivät saa omilla toimillaan tehdä tyhjäksi muiden yksilöiden oikeuksien käyttömahdollisuuksia taikka vaarantaa yhteiskuntajärjestyksen taloudellista tai poliittista perustaa. Kilpailua rajoittavien järjestelyiden seuraukset ovat yhteiskunnallisesti niin syvälle käyviä, että tällaiset järjestelyt tulee rajata oikeudellisen suojan ulkopuolelle.[240] Juha Karhu on omassa tuotannossaan käsitellyt perusoikeuksien rajoittamisen ja rajaamisen välistä suhdetta.[241] Karhun lähtökohtana on toisten perusoikeuksia rajoittavien järjestelyiden vetäminen perusoikeussuojan ulkopuolelle. Hän on pohtinut tekijänoikeussuojan alan ja fasistisen kirjallisuuden tekijänoikeussuojan välistä suhdetta toteamalla, ettei tämän tyyppisille teoksille tule antaa lainkaan tekijänoikeussuojaa niiden sisällön vuoksi. Perusoikeussuojan alan rajaamista koskevia ajatuksia on omassa tuotannossaan kehitellyt edelleen Tuula Linna.[242]

Perusoikeussuojan lähtökohtainen rajaaminen johtaa oikeuksien sisällön ennakolliseen kvalifioimiseen.[243] Vain määrätyntyyppiset kriteerit täyttävät toiminnan muodot voivat saada oikeudellista suojaa. Haasteeksi muodostuu näiden kriteerien sisällön määrittäminen. On kyettävä selvittämään, millaisissa yhteyksissä yksilöiden toiminta on yhteiskunnallisesti niin haitallista, että tämä toiminta on jätettävä kokonaan oikeudellisen suojan ulkopuolelle. Oikeuskirjallisuudessa on tältä osin viitattu oikeuden käyttämisen tai toiminnan hyväksyttävään tarkoituk-

---

[239] Ks. Nörr 1994, s. 119.
[240] Ks. tarkemmin asiaa koskeneesta keskustelusta esim. Krüger, s. 22–28.
[241] Ks. tarkemmin Pöyhönen 2000, s. 98–99.
[242] Ks. tarkemmin Linna, s. 622–638.
[243] Kvalifiointi merkitsee oikeuden sisällön määrittämisestä sellaisten perusteiden mukaan, jotka ovat oikeudenhaltijaan nähden ulkoisia. Kvalifioidun vapauden voidaan katsoa ilmenevän mahdollisuutena tai jopa pakkona tehdä tekoja, joita oikeudenhaltija ei halua tehdä, mutta jotka täyttävät jonkin ulkoisen kriteeristön vaatimukset. Yksilö ei toisin sanoen itse päätä toimintansa suuntaamisesta ilman ulkoisia rajoitteita. Ks. kvalifioidusta vapaudesta tarkemmin Karapuu 1986, s. 81–82.

seen, ratioon.[244] Tässä yhteydessä palataan jälleen harkinta- ja punnintakriteereiden soveltamiseen. Yksilöiden oikeusasemiin voimakkaasti vaikuttaville toimille on kyettävä määrittämään asianmukaiset soveltamiskriteerit. Pelkkä viittaaminen järjestelyn oikeusjärjestyksen perusteiden vastaisuuteen ei vielä anna riittäviä edellytyksiä oikeudellisten välineiden systemaattiseen soveltamiseen.[245] Viitteitä voidaan toki hakea esimerkiksi Euroopan ihmisoikeussopimuksen 17 artiklasta, jossa evätään oikeudellinen suoja toisten oikeuksien tyhjäksi tekemiseen tai tarpeettomaan voimakkaaseen rajoittamiseen tähtääviltä toimilta.[246]

> Oikeuksien kattaman alan ennakollinen rajaaminen voidaan liittää yleisellä tasolla keskusteluun oikeuksien perustasta ja sisällöstä. On mahdollista lähteä siitä, että oikeuksien alan ennakollinen rajaaminen nivoutuu ajatukseen oikeuksien olemassaolon ja sisällön yhteydestä oikeusjärjestykseen. Oikeudet eivät ole luonteeltaan absoluuttisia, vaan niiden olemassaolo ja käytön rajat määrittyvät oikeusjärjestyksessä. Näin on ajateltu ordoliberalististen tutkijoiden piirissä. Böhm on erotellut tässä suhteessa taloudelliset vapausoikeudet ja muut erityisesti poliittisen järjestelmän toimintaan liittyvät ihmisoikeudet.[247] Ihmisoikeuksilla katsotaan olevan perustava yhteiskunnallinen asema, joka ei ole riippuvainen oikeuksien käyttämisen kulloisistakin olosuhteista. Taloudelliset vapausoikeudet nähdään tässä katsannossa yhteydessä talouteen ja kilpailuun. Vain sellaiset taloudellisten vapausoikeuksien käytön muodot saavat suojaa,

---

[244] Linna hahmottaa oikeuden väärinkäytön kiellon tunnusmerkistön kaksiportaiseksi. Väärinkäytön tulee olla moitittavaa siten, että se loukkaa toisen suojattua oikeutta. Moitittavuus voi perustua myös toiminnan ristiriitaan yhteiskunnan perustavien arvojen kanssa. Voidaan puhua oikeuden väärinkäytön kiellon vahinkotunnusmerkistä. Lisäksi oikeuden väärinkäytön kiellon soveltamisessa voidaan edellyttää erilaisten oikeudenalakohtaisten kriteerien täyttymistä. Tällainen vaatimus voi koskea esimerkiksi sitä, että toimen tulee olla varsinaisen tarkoituksensa vastainen. Ks. tarkemmin Linna, s. 631–632. Karhu viittaa oikeuden väärinkäytön kiellon soveltamisen osalta oikeustoimilain 34 §:n valeoikeustoimisäännökseen. Varallisuuden kätkemiseksi perustetun yhtiön yhtiöjärjestys voidaan julistaa tehottomaksi sillä perusteella, että osakeyhtiötä on oikeudellisena instrumenttina käytetty perustarkoituksensa vastaisesti; perustellun liiketoiminnallisen riskinoton sijaan tarkoituksena on aiheuttaa vahinkoa osakeyhtiön perustajan velkojille. Ks. tarkemmin Pöyhönen 2001, s. 313–314.

[245] On ilmeistä, että liiketoiminnassa saatetaan vaikuttaa monin tavoin kilpailijoiden perusoikeusasemiin. Tätä voidaan jopa pitää eräänä kilpailun ominaispiirteenä. Pelkkä viittaaminen toiminnan perusoikeusvaikutuksiin ei johda käytännön harkinnassa kovinkaan pitkälle. On ilmeistä, että harkintaa tulee suunnata perusoikeusvaikutuksen sisällön jäsentämiseen. Kilpailuoikeudellisessa tarkastelussa tämä merkitsee toimenpiteen ja markkinoiden toiminnan välisen yhteyden jäsentämistä.

[246] Euroopan ihmisoikeussopimuksen 17 artiklan oikeuksien väärinkäytön kiellon mukaan millään taholla ei ole oikeutta tehdä tyhjäksi ihmisoikeussopimuksessa tunnustettuja oikeuksia tai vapauksia taikka rajoittaa niitä ihmisoikeussopimuksessa sallittua enemmän. Oikeuksien väärinkäytön kielto kohdistuu yhteiskunnan perustavien arvojen vastaiseen toimintaan. Kieltoa on kuitenkin tulkittava supistavasti siten, ettei 17 artiklassa tarkoitetun toiminnan harjoittaminen johda automaattisesti kaikkien ihmisoikeussopimuksessa tarkoitettujen oikeuksien menettämiseen. Toiminnan harjoittaja voi siten vedota omaksi suojakseen mm. erilaisiin prosessuaalisiin oikeuksiin, joihin kuuluu olennaisena osana oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. Ks. tarkemmin Pellonpää, s. 554–555.

[247] Ks. tarkemmin Böhm 1933, s. 352.

jotka ovat taloudellisesti hyödyllisiä. Oikeuksien sisältö kvalifioidaan niiden taloudellisen hyödyllisyyden mukaan. Oikeuksia ei siten arvioida vain yksilön kannalta, vaan ne asetetaan ensisijaisesti järjestelmätasoiseen taustaansa. Kyse on arvioinnin määrätynlaisesta yhteisöllisyydestä.

Böhmin jaottelua taloudellisten vapausoikeuksien ja ihmisoikeuksien välillä on kritisoitu aiheellisesti eri yhteyksissä.[248] Nykyisen perusoikeuskeskustelun valossa tuntuu vieraalta tehdä lähtökohtainen jaottelu taloudellisten vapausoikeuksien sekä muiden ihmis- ja perusoikeuksien välille siten, että taloudellisten vapausoikeuksien käytön sääänteleminen olisi muita perusoikeusjärjestelmässä suojattuja oikeuksia vapaampaa.[249] Sääntelykriteerien on perustuttava muuhun kuin oikeuksien ryhmittelyyn. Kestävältä ei myöskään vaikuta jaottelu taloudellisten vapausoikeuksien kovan ytimen ja sen laita-alueiden välillä.[250] Kilpailuoikeudellisen sääntelyn ei katsottaisi voivan vaikuttaa omaisuudensuojan ytimeen samalla tavoin kuin esimerkiksi omaisuuden pakkolunastaminen julkiseen tarkoitukseen. Kilpailuoikeudellinen sääntely voi kuitenkin kohdistua hyvin voimakkaalla tavalla yksityisen elinkeinonharjoittajan mahdollisuuksia päättää omaisuutensa käyttämisestä; kilpailulainsäädännön soveltaminen saattaa johtaa tosiasiassa toimijan velvollisuuteen luopua määrätystä omaisuudesta.[251] Yksilön kannalta ero omaisuuden konfiskointiin on siten hyvin rajallinen.

Oikeuksien alan rajaamisen erityinen haaste liittyy kvalifiointiperusteiden määrittämiseen. On hahmotettava, kuinka voimakkaasti yksilön toimintamahdollisuuksia halutaan jo lähtökohtaisesti rajata. Vastakkain ovat yhtäältä käsitys oikeuksien yhteisöllisestä luonteesta sekä toisaalta ajatus yksilön mahdollisuudesta itse päättää oikeuksiensa käytön suuntaamisesta ja tarpeesta erikseen perustella puuttuminen yksilön oikeuksien käyttämiseen. Kyse on osaltaan erilaisista tavoista määrittää poikkeus ja pääsääntö. Valittavalla lähestymistavalla voi olla vaikutuksia sääntelyasetelman arviointiin ja yksilön oikeusaseman sääntelyn hahmottamisen tapaan.[252]

Käytännön tasolla lähestymistapoihin sisältyvät näkökulmaerot ovat joiltain osin suhteellisia. On nimittäin ilmeistä, että paljaiden kilpailunrajoitusten kieltäminen voidaan perustella vaikeuksitta kumpaakin argumentaatiomallia soveltaen. Yksityiskohtaista harkintaa tarvitaan sitä vastoin niin sanottujen harmaiden kilpailunrajoitusten osalta, koska näille järjestelyille voidaan osoittaa niiden kilpailua rajoittavien vaiku-

---

[248] Ks. Nörr 1994, s. 110–111 ja 118–119.

[249] Tällainen lähtökohtainen jaottelu voi olla perusteltu ainoastaan absoluuttisten perusoikeuksien ja muiden perusoikeuksien välillä. Ks. tarkemmin esim. Jyränki 2000, s. 291–292.

[250] Ks. tarkemmin Kuoppamäki 2003, s. 196 av. 299.

[251] Ks. tarkemmin asetuksen 1/2003 7(1) artikla, jossa annetaan komissiolle mahdollisuus viime kädessä määrätä määrävään markkina-aseman väärinkäyttöön syyllistynyt yritys purettavaksi.

[252] Tarkastelua voidaan viedä eteenpäin lähtökohtiensa mukaisesti eri tavoin. Sääntelykeinojen käyttämisen johdonmukaisuuden vaatimusten voidaan katsoa luovan vahvan olettaman siitä, että sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden suhdetta tulisi ensisijaisesti arvioida perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten avulla. Tästä ei kuitenkaan seuraa suoraan päätelmää siitä, että perusoikeussuoja kattaisi kaiken mahdollisen toiminnan. Perustelluinta perusoikeussuojan alan rajaaminen on silloin, kun toiminnan päätarkoituksena on toisten yksilöiden absoluuttisten perusoikeuksien loukkaaminen. Kyse voi olla esim. toisen henkilön surmaamista koskevasta sopimuksesta. Perusoikeussuojan alan rajaaminen edellyttää perusteiltaan selkeiden soveltamiskriteerien olemassaoloa.

tusten lisäksi myös hyödyllisiä seurauksia. Tarkastelu edellyttää eri suuntiin osoittavien tekijöiden välistä punnintaa. Tällöin harkinnan rakenteen ja siinä käytettävien muuttujien on oltava riittävän yksityiskohtaisia, jotta kestävien lopputulosten saavuttaminen on mahdollista.

Jatkossa kilpailua rajoittavia sopimuksia koskevia oikeudellisia ongelmia lähestytään kahdesta suunnasta. Ulkoinen ulottuvuus liittyy kilpailuoikeuden ja sopimusoikeuden keskinäisiin suhteisiin: kilpailuoikeudessa nähdään asetettavan rajat sille, miten yksilöt voivat käyttää taloudellisia vapausoikeuksiaan markkinoilla. Sääntelyasetelma avautuu tällöin luontevasti perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten avulla. Näin saadaan systemaattinen perusta arvioinnille, ja tarkastelun kriteerit ovat riittävän jäsentyneitä.

Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden rajapintaa voidaan lähestyä sopimusoikeuden sisältäpäin.[253] Esille nousevat sopimusoikeudelliset instrumentit (hyvän tavan vastaisuus, oikeuden väärinkäytön kielto, oikeustoimien sovittelu ja velvollisuus sopimuksen tekemiseen), joiden avulla on mahdollista puuttua markkinoiden toimintaa haittaaviin ja samalla yksittäisten toimijoiden menettelymahdollisuuksia kaventaviin järjestelyihin. Olennaista on sopimusoikeudellisten instrumenttien systemaattinen käyttäminen. Pelkkä viittaus toiminnan tai oikeustoimen ennalta asetettuun tarkoitukseen ei riitä täyttämään soveltamiskriteerien täsmällisyydelle asetettavia vaatimuksia.[254] On löydettävä kestävä perusta arvioinnille. Keskeisen aseman saavat sopimusoikeuden kantavat periaatteet, jotka ilmentävät sopimusoikeuden arvo- ja tavoiteperustaa.

Sopimusoikeudellisten instrumenttien käyttäminen on kiinnitettävä sopimusoikeuden kantaviin periaatteisiin.[255] Näillä periaatteilla voidaan katsoa olevan sisällöllisiä yhteyksiä perusoikeusjärjestelmään, mutta samalla kantavat periaatteet ovat askeleen lähempänä sopimustoimintaa. Näin voidaan varmistaa instrumenttien operationaalisuuden riittävä taso. Asetelma liittyy oikeudellisten instrumenttien ongelmanratkaisuvoimaan. Tutkimuksessa on tältä osin kiinnostavaa verrata rinnakkaisia sääntelytapoja keskenään. Kyse on sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden sisällöllisistä lähtökohdista; arvioinnissa tulee selvittää, missä määrin kilpailuoikeudellisen sääntelyn ja sopimusoikeuden instrumenttien soveltamisedellytykset ovat yhtenevät ja missä määrin ne mahdollisesti poikkeavat toisistaan.

---

[253] Ks. luku IV.3.

[254] Ks. hyvän tavan vastaisuuden käsitteeseen liittyvästä epämääräisyydestä PeVL 54/2002 vp, jossa käsiteltiin viranomaisen velvollisuutta peruuttaa hyvän tavan tai yleisen järjestyksen vastaisia ilmauksia sisältävän verkkotunnus. Perustuslakivaliokunta totesi, että käytetyt sanonnat eivät epämääräisyytensä vuoksi sovellu sananvapauden käytön sääntely-yhteyteen. Perustuslakivaliokunta ehdotti sääntelyä täsmennettäväksi esimerkiksi viittaamalla loukkaaviin ja rikolliseen toimintaan kehottaviin ilmaisuihin. Ks. täsmällisyysvaatimuksesta myös Linna, s. 629.

[255] Ks. luku III.2.

7.2 SOVELTAMINEN

Perusoikeuksien yleiset rajoitusedellytykset muodostavat välineen, jonka avulla erilaisten oikeuksien ja kollektiivisten hyvien välinen punninta voidaan suorittaa. Perusoikeuksien yleiset rajoitusedellytykset eivät tarjoa suoria vastauksia oikeuksien ja kollektiivisten hyvien yhteensovittamiseen. Kyse on eräänlaisista puitteista, jotka ohjaavat suuntaamaan harkintaa merkityksellisiin näkökohtiin. Harkinnan materiaalinen sisältö on kiinnitettävä kunkin soveltamistilanteen oikeudelliseen taustaan.

Perusoikeuksien yleiset rajoitusedellytykset muodostavat kokonaisuuden. Rajoitusharkinta on lähtökohtaisesti juoksutettava rajoitustestin kaikkien osien lävitse.[256] Toisaalta on kuitenkin muistettava, että testin eri osien painoarvot voivat vaihdella soveltamistilanteittain. Tämä voi heijastua rajoitusharkinnan käytännön toteuttamiseen. Lisäksi on huomattava, että rajoitustestin eri osat voivat joissain suhteissa limittyä toisiinsa. Esimerkkinä voidaan mainita lailla säätämisen vaatimus sekä täsmällisyys- ja tarkkarajaisuusedellytys.[257]

Perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten ensimmäisen kriteerin mukaan *perusoikeuksien rajoittamisen täytyy perustua eduskunnan säätämään lakiin*. Ajatuksen taustalla on hallinnon lainalaisuuden vaatimus. Oikeudellisella sääntelyllä tulee olla demokraattinen kate. Tämä takaa sääntelyn lähtökohtaisen legitimiteetin. Vaatimuksella on myös käytännöllisiä perusteita: yksilöillä on oltava mahdollisuus tutustua ennalta heidän toimintaansa ohjaavan sääntelyn sisältöön ja varautua harkitsemallaan tavalla siihen. Kyse on sääntelyn ennakoitavuudesta.

Kilpailuoikeudellinen sääntely perustuu maassamme eduskunnan säätämään kilpailunrajoituslakiin. Lailla säätämisen vaatimus täyttyy tältä osin ongelmitta. Suomessa sovelletaan kansallisen kilpailulainsäädännön kanssa rinnakkain EU:n kilpailuoikeuden säännöksiä. Muodollisesti EU:n kilpailuoikeuden säännökset ja niitä koskeva soveltamiskäytäntö on saatettu lainsäädännöllisesti voimaan Suomen liittyessä EY:n jäseneksi vuonna 1995. EU:n kilpailuoikeuden vaikutus kansallisessa oikeusjärjestyksessämme on kahdenlainen. EU:n kilpailuoikeuden säännöksiä voidaan soveltaa välittömästi yritysten kilpailua rajoittavaan toimintaan, mikäli säännösten soveltamisedellytykset täyttyvät.[258] Lisäksi kansallista kilpailulainsäädäntöämme on harmonisoitu vastaamaan EU:n kilpailuoikeuden säännöksiä. On mahdollista puhua niin sanotusta pehmeästä harmonisaatiosta,

---

[256] Ks. tarkemmin V-P Viljanen 2001, s. 61.
[257] Ks. tarkemmin V-P Viljanen 2001, s. 80.
[258] Soveltaminen perustuu siihen, että EU:n kilpailuoikeuden säännöksillä on sekä horisontaalisia että vertikaalisia välittömiä oikeusvaikutuksia. Ks. tarkemmin asia 127/73 BRT v. SABAM (1), (1974) ECR 51, k. 16.

koska mitään oikeudellista velvollisuutta kansallisen lainsäädännön muuttamiseen ei ole ollut. Kilpailunrajoituslain kartellikieltoa ja määräävän markkina-aseman väärinkäytön kieltoa on tulkittava yhdenmukaisesti EUT-sopimuksen vastaavien säännösten kanssa.[259]

Kilpailuoikeudellisen sääntelyn yhteys eduskunnan lainsäädäntötoimintaan voidaan muodollisessa mielessä löytää vaikeuksitta. Tosiasiassa haasteeksi muodostuu se, kuinka tarkasti sääntelyn keskeinen sisältö käy ilmi annetuista säädöksistä. Kilpailuoikeudelle on nimittäin tyypillistä sääntelyn sisällön rakentuminen oikeuskäytännön ja osin kilpailuviranomaisten antamien ohjeiden varaan. Tältä osin on nostettava esille myös perusoikeuksien yleisiin rajoitusedellytyksiin kuuluva sääntelyn *täsmällisyys- ja tarkkarajaisuusvaatimus*. Lähtökohtana on se, että perusoikeusrajoitukset on määriteltävä riittävän tarkasti ja rajoitusten olennaisen sisällön tulee ilmetä lainsäädännöstä.

On ilmeistä, että kilpailunrajoituslaissa tai EUT-sopimuksessa asetetaan oikeudelliset puitteet kilpailuoikeudelliselle sääntelylle. Kovinkaan pitkälle meneviä johtopäätöksiä sääntelyn sisällöstä ei kuitenkaan voida tältä pohjalta tehdä. Tilanne voidaan nähdä perusteiltaan ongelmalliseksi sääntelyn ennakoitavuuden ja sääntelyn kohteina olevien toimijoiden perusteltujen oikeusturvaodotusten kannalta. Asetelmaa voidaan kuitenkin lähestyä useasta näkökulmasta. Kilpailuoikeudellisen sääntelyn kohteina ovat elinkeinonharjoittajat. Elinkeinonharjoittajille voidaan asettaa erityisiä vaatimuksia selvittää ja tuntea niitä koskevan oikeudellisen sääntelyn sisältö. Elinkeinonharjoittajilla voidaan lähtökohtaisesti olettaa olevan resursseja hankkia tarvittaessa kilpailuoikeudellista asiantuntemusta käyttöönsä ja kykyä mukautua sääntelyn sisällön kehittymiseen.[260] Kyse ei ole perusoikeuksien kannalta kaikkein herkimmästä sektorista yhteiskunnassa.[261]

Oikeuskäytännöllä voidaan katsoa olevan erityinen merkitys kilpailuoikeudellisen sääntelyn ennakoitavuuden luomisessa ja ylläpitämisessä. Monien kysymysten osalta on oikeuskäytännössä vakiintunut selkeitä ratkaisulinjoja, joiden varaan sääntelyn kohteina olevat toimijat voivat perustaa menettelyidensä suunnittelun. Kerroksittainen ratkaisukäytäntö luo puitteet oikeudellisen sääntelyn

---

[259] Ks. tarkemmin HE 11/2004 vp, s. 31–35.

[260] Ks. esim. PeVL 49/2005 vp, jossa tarkasteltiin lääkkeiden hinnoittelujärjestelmän käyttöön ottamista. Perustuslakivaliokunta lähti arvioinnissaan siitä, että lääkevalmistajalla ei voida katsoa olevan oikeutta perustellusti luottaa sääntelyjärjestelmän sisällölliseen muuttumattomuuteen. Sääntelyjärjestelmän äkilliset ja poikkeukselliset muutokset saattavat kuitenkin aiheuttaa ristiriidan luottamuksensuojaperiaatteen kanssa. Sopimusosapuolten on voitava luottaa sopimussuhteen kannalta olennaisia oikeuksia ja velvollisuuksia sääntelevän lainsäädännön pysyvyyteen; sääntelyn muutokset eivät saa johtaa sopimusosapuolten oikeusasemien kohtuuttomaan heikkenemiseen.

[261] Ks. myös PeVL 34/2000 vp, jossa katsottiin lainsäätäjällä olevan liikkumavaraa televerkkoja koskevan sääntelyn toteuttamiseksi, koska säädettäviksi suunnitellut velvoitteet koskivat pörssiyhtiöitä tai muita varallisuusmassaltaan huomattavia oikeushenkilöitä.

rakentumiselle. Haasteeksi muodostuvat tilanteet, joissa oikeuskäytännön kehitys on katkonaista. Tämä voi johtaa yksittäisissä tapauksissa ennalta vaikeasti jäsennettäviin seurauksiin.

Kilpailuoikeudellisesta oikeuskäytännöstä ei sen laajuudesta huolimatta ole mahdollista johtaa kattavasti linjauksia läheskään kaikkiin keskeisiin soveltamiskysymyksiin. Erityisesti komission antamilla tiedonannoilla ja suuntaviivoilla on ollut tärkeä merkitys sääntelyn sisällöllisessä kehittämisessä. Nämä asiakirjat eivät sido kilpailuoikeutta soveltavia tuomioistuimia, mutta ne ovat tosiasiassa vaikuttaneet merkittävästi yritysten oikeudelliseen toimintaympäristöön. Muodollisessa katsannossa kilpailuviranomaisten tiedonantojen ja suuntaviivojen asema voidaan nähdä sääntelyn rakentumismekanismina ongelmalliseksi, mutta kilpailuoikeuden sääntelytradition osana niillä voidaan katsoa olevan soveltamisen kerroksisuutta ja samalla ennakoitavuutta lisäävä vaikutus. Kilpailuviranomaisten harkintavaltaa soveltamisohjeiden antamisessa rajaavat lainsäädännölliset puitteet sekä tuomioistuinkontrollin olemassaolo.

Lailla säätämisen vaatimusta sekä täsmällisyys- ja tarkkarajaisuusvaatimusta ei pidä sivuuttaa huomioitta kilpailuoikeudellisen sääntelyn osalta. Erityisesti nykyisessä soveltamisjärjestelmässä elinkeinonharjoittajien tosiasialliset velvollisuudet tuntea sääntelyn sisältö ovat entisestään kasvaneet, kun mahdollisuus poikkeuslupien saamiseen poistui. Kilpailuoikeudellinen sääntelytraditio ja sääntelyn kohteina olevien toimijoiden sijoittuminen perusoikeussuojan ydinalueen ulkopuolelle vaikuttavat harkittaessa perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten täyttymistä tältä osin. Perusoikeuksien yleisistä rajoitusedellytyksistä voidaan katsoa kuitenkin seuraavan erityisiä vaatimuksia ratkaisukäytännön ennakoitavuudelle. Kilpailuoikeudellisen sääntelyn sisällön kehittämisen tulee olla mahdollista, mutta ratkaisuharkinnassa ei pidä sivuuttaa ennakoitavuusulottuvuutta.

Kolmas perusoikeuksien yleinen rajoitusedellytys koskee *rajoitusperusteen hyväksyttävyyttä*. Rajoituksen tulee olla painavan yhteiskunnallisen tarpeen vaatimaa. Rajoitusperusteen hyväksyttävyyttä voidaan tarkastella toisten yksilöiden perusoikeuksien suojaamisen kannalta. Rajoitusperuste voi lisäksi olla hyväksyttävä, mikäli rajoituksen taustalla on muu painava yhteiskunnallinen intressi. Hyväksyttävän rajoitusperusteen arviointi on luonteeltaan oikeudellista, vaikka yhteiskuntapoliittiset näkökohdat voivat heijastua harkintaan oikeudellisen sääntelykehikon kautta.[262] Tämä tarkoittaa sitä, että rajoitusperusteen hyväksyttävyyden tarkastelu kiinnitetään oikeusjärjestyksen muodostamaan kokonaisuuteen ja

[262] Ks. keskustelun painotuksista V-P Viljanen 2001, s. 126 ja Saraviita, s. 60–61. Ks. lupaharkinnan oikeudellisesta luonteesta esim. PeVL 49/2005 vp, jossa käsiteltiin nikotiinivalmisteiden myynnin luvanvaraistamista.

erityisesti perusoikeusjärjestelmään. Rajoitusperusteen hyväksyttävyyttä voidaan arvioida sekä yleisellä että erityisellä tasolla. Perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten avulla voidaan tarkastella sääntelyn olemassaolon kokonaisvaltaista oikeutusta. Erityisellä tasolla puolestaan jäsennetään yksittäisen perusoikeuksien sääntelytoimen perusteen asianmukaisuutta; tarkastelussa selvitetään, ovatko yksilön perusoikeussuojaan puuttumisen päämäärät sisällöllisesti hyväksyttäviä.

Kilpailuoikeudellinen sääntely suojaa yksilöitä toimintavapauksien perusteettomilta rajoituksilta. Kilpailunrajoituksen vaikutukset voivat ulottua ainakin kilpailijoihin, asiakkaisiin ja kuluttajiin. Toimijoiden yhteydet kilpailunrajoituksiin ja niiden saaman perusoikeussuojan taso voivat vaihdella eri relaatioissa. Kilpailunrajoituksiin puuttuminen voidaan osaltaan perustella juuri näiden toimijoiden oikeusasemien suojaamisella. Julkinen valta täyttää kilpailulainsäädännön avulla velvollisuutensa suojata yksilöiden perusoikeusasemia epäasianmukaisilta rajoituksilta markkinoilla ja luo näin edellytyksiä yksilöiden toimintamahdollisuuksien mielekkäälle käyttämiselle. Kilpailuoikeudellisen suojan antamisen perusteet ovat eräässä mielessä kvalifioidut: pelkkä yksilön toimintavapauden rajoittuminen ei riitä perusteeksi kilpailuoikeudellisen suojan saamiseen, vaan suojan toteuttaminen edellyttää yksittäisen oikeussuhteen rajat ylittäviä vaikutuksia eli sitä, että järjestelyllä vaikutetaan samalla markkinoiden kokonaisvaltaisiin toimintaedellytyksiin.[263]

Perusoikeuksien rajoittaminen voi perustua yksilön oikeuksien suojaamisen lisäksi myös muiden painavien yhteiskunnallisten intressien turvaamiseen. Perusoikeuskeskustelussa on lähdetty siitä, että tällaisilla yhteiskunnallisilla tavoitteilla tulisi olla yhteys perustuslakiin tai ainakin niiden tulisi saada tukea perustuslaista.[264] Kilpailulainsäädännön taustalla on merkittäviä järjestelmätasoisia tavoitteita. Keskeisimmät tavoitteet liittyvät tältä osin markkinoiden asemaan yhteiskunnallisen hyvinvoinnin tuottajana ja jakajana. EU:n kilpailuoikeuden osalta nousee lisäksi esille sen tehtävä markkinoiden yhtenäisyyden ja samalla integraation toteutumisen varmistajana. Perusoikeusharkinnan kannalta on mielenkiintoista, millä tavoin kilpailulainsäädännön järjestelmätasoisia tavoitteita tulisi oikeudellisesti arvioida.

---

[263] Ks. tarkemmin luku III.3.3. Perusoikeudellisen suojan kohteita voidaan määrittää eri tavoin. Perusoikeuskeskustelussa on toisinaan pidetty riittävänä, että suojan kohteena on yleisin kriteerein erottuva ryhmä. Asetelma tuli kuvaavasti esille eläkevakuutusten verokohtelun muuttamista koskevassa hankkeessa. Muista erottuvana ryhmänä pidettiin lähellä eläkeikää olevia henkilöitä, joiden perustellut odotukset olivat muita jäsentyneempiä ja yleisesti vahvimpia. Ks. PeVL 21/2004 vp.

[264] Ks. tarkemmin V-P Viljanen 2001, s. 184.

Oikeustieteellisessä keskustelussa on esitetty erilaisia näkökantoja markkinatalouden järjestelmätasoisena ilmiönä nauttimasta oikeudellisesta suojasta.[265] On mahdollista argumentoida, ettei meillä perustuslain tasolla ole otettu nimenomaisesti kantaa kilpailun ja markkinoiden toimivuuden järjestämistapaan.[266] Tämän voidaan katsoa merkitsevän muun ohella sitä, että talouden erilaiset sääntelytoimet ovat ilman erityisiä oikeudellisia esteitä mahdollisia. Kysymystä markkinoiden toimivuuden nauttiman oikeudellisen suojan sisällöstä tulee kuitenkin lähestyä laaja-alaisesti yksilöiden oikeusasemien ja yhteiskunnan perusrakenteen kautta. Markkinoiden toimivuus muodostaa keskeisen edellytyksen yksilöiden oikeuksien mielekkäälle käyttämiselle. Erityisesti taloudellisten vapausoikeuksien merkitys kaventuu olennaisesti, mikäli markkinat eivät toimi. Markkinoiden toimivuuden varmistaminen suojaa osaltaan yksilöiden oikeusasemia. Järjestelmätasolla voidaan kiinnittää huomio demokraattisen järjestelmän ja markkinoiden toimivuuden väliseen yhteyteen: on mahdollista katsoa markkinoiden toimivuuden tukevan demokraattisen järjestelmän toimintaedellytyksiä.[267] Asetelma on kaksisuuntainen. Demokraattinen järjestelmä luo osaltaan vakautta, joka mahdollistaa talouden toimivuuden. Talouden toimivuuden varmistamiseksi annettua sääntelyä voidaan siten perustella oikeudellisesti yhteiskunnan perusrakenteiden tasolla. Markkinoiden toimintaan liittyvät järjestelmätasoiset näkökohdat ovat oikeudelliselta merkitykseltään muita kuin vähäisiä, vaikka niitä ei ole mahdollista välittömästi kiinnittää perustuslain säännöksiin.

Oikeustieteellisessä keskustelussa esitettyjen näkökohtien avulla voidaan osaltaan asemoida kilpailuoikeudellinen sääntely osaksi oikeudellista ja yhteiskunnallista taustaansa. Näillä seikoilla on ilmeinen perusoikeuksien rajoitusperusteen hyväksyttävyyttä vahvistava vaikutus. Vastausta kilpailuoikeudellisen sääntelyn järjestelmätasoisten tavoitteiden oikeudellista merkitystä koskeviin kysymyksiin voidaan hakea myös perusoikeuksien soveltamiskäytännöistä. Perustus-

---

[265] Ajatuskulku on ollut erityisen voimakkaasti esillä ordoliberalistisessa tutkimustraditiossa, jossa on korostettu markkinoiden toimivuuden ja kilpailun nauttimaa perustuslaillista suojaa. Tämä suoja on palautettu aina yhteiskunnan järjestämistä koskeviin perustaviin ratkaisuihin. Näiden perustavien ratkaisujen mukaisesti julkisen vallan on pidettävä yllä kilpailun toimivuutta markkinoilla. Ks. tarkemmin esim. Eucken 1951a, s. 314–315.

[266] Oikeudellista tukea markkinoiden järjestämis- ja sääntelytavan osalta on mahdollista hakea yhteismarkkinakontekstista. EUT-sopimuksen 119 artiklassa viitataan yhteisön ja jäsenvaltioiden pyrkivän saavuttamaan integraatiolle asetetut tavoitteet harjoittamalla talouspolitiikkaa, joka perustuu vapaan kilpailun varaan rakentuviin avoimen markkinatalouden periaatteisiin. Oma kysymyksensä on luonnollisesti se, millainen argumentatiivinen asema näille maininnoille voidaan oikeudellisessa tarkastelussa asettaa. On ilmeistä, että maininnat ovat luonteeltaan yleisiä, mikä jättää tilaa yksittäisille talouden sääntelytoimille. Lisäksi mainintojen yhteys kansalliseen oikeusjärjestykseen on osittain välillinen. Toisaalta on kuitenkin mahdollista painottaa sitä, että Suomen liittyminen EU:iin on tosiasiassa merkinnyt määrättyä talouspoliittista valintaa ja samalla vaikuttanut talouden kansallisiin sääntelymahdollisuuksiin muun ohella rahapolitiikan osalta.

[267] Kyse on taloudellisen vallan hajauttamisesta. Taloudellisella vallalla voidaan nähdä olevan pyrkimys saattaa poliittinen päätöksentekomekanismi toimimaan voimakkaiden taloudellisten toimijoiden hyväksi. Tämä voi merkitä pyrkimystä esimerkiksi erilaisten taloudellisten erioikeuksien saamiseen. Ks. tarkemmin esim. Eucken 1952, s. 172–175.

lakivaliokunta on eri yhteyksissä tarkastellut markkinoiden toimintaan liittyvien perusteiden asemaa perusoikeuksien rajoitusedellytyksenä. Perustuslakivaliokunnan käytännöstä voidaan lukea, että markkinoiden toimivuutta koskevat seikat täyttävät lähtökohtaisesti epäilyksittä rajoitusperusteen hyväksyttävyysvaatimuksen.[268] Ratkaisulinjaa voidaan pitää vakiintuneena.

Hyväksyttävyysvaatimuksen täyttyminen on arvioitava kunkin perusoikeuden osalta erikseen.[269] Kilpailuoikeuden soveltamisessa nousevat erityisesti esille taloudelliset vapausoikeudet, joista keskeisimpiä ovat perustuslain tasolla sen 15 §:n omaisuudensuojasäännös ja 18 §:n elinkeinovapautta koskeva säännös. Kilpailuoikeuden osalta säännösten soveltamiseen vaikuttavat seikat ovat lähtökohtaisesti varsin pitkälle yhdenmukaiset, vaikka soveltamiskäytännöissä voidaan havaita jonkinasteista perusoikeussäännösten painopistealueiden jakaantumista.[270] Rajoitusharkinnassa korostuu perusoikeuksien lähtökohtainen asema.[271] Rajoitusperusteeseen vetoavalla on todistustaakka hyväksyttävän rajoitusperusteen olemassaolosta. Asian kääntöpuolena on perusoikeussuojan suhteellisuus.[272]

---

[268] Ks. PeVL 34/2000 vp, jossa verkkovierailuihin liittyvää painavaa yhteiskunnallista tarvetta perusteltiin uusien yritysten markkinoille pääsemisellä ja kilpailun lisääntymisellä. Kilpailun seurauksena nähdään olevan hintojen alentuminen ja palvelutason paraneminen. Ks. kilpailuedellytysten varmistamiseen tähtäävien omistusrajoitusten hyväksyttävyysarvioinnista myös PeVL 2/1986 vp (kaapelilähetystoimintaa koskeva laki), PeVL 19/1994 vp ja PeVL 33/1998 vp (sähkömarkkinalaki), PeVL 4/2000 vp (maakaasumarkkinalaki) sekä PeVL 1/1996 vp ja PeVL 47/1996 vp (teletoiminta- ja telemarkkinalaki). Merkille pantavaa on tässä yhteydessä se, että sääntely on kohdistunut erityisluonteiseen omaisuuteen (viestintä- ja energiaverkot). Perustuslakivaliokunnan ratkaisukäytännöstä löytyy kuitenkin myös tilanteita, joissa markkinoiden toimivuuteen liittyviä kysymyksiä on arvioitu muunlaisilla markkinoilla. Ks. PeVL 49/2005 vp, jossa tarkasteltiin lääkemarkkinoiden toimivuutta erityisesti siltä kannalta, että apteekkien lääkevalmistajilta saamat alennukset siirtyisivät vähittäismyyntihintoihin. Mielenkiintoinen on myös PerVL 31/2006 vp, jossa taksiliikenteen luvanvaraistamista perusteltiin markkinoiden erityispiirteillä. Esitetyistä perusteista mahdollisuus pitkäjänteiseen ja kannattavaan yritystoimintaan lienee saavutettavissa yhteiskunnallisesti suotavalla tavalla myös ilman erityistä lupajärjestelmää. On toki huomattava, että lupajärjestelmän välttämättömyyden tueksi viitattiin myös toiminnan turvallisuutta ja kuluttajansuojaa koskeviin seikkoihin.

[269] Ks. tarkemmin V-P Viljanen 1999, s. 172.

[270] Tyypillisenä piirteenä voidaan pitää esimerkiksi elinkeinotoiminnan luvanvaraistamisen tarkastelemista nimenomaan elinkeinovapauden eikä omaisuudensuojan rajoitusten kautta. Ks. perustuslakivaliokunnan soveltamiskäytännöstä esim. PeVL 19/2002 vp (lääkkeiden tukkukaupan luvanvaraisuus) ja PeVL 31/2006 vp (taksiliikenteen luvanvaraisuus).

[271] Asetelma näyttäytyy tyypillisellä tavalla elinkeinotoiminnan luvanvaraistamisen yhteydessä: lähtökohtana on elinkeinovapaus, josta voidaan erityisten perusteiden ollessa käsillä poiketa. Ks. esim. PeVL 31/2006 vp (taksitoiminnan luvanvaraisuus) ja PeVL 4/2000 vp (maakaasuverkkotoiminnan luvanvaraisuus). Vastaava asetelma näyttäytyy silloin, kun sääntelyn keinoin puututaan elinkeinonharjoittajien oikeuteen myydä hyödykkeitä haluamillaan hinnoilla. Sääntely rajoittaa omaisuudensuojaan kuuluvaa omistajan oikeutta päättää omaisuutensa käyttämisestä. Ks. esim. PeVL 49/2005 vp (lääkkeiden hinnoittelu).

[272] Ks. tältä osin Euroopan ihmisoikeussopimuksen soveltamiskäytännön konkreettista harkintaa ohjaavasta vaikutuksesta V-P Viljanen 1999, s. 190.

Perusoikeuksien rakenteeseen sisältyy mahdollisuus niiden käytön sääntelyyn. Tämä on seurausta yksilöiden oikeuksien yhteisöllisyydestä. Yksilöiden on oikeuksia käyttäessään otettava ainakin jossain määrin huomioon muiden vastaavat oikeudet ja painavat yhteiskunnalliset intressit. Oikeuksien käytön sääntely on mahdollista yhteiselämän toimivuuden varmistamiseksi.

Suhteellisuusvaatimus muodostaa neljännen perusoikeuksien yleisen rajoitusedellytyksen. Suhteellisuusvaatimuksen sisältö voidaan jakaa kolmeen osaan. Ensinnäkin perusoikeusrajoituksen taustalla on oltava hyväksyttävä yhteiskunnallinen tarkoitus; harkinta linkittyy tältä osin edellä käsiteltyyn rajoituksen hyväksyttävyysvaatimukseen. Toiseksi rajoituksen on oltava välttämätön hyväksyttävän yhteiskunnallisen tarkoituksen toteuttamiseksi. Tämä tarkoittaa käytännössä sitä, ettei muuta toteuttamiskelpoista mahdollisuutta hyväksyttävän tarkoituksen toteuttamiseksi ole olemassa.[273] Kolmanneksi edellytetään rajoituksen oikeasuhtaisuutta: rajoituksen tulee olla hyväksyttävässä suhteessa rajoituksen taustalla olevien intressien yhteiskunnalliseen painoarvoon.[274]

Suhteellisuusvaatimuksen voidaan katsoa ilmentävän oikeusjärjestyksen perusteisiin yleisenä oikeusperiaatteena kuuluvaa suhteellisuusperiaatetta.[275] Suhteellisuusperiaatteella on oma keskeinen merkityksensä useiden oikeudenalojen sääntelylogiikan ytimessä. Tätä taustaa vasten on selvää, että suhteellisuusvaatimus on erittäin keskeinen osa perusoikeuksien rajoitusharkintaa. Suhteellisuusvaatimus ohjaa punnitsemaan erilaisia yhteiskunnallisia intressejä keskenään.[276] Tätä punnintaa voidaan suorittaa yleisellä sääntelykeinoja arvioivalla tasolla, mutta punninta voidaan vaikeuksitta kytkeä osaksi olemassa olevien säännösten soveltamisharkintaa. Tällöin nousevat esille tyypillisesti sääntelyn päämäärien ja sääntelykohteen sisäisen logiikan väliset suhteet. Sääntelytilanteet ovat harvoin mustavalkoisia. Suhteellisuusperiaate tarjoaa yleisellä tasolla raamit tälle harkinnalle.

> EU:n yleisen tuomioistuimen ratkaisu asiassa T-170/06 Alrosa v. komissio tarjoaa mielenkiintoisen esimerkin suhteellisuusperiaatteen soveltamisen mahdollisuuksista.[277] Tapauksessa tarkasteltiin komission mahdollisuuksia hyväksyä asetuksen 1/2003 nojalla yrityksiä sitoviksi sitoumuksia, joilla kilpailun toimivuutta koskevat huolenaiheet voidaan poistaa. Komissio oli hyväksynyt yrityksen ehdotuksesta sitoumuksen, joka lopetti määräämättömäksi ajaksi kahden timantteja tuottavan yrityksen välisen sopimustoiminnan. EU:n yleinen tuomioistuin lähti ratkaisussaan siitä, että komis-

[273] Asetelmaa on mahdollista arvioida eri tavoin. On mahdollista puhua absoluuttisesta mahdottomuudesta, käytännöllisestä mahdottomuudesta sekä taloudellisesta liikavaikeudesta.
[274] Ks. tarkemmin PeVM 25/1994 vp, s. 5, ja HE 309/1993 vp, s. 30.
[275] Ks. EU-oikeuden osalta esim. Tridimas, s. 136–138.
[276] Ks. tarkemmin V-P Viljanen 2001, s. 210–211.
[277] Asia T-170/06 Alrosa Company Ltd v. komissio, (2007) ECR II 2601.

siolla on velvollisuus tutkia hyväksymiensä sitoumusten oikeasuhtaisuus ennen niiden hyväksymistä, vaikka sitoumuksen hyväksyminen perustuu yrityksen tekemään ehdotukseen. Tosiasiassa sitoumuksella voi olla vaikutuksia myös sitä esittäneen yrityksen sopimuskumppaneihin. Komission tulee perustella päätöksensä siten, että siinä arvioidaan sitoumuksen hyväksymisen taustalla olevan kilpailuongelman ja sen ratkaisemiseksi käytettyjen keinojen välistä suhdetta. Arviointi on luonteeltaan objektiivista. EU:n yleinen tuomioistuin totesi, että sopimussuhteiden kokonaiskielto määrättyjen toimijoiden välillä voi tulla kysymykseen vain poikkeustapauksissa. Komissio oli tapauksessa lyönyt laimin tarkastella yksittäisen yrityksen toimintavapautta vähemmän rajoittavan keinon käyttämistä kilpailuongelman ratkaisemiseksi. Tämän vuoksi komission sitoumuspäätös kumottiin.

EU:n tuomioistuin asetti omassa tuomiossaan rajoja suhteellisuusperiaatteen soveltamiselle osana komission päätösten tuomioistuinkontrollia.[278] EU:n tuomioistuin katsoi, että tuomioistuinvalvonnassa arvioidaan ainoastaan komission menettelyn mahdollista ilmeistä virheellisyyttä. Näissä olosuhteissa EU:n yleisen tuomioistuimen ei olisi tullut soveltaa suhteellisuusperiaatetta edellä kuvatulla tavalla, vaan ainoastaan varmistaa, että sitoumusten avulla voidaan poistaa komission toteamat markkinoiden toimintaedellytyksiin liittyvät huolenaiheet. Tuomiossa esiin tulevia näkökohtia voidaan pitää perusteltuina omassa sitoumuksia koskevassa viitekehyksessään, mutta tuomiosta ei voida tehdä suhteellisuusperiaatteen soveltamista kilpailuoikeudellisessa kontekstissa yleisesti rajaavia johtopäätöksiä.

Suhteellisuusvaatimuksen mukaisessa harkinnassa on otettava huomioon perusoikeussuojan lähtötaso. Kilpailuoikeudessa säännellään elinkeinonharjoittajien toimintaa markkinoilla. Elinkeinotoiminta ei ominaispiirteidensä vuoksi useinkaan sijoitu perusoikeussuojan ydinalueelle.[279] Oikeussuojan tarpeen ei nähdä olevan samanlainen kuin kuluttajien tai luonnollisten henkilöiden osalta. Tällä seikalla on merkityksensä suhteellisuusperiaatteen soveltamisessa. Elinkeinotoiminta voi olla eri tavoin säänneltyä, ja elinkeinonharjoittajilla tulee olla valmius varautua toiminnan sääntelyn muutoksiin.[280] Harkintaan heijastuu myös toimin-

---

[278] Asia C-441/07 P Komissio v. Alrosa Company Ltd, 29.6.2010, ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa, k. 41–44.

[279] Tämä johtuu muun ohella siitä, että elinkeinotoimintaa harjoitetaan usein yksityisoikeudellisen oikeushenkilön muodossa, jolloin perusoikeussuojan tarve on toiminnan luonteen vuoksi usein kuluttajan asemassa olevia yksityishenkilöitä vähäisempi. Ks. tältä osin esim. PeVL 34/2000 vp. Ks. myös PeVL 33/2005 vp, jossa lähdettiin siitä, että yrityksillä on velvollisuus varautua yleisten kilpailuedellytysten muuttumiseen. Tälle seikalla on ilmeinen yhteys rajoitusharkintaan, kun pohditaan oikeudellisen sääntelyn muuttamisen mahdollisuuksia. Asetelma voi näyttäytyä hieman erilaisena elinkeinovapauden kannalta, koska elinkeinotoiminnan harjoittaminen on keskeisiltä osin painottunut oikeushenkilömuotoon. Tämä kehityskulku on perustunut voimakkaasti taloudellisen toiminnan realiteetteihin, kuten kykyyn kerätä pääomia markkinoilta. On mahdollista todeta, että markkinatalousjärjestelmän periaatteiden mukaisesti toimivat yritykset sijoittuvat elinkeinovapauden ydinalueelle.

[280] Kysymykseen voi yksittäisessä sääntelytilanteessa tulla myös erilaisten siirtymäaikojen käyttäminen, kun elinkeinotoiminnan oikeudellista sääntelyä muutetaan.

nan luonne. Markkinoiden toimintaan ja samalla muiden toimijoiden oikeuksien käyttömahdollisuuksiin haitallisesti vaikuttaviin menettelyihin ryhtymisen ei voida katsoa nauttivan erityistä perusoikeussuojaa. Harkinta nyansoituu kuitenkin toiminnan luonteen mukaisesti: tarkoitukseltaan tai vaikutukseltaan ilmeisen haitalliset menettelyt ovat erilaisessa asemassa verrattuna järjestelyihin, joilla voidaan nähdä olevan myös yleisesti hyödyllisiä tai hyväksyttäviä seurauksia.

Suhteellisuusharkinnassa on otettava kantaa perusoikeusrajoituksen laajuuteen. Kysymys on siitä, kuinka syvälle käyvää tai kattavaa puuttuminen yksilön oikeuksiin tosiasiassa on.[281] Merkityksellinen seikka harkinnassa voi olla esimerkiksi se, millaisia vaihtoehtoisia tapoja rajoituksen kohteena olevalle yksilölle jää toimintansa suuntaamiseen.[282] Rajoituksen tulee olla välttämätön hyväksyttävän yhteiskunnallisen tavoitteen toteuttamiseksi.

Suhteellisuusharkinnassa vaikuttaa keskeisesti rajoituksen perusteen yhteiskunnallinen painavuus.[283] Kilpailuoikeuden soveltamisessa palataan kysymyksiin arvioitavana olevan toiminnan ulkoisvaikutuksen laajuudesta ja mitattavuudesta. Keskustelussa heijastuvat helposti erilaiset käsitykset markkinoiden itseohjautuvuuden asteesta ja kyvystä poistaa erilaisia häiriötiloja. Vaikka harkinta on luonteeltaan oikeudellista, ei sääntelykohteen ominaispiirteitä kuvaavan taloustieteellisen argumentaation käyttämiseltä voida välttyä. Kokonaan oma kysymyksensä on puolestaan se, että sovellettavan taloustieteellisen argumentaation on läpäistävä oikeudellinen seula. Suhteellisuusvaatimuksen mukaisessa harkinnassa voidaan ottaa huomioon myös sääntelyn kohteen toimintamahdollisuudet markkinoilla sekä järjestelyn osapuolten toisistaan poikkeavat asemat

---

[281] Puuttuminen perusoikeusoikeussuojaan voidaan porrastaa esim. siten, että ensi vaiheessa osapuolille annetaan neuvotteluvelvollisuus. Jos neuvottelut eivät johda tulokseen, voi viranomainen määrätä toimenpiteen suoritettavaksi viranomaistoimin. Ks. verkkovierailujen toteuttamista koskeva PeVL 34/2000 vp. Ks. myös PeVL 33/2005 vp, jossa asetettiin myyntiluvan peruttamisen edellytykseksi ennakkovaroituksen antaminen. Myyntilupa nähtiin lausunnossa varallisuusarvoiseksi etuudeksi, minkä vuoksi vuosimaksun laiminlyönnistä seuraavien sanktioiden tulee edetä porrastetusti.

[282] Perusoikeuksien rajoitusharkinnassa on otettava huomioon omistajan oma nykyinen ja kohtuullinen tuleva tarve. Jos oikeudellisen sääntelyn seurauksena omaisuuden haltijalle seuraa tosiasiallinen tarve ryhtyä kokonaan uusiin investointeihin, on näistä investoinneista maksettava kohtuullinen korvaus. Ks. tarkemmin esim. PeVL 47/1996 vp ja PeVL 34/2000 vp.

[283] Ks. tältä osin esim. PeVL 19/2002 vp, jossa lääketukkukaupalle annetun luvan peruuttaminen kytkettiin vakaviin tai olennaisiin rikkomuksiin tai laiminlyönteihin. Ks. myös PeVL 49/2005 vp, jossa eläinlääketutkimuksen kieltämisen ja keskeyttämisen edellytykseksi asetettiin olennaisten tai vakavien puutteellisuuksien tai laiminlyöntien olemassaolo. Edellä mainittuihin toimenpiteisiin saa ryhtyä vasta, jos annetut huomautukset tai varoitukset eivät ole johtaneet toiminnassa esiintyneiden puutteiden korjaamiseen.

markkinoilla.[284] Joissakin tilanteissa myös säänneltävän omaisuuden erityisluonne voi heijastua arviointiin.[285]

Viidennen perusoikeuksien yleisen rajoitusedellytyksen mukaan *rajoitus ei saa tehdä tyhjäksi perusoikeuden ydinsisältöä*. Perusoikeuden ydinalueelle ulottuva rajoitus poistaa perusoikeuden mielekkään sisällön. Olennaista on tältä osin se, kuinka perusoikeuden ydinalue määritellään.[286] Kilpailuoikeudellinen sääntely turvaa markkinoiden toimivuuden keskeiset edellytykset. Sääntelylle on olemassa painava yhteiskunnallinen syy. Vastaavasti elinkeinonharjoittajan on voitava tunnistaa markkinoiden toimivuuden merkitys omien menettelyidensä kannalta. Kilpailuoikeudellinen sääntely rajaa yksilöiden oikeussuojan ulkopuolelle mahdollisuuden solmia kilpailua rajoittavia sopimuksia ja väärinkäyttää määräävää markkina-asemaa. Yksilöille jää rajauksen jälkeenkin varsin laaja alue omien vapausoikeuksiensa käyttämiseen. On ilmeistä, että ydinalueen koskemattomuuden vaatimusta ei voida nähdä kilpailuoikeudellisen sääntelyn osalta lähtökohtaisesti ongelmallisena seikkana.[287] Ydinalueen koskemattomuuden vaatimusta tulee tarkastella yhteydessä muihin yleisiin rajoitusedellytyksiin ja yleisiin oikeusperiaatteisiin.[288] Tämä auttaa osaltaan parantamaan vaatimuksen operationaalisuutta.

Kuudes yleinen rajoitusedellytys liittyy *oikeusturvajärjestelyiden asianmukaiseen tasoon*. Oikeusturvavaatimukset koskevat sekä hallinto- että tuomioistuinmenettelyä. Asiaa hallintoviranomaisessa käsiteltäessä on noudatettava hyvän hallinnon periaatteita. Näistä periaatteista seuraa erilaisia vaatimuksia menettelyn järjestämiselle. Esimerkkeinä voidaan mainita asianosaisella oleva oikeus tulla kuulluksi hallintomenettelyssä ja hallintoviranomaisen velvollisuus perustella päätöksensä. Perusoikeusrajoituksen kohteen on voitava saattaa asia tarvittaessa riippumattoman tuomioistuimen ratkaistavaksi. Tämä oikeus on ni-

---

[284] Ks. tarkemmin Länsineva 2002, s. 250.

[285] Kyse voi olla esimerkiksi luonnollisesta monopolista eli tilanteesta, jossa rinnakkaisen järjestelmän rakentaminen ei ole yhteiskunnallisesti järkevää. Ks. tältä osin esim. sähkömarkkinalakia koskeva PeVL 19/1994 vp ja maakaasumarkkinalakia käsittelevä PeVL 4/2000 vp.

[286] Yhden mittapuun tarjoavat ns. ehdottomat perusoikeudet, joiden rajoittaminen tavallisella lailla ei ole mahdollista. Ehdottomille perusoikeuksille on tyypillistä niiden sääntöluontoisuus.

[287] Kilpailun toimivuuden turvaaminen perustuu tärkeään yhteiskunnalliseen syyhyn, johon kytkeytyy sekä yksilö- että järjestelmätasoisia näkökohtia. Kilpailun toimivuudella on keskeinen merkitys elinkeinotoiminnan harjoittamisen kannalta. On mahdollista katsoa, että elinkeinonharjoittajaksi ryhtyminen sisältää kannanoton kilpailun yhteiskunnallisen merkityksen puolesta. Tällöin ei jää sellaista elinkeinovapauden ydinaluetta, jota kilpailuoikeudellisen sääntelyn toteuttaminen voisi loukata.

[288] Käytännössä merkityksellinen yhteys voi muodostua esimerkiksi suhteellisuusvaatimuksen tai syrjimättömyysvaatimuksen suuntaan. Suhteellisuusperiaatteen kautta määrittyy perusoikeusrajoituksen lähtökohtainen sallittavuus. Rajoituksen syrjintäkiellon vastainen soveltaminen voi ainakin ääritilanteissa heijastua ydinalueen koskemattomuuden vaatimuksen toteutumiseen.

menomaisesti turvattu sekä perustuslaissa että ihmisoikeussopimuksissa. Oikeudenkäyntimenettelyn on täytettävä oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimukset.

Oikeusturvaan liittyvät vaatimukset ovat kilpailuoikeudellisissa asioissa perusteiltaan kunnossa. Kilpailuviranomaisten tulee noudattaa hyvän hallinnon vaatimuksia, ja menettelyn kohteena olevalla toimijalla on mahdollisuus saattaa asia riippumattoman tuomioistuimen käsiteltäväksi. Kilpailunrajoituksen kohteeksi joutuneella taholla on myös mahdollisuus saada oikeussuojaa viemällä asia yleisen tuomioistuimen tai välimiesoikeuden käsiteltäväksi. Tämän oikeudellisen lähtökohdan sisälle mahtuu kuitenkin useita asiakokonaisuuksia, joiden osalta oikeusturvajärjestelyiden asianmukainen taso joutuu käytännön tilanteissa testattavaksi.[289] Hyvä oikeudellinen lähtötilanne ei automaattisesti takaa onnistunutta lopputulosta eri soveltamistilanteissa, vaan oikeusturvan toteutumisesta on pidettävä jatkuvasti huolta. Yleisesti voidaan todeta, että perusoikeuksien yleiset rajoitusedellytykset vahvistavat osaltaan oikeusturvavaatimusten institutionaalista ja tosiasiallista merkitystä kilpailuoikeuden soveltamismenettelyissä.

Viimeinen yleinen rajoitusedellytys koskee sitä, että *perusoikeusrajoitukset eivät saa olla ristiriidassa Suomen kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden kanssa*. Esille nousevat tältä osin erityisesti Euroopan ihmisoikeussopimus ja Kansalais- ja poliittisia oikeuksia koskeva sopimus. Vaatimus muodostaa eräänlaisen äärirajan perusoikeusrajoitusten toteuttamiselle. Perusoikeusrajoitusten tulee olla yhdensuuntaisia kansainvälisen sääntelyn kanssa. Ongelmallista voi olla esimerkiksi perusoikeusrajoitusten valikoiva ja jopa syrjintäkiellon vastainen soveltaminen. Toisaalta vaatimukseen voidaan katsoa sisältyvän myös positiivinen ulottuvuus, joka ilmenee pyrkimyksenä perus- ja ihmisoikeusajattelun harmonisointiin. Perus- ja ihmisoikeussäännösten soveltamisessa on syytä mahdollisuuksien mukaan edetä samaan suuntaan.[290]

Vaatimus ihmisoikeusvelvoitteiden noudattamisesta merkitsee kilpailuoikeuden osalta ennen kaikkea avautumista ihmisoikeussopimusten soveltamiskäytäntöjen suuntaan. Ihmisoikeussopimusten soveltamiskäytäntö on erityisen vahva kilpailuoikeuden soveltamismenettelyiden järjestämisen oikeudellisen arvioinnin osalta.[291] Näissä käytännöissä omaksutut linjaukset on otettava vakavasti myös kilpailuoikeuden kansallisissa soveltamismenettelyissä. Näin varmistetaan

---

[289] Ks. luku III.3.3.3.

[290] Tältä osin on kuitenkin muistettava, että ihmisoikeudet määrittävät usein yksilöiden suojan perustason, jota on mahdollista laajentaa kansallisissa oikeusjärjestyksissä. Ks. perusvapauksien ja Euroopan ihmisoikeussopimuksessa turvattujen oikeuksien välisestä suhteesta asia C-94/00 Roquette Fréres SA v. Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ja komissio, (2002) ECR I 9011.

[291] Ks. luku III.3.3.3.

osaltaan perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten mukaisten vaatimusten toteutuminen.

8 Kilpailuoikeudellinen tarkastelu

8.1 TARKASTELUN PERUSRAKENNE

Perusoikeuksien yleiset rajoitusedellytykset muodostavat keskeisen väylän kilpailuoikeuden ja sopimusoikeuden keskinäisten suhteiden arvioimiseen. Perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten avulla voidaan systemaattisesti jäsentää soveltamisharkinnan sisältöä. Tämä ei kuitenkaan sellaisenaan riitä, vaan on otettava askel materiaaliseen suuntaan. Harkinnassa on löydettävä tasapaino yksilöllisten oikeuksien ja markkinoiden toimintaan liittyvien järjestelmätasoisten näkökohtien välillä. Vaatimus heijastuu osaltaan kilpailuoikeudellisen tarkastelun rakenteelle asetettuihin vaatimuksiin.

Kilpailuoikeudessa säännellään yksilöillä olevien oikeuksien käyttämistä. Markkinoiden toimintaan liittyvän voimakkaan yhteiskunnallisen intressin vuoksi puututaan yksilöiden oikeuksien käyttömahdollisuuksiin. Kilpailulainsäädännön taustalla oleva yhteiskunnallinen intressi rakentuu edellä esitetyllä tavalla kollektiivisista hyvistä ja yksilöiden oikeuksien suojaamisesta. Kollektiiviset hyvät liittyvät ensisijaisesti markkinoiden toiminnan järjestelmätasoisiin hyvinvointivaikutuksiin ja seurauksiin, joita markkinoiden toiminnalla on poliittisen järjestelmän kannalta. Yksilötason seikat koskevat yksilöiden toimintamahdollisuuksien suojaamista.

Kilpailuoikeudellisessa sääntelyssä joudutaan punnitsemaan erilaisia oikeudellisesti merkityksellisiä argumentteja keskenään. Harkinta ei ole vapaata, vaan se kiinnittyy oikeudelliseen taustaansa. Harkinnassa joudutaan vertailemaan yksilöllisiä oikeuksia ja kollektiivisia hyviä. Ratkaisua ei voida linjata oikeudellisen rubrisoinnin mukaan (yksilölliset oikeudet / kollektiiviset hyvät), vaan kullekin argumentille on löydettävä tapauskohtaiset painoarvot. Siten esimerkiksi markkinoiden toimivuuteen liittyvien perusteiden merkitys ei ratkea sillä, pidetäänkö markkinoiden toimivuutta yksilöllisenä oikeutena vai kollektiivisena hyvänä. Lainsäädännölliset ratkaisut voivat osaltaan vahventaa yksittäisen argumentin lähtökohtaista merkitystä. Voidaan puhua institutionaalisesta tuesta.

Kilpailuoikeudellisen sääntelyn perusasetelma on pidettävä selkeästi mielessä. Markkinoiden toiminnan keskeisen perustan muodostavat yksilöiden oikeudet. Olennaisimpia oikeuksia ovat tältä osin omaisuudensuoja ja elinkeinovapaus. Nämä oikeudet luovat edellytykset yksilöille toimia markkinoilla; oikeusasemien suojaaminen antaa yksilöille mahdollisuuden järjestää keskinäiset suhteensa haluamallaan tavalla. Yksilöiden oikeusasemiin puuttuminen on mahdollista ainoastaan perustellusta yhteiskunnallisesta syystä: jos puuttuminen on liian laajaa, murretaan yksilöillä olevia oikeusasemia sekä vaarannetaan markkinoiden tehokkaan toiminnan edellytyksiä, koska markkinoiden toiminta perustuu yksilöiden toimintamahdollisuuksien olemassaoloon.

> Yksilöiden lähtökohtaista toimintavapautta voidaan säännellä, mikäli toimintavapauden käyttäminen vaarantaa markkinoiden toimivuuden. Yksilöiden oikeuksien käyttämistä säännellään markkinoiden toimintaan liittyvien yhteiskunnallisten intressien turvaamiseksi. Punninnassa on myös otettava huomioon yksilön lähtökohtaisten oikeuksien käyttämisen vaikutukset muiden yksilöiden, kuten asiakkaiden, kilpailijoiden ja kuluttajien, oikeusasemiin. Julkisella vallalla on velvollisuus suojata näiden tahojen oikeuksien toteutumista. Suojan on oltava tosiasiassa tehokasta. Käytännössä tämä merkitsee taloudellisen vallan kontrollointia; yksityisen vallan käyttämiselle on asetettava rajat.

Sääntelyn sisältö ja kattavuus muodostavat perustavan ongelman kilpailuoikeudessa.[292] Amato on onnistuneesti kuvannut asetelmaa käsitteellä länsimaisen vallan paradoksi.[293] Oikeudellisen sääntelyn toteuttamisella on aina kääntöpuolensa. Länsimaisen vallan paradoksi voidaan muovata kysymykseksi kilpailuoikeudellisen sääntelyn apologiasta ja utopiasta. Kilpailuoikeudellinen sääntely muodostuu apologiaksi, jos se ainoastaan legitimoi markkinoilla ilmenevän oikeuksien käyttämisen lopputuloksen. Heikompien osapuolten oikeusasemia ei suojata riittävällä tavalla. Vastaavasti kilpailuoikeudellinen sääntely muuttuu utopiaksi, jos kilpailuoikeudellisen sääntelyn keinoin puututaan tarpeettoman laajasti yksilöiden oikeuksien ja samalla toimintamahdollisuuksien käyttämiseen. Oikeudellisen sääntelyn yhteys kohteeseensa katkeaa.

> Kilpailuoikeudellisen puuttumiskynnyksen jäsentäminen vie helposti perustavien yhteiskunnallisten arviointien keskelle. Tarkasteluun heijastuvat käsitykset talouden luonteesta sekä talouden ja yhteiskunnallisen sääntelyn hyväksyttävästä suhteesta. On mahdollista puhua kilpailuteorioihin liittyvistä perustavista olettamuksista.[294] Eräänlainen alustava jaottelu voidaan tehdä evolutionaarisen ja intentionaalisen näkökulman välillä. Tarkastelu perustuu Pagen omaksumaan käsitteistöön.[295] Terminologia voi osin poiketa vakiintuneista käsitemäärittelyistä, mutta se ei poista Pagen tekemien havaintojen kiinnostavuutta.[296] Pagen suorittama jaottelu on karkea, koska näkökulmat voivat asteittain sekoittua yksittäisten kysymysten osalta taloustieteellisessä teorianmuodostuksessa. Jaottelulla on kuitenkin ilmeistä systemaattista merkitystä.
>
> Evolutionaarinen näkökulma ei muodosta yhtenäistä koulukuntaa, mutta sen alle voidaan kerätä tyypillisiä piirteitä, jotka korostuvat talouden toimintaa koskevassa keskustelussa.[297] Evolutionaarinen käsitys korostaa markkinoiden itseohjautuvuutta.

---

[292] Ongelma ei koske yksinomaan kilpailuoikeutta, vaan samoja ongelmia voi esiintyä muussakin oikeudellisessa sääntelyssä.
[293] Ks. tarkemmin Amato, s. 2–4.
[294] Ks. tarkemmin Kuoppamäki 2003, s. 206–208.
[295] Ks. tarkemmin Page, s. 2–16.
[296] Ks. esim. evolutionaarisen taloustieteen määrittelystä yleisesti Reinikainen, s. 20–25.
[297] Evolutionaarinen tarkastelu ei tässä katsannossa samastu evolutionaariseen taloustieteeseen, vaan se kokoaa alleen suuntaukset, jotka korostavat markkinoiden luontaista itseohjautuvuutta.

Markkinat sovittavat yhteen yksilöiden menettelyt ja pyrkimykset.[298] Ajatusta ilmentää muun muassa Adam Smithin esittämä klassinen ajatus markkinoiden näkymättömästä kädestä, joka sovittaa eri toimijoiden keskinäiset intressit. Markkinoiden nähdään poistavan itsenäisesti mahdolliset häiriötilat ja palauttavan samalla toimintakykynsä.[299] Evolutionaarinen ajattelutapa ei välttämättä tarkoita sitä, että äärimmäisen laissez faire -ajattelun mukaisesti luovuttaisiin markkinoiden kaikesta oikeudellisesta sääntelystä. Markkinoiden toiminnan voidaan katsoa tarvitsevan oikeudellista sääntelyä, mutta tällaisen sääntelyn tarve on rajallinen. Julkinen sääntely voi jopa muodostua esteeksi markkinoiden tehokkaalle toiminnalle. Julkisella vallalla ei useinkaan katsota olevan riittävästi tietoa, jotta markkinoiden toimintaa tukevan sääntelyn toteuttaminen olisi mahdollista.[300] Puutteelliseen tietoon perustavan sääntelyn käyttäminen voi vaarantaa markkinoiden toiminnan tehokkuuden.

Evolutionaariseen lähestymistapaan voidaan yhdistää perustava epäilys julkisen vallan toimenpiteiden vaikuttavuudesta ja legitimiteetistä. Yksilöiden toiminta-aluetta halutaan suojella perusteettomilta rajoituksilta. Julkisen vallan toimiin kohdistuu voimakkaita epäluuloja. Asenne käy hyvin ilmi esimerkiksi Chicagon taloustieteellisen koulukunnan herättämästä yhteiskunnallisesta keskustelusta.

Intentionaalisessa ajattelussa tuodaan puolestaan esille näkemys yhteiskunnallisen sääntelyn merkityksestä markkinoiden toimivuuden takaajana. Markkinat perustuvat tietoiseen yhteiskunnalliseen päätöksentekoon.[301] Taloudessa ei saavuteta luontaista harmoniaa, vaan sääntelyn puuttuminen johtaa häiriötiloihin markkinoilla.[302] Oikeudellinen sääntely on välttämätöntä, jotta markkinat voivat toimia yhteiskunnallisesti arvioiden hyväksyttävällä tavalla. Intentionaalisen näkemyksen mukaan markkinat toimivat yhteiskunnan asettamissa puitteissa. Oikeudellisella sääntelyllä voidaan ohjata markkinoiden toimintaa yhteiskunnallisesti hyväksyttäväksi katsottavaan suuntaan. Oikeudellista sääntelyä tarvitaan markkinoiden toimivuuden turvaamisen lisäksi yksilöiden oikeusasemien asianmukaiseksi suojaamiseksi. Näin ylläpidetään yksilön toimintamahdollisuuksia.

On perusteltua lähteä siitä, että talouden perustavien instituutioiden ja niihin liittyvien yksilöiden oikeuksien luominen oikeusjärjestyksessä ei yksinomaan riitä varmistamaan markkinoiden toimivuutta.[303] Tarvitaan erillistä markkinoiden toimintaa tukevaa oikeudellista sääntelyä. Oikeudellisen sääntelyn toteuttamisessa on kuitenkin edettävä harkiten. On punnittava, millä tavoin markkinoiden sääntely toteutetaan ja kuinka pitkälle menevää sääntelyä tarvitaan. Oikeudellinen sääntely ei saa tukahdut-

---

[298] Ks. tarkemmin esim. Hayek 1973, s. 36–42, ja Hayek 1976, s. 112–122.

[299] Lähestymistapaa ilmentää esimerkiksi Chicagon koulukunnan ajattelussa keskeinen tehokkuushypoteesi: markkinoiden keskittyminen oletetaan ilmaukseksi talouden tehokkuudesta, jolloin markkinat ohjautuvat itsestään kohti optimaalista tilaa.

[300] Ks. tarkemmin Hayek 1995, s. 106–116, ja Hayek 1973, s. 12–14.

[301] Markkinoiden perusta voidaan viime kädessä palauttaa yhteiskunnan jäsenten solmimaan sopimukseen. Ks. tarkemmin Sally, s. 115.

[302] Ordoliberalismissa on havaittavissa selvä intentionaalinen pohjavire. Harvardin koulukunnan taustalta voidaan myös löytää intentionaalisia piirteitä. Ajattelutapaa ilmentää esimerkiksi harvardilaisuudelle tyypillinen kolluusiohypoteesin mukainen tarkastelu, jonka mukaan markkinoiden keskittyminen on omiaan johtamaan kilpailunrajoituksiin.

[303] Ks. oikeudellisen sääntelyn tarpeellisuudesta myös M. Virtanen 1998, s. 12 ja 101, Timonen 1997, s. 33–34, ja Kuoppamäki 2003, s. 11–12 ja 28–29.

taa markkinoiden dynamiikkaa tarpeettoman laajasti. Oikeudellisen sääntelyn on pikemminkin pyrittävä turvamaan markkinoiden itseohjautuvuutta. Talouteen ja markkinoihin kohdistuu useita erilaisia sääntelymuotoja. Kilpailuoikeus ei ole ainoa yhteiskunnallisen sääntelyn muoto, jolla pyritään pitämään yllä markkinoiden toimivuutta. Esimerkiksi vilpillistä kilpailua koskevassa sääntelyssä otetaan yksittäisen elinkeinonharjoittajan aseman lisäksi huomioon markkinoiden toimivuuteen liittyviä näkökohtia.[304] Sopimusoikeudelliseen tarkasteluun voidaan sisällyttää yksittäisen sopimussuhteen rajat ylittäviä seikkoja, joista markkinoiden toimivuus on keskeinen tekijä. Oikeusjärjestyksen tarjoamat sääntelykeinot on pidettävä kokonaisuudessaan mielessä, kun arvioidaan kilpailuoikeudellisen puuttumisen tarvetta yksittäisessä tilanteessa. Kilpailuoikeudellista sääntelyn käyttöalaa ei tarvitse ulottaa tarpeettoman laajalle, mikäli asia voidaan hoitaa perustellusti muiden sääntelykeinojen avulla.[305] Oikeusjärjestyksen muodostama kokonaisuus vaikuttaa siten kilpailuoikeuden perusteltuun soveltamisalaan.

Ratkaisua länsimaisen vallan paradoksiin on etsittävä oikeudellisen sääntelyn sisältä sekä oikeudellisen sääntelyn ja sen kohteen väliseen suhteeseen liittyvien seikkojen suunnalta. Nämä rajapinnat ohjaavat merkittävällä tavalla kilpailuoikeudellisen sääntelyn sisällön muotoutumista.

8.2 KILPAILUOIKEUDELLISEN SÄÄNTELYN RAJAPINNAT

8.2.1 Yleistä

Kilpailuoikeudellisen sääntelyn voidaan katsoa avautuvan sisältönsä osalta kahteen keskeiseen suuntaan. Kilpailuoikeus muodostaa oikeusjärjestyksen osan. Kilpailuoikeudellinen sääntely saa impulsseja oikeusjärjestyksen sisältä.[306] Kilpailuoikeudellista sääntelyä on tarkasteltava tätä taustaa vasten. Pyrkimyksenä on oikeusjärjestyksen koherenssin ja konsistenssin varmistaminen: kilpailuoikeudellisen sääntelyn sisältöä on arvioitava oikeusjärjestyksen asettamissa puitteissa. Toiseksi kilpailuoikeus on jäsennettävä yhteydessä sääntelykohteeseensa eli talouteen. Kilpailuoikeus ohjaa markkinoiden toimintaa. Kilpailuoikeudellisessa sääntelyssä on tunnistettava talouden ominaispiirteet. Tämä on edellytys kilpailuoikeudellisen sääntelyn tehokkuudelle ja hyväksyttävyydelle.[307]

---

[304] Ks. tarkemmin P. Virtanen 2008, s. 860–865.
[305] Ks. tarkemmin luku IV.3.
[306] Oikeusjärjestys on vuorovaikutussuhteessa politiikkaan ja moraaliin, joista välittyvät impulssit ohjaavat osaltaan oikeusjärjestyksen muotoutumista.
[307] Oikeudellisen sääntelyn voimassaolo voidaan perustaa muodollisiin seikkoihin, tehokkuuteen ja hyväksyttävyyteen. Ks. tästä teoreettisesta jaottelusta tarkemmin esim. Aarnio, s. 83–98.

Kilpailuoikeuden rajapinnat luovat puitteet kilpailuoikeudellisen sääntelyn toteuttamiselle. Ne vaikuttavat kilpailuoikeudellisen sääntelyn muodostumiseen apologiaksi ja utopiaksi: impulssit kummastakin suunnasta on otettava vakavasti, koska muuten vaarana on sääntelyn puutteellinen toimivuus. Lisäksi ulkoisen ja sisäisen rajapinnan mukaiset näkökulmat on sovitettava yhteen. Tehtävä on haastava, mutta se avaa mahdollisuuden kokonaisvaltaiseen kilpailuoikeudelliseen tarkasteluun.

8.2.2 Sisäinen rajapinta

Oikeusjärjestys muodostaa kokonaisuuden. Kilpailuoikeutta tai muitakaan oikeudenaloja ei ole mahdollista tarkastella irrallisina saarekkeina. Kilpailuoikeudella on oikeudenalana omat erityispiirteensä, mutta kilpailuoikeuden asema ja merkitys oikeusjärjestyksen osana eivät rakennu yksinomaan näiden erityispiirteiden varaan. Oikeusjärjestys kokonaisuudessaan vaikuttaa kilpailuoikeuden sisältöön.

> Oikeusjärjestyksen ja osa-alueiden välisiä suhteita voidaan kuvata jalkapallopeliesimerkin avulla.[308] Ideana on, että yhden pelaajan aseman muuttaminen pelikentällä vaikuttaa kaikkien muiden pelaajien asemiin. Vaikutuksen suunta ja suuruus jää tapauskohtaisesti arvioitavaksi. Olennaista on esimerkin mukainen logiikka; esimerkissä tarkoitettua vaikutusta ei kuitenkaan tule ylitulkita. Oikeusjärjestyksen yksittäisen osa-alueen muuttuminen ei usein eikä sen paremmin automaattisesti kuin laajastikaan muovaa kilpailuoikeuden sisältöä. Lisäksi muutos voi edetä vaiheittain. Tärkeätä on kuitenkin havaita oikeudenalojen keskinäinen yhteys. Muutos voi lähteä liikkeelle muun ohella oikeudellisten ajattelutapojen kehityksestä. Kuvaavana esimerkkinä voidaan mainita viime aikoina merkittäviä impulsseja oikeusjärjestyksen sisälle synnyttänyt perusoikeusajattelu.

Kantavimmat puitteet kilpailuoikeudelle tulevat oikeusjärjestyksen yleisestä perustasta. Tätä yleistä perustaa voidaan jaotella eri tavoin. Kilpailuoikeudessa säännellään yksilöillä olevien toimintamahdollisuuksien käyttämistä. Luonnollinen kosketuspinta avautuu tällöin yksilöiden toimintaedellytyksiä turvaavaan normistoon. Keskeiseen asemaan nousevat erityisesti perusoikeusjärjestelmä sekä kansainväliset ihmisoikeussopimukset. EU-tasolla on lisäksi otettava huomioon perustamissopimuksissa taatut vapaudet.

Perusoikeusjärjestelmän haasteena on sen yleisyys. Sitä ei ole mahdollista lukea mielekkäällä tavalla siten, että sen avulla olisi suoraan saatavissa laaja-alaisesti vastauksia yksityiskohtaisiin oikeudellisiin ongelmiin. Lisäksi perusoi-

---

[308] Ks. tältä osin Nuutila, s. 23–24, jossa tarkastellaan peruskäsitteiden sijoittumista yleisten oppien kentällä ja näiden sijoittumisten muutosten keskinäisiä vuorovaikutussuhteita.

keusargumenttien konkreettinen merkitys on nähtävä yhteydessä kulloiseenkin toimintaympäristöön: toimintaympäristö vaikuttaa perusoikeusimpulssien voimakkuuteen.[309] Nämä havainnot pätevät myös kilpailuoikeuden ja perusoikeusjärjestelmän välisessä suhteessa. Perusoikeusjärjestelmän merkitys näyttäytyy tässä asetelmassa erityisesti kahtaalla. Perusoikeusjärjestelmä auttaa nostamaan esille oikeusjärjestyksen kannalta tärkeitä seikkoja kysymyksiä. Kyse on oikeudellisten jäsentämistapojen hahmottamisesta.

> Mielenkiintoisen esimerkin tarjoaa Pekka Länsineva, joka on tuotannossaan tarkastellut taloudellisen vallan kontrollointia.[310] Länsinevan perustavana havaintona on yhteiskunnallisen vallankäytön siirtyminen julkisesta yksityiseen suuntaan. Keskeiseen asemaan nousee kysymys yksityisen vallankäytön sääntelystä ja samalla yksilöiden oikeusasemien suojaamisesta. Keskittyminen julkisen vallan kontrollointiin ei enää ole riittävää, vaan valtiosääntöoikeudellisin keinoin, perusoikeusjärjestelmää horisontaalisesti soveltaen voidaan pyrkiä antamaan yksilöille oikeussuojaa. Perusoikeusjärjestelmän perinteistä soveltamisalaa (julkinen valta – yksilö) avataan aiempaa voimakkaammin yksilöiden välisiin suhteisiin. Tällä voi olla merkitystä esimerkiksi silloin, kun välttämättömyyshyödykkeen toimittaja on määräävässä markkina-asemassa. Perusoikeusjärjestelmää ja kilpailuoikeutta on mahdollista soveltaa rinnakkain. Rinnakkainen soveltaminen ei kuitenkaan vielä tarkoita sitä, että sääntelyinstrumenttien soveltamiskriteerit olisivat välttämättömästi samanlaisia.

Perusoikeusjärjestelmästä voidaan löytää avaimia kilpailuoikeuden ja oikeusjärjestyksen muiden osien keskinäisten suhteiden arvioimiseen. Yhden mahdollisen instrumentin tarjoavat aiemmin käsitellyt perusoikeusoikeuksien yleiset rajoitusedellytykset. Niiden kautta välittyy mahdollisuus kilpailuoikeuden systemaattiseen sovittamiseen yhteen oikeusjärjestyksen muiden osien kanssa. Kilpailuoikeuden soveltaminen edellyttää usein erilaisten seikkojen keskinäistä vertaamista ja punnitsemista. Perusoikeuksien yleiset rajoitusedellytykset luovat harkintakehikon ja antavat työkalut erilaisten näkökohtien keskinäiseen punnintaan.[311]

Oikeusjärjestys ei tyhjene perusoikeusjärjestelmään. Sama havainto pätee myös kilpailuoikeuden ja muun oikeusjärjestyksen välisen rajapinnan määrittelyssä. Perusoikeusjärjestelmä tarjoaa merkittävät puitteet kilpailuoikeuden sisäisen rajapinnan hahmottamiseen, mutta perusoikeusjärjestelmän avulla ei ole mahdollista ratkaista kaikkia kilpailuoikeuden ja muun oikeusjärjestyksen suhteeseen liittyviä kysymyksiä. On mentävä oikeudenalojen tasolle. Kilpailuoikeu-

---

[309] Ks. tältä osin tarkemmin Länsineva 2002, s. 237.

[310] Ks. erityisesti Länsineva 2006, s. 1177–1190. Ks. myös Länsineva 2002, s. 134–135.

[311] Ks. tältä osin esimerkiksi Karhu 2004, s. 1449–1463, jossa tarkastellaan eläkelainsäädännön muutoksen vaikutuksia sopimusten sitovuuteen. Perusoikeuksien yleisiä rajoitusedellytyksiä käytetään arvioinnissa työvälineenä. Lainsäädännön muutosten kokonaisvaltainen arvioiminen on näin mahdollista toteuttaa hallitusti.

den kannalta merkityksellisiä rajapintoja on usean oikeudenalan suuntaan. Tässä tutkimuksessa keskitytään kilpailuoikeuden ja sopimusoikeuden välisiin suhteisiin. Muiden oikeudenalojen ja kilpailuoikeuden suhteisiin voidaan ainoastaan pysähtyä viittauksenomaisesti.

Oikeudenalojen keskinäisiä rajapintoja on mahdollista tarkastella useasta näkökulmasta. Arvioinnissa voidaan lähteä liikkeelle oikeudenalojen yhtäläisyyksistä ja erilaisuuksista: kiinnostuksen kohteina on tällöin se tapa, jonka mukaisesti oikeudellisia ongelmia jäsennetään. Tarkastelua voidaan suunnata myös konkreettisten rajapintojen määrittelyyn. On selvitettävä, missä oikeudenalat leikkaavat ja miten eri oikeudenalojen mukaiset sääntelyt suhteutuvat toisiinsa. Relevantti kysymys voi koskea muun muassa oikean sääntelyinstrumentin valintaa. Tarkastelu kohdistuu siihen, minkä sääntelymuodon avulla on perusteltua puuttua yksittäiseen ongelmaan. Avain näiden kysymysten ratkaisemiseen löydetään kunkin oikeudenalan taustalla olevista arvoista ja tavoitteista. Oikeudellisia yhteensovittamisongelmia voidaan harvoin ratkaista oikeuden pintatasolla: on ymmärrettävä, millaisten arvojen ja tavoitteiden varaan kukin oikeudenala rakentuu, ja näistä taustatekijöistä konkreettiseen suuntaan siirtymällä on pyrittävä tekemään ratkaisu yksittäiseen oikeudelliseen ongelmaan. Tällä tavoin voidaan pyrkiä pitämään yllä oikeusjärjestyksen koherenssia ja konsistenssia.

8.2.3 Ulkoinen rajapinta

Kilpailuoikeudellisen sääntelyn on säilytettävä yhteys kohteeseensa. Kilpailuoikeudessa on tunnettava sääntelykohteen ominaispiirteet. On mahdollista puhua sääntelykohteen sisäisestä logiikasta. Kilpailuoikeus sääntelee talouden ja markkinoiden toimintaa. Kilpailuoikeudessa on otettava huomioon talouden reunaehdot. Kyse on keskeisesti siitä, kuinka oikeudellinen sääntely vaikuttaa talouden toimintaan. Riittävää ei siten ole yksinomaan talouden oikeudellisten puitteiden jäsentäminen, vaan on tunnettava talouden sisäisen dynamiikan mekanismit.

Kilpailuoikeudellisen arvioinnin kannalta olennaiseen asemaan nousee taloustiede. Taloustiede on portti talouden ominaispiirteiden jäsentämiseen; taloustiede on keskeinen työväline kilpailuoikeuden soveltamisessa. Kilpailuoikeuden säännöksistä ei voida useinkaan lukea sääntelyn yksityiskohtia, vaan tarvitaan taloustiedettä antamaan materiaalista sisältöä oikeudellisen kehikon ympärille. Toisaalta on muistettava, ettei kilpailuoikeutta voida palauttaa taloustieteen suoraksi soveltamiseksi. Kilpailuoikeudellisen sääntelyn keskeinen ominaispiirre on sen normatiivisuus. Kilpailuoikeus on yhteiskunnallisen sääntelyn muoto, johon välittyy impulsseja muun ohella politiikan ja moraalin alueilta.

> Kilpailuoikeuden ja taloustieteen suhdetta on mahdollista kuvata symbioottiseksi. Kilpailuoikeudellisen sääntelyn mielekkyys edellyttää taloustieteellisten seikkojen

tuntemusta: on ymmärrettävä taloudellisten ilmiöiden vuorovaikutussuhteet ja tunnistettava talouden sisäinen logiikka. Vastaavasti taloustieteelliset teoriat saavat institutionaalista tukea oikeudelliselta sääntelyltä. Taloustieteellisen teorian soveltaminen oikeudellisissa käytännöissä vahventaa teorian asemaa: taloustieteellisellä ajattelulla on merkitystä teoriatason lisäksi myös käytännössä. Taloustieteellisen ajattelun merkitys konkretisoituu oikeudellisten mekanismien avulla.

Taloustiede ei ole ainoa kanava, jonka kautta kilpailuoikeudessa voidaan muodostaa tuntuma sääntelykohteeseen. Tässä yhteydessä voidaan ottaa esille kaksi esimerkkiä. Talouden sisäisen logiikan ja sen ominaispiirteiden jäsentämisessä voidaan hyödyntää yhteiskuntatieteellistä tutkimusta. Manuel Castellsin tuotanto avaa mielenkiintoisen mahdollisuuden ymmärtää yritysten välisen yhteistyön ja verkostoitumisen merkitystä erityisesti uuden teknologian alueella.[312] Castells esittämien teoreettisten havaintojen perusteella voidaan jäsentää yritysten välisen yhteistyön merkitystä: legitiimit liiketoiminnalliset seikat on mahdollista ottaa asianmukaisella tavalla harkinnassa huomioon.

Manuel Castells kuvaa tuotannossaan markkinoiden rakenteen ja sen taustalla olevan yhteiskunnan muutosta. Keskustelu sijoittuu taloudelliseen ja yhteiskunnalliseen murrokseen, jota voidaan kutsua informatisoitumiseksi. Taloudellisen toiminnan järjestämistapa on muuttanut osin muotoaan. On mahdollista puhua taloudellisen paradigman muutoksesta.[313] Taloudessa korostuu informaation merkitys; informaatiosta on tullut talouden keskeinen raaka-aine. Teknisen tietämyksen merkitys voimistuu näissä olosuhteissa. Käytännön esimerkkinä voidaan pitää yhteiskunnan digitalisoitumista.

Castells jäsentää taloudellisen toiminnan organisoitumisen muutoksen olennaiseksi seuraukseksi verkostoitumisen kasvaneen merkityksen. Yritykset vastaavat talouden haasteisiin verkostoitumalla. Verkostoitumisen syyt liittyvät tältä osin globalisoitumiseen ja tekniikan nopeaan kehitykseen. Verkostoituminen on välttämätöntä taloudelliseen toimintaan liittyvien kustannusten ja riskien jakamiseksi.[314] Lisäksi verkostot tuovat yritysten toimintaan joustavuutta, mikä on olennaista erilaisten projektien toteuttamisessa. Yksin toimimalla yritys ei saavuta riittävää tehokkuuden tasoa. On jopa mahdollista luonnehtia, että verkostot ovat uuden talouden perusyksiköitä.[315]

Uudessa taloudessa korostuu verkostojen kautta yritysten välinen horisontaalinen yhteistyö, mitä on kilpailuoikeudessa perinteisesti pidetty perustaltaan epäilyksiä herättävänä. Yritykset ovat edelleen itsenäisiä toimijoita markkinoilla, mutta verkostojen jäseninä ne ovat samalla riippuvaisia toisistaan. Niiden välille syntyy erilaisia yhteyksiä: tavallista on, että yritykset verkostoituvat eri suuntiin.[316] Verkostojen jäse-

---

[312] Ks. tarkemmin Castells, s. 77–79.

[313] Aiemmat paradigman muutokset sijoittuvat 1700-luvun lopulle (mm. koneellistuminen) ja 1800-luvulle (mm. sähkövalo). Ks. tarkemmin näistä muutoksista Castells, s. 28–38.

[314] Ks. tarkemmin Castells, s. 77–79 ja 207–209.

[315] Castells, s. 214 ja 502.

[316] Verkostoja voi syntyä esimerkiksi toimittajien, valmistajien ja asiakkaiden välille sekä koskemaan standardisointia ja teknologiayhteistyötä. Ks. Castells, s. 207–209, jossa viitataan Dieter Ernstin jaotteluun.

ninä yritykset ovat samanaikaisesti yhteistyökumppaneita ja kilpailijoita.[317] Verkostoista voi muodostua erilaisia strategisia alliansseja, jolloin yritykset ottavat askeleita syvän yhteistyön suuntaan. Resursseja yhdistämällä voidaan saavuttaa tuloksia, jotka ovat yksittäisen yrityksen ulottumattomissa.

Verkostoituvan talouden kilpailuoikeudellinen sääntely muodostaa ison haasteen. Yritysten välisen yhteistyön sisältöä ja laajuutta on peilattava kunkin toimintaympäristön erityispiirteisiin. Kilpailuoikeudellisessa tarkastelussa on tunnistettava markkinoiden logiikka ja ominaispiirteet.[318] On kyettävä arvioimaan järjestelyn tavoitteiden hyväksyttävyyttä ja sen toteuttamiseksi käytettävien keinojen oikeasuhteisuutta. Muutoin seurauksena voi olla analyysi, jossa pelkistäen ja kategorisoiden kielletään markkinoiden toimivuutta edistäviä järjestelyitä.

Kilpailuoikeus on yksi yhteiskunnallisen sääntelyn muodoista. Kilpailuoikeuden soveltamistoimintaa voidaan arvioida yleisestä yhteiskunnallista sääntelyä koskevasta viitekehyksestä käsin. Anthony Ogusin tuotanto tarjoaa tähän hyvän mahdollisuuden.[319] Esille nousee muun ohella kysymyksiä sääntelyn toteuttamistavasta ja vaikuttavuudesta. On tutkittava sääntelyn käytännön toimivuutta siitä aiheutuvien kustannusten (muun muassa sääntelystä aiheutuneiden kustannusten ja hyötyjen välinen suhde) sekä sääntelyn itseohjautuvuuden (muun muassa kannustimet sääntelyyn vetoamiseen) kannalta.

Anthony Ogusin edustamaa sääntelyteoreettista lähestymistapaa voidaan käyttää hyödyksi markkinoiden ominaispiirteiden ja edelleen sääntelyn tarpeiden jäsentämisessä. Näin on menetellyt omassa väitöskirjassaan Pekka Timonen.[320] Ogus on määrittänyt yleisiksi taloudellisen sääntelyn perusteiksi muun muassa markkinoiden keskittymisen ja yksilöiden toiminnasta seuraavat eksternaliteetit.[321] Lisäksi Ogus ottaa esille yksilöiden rajoitetun rationaalisuuden. Vaikka Ogus ei nimenomaisesti tutki kilpailuoikeudellista sääntelyä, voidaan tästä taustasta löytää monia kosketuspintoja siihen. Oguksen viitoittaman polun merkitys liittyy ennen kaikkea yhteyden luomisessa kilpailuoikeuden ja muun yhteiskunnallisen sääntelyn välille. Kilpailuoikeus ei muodosta omaa saarekettaan, vaan se tulee nähdä yhtenä yhteiskunnallisen sääntelyn muotona. Toisaalta on muistettava, että sääntelyteoreettinen viitekehys ei tarjoa suoria vastauksia kilpailuoikeuden soveltamiskysymyksiin; kilpailuoikeudellisen sääntelykehikon sisällön määrittämisessä on syytä hyödyntää taloustieteellistä ainesta. Sääntelykehikon voima on ennen kaikkea jäsentämisessä ja tavoitteiden erittelyssä.

Sääntelyteoreettisen viitekehyksen avulla voidaan tarkastella kilpailuoikeuden soveltamisjärjestelmän toimintaa.[322] Arvioinnissa palataan muun ohella sääntelykustannusten ja -tulosten väliseen suhteeseen. Samalla voidaan myös jäsentää sääntelykoneiston ohjaamiseen liittyviä kysymyksiä. Aihepiiri on ajankohtainen, koska EU:n

[317] Ks. tarkemmin Castells, s. 174–176.
[318] Ks. myös M. Virtanen 2001, s. 234–249.
[319] Ks. erityisesti Ogusin teos Regulation vuodelta 1994.
[320] Ks. tarkemmin Timonen 1997, s. 100–101.
[321] Ks. Ogus, s. 29–46.
[322] Ks. myös Ogus, s. 111–117.

kilpailuoikeudessa on siirrytty hajautettuun soveltamisjärjestelmään, jossa komissio ja jäsenvaltioiden kilpailuviranomaiset muodostavat tiiviille yhteistyölle perustuvan verkoston.[323] Tämän verkoston toimivuuden ja kustannustehokkuuden arviointi on ollut vain rajallisesti esillä kilpailuoikeudellisessa tutkimuksessa.

8.2.3.1 Taloustiede

Taloustiede on keskeisin apuväline kilpailuoikeuden soveltamisessa. Sen käyttäminen ei kuitenkaan ole ongelmatonta. Taloustiede ei muodosta yhtä kokonaisuutta, vaan päinvastoin se jakaantuu useisiin eri osiin. Haasteena on tällöin taloustieteellisten näkökulmien moninaisuus. Moninaisuus on tunnistettava, kun hyödynnetään taloustiedettä kilpailuoikeuden soveltamisessa.

Taloustieteellinen tutkimus ankkuroituu lähtökohtiinsa. Taloustieteelliset teoriat sisältävät perustavia olettamia. Nämä olettamat ohjaavat taloustieteellisten näkökulmien muodostumista. Oikeustieteen kannalta ongelmallista on, että premissien esille tuominen on taloustieteessä usein vaillinaista. Taloustieteellinen harkinta perustetaan lähtökohdille, joiden asettamista ei useinkaan perustella kattavasti.[324] Ongelma on ilmeinen erityisesti silloin, kun taloustieteen tutkimustulosten avulla pyritään tekemään normatiivisia päätelmiä. Tällöin on tunnistettava ne arvot ja tavoitteet, joiden varaan taloustieteellinen teorianmuodostus rakentuu.

Premissit vaikuttavat voimakkaasti taloustieteellisen tulkintasuositusten sisältöön. Kyse on laajimmillaan taloutta koskevista peruskäsityksistä.[325] Kuvaavina esimerkkeinä voidaan pitää tehokkuus- ja kolluusiohypoteesejä. Kolluusiohypoteesi on ollut esillä erityisesti harvardilaisessa ajattelussa.[326] Kolluusiohypoteesin keskeinen olettama liittyy markkinoiden keskittymisen sekä yritysten kilpailua rajoittavan toiminnan väliseen yhteyteen, mistä seuraa talouden suorituskyvyn heikkeneminen. Vastaavasti chicagolaisessa ajattelussa on painotettu yritysten tehokkuuserojen ja siitä seuraavan markkinoiden keskittymiskehityksen luonnollisuutta.

Tehokkuushypoteesin mukaisesti markkinoiden keskittyminen nähdään yritysten tehokkuuteen perustuvana seikkana; suorituskykyisimmät yritykset menestyvät mark-

---

[323] Ks. rinnakkaisten soveltamisjärjestelmien toimintaa koskevasta keskustelusta yleisesti Dannecker – Jansen, passim.

[324] Kysymys on osaltaan tutkimustraditioon liittyvästä asiasta.

[325] Kuoppamäki on puhunut tältä osin taloustieteellisten teorioiden perustavista ainesosista. Ks. tarkemmin Kuoppamäki 2003, s. 206–209.

[326] Ks. tältä osin tarkemmin esim. Hildebrand 2002b, s. 132–133.

kinoilla ja voivat kasvattaa markkinaosuuttaan.[327] Tehokkuus ilmenee muun ohella mittakaavaetujen saavuttamisena. Mittakaavaedut vaarantuvat, mikäli tehokkaiden yritysten toimintaan puututaan yhteiskunnallisen sääntelyn keinoin. Chicagon koulun piirissä on suhtauduttu pidättyvästi esimerkiksi markkinavoimaa omaavien yritysten pilkkomiseen, koska pilkkomisen seurauksena yritykset joutuvat toimimaan optimaalista tilannetta tehottomammin ja seurauksena on yhteiskunnallinen hyvinvointitappio.[328]

Tehokkuushypoteesiin sisältyy ajatus markkinoiden oman dynamiikan toimivuudesta, jota ei tule yhteiskunnallisen sääntelyn keinoin tarpeettomasti horjuttaa. Näkökulma ilmenee esimerkiksi sitomisen kilpailuoikeudellisen arvioinnin yhteydessä.[329] Asiakkaiden lukkiutumisvaikutuksia ei pidetä lähtökohtaisesti merkityksellisinä, koska asiakkaiden on katsottava kykenevän ostopäätöstä tehdessään määrittämään hyödykekokonaisuuden yhteiskustannukset. Asiakkaiden suojaaminen nähdään tarpeettomana puuttumisena talouden toimintaan.

Kolluusio- ja tehokkuushypoteesien lähtökohtien eroavaisuudet vaikuttavat olennaisella tavalla talouden toiminnan jäsentämiseen. Kyse on siitä, millainen kuva taloudesta halutaan muodostaa. Lisäksi esille nousee talouden ja yhteiskunnallisen sääntelyn suhdetta koskevia perustavia näkökantoja.[330] Arviointi kulminoituu siihen, suhtaudutaanko talouden ohjaamiseen julkisen vallan toimin lähtökohtaisen hyväksyttävästi vai pidättyvästi. Premissit voidaan pyrkiä palauttamaan erilaisiin yhteiskunnallisiin näkemyksiin. Fox on esimerkiksi tehnyt jaottelun, jonka mukaan Chicagon koulukunnan taustalta voidaan löytää taloudellinen libertarismi ja poliittinen konservatismi, kun taas harvardilainen ajattelu linkittyy poliittiseen liberalismiin.[331] Tätä taustaa vasten on ymmärrettävää, että yleisen yhteiskunnallisen ilmapiirin kehittyminen voi vaikuttaa siihen, millainen merkitys erilaisille taloustieteellisille teorioille annetaan.[332] Toisaalta on huomattava, että taloustieteellisten teorioiden yhdistäminen erilaisiin yhteiskuntapoliit-

---

[327] Asetelmaan liittyy ajatus markkina-aseman saavuttamisen lisäksi sen ylläpitämisestä: yrityksen asema markkinoilla on murenemisuhan alainen, mikäli se ei kykene toiminaan tehokkaasti. Ks. tarkemmin Bork, s. 432.

[328] Ks. tarkemmin esim. Posner 2001a, s. 112.

[329] Ks. tarkemmin Bork, s. 438–439, ja Posner 2001a, s. 255.

[330] Tehokkuus- ja kolluusiohypoteesien taustalta voidaan löytää evolutionaarinen ja intentionaalinen lähestymistapa markkinoihin. Keskeinen kysymys liittyy markkinoiden itseohjautuvuuden asteeseen ja julkisen sääntelyn tarpeeseen. Tehokkuus- ja kolluusiohypoteesit edustavat poikkeavia käsityksiä markkinoiden perusluonteesta.

[331] Ks. tarkemmin Fox 2003, s. 152. Taloustieteellisen ajattelun taustaideologioiden voimakkaassa jäsentämisessä on omat vaaransa. Määrittely riippuu osittain valitusta tulokulmasta. Tässä yhteydessä käytetyt käsitteet liittyvät osaltaan amerikkalaiseen keskusteluun. Eurooppalaisessa katsannossa Chicagon koulukunnalla on voimakkaimmat kosketuspinnat taloudelliseen liberalismiin. Konservatiivisesti virittyneet hallitukset ovat puolestaan tiiviisti soveltaneet Chicagon koulun oppeja.

[332] Kuvaavan esimerkin muodostavat presidentti Reaganin valtaantulon vaikutukset Yhdysvaltain antitrust-lainsäädännön soveltamiseen. Ks. esim. Peritz 2000, s. 265–270.

tisiin suuntauksiin ei ole ongelmatonta. Päinvastoin suoraviivaiset johtopäätökset voivat olla tältä osin vaarallisia, koska erilaiset kytkennät taloustieteellisten teorioiden ja yhteiskuntapoliittisten suuntausten välillä ovat mahdollisia. Oikeudellisessa harkinnassa on kategorisoivan luokittelun sijaan tunnistettava taloustieteellisten teorioiden yhteiskunnalliset taustakytkennät ja kyettävä suhteuttamaan taloustieteellisten teorioiden lähtökohdat normatiiviseen kehikkoon. Viime kädessä on tehtävä valintoja, jotka perustuvat oikeudellisen taustan asettamiin vaatimuksiin.

Oikeudellisessa soveltamistoiminnassa on varmistuttava käytettävien taloustieteellisten teorioiden asianmukaisuudesta. Tämän voidaan katsoa tarkoittavan ainakin kahdentyyppisiä vaatimuksia teorioille. Niiden on oltava perustaltaan kestäviä. Kestävyydellä voidaan katsoa tässä yhteydessä ymmärrettävän erityisesti teorioiden empiirisen tai tieteellisteoreettisen perustan vahvuutta. Pelkkä teoreettinen eleganttius ei riitä perustelemaan teorian käyttämistä.[333] Arvioinnissa palataan taloustieteellisen keskustelun sisältöön. Kontrollimekanismin keskeinen osa tulee taloustieteen sisältä. Kyse on taloustieteellisen keskustelun kerrostuneisuudesta. Toisaalta uusien taloustieteellisten teorioiden käyttämisen on oltava mahdollista. Niillä on kuitenkin osoitettava olevan riittävän vahva perusta.

Kilpailuoikeuden soveltaminen asettaa erityisiä vaatimuksia käytettäville taloustieteellisille teorioille. Kilpailulainsäädännön soveltamisresurssit saattavat olla monellakin tavalla rajalliset. Kilpailulainsäädännön soveltajalla on usein rajoitettu määrä informaatiota ja aikaa käytettävissään. Nämä seikat on otettava huomioon taloustieteellisten teorioiden käytännön merkitystä harkittaessa. Taloustieteellisten teorioiden on oltava operationalisoitavissa.[334] Tieteellinen korkeatasoisuus ei yksin riitä, jos teorioiden soveltamiseen ei käytännössä ole mahdollisuuksia. Asetelma merkitsee tasapainoilua kahden potentiaalisesti vastakkaisen näkökulman välillä. Kilpailuoikeuden keinoin on puututtava vain markkinoiden toimintaa tosiasiassa rajoittaviin menettelyihin. Yksilöiden toimintamahdollisuuksia ei saa perusteettomasti rajoittaa. Tarvitaan tarkkaa taloudellista analyysiä järjestelyn kilpailua rajoittavista vaikutuksista. Toisaalta kilpailuoikeudellisen sääntelyn on varmistettava markkinoiden toimintaedellytykset. Taloustieteen käyttäminen kilpailulainsäädännön soveltamisen apuvälineenä ei saa merkitä sitä, että lainsäädännön soveltaminen vaikeutuu kohtuuttomasti tai muuttuu vaikeasti ennakoitavaksi. Yksilöiden perustellut oikeusturvaodotukset on pystyttävä tältä osin varmistamaan. Esillä olevaan asetelmaan ei ole olemassa

---

[333] Ks. myös Hovenkamp 1999, s. 68–70.

[334] Ks. tältä osin esim. O'Donoghue – Padilla, s. 182, 393, 359 ja 517. Ks. myös Hovenkamp 1999, s. 70.

valmista ratkaisua, vaan siitä seuraa tarve jatkuvaan punnintaan kilpailulainsäädännön soveltamistoiminnassa.[335]

Taloustiedettä sovelletaan kilpailuoikeuden osalta oikeudellisesti määrittyneissä puitteissa. Taloustieteellinen argumentaatio antaa osaltaan sisältöä oikeusnormeille, mutta toisaalta taloustieteen soveltamisessa on otettava huomioon oikeudelliset puitteet. Sääntelykohteen taloustieteellisessä hahmottamisessa ei voida sivuuttaa institutionaalisia puitteita. Asetelmaa voidaan valaista kahden esimerkin avulla.

> Kilpailunrajoituslain 1.2 §:n mukaan lain soveltamisessa on otettava huomioon elinkeinotoiminnan vapauden turvaaminen perusteettomilta esteiltä ja rajoituksilta. Elinkeinovapauden turvaamisen lähtökohtainen asema kilpailurajoituslain soveltamisessa on ratkaistu lainsäädäntötasolla.[336] Tätä seikkaa ei voida ohittaa taloustieteellisessä argumentaatiossa. Perusteltua ei ole kiistellä esimerkiksi siitä, tulisiko kilpailulainsäädännön ainoana tehtävänä olla allokatiivisen tai tehokkuuden jonkun muun muodon edistäminen. Keskeistä on sitä vastoin arvioida, millainen merkitys elinkeinotoiminnan vapauden turvaamiselle on kilpailulainsäädännön soveltamisessa annettava ja miten tämä päämäärä suhteutuu kilpailulainsäädännön muihin päämääriin.
>
> Toiseksi taloustieteellisessä argumentaatiossa on usein ollut esillä väite, jonka mukaan talouden arvioinnissa on olennaista hyvinvoinnin kokonaismäärän lisäys eikä hyvinvoinnin jakaantumiseen tarvitse kiinnittää huomiota.[337] Tämän argumentin oikeudelliseen merkitykseen vaikuttaa osaltaan EUT-sopimuksen 101(3) artiklan määräys, jonka mukaan kuluttajien on saatava kohtuullinen osuus järjestelyn avulla saavutetusta hyödystä.[338] Oikeudellisen harkinnan rajat eivät aina kulje samoilla linjoilla taloustieteellisten teorioiden kanssa.
>
> Monet lainsäädännössä tehdyt ratkaisut koskevat moniulotteisia kysymysryhmiä, jotka ovat usein taloustieteellisesti kiistanalaisia. Lainsäädäntöratkaisuja ei tehdä irrallaan taloustieteellisestä ajattelusta, vaan taloustieteellinen aines suodattuu eri tavoin lainsäädäntöprosessiin. Kyse voi olla joissain tapauksissa ratkaisujen taustaoletta-mista tai eräänlaisesta esiymmärryksestä, toisinaan taloustieteellinen ajattelu voi vaikuttaa välittömästi sääntelykohteesta syntyvään kuvaan. Lainsäätäjän tehtävänä on muodostaa kokonaiskuva, johon voivat heijastua erilaiset taloustieteelliset ajattelutavat. Lainsäätäjän ratkaisu on normatiivinen, mutta siihen vaikuttaa osaltaan taloudelliseen ajatteluun perustuva taustakehys.

---

[335] Tällä hetkellä ajankohtainen kysymys EU:n ja käytännössä samalla Suomen kilpailulainsäädännössä liittyy EUT-sopimuksen 101 ja 102 artiklan soveltamisen uudistamiseen siten, että taloustieteellisen aineksen merkitys korostuu. Taloustieteellinen argumentaatio parantaa lähtökohtaisesti soveltamisen osumatarkkuutta, mutta samalla se asettaa merkittäviä haasteita soveltajille ja soveltamiskäytännöille.

[336] Ks. tämän suojan edellytysten kvalifioimista koskevasta keskustelusta esim. HE 88/2010 vp, s. 54.

[337] Ks. esim. Tirole, s. 12.

[338] Ks. EUT-sopimuksen 101(3) artiklan osalta luku IV.2.4.

Kilpailulainsäädäntöä ei tule nähdä pysähtyneenä instituutiona, jonka sisältö on naulattu tiukasti kiinni. Päinvastoin kilpailulainsäädännön ja kilpailuoikeudellisen harkinnan tulee jatkuvasti kehittyä. Oikeuskäytännöllä on tässä suuri merkitys: uusien oikeudellisten ongelmien esiin nouseminen antaa perusteen punnita tehtyjä ratkaisulinjauksia yhä uudelleen. Kilpailuoikeuden sisällön muovautuminen on nähtävä prosessina, jonka ominaispiirteenä on muutoksen jatkuva mahdollisuus. Prosessissa taloustieteellä on oma roolinsa. Taloustieteen tehtävänä ei ole vain justifioida omaksuttuja ratkaisukäytäntöjä, vaan taloustieteen tulee myös tarjota kriittistä potentiaalia kilpailulainsäädännön sisällölliseen päivittämiseen. Taloustiede avaa yhden kanavan kilpailuoikeuden kehittämiseen. Harkinnan oikeudellisesta luonteesta huolimatta taloustieteen merkitys kilpailuoikeuden kehityksen mahdollistajana on huomattava.

8.2.3.2 Taloustieteellisen harkinnan rakenne

Taloustieteestä on löydettävissä kolme keskeistä ja samalla rinnakkaista tapaa arvioida taloutta ja taloudellisia ilmiöitä. On mahdollista nostaa aikaisemman tarkastelun mukaisesti esille toimialakohtainen, yrityskohtainen ja systeemitasoinen näkökulma.[339]

Toimialakohtaisessa tarkastelussa painottuvat markkinoita kokonaisuutenaan koskevat seikat, joista voidaan mainita esimerkkeinä markkinoiden keskittymisaste ja markkinoille pääsyn esteet. Markkinoiden rakenteen katsotaan vaikuttavan yritysten käyttäytymiseen ja edelleen markkinoiden suorituskykyyn. Arvioinnin polttopisteessä ovat markkinoiden tasapainotilat ja markkinoiden toiminnan lopputulokset. Vaihtoehtoisen tavan muodostaa yritysten toimintaan kiinnittyvä tarkastelu: kilpailu nähdään yritysten välisenä kamppailuna, prosessina, jossa yritykset pyrkivät saavuttamaan etulyöntiaseman kilpailijoihinsa nähden ja näin parantamaan asemaansa markkinoilla. Arvioinnissa painottuu voimakkaasti markkinoiden dynamiikka: olennaista ei ole tasapainotilojen hakeminen vaan yritysten välisen kilpailuprosessin jäsentäminen. Kolmanneksi taloutta on mahdollista tarkastella sen systeemisessä ulottuvuudessa. Keskeistä on kilpailun merkitys yksilöiden oikeuksien käyttämisen ja yhteiskunnan kokonaisvaltaisen toimivuuden kannalta. Kilpailua arvioidaan yhteiskunnallisessa viitekehyksessään, mikä heijastuu oikeudellisen sääntelyn toteuttamiseen.

Kilpailuoikeudellisessa tarkastelussa on mahdollisuuksien mukaan käytettävä näitä rinnakkaisia näkökulmia hyödyksi. Näin voidaan pyrkiä varmistamaan kilpailuoikeudellisen arvioinnin kokonaisvaltaisuus, jonka avulla saavutetaan

---

[339] Ks. luku II.6.2.

mahdollisimman kattava arviointiperusta taloudellisille ilmiöille ja niitä sääteleville toimille. Rinnakkaisia näkökulmia on pyrittävä yhdistämään. Niillä on usein toisiaan täydentävä vaikutus. On mahdollista löytää lähestymistapoja, jotka vain yhteen lähestymistapaan perustuvassa arvioinnissa jäisivät katveeseen.

Eri näkökulmien valikoivaa yhdistämistä on kilpailuoikeudessa ja kilpailun taloustieteessä kutsuttu *eklektiseksi* tutkimusmetodiksi. Se on erityisesti viime aikoina ollut esillä suomalaisessa kilpailuoikeudellisessa tutkimuksessa. Metodin uraauurtavana soveltajana ja jatkokehittäjänä suomalaisessa taloustieteellisessä tutkimuksessa voidaan pitää Martti Virtasta. Oikeustieteen puolella Petri Kuoppamäki on muovannut Virtasen esittämiä ajatuksia ja soveltanut metodia omissa tutkimuksissaan. Eklektisen tutkimusmetodin keskeisenä havaintona voidaan pitää sitä, että usein monimutkaisesta taloudellisesta maailmasta ei saada kestävää otetta vain yksittäistä taloudellista teoriaa soveltamalla. Systemaattisen kuvan muodostaminen edellyttää eri teorioiden ja talouden välisten yhteyksien tarkastelemista kussakin tilanteessa. Eri lähestymistapoja ja niiden tarjoamaa tietoa yhdistämällä voidaan löytää asianmukainen vastaus kulloiseenkin tutkimus- tai soveltamiskysymykseen.

Eklektisyyden käsitteen perusteet ovat löydettävissä John H. Dunningin tuotannosta.[340] Virtanen on soveltanut eklektistä metodia määräävän markkina-aseman tarkasteluun. Hän jakaa määräävän markkina-aseman neljään osaan.[341] Arvioinnin perustan muodostaa rakenteellinen pilari; markkinarakenteen katsotaan asettavan keskeiset puitteet yritysten toiminnalle. Tarkastelu on tältä osin perusteiltaan staattista. Toisaalta yritykset voivat omilla toimillaan pyrkiä muovaamaan markkinaolosuhteita. Tämä näkökulma on Virtasen mallissa otettu huomioon strategisen käyttäytymisen pilarissa. Rakenteellisesta näkökulmasta irtaannutaan kilpailuetuja koskevan tarkastelun avulla. Näkökulma siirtyy markkinoista yksittäisiin yrityksiin ja niiden vahvuuksiin. Näin malliin saadaan selvä dynaaminen ulottuvuus. Tarkastelun dynamiikka perustuu yrityskohtaisten kilpailuetujen jäsentämiseen; kilpailuedut ovat tyypillisesti markkinoilla jatkuvan murenemisuhan alaisia. Mallinsa neljänneksi osaksi Virtanen määrittää systeemisen pilarin, joka koskee talouden ja demokraattisen yhteiskunnan välistä suhdetta.

Kuoppamäki soveltaa eklektistä lähestymistapaa määräävän markkina-aseman jäsentämiseen.[342] Kuoppamäen tarkastelun perusta on Virtasen aiemmassa mallissa, vaikka Kuoppamäki esittää joiltakin osin kriittisiä arvioita Virtasen tekemistä ratkaisuista ja kehittää tarkastelua omaperäiseen suuntaan. Kritiikin kohteena on muun ohella eri osioiden keskinäisiä suhteita koskevan jäsennyksen ohuus eli metateorian puuttuminen. Kuoppamäki hahmottaa määräävän markkina-aseman muodostuvan neljästä tyypillisestä piirteestä. Rakenteellinen tarkastelu ja strateginen käyttäytyminen ovat tuttuja Virtasen mallista. Uusia elementtejä ovat kauppakumppanin riippu-

[340] Ks. tarkemmin esim. Dunningin teos International Production and the Multinational Enterprise.
[341] Ks. tarkemmin M. Virtanen 1998, s. 309–311.
[342] Ks. tarkemmin Kuoppamäki 2003, s. 242–245.

vuus sekä määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen mahdollisuus vaikuttaa hintatasoon (hinnoittelun nostaminen yli rajakustannusten). Kuoppamäen mallissa korostuvat staattiset, markkinoiden rakenteeseen ja sitä koskevaan strategiseen käyttäytymiseen liittyvät näkökohdat. Hän ei sisällytä malliinsa kilpailuetuja, vaan dynaamiset seikat näyttäytyvät tarkastelun osien kautta. Tämä merkitsee osaltaan mahdollisuutta osallistua vain rajallisesti keskusteluun yritysten kilpailuetujen ja kilpailuoikeudellisen sääntelyn välisestä suhteesta. Tältä osin tehty valinta on kritiikille altis.[343]

Eklektisyydelle on tyypillistä valikoivuus: eri tekijöitä ja arviointikriteereitä yhdistetään tarkastelussa. Tämä on metodin selkeä vahvuus. Toisaalta metodin haasteeksi voi nousta tarkastelun hajanaisuus. Mahdollisia arviointikriteereitä on useita, ja on kyettävä määrittämään kriteerien keskinäiset painoarvot. Lisäksi on löydettävä luotettavat mittarit taloustieteellisten näkökulmien käyttämiseen. Kyse on taloustieteen operationalisoinnista: taloustieteellisten välineiden on oltava realistisesti käytettävissä, jotta ne ovat merkityksellisiä kilpailuoikeudellisen soveltamistoiminnan kannalta. Näistä haasteista huolimatta pyrkimys kilpailuoikeudellisen tarkastelun kokonaisvaltaisuuteen on perusteltu.

Taloudellisten mallien tasolla voidaan arvioida, millaisiin seikkoihin kilpailuoikeudellisessa tarkastelussa on kiinnitettävä huomiota. Seuraavaksi suoritettavan tarkastelun keskiössä on taloustieteellisen harkinnan rakenteen hahmottaminen. Tarkoituksena ei ole yksittäisten kilpailuoikeudellisten ongelmien ratkaiseminen.

Kilpailuoikeudessa talouden toimialakohtaisella tarkastelulla on vakiintuneesti ollut keskeinen asema. Tämä on ymmärrettävää, koska kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa keskitytään markkinoiden toimivuuden jäsentämiseen.[344] Lähtökohdan tarjoaa toimialan taloustiede, jonka perustavana tarkastelutapana voidaan pitää SCP-teoriaa. Sen avulla talouden toiminta jaetaan neljään osa-alueeseen, jotka ovat perusolosuhteet, rakenne, käyttäytyminen ja talouden suorituskyky.[345] SCP-teorian perustava idea voidaan kiinnittää markkinoiden osa-alueiden keskinäisiin suhteisiin: pelkistetysti ilmaistuna markkinoiden rakenne ohjaa yritysten käyttäytymistä, joka puolestaan heijastuu talouden suorituskykyyn.

SCP-teorian mukaan markkinoiden keskittyminen vaikuttaa yritysten markkinoiden toimintaa haittaaviin menettelyihin: keskittyminen lisää yritysten välistä kilpailua rajoittavaa yhteistyötä. Arvion taustalla ovat alun perin erilaisten toimialojen väliset vertailut.[346] Empiiristen havaintojen avulla on johdettu syy-seuraussuhteita markkinoiden osa-alueiden välille. Tehtävä johtopäätös on muotoiltu kolluusiohypoteesiksi. SCP-kehikkoa on sovellettu erityisesti harvardilaisessa ajattelussa. Keskittymisestä

---

[343] Ks. tarkemmin M. Virtanen 2003, s. 1341.

[344] Asetelma näyttäytyy mm. siten, että kilpailuoikeudellisen analyysin vakiintuneena lähtökohtana on relevanttien tuotekohtaisten ja maantieteellisten markkinoiden määrittäminen.

[345] Ks. SCP-tarkastelusta esim. Scherer – Ross, s. 4–7.

[346] Ks. tarkemmin Scherer – Ross, s. 57–70.

seuraa tarve puuttua yhteiskunnallisin keinoin markkinoiden toimintaan. Markkinoilla olevien toimijoiden lukumäärän ja kokojakauman voidaan olettaa heijastuvan kilpailun rajoittamisen todennäköisyyteen.[347]

SCP-teoria on saanut osakseen voimakasta kritiikkiä.[348] Kritiikki on pohjautunut useisiin seikkoihin, jotka ovat liittyneet myös analyysin olennaisiin lähtökohtiin. Jaottelua rakenteeseen, käyttäytymiseen ja suorituskykyyn on pidetty joidenkin tekijöiden osalta epämääräisenä. Ehkäpä perustavin kritiikki on kohdistunut rakenteen, käyttäytymisen ja suorituskyvyn välisiin suhteisiin. SCP-teoriassa omaksuttujen syy-seuraussuhteiden logiikka on kyseenalaistettu: rakenteen ei ole katsottu yksinomaan ohjaavan yritysten käyttäytymistä markkinoilla ja edelleen markkinoiden suorituskykyä, vaan erilaiset takaisinkytkennät talouden osatekijöiden välillä on nähty mahdollisiksi. Kritiikkiä on lisäksi esitetty SCP-teorian perustana olevan taloudellisen aineiston relevanttiuden osalta. Toimialakohtaisten vertailun merkitys on katsottu rajalliseksi, mikäli toimialojen ominaispiirteiden välillä on suurta vaihtelua.

Yhden perustavan kritiikin lähteen on muodostanut moderni hintateoria, jonka mukaan markkinoiden toimivuutta arvioidaan sen lopputulosten kannalta. Olennaista on tällöin kuluttajien hyvinvointi. Hyvinvoinnin tasoa mitataan kuluttajien maksamien hyödykehintojen ja tuotantokustannusten välisen suhteen avulla. Näkökulmaa on voimallisesti edustanut Chicagon koulu. Näkökulma poikkeaa olennaisesti SCP-analyysin mukaisesta ajattelusta. Markkinoiden keskittyminen ja yrityskohtaiset tehokkuuserot mielletään luonnolliseksi osaksi markkinatalouden toimintaa.[349] Markkinoiden keskittyminen on suotavaa, jos kuluttajat hyötyvät tästä hintojen alenemisen seurauksena. Oletuksena on, että keskittyminen on seurausta tehokkuudesta.[350]

---

[347] Markkinoiden keskittymisastetta voidaan arvioida erilaisten mittareiden avulla. Vakiintuneen aseman on saavuttanut Herfindahl-indeksi, joka yritysten neliöön korotetut markkinaosuudet lasketaan yhteen. Ks. tarkemmin esim. Lipczynski – Wilson – Goddard, s. 217–219, ja Tirole, s. 221–223. Herfindahl-indeksin haasteena on erityisesti se, ettei tarkkaa rajaa markkinoiden keskittymisasteen ongelmallisuudelle ole mahdollista asettaa. Herfindahl-indeksi soveltuu erityisesti markkinoiden keskittymisasteen muutosten seurantaan. Indeksin muutos voi olla indisio yksityiskohtaisen kilpailuoikeudellisen analyysin tarpeesta. Markkinoiden keskittymisasteen arvioinnissa on käytetty HH-indeksin lisäksi myös muita mittareita. Tarkastelu voi keskittyä esimerkiksi 3–10 suurimman yrityksen markkinaosuuksiin. Tavanomaisesti on käytetty CR4-indikaattoria, jolloin arvioinnin kohteena ovat neljän suurimman yrityksen markkinaosuudet. CR4-indikaattorin osalta on esitetty rajaksi 50 prosenttia, jonka ylittämisen jälkeen vaikuttimet kilpailun rajoittamiseen nousevat tyypillisesti huomattaviksi. Ks. tarkemmin Kamerschen, s. 193–209.

[348] Ks. tarkemmin Lipczynski – Wilson – Goddard, s. 14–16.

[349] Ks. esim. Hovenkamp 1999, s. 44–45.

[350] Markkinoiden toimivuuden ja hintatason suhdetta voidaan tarkastella esimerkiksi Lernerin indeksin avulla. Ks. tarkemmin Lipczynski – Wilson – Goddard, s. 57–58. Lernerin indeksi kuvaa hintatason ja marginaalikustannusten välistä yhteyttä. Kyky hinnoitella marginaaliskustannusten yli ilmentää yrityksen markkinavoimaa. Asetelma on tyypillisesti tällainen monopoliyrityksen osalta (P>MC). Täydellisen kilpailun vallitessa hyödykkeiden hinnat ajautuvat vastaamaan hyödykkeiden valmistamisen marginaalikustannuksia (P=MC). Hinta–kustannus-marginaaliin perustuvaa tarkastelua voidaan laajentaa toimialan laajuiseksi. Kilpailun asteen arvioimisessa voidaan lähteä siitä, että kilpailun toimivuuden heikkeneminen näkyy kohonneina käyttökatteina. Toisaalta on muistettava, että kilpailun kiristyminen voi nostaa hintamarginaalia, mikäli voimistuvan kilpailun seurauksena markkinoilta poistuu tehotonta kapasiteettia. Hinta-kustannus -marginaalin lisäksi huomiota voidaan kiinnittää markkinoilla toimivien yritysten kannattavuuteen. Boonen indikaat-

Toimialan taloustieteessä on vastattu esitettyyn kritiikkiin modernisoimalla SCP-analyysiä. NIO-tutkimussuuntauksen keskeisenä piirteenä voidaan pitää sen havainnoimista, että rakenne, käyttäytyminen ja talouden suorituskyky ovat vuorovaikutussuhteessa keskenään. Rakenteen suhde yritysten toimintaan ja edelleen markkinoiden suorituskykyyn ei ole yksisuuntainen, vaan takaisinkytkentöjä voi ilmetä. Tämä havainto tarkoittaa muun ohella sitä, että yritysten katsotaan omilla toimillaan voivan vaikuttaa markkinoiden rakenteeseen. SCP-kehikon modernisoiminen on avannut olennaisen sijan strategiselle ja peliteoreettiselle ajattelulle.[351]

SCP-kehikon muodostaminen on perustunut toimialojen välisiin vertailuihin. Tällöin käytettävissä oleva aineisto on ollut sisällöltään varsin yleistä. Ongelmaksi voi nousta erityisesti toimialojen ominaispiirteiden vaihtelu.[352] Yhden toimialan olosuhteista ei välttämättä voida tehdä johtopäätöksiä toisen toimialan osalta. Tämä ongelmakohta on pyritty poistamaan NEIO-tutkimussuuntauksessa.[353] Ajatuksena on aiempaa tarkemman aineiston käyttäminen, jolloin virhemarginaalit lähtökohtaisesti alenevat. Kyseessä voidaan katsoa olevan siirto kohti yritystasoista analyysiä: siirto tehdään kuitenkin SCP-mallin mukaisissa puitteissa, jolloin toimialakohtaisten seikkojen asema on keskeinen.

---

tori tarjoaa tähän hyvän työvälineen. Ks. tarkemmin Boone 2008, s. 587–589. Kilpailun toimivuutta voidaan arvioida estimoimalla aste, jonka mukaan tehottomia yrityksiä rangaistaan alhaisemmalla kannattavuudella. Kilpailun kiristyminen merkitsee rankaisun voimistumista. Boonen indikaattori antaa tietoa kilpailuintensiteetin muutoksesta, mutta indikaattorin avulla ei välttämättä voida esittää arvioita kilpailun asteesta. Muutoksen avulla on mahdollista verrata eri toimialojen kehityskulkuja keskenään.

[351] Strategisen ajattelun keskeisenä kehittäjänä voidaan pitää Michael E. Porteria. Porterin teoriat ovat kytkettävissä tiiviisti SCP-taustaan. Ks. Teece – Pisano – Shuen, s. 510. Ks. myös Lipczynski – Wilson – Goddard, s. 16–17. Porterin mukaan yritysten strategisen käyttäytymisen perustavana tavoitteena on hintamarginaalien luominen ja ylläpitäminen sekä siten yrityksen kannattavuuden säilyttäminen yli kilpaillun tason. Yrityksen toimintamahdollisuuksiin vaikuttavat keskeisesti viisi voimaa, jotka ovat kilpailijoiden asema, uusien kilpailijoiden markkinoille tuleminen, uudet hyödykkeet, ostajien markkinavoima ja toimittajien markkinavoima. Yrityksen toimia markkinoilla arvioidaan suhteessa näihin tekijöihin. Yritys voi pyrkiä vahventamaan asemaansa esimerkiksi tekemällä erilaisia strategisia investointeja, hankkimalla patentteja taikka heikentämällä kilpailijansa asemaa kustannukset alittavalla hinnoittelulla.

Peliteoreettisen arvioinnin lähtökohtana on havainto siitä, että yrityksen toimintaolosuhteet markkinoilla eivät ole vakaat. Yritykset ovat keskenään vuorovaikutussuhteessa, minkä vuoksi niiden on otettava toistensa toimet huomioon omassa päätöksenteossaan. Peliteoria merkitsee siirtoa empiirisestä aineistosta teoreettiseen suuntaan: markkinoiden toimintaa arvioidaan empiirisen aineiston sijaan tieteellisestä näkökulmasta. Peliteoreettisten mallien avulla voidaan tarkastella esimerkiksi kilpailua oligopolistisilla markkinoilla. Peliteoreettinen malli voidaan tällöin rakentaa erilaisten oligopoliteorioiden, kuten Bertrand ja Cournot, varaan. Ks. tältä osin tarkemmin Tirole, s. 209–221. Peliteoreettisia asetelmia on mahdollista luokitella eri tavoin. Vangin dilemma on keskeinen peliteoreettinen malli. Kyse on dilemmasta, jossa analysoidaan keskinäisen luottamuksen puutteen vaikutusta toimintaan. Pelit voivat rakentua yhdestä tai useammasta siirrosta. Yhteistä peliteoreettisille malleille on yhden tai useamman tasapainotilan hakeminen. Pyrkimyksenä on määrittää asetelma, joka on pelin osapuolille edullisin ja siten parhaiten hyväksyttävissä oleva. Ks. toistuvista peleistä tarkemmin Tirole, s. 245–247.

[352] Ks. SCP-kehikon ongelmista esim. Hovenkamp 1999, s. 42–46.

[353] Ks. tarkemmin Lipczynski – Wilson – Goddard, s. 332.

SCP-mallin mukaisella arvioinnilla on merkittävä asema kilpailuoikeudellisessa tarkastelussa. Markkinoiden määrittely muodostaa vakiintuneen lähtökohdan kilpailuoikeudellisten säännösten soveltamisessa. Toimialan taloustieteen menetelmien kritiikki on johtanut muutoksiin, jotka ovat parantaneet arvioinnin luotettavuutta ja käyttökelpoisuutta.

Kilpailuoikeudellisessa tarkastelussa keskittyminen toimialatasoon ei ole riittävää, vaan sitä on täydennettävä yrityskohtaisella arvioinnilla. Ei ole perusteltua pysähtyä jäsentämään markkinoiden toimintaa sellaisenaan, vaan on kyettävä menemään markkinoiden taakse. On selvitettävä, millaiseen prosessiin markkinoiden toiminta perustuu. Yksi selittävä tekijä voidaan löytää yritystasolta. Tällöin kilpailuoikeudellinen tarkastelu avautuu strategisen johtamisen teorioiden suuntaan.[354] Yrityskohtaisessa arvioinnissa keskeiseen asemaan nousevat yritysten kilpailuedut. Yritysten toiminta markkinoilla voidaan nähdä tähtäävän kilpailuetujen hankkimiseen ja ylläpitämiseen. Kilpailuedut ovat portti toiminnan tuloksellisuuteen ja siten menestykseen markkinoilla.[355]

Strategisen johtamisen tutkimuksessa on yritysten kilpailukäyttäytymistä ja samalla kilpailuetujen hankintaan tähtäävää toimintaa arvioitu kolmesta pääasiallisesta suunnasta. Porterin kilpailuvoimien tarkasteluun kytkeytyvä malli saavutti johtavan aseman 1980-luvulta alkaen. Siinä tukeudutaan voimakkaasti SCP-paradigmaan; kilpailuedun lähteet kytketään mallissa lähtökohtaisesti markkinoiden rakenteellisiin ominaisuuksiin. Tämä seikka on omiaan stabilisoimaan tarkastelua, vaikka Porterin mallia on mahdollista dynamisoida.[356] Toinen yritysten strategista käyttäytymistä jäsentävä tutkimussuuntaus liittyy peliteorioiden soveltamiseen. Yritysten keskinäinen vuorovaikutus markkinoilla hahmotetaan strategiseksi käyttäytymiseksi, jossa päätösten tekemiseen vaikuttavat kilpailijoiden toimet.[357] Pelin etenemistä ohjaa tarkastelun perustaksi omaksuttu käsitys markkinoiden toiminnan luonteesta.[358] Kolmantena ja samalla ehkä mielenkiintoisimpana yritysten markkinakäyttäytymistä tarkastelevana

---

[354] Arvioinnin näkökulma muuttuu toimialakohtaiseen tarkasteluun verrattuna. Kilpailu nähdään yritysten välisenä kamppailuna. Kilpailu mielletään prosessiksi eikä markkinoiden saavuttamaksi tasapainotilaksi. Asetelma liittyy perustaviin markkinoiden toimintaa koskeviin käsityksiin. Ks. tarkemmin luku II.6.2.2.2.

[355] Kilpailuedut voivat perustua erilaisiin seikkoihin. Yrityksellä oleva tieto ja kyky sen käyttämiseen voivat muodostaa kilpailuedun suhteessa kilpailijoihin. Tällaisella tiedolla voidaan tarkoittaa esimerkiksi teknologista tietämystä ja erilaisia sosiaalisen pääoman muotoja. Yrityksen kilpailuedun lähteenä voivat olla erilaiset kapabiliteetit eli kyvykkyydet. Tällainen kyvykkyys voi ilmetä esimerkiksi taitona yhdistää tietoa. Kolmanneksi on mahdollista nivoa yhteen tieto- ja kyvykkyysperusteinen arviointitapa, jolloin puhutaan yrityksen resursseista kilpailuedun perustana. Resursseilla tarkoitetaan yrityksen käytössä olevia pääomia. Ks. tarkemmin esim. Hunt, s. 135–138. Näkökulma on laaja ja se mahdollistaa yrityksen vahvuuksien kokonaisvaltaisen tarkastelun.

[356] Ks. tarkemmin Porter 1991, s. 95–117.

[357] Peliteoreettisen arvioinnin haasteena on markkinatoimintojen pelkistäminen: markkinoilla toimiminen nähdään lähtökohtaisesti yksinomaan strategisena käyttäytymisenä. Vaarana on tällöin maailmankuvan tarpeeton kaventuminen. Ks. tarkemmin Teece – Pisano – Shuen, s. 512.

[358] Olettamat voivat perustua esimerkiksi hintakilpailun luonteeseen (mm. erilaiset oligopoliteoriat) taikka erilaisten strategisten etulyöntiasemien (mm. aikainen alalle tuleminen) olemassaoloon.

teoriakimppuna voidaan pitää resurssiperustaista näkökulmaa.[359] Yritykset nähdään heterogeenisinä toimijoina, joilla on erilaisia vahvuuksia markkinoilla toimimiseen. Yrityksen resurssit asettavat puitteet ja ohjaavat yrityksen toimintaa markkinoilla.

Resurssiperustainen tutkimus on saavuttanut merkittävästi alaa yritysten strategisen käyttäytymisen tutkimuksessa. Samalla on kuitenkin huomattava, että teorian kehittäminen on voimakkaassa muutosvaiheessa; monia kysymyksiä on edelleen ratkaisematta. Kilpailuoikeudellisen tutkimuksen kannalta resurssiperustainen tutkimus muodostaa mielenkiintoisen väylän yrityskohtaisten ominaisuuksien ja voimavarojen jäsentämiseen.[360] Kilpailuoikeudellisen tarkastelun osumatarkkuutta voidaan parantaa, kun yrityskohtaisten tekijöiden huomioon ottaminen analyysissä on mahdollista. Kilpailuoikeudellisen sääntelyn keinoin puututaan vain sellaisiin menettelyihin, jotka ovat sääntelyn tavoitteiden vastaisia.

Resurssiperustaiseen tarkasteluun kytkeytyy olennaisena osana markkinoiden dynaamisen luonteen jäsentäminen. Kilpailuetuja ei ole perusteltua tarkastella pistemäisesti, koska kilpailuedut ovat lähtökohtaisesti jatkuvan murenemisuhan alaisia. Uhan tasoon vaikuttavat kilpailuedun luonne (salaisuus, imitaatioherkkyys, uusien innovaatioiden todennäköisyys) ja kilpailuprosessin intensiteetti. Yrityksen on kyettävä säilyttämään keskeiset kilpailuetunsa, jotta yritys voi menestyä ja viime kädessä säilyä markkinoilla. Tämä asettaa erityisiä haasteita resurssiperustaiselle tutkimukselle. Tutkimuksen sisältöä on muovattu uudelleen keskittymällä dynaamisten kyvykkyyksien (dynamic capabilities) arviointiin.[361] Olennaista on tällöin yrityksen kyky kompetenssien ja resurssien hyödyntämiseen muuttuneissa olosuhteissa. Menestyksen salaisuus muuttuvilla markkinoilla on usein joko kokonaan uusien voimavarojen luominen taikka vanhojen voimavarojen kohdentaminen uudelleen.

Kilpailuoikeudellisessa tarkastelussa olennaista on kilpailuetujen luonteen ja laajuuden tunnistaminen. On selvitettävä, perustuvatko kilpailuedut yrityksen tehokkuuteen vai ovatko ne seurausta kilpailijoiden toimintaedellytysten keinotekoisesta estämisestä. Lisäksi on arvioitava kilpailuetujen laajuutta: kilpailuedun piirissä olevien toimijoiden määrään ja kilpailuedun vaikutuksen tasoon on kiinnitettävä huomiota ajallisessa jatkumossa. Tällä tavoin voidaan muodostaa kilpailuoikeudellinen tilannekuva, joka mahdollistaa puuttumisen markkinoiden toimivuuden kannalta haitalliseen strategiseen käyttäytymiseen.

Yritystason arvioinnin keskeinen merkitys kilpailuoikeudessa kytkeytyy yrityskohtaisten vahvuuksien asianmukaiseen jäsentämiseen. Yrityksen menestyminen markkinoilla on usein seurausta sen omista toimenpiteistä eikä esimerkiksi kilpailua rajoittavista toimista taikka markkinarakenteesta. Tämä parantaa kilpailuoikeudellisen sääntelyn tarkkuutta. Yrityskohtaisen analyysin keinoin voidaan täsmentää hyväksyttävien liiketaloudellisten perusteiden arviointia. Kilpailuoikeudellisen sääntelyn keinoin ei ole perustetta puuttua yrityksen toimintatapoihin, vaikka toimista saattaisikin seurata haittaa esimerkiksi kilpailijoille, jos toiminta perustuu yrityksen erityiseen kyvykkyyteen ja siten yrityksen tehokkuuteen.

---

[359] Painotuksia on useita eikä kyse ole yhdestä yhtenäisestä teoriasta. Ks. tutkimussuuntauksista tarkemmin esim. Acedo – Barroso – Galan, s. 621–636.

[360] Tarkastelutapaa on ansiokkaalla tavalla soveltanut suomalaisessa kilpailun taloustieteen tutkimuksessa Martti Virtanen. Ks. tarkemmin M. Virtanen 1998, s. 102–126.

[361] Ks. tarkemmin Teece – Pisano – Shuen, s. 509–533, ja Foss, s. 133–149.

Yrityskohtaisen tarkastelun haasteena on sen välineiden vaikea käytettävyys. Kilpailuedut ovat jo luonteensa vuoksi muita kuin julkisesti tunnettuja.[362] Joissakin tilanteissa kilpailuetujen identifiointi voi olla jopa yritykselle itselleenkin haastavaa.[363] Luotettava arviointi edellyttää onnistuakseen usein laajaa tietomäärää, perusteellisia selvityksiä ja muita voimavaroja. Tällä hetkellä toimivien instrumenttien operationalisointi on työn alla.[364] Osaksi juuri arviointiin liittyvien haasteiden vuoksi on esitetty tarkastelun vaiheittaisuutta; yrityskohtainen analyysi seuraa toimialakohtaista arviointia, mikäli toimialakohtaisessa tarkastelussa on havaittu markkinoiden toimivuuteen liittyviä ongelmia.[365]

Talous on yhteydessä yhteiskunnan perusrakenteen muihin osiin. Kilpailuoikeudellisessa tarkastelussa ei tule sivuuttaa näitä yhteyksiä, vaan tarkastelussa on otettava huomioon kilpailun institutionaalinen viitekehys.[366] Markkinoiden toimivuus vaikuttaa muun ohella erityisesti poliittisen järjestelmän toimintaan ja yksilöiden oikeusasemiin.

Taloudellinen ja poliittinen järjestelmä ovat keskenään vuorovaikutussuhteessa. Kyse on kaksisuuntaisesta ilmiöstä. Talouden toimivuus on edellytys poliittisen järjestelmän toimivuudelle; taloudellisen vallan keskittyminen voi vaarantaa poliittisen järjestelmän toimintamahdollisuudet. Taloudellisesti vahvat toimijat voivat pyrkiä hyödyntämään poliittista järjestelmää esimerkiksi erilaisten erioikeuksien saamiseksi, jolloin poliittisen järjestelmän edellytykset yhteiskunnallisten asioiden hoitamiseen julkisen edun mukaisesti rajoittuvat ainakin osittain. Kilpailuoikeus on keskeinen yhteiskunnallinen instrumentti taloudellisen vallan kontrolloimiseksi. Kilpailuoikeudessa käytetty metodi on epäsuora, koska se perustuu markkinamekanismin edellytysten turvaamiseen. Samalla kilpailuoikeus vahvistaa osaltaan poliittisen järjestelmän toimintamahdollisuuksia.

Yksilöt käyttävät oikeusjärjestyksessä suojattuja oikeuksiaan markkinoilla. Markkinat muodostavat taustan, joka vaikuttaa merkittävällä tavalla yksilöiden oikeuksien käyttämiseen. Kyse on oikeuksien käyttämisen mielekkäistä olosuhteista. Kilpailuoikeuden soveltamisessa avautuu punnintatilanne: eri relaatioissa olevien yksilöiden (toiminnan harjoittaja, kilpailijat, asiakkaat, kuluttajat) oikeusasemia on vertailtava

---

362 Ks. myös Rouse – Daellenbach, s. 488.

363 Tilanne on tyypillisesti tällainen, kun puhutaan esimerkiksi johtamis- tai yrityskulttuuriin liittyvistä tekijöistä. Kyse on usein eri tekijöiden yhteisvaikutuksesta. Ks. myös Levitas – Chi, s. 959–960.

364 Ks. tarkemmin Teece – Pisano – Shuen, s. 530. Ks. kotimaisesta keskustelusta Björkroth – Koponen – Pohjola – Virtanen, s. 101, ja Koponen – Pohjola.

365 Kilpailuseurannan kokonaisvaltaisessa viitekehyksessä lähdetään liikkeelle markkinoiden staattisesta ja dynaamisesta luokittelusta. Staattisia muuttujia voivat olla esimerkiksi keskittymisaste ja toimijoiden määrä, hintataso sekä alalle tulon esteet. Dynaamisessa arvioinnissa hahmotetaan edellä mainittujen muuttujien muutokset. Samalla voidaan jäsentää toimialan kehityspiirteitä. Analyysin perusteella on mahdollista kohdentaa jatkotarkastelu sellaisille toimialoille, joilla voidaan havaita mahdollisia kilpailuongelmia. Tämän jälkeen siirrytään toimialan sisäiseen tutkimukseen, jossa voidaan hyödyntää esimerkiksi dynaamisia regressioanalyysejä hinta-analyysin osana. Vasta edellä mainittujen vaiheiden jälkeen siirrytään arvioimaan yrityskohtaisia kilpailuetuja. Ks. tarkemmin Björkroth – Koponen – Pohjola – Virtanen, s. 51–54, ja Koponen – Pohjola.

366 Institutionaalinen näkökulma on ollut esillä erityisesti ordoliberalistisessa tutkimustraditiossa. Ks. tarkemmin luku II.6.3.2.3.

keskenään sekä suhteessa toiminnan taloudellisiin vaikutuksiin. Arvioinnissa nivoutuvat yksilölliset oikeudet ja kollektiiviset hyvät. On löydettävä hyväksyttävät perusteet oikeuksien käytön kilpailuoikeudelliselle sääntelemiselle.

Kilpailuoikeuden soveltamisen kannalta institutionaalinen ulottuvuus muodostaa monitahoisen kentän. Institutionaaliset perusteet ovat yhtäältä osa kilpailuoikeuden yhteiskunnallista taustaa ja toisaalta ne ovat argumentteja, jotka on otettava huomioon konkreettisessa kilpailuoikeudellisessa soveltamistoiminnassa. Metatasolla institutionaaliset tekijät antavat osaltaan oikeutuksen ja perusteen kilpailuoikeuden olemassaololle. Ne linkittävät kilpailuoikeuden yhteiskunnalliseen taustaansa. Käytännön soveltamistoiminnassa yksilöiden toimintamahdollisuuksiin liittyvät näkökohdat on suhteutettava ja sovitettava yhteen muiden relevanttien seikkojen kanssa. Kilpailuoikeudellisessa tarkastelussa on löydettävä tasapaino yksilöiden toimintavapauksien ja markkinoiden toimivuuden rajoittumisen välille. Yksilöiden toimintavapauksien rajoittumisen on vaikutuksiltaan ylitettävä yksittäisen oikeussuhteen rajat, jotta toimintavapauksiin puuttuminen on kilpailuoikeuden keinoin perusteltua.

Edellä hahmotettu kilpailuoikeudellisen tarkastelun perusrakenteen jäsennys on monilta osin varsin yleinen. Sen tavoitteena ei ole kuvata yksittäistapauksellisen harkinnan tarkkaa sisältöä vaan luoda arvioinnin yleiset puitteet. Perusrakenteen jäsentämisessä on pyritty kokonaisvaltaisuuteen. Idea ei ole sinällään uusi, vaan se tangeeraa kilpailun taloustieteessä ja kilpailuoikeudellisessa tutkimuksessa esillä olleiden eklektisten mallien kanssa.[367]

Kilpailuoikeudellisen soveltamiseen liittyviä relevantteja taloustieteellisiä kysymyksiä voidaan arvioida eri näkökulmista. Kokonaisvaltainen arviointi mahdollistaa hyvin erilaisten näkökohtien yhdistämisen ja keskinäisen vertaamisen. Ero perinteiseen taloustieteelliseen tarkastelutapaan on ilmeinen. Taloustieteessä tarkastelu on vakiintuneesti kytketty valittuihin premisseihin ja niiden mukaiseen näkökulmaan. Tarkastelu voi olla tieteellisessä mielessä systemaattista, mutta sen vahvuus kytkeytyy valittujen premissien relevanttiuteen. Normatiiviselta kannalta taloustieteellisiä teorioita on luettava niiden premisseistä lähtien.

Moniulotteista arviointitapaa voidaan luonnollisesti kritisoida eräänlaiseksi tieteen sekatavarakaupaksi: kukin saa valita työkalupakkiinsa sellaisia välineitä kuin itse haluaa. Keskusteluun voidaan yhdistää eklektiseen metodiin kohdistuva kritiikki puuttuvasta metateoriasta.[368] Metateorian puuttuminen johtaa siihen, ettei ole ennalta mahdollista sitovasti määrittää, millä tavoin eri elementit suhtautuvat toisiinsa taikka millainen painoarvo yksittäisille muuttujille on kulloinkin annettava. Vaarana nähdään olevan teorian jääminen ikään kuin ilmaan.

Esitetty kritiikki on otettava vakavasti. On ilmeistä, että tieteellisesti suoraviivaisempiin ratkaisulinjoihin päästäisiin, mikäli kokonaisvaltaisen arviointitavan

---

[367] Ks. tältä osin erityisesti M. Virtanen 1998, s. 309–311, ja Kuoppamäki 2003, s. 242–245.
[368] Ks. tarkemmin esim. Mylly 2003a, s. 1125–1127, ja Kuoppamäki 2003, s. 238–241.

sijasta valittaisiin rajattuihin muuttujiin kytkeytyvä metodi. Näin löydettäisiin selkeä perusta esimerkiksi kriittisten arvioiden esittämiselle. Tässä yhteydessä on kuitenkin pohdittava, osuuko kritiikki metateorian puuttumisesta täysin oikeaan. On selvitettävä, tarkoittaako useiden seikkojen rinnakkainen punnitseminen vääjäämättä sitä, että harkinta jäisi vaille sisällöllistä kontrollia.

Erilaisten kriteerien sisällyttäminen taloudelliseen analyysiin ei johda suoraan siihen, että harkinta olisi vapaata. Vastausta on haettava niin taloudellisten teorioiden ja niiden kohteen välisistä yhteyksistä kuin teorioiden rakentumistavasta ja niiden suhteesta institutionaalisiin puitteisiin. Taloustieteellisten teorioiden voidaan katsoa olevan aina jossain määrin yksinkertaistuksia monimutkaisesta taloudellisesta maailmasta. Erilaisten taloustieteellisten lähestymistapojen selitysvoimaa on testattava kussakin soveltamistilanteessa. Teorian taloudelliseen maailmaan avaaman yhteyden toimivuus vahvistaa teorian asemaa harkinnassa. Teorian luoman näkökulman merkitys korostuu, mikäli sen avulla voidaan luotettavasti jäsentää taloudellisen toiminnan ominaispiirteitä. Selitysvoimaisten taloustieteellisten lähestymistapojen yhdistäminen puolestaan mahdollistaa tutkimus- tai soveltamistehtävän kannalta riittävän tarkan kuvan muodostamisen taloudellisesta toiminnasta.

Kokonaisvaltaista harkintaa ohjaavat yhtäältä institutionaaliset puitteet ja toisaalta traditio. Kilpailuoikeudellinen harkinta on luonteeltaan normatiivista. Oikeusjärjestyksessä asetetaan puitteet tälle harkinnalle. Samalla tavoin oikeusjärjestys ohjaa kilpailuoikeudellisesti merkityksellisten seikkojen ja niiden painoarvojen määrittymistä. Oikeudellisesta taustasta voidaan löytää kiinnekohtia arvioinnille.[369] Oikeustieteelliselle argumentoinnille on tyypillistä sen traditiosidonnaisuus: oikeustieteellinen tutkimus rakentuu osaltaan sen varaan, mitä on aiemmin tehty. Samantyyppisiä elementtejä voidaan ainakin osittain liittää taloustieteelliseen harkintaan. Aiemmat teoriat muovaavat sitä perustaa, jonka varaan taloustieteellinen ajattelu ja uusien teorioiden kehittäminen rakentuu. On mahdollista puhua taloustieteen historiallisesta ulottuvuudesta. Sekä oikeustieteellinen että taloustieteellinen traditio vaikuttavat kilpailuoikeudellisessa harkinnassa käytettävien argumenttien asemaan. Argumentaatio ei siten ole ilmassa, vaan se kytkeytyy aiempiin käytäntöihin. Tämä ei kuitenkaan merkitse kilpailuoikeudellisen harkinnan lukkiutumista. Tradition avulla voidaan hypätä tradition ylitse.

Kokonaisvaltaisen harkintakehikon kritiikkiä vastaan voidaan puolustautua myös viittaamalla harkinnan luonteeseen. Harkintarakenteen hahmottamisella ei pyritä muodostamaan tarkkoja sääntöjä harkinnan yksityiskohtaisesta sisällöstä,

---

[369] Kiinnekohtia voidaan paikantaa mm. oikeudenalojen taustalta olevista arvoista ja tavoitteista sekä perusoikeusjärjestelmästä.

vaan yksittäistapaukselliselle arvioinnille jää aina merkittävä sijansa. Kyse on suuntaviivojen asettamisesta eikä harkinnan lopullisesta muovaamisesta. Yksittäisen tapauksen ominaispiirteet voivat vaikuttaa käytettävien punnintatekijöiden valikoitumiseen, minkä lisäksi ne ohjaavat punnintatekijöille annettavia painoarvoja. Kokonaisvaltaista harkintakehikkoa soveltavan tahon on kyettävä perustelemaan tekemänsä ratkaisut. On tuotava esille, miksi soveltamisessa on päädytty valittuun ratkaisuun erilaisten taloustieteellisten teorioiden yhteensovittamisessa. Perusteluiden avoimuus muodostaa väylän tehtyjen soveltamisratkaisujen arvioimiseen.

Kilpailuoikeudellisen harkinnan kokonaisvaltainen rakenne ei ole saavuttanut lopullista muotoaan. Harkinnalle on ominaista sen muutospotentiaali. Taloudellisten toimintojen ja oikeudellisen sääntelyn muovautuminen heijastuvat harkinnan sisältöön. Harkintatapa on perustaltaan dynaaminen. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että oikeustieteessä tai taloustieteessä tulisi pidättäytyä systematisoimasta harkinnan rakennetta. Päinvastoin tieteellisin keinoin voidaan parantaa harkinnan selkeyttä ja samalla sen käytettävyyttä. Joitakin mielenkiintoisia puheenvuoroja tässä keskustelussa on jo esitetty.[370]

[370] Ks. vaihtoehtoisista arviointitavoista esim. Hunt, Boone sekä Björkroth – Koponen – Pohjola – Virtanen.

III
KANTAVAT PERIAATTEET

1 Johdanto

Tässä tutkimuksessa on omaksuttu periaatesuuntautunut lähestymistapa oikeudelliseen sääntelyyn. Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden nähdään rakentuvan sellaisten kantavien periaatteiden varaan, jotka tuovat esille kummankin oikeudenalan kannalta keskeisiä arvoja ja tavoitteita. Vain arvojen ja tavoitteiden kautta voidaan muodostaa kestävä perusta oikeudenalojen kokonaisvaltaiselle arvioinnille. Kantavat periaatteet kuvastavat niitä sisällöllisiä ideoita, jotka ohjaavat oikeudellisen harkinnan suuntaamista. Vastaavasti sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden yhteensovittaminen hahmotetaan suoritettavaksi kantavien periaatteiden välisenä punnintana.

Tarkastelussa on kiinnitettävä huomiota kummankin oikeudenalan kantavien periaatteiden välisiin eroihin ja yhtäläisyyksiin. Näin voidaan luoda edellytyksiä sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden konkreettisten leikkauspisteiden systemaattiselle arvioinnille. Tämä on omiaan parantamaan sopimusoikeudellisen ja kilpailuoikeudellisen jäsennyksen ongelmanratkaisuvoimaa.

2 Sopimusoikeuden kantavat periaatteet

2.1 YLEISTÄ

Oikeudessa määritetään puitteet talouden toiminnalle ja samalla myös sopimukselle taloudellisena instituutiona. Oikeudellinen sääntely on luonteeltaan normatiivista; se ei ainoastaan legitimoi vallitsevia käytäntöjä, vaan siinä pyritään ohjaamaan kohdetta yhteiskunnallisesti hyväksyttävään suuntaan. Sopimusoikeuden osalta tämä merkitsee sitä, että sopimustoimintaa on arvioitava sisällöllisesti. Ei riitä, että ainoastaan tunnetaan markkinoilla vallitsevat sopimuskäytännöt, vaan lisäksi on jäsennettävä, millaisia sopimustoiminnan muotoja voidaan pitää yhteiskunnallisesti hyväksyttävinä.

Oikeuden normatiivisuus perustuu siihen yhteyteen, joka oikeudellisen sääntelyn sekä sen taustalla olevien arvojen ja tavoitteiden välillä vallitsee. Sopimusoikeuden taustalla olevista arvoista ja tavoitteista voi nousta erilaisia impulsseja ohjaamaan sopimustoiminnan hyväksyttävää sisältöä. Oikeudellinen sääntely ei siten ainoastaan luo puitteita sopimustoiminnalle, vaan oikeudelliseen sääntelyyn sisältyy kannanotto sopimustoiminnan sisällöstä.

Yhteys sopimustoiminnan sekä sopimusoikeuden taustalla olevien arvojen ja tavoitteiden välille muodostuu sopimusoikeudellisten normien kautta. Keskeiseen asemaan nousevat tältä osin sopimusoikeuden kantavat periaatteet. Sopimusoikeuden kantavat periaatteet määrittävät, millaiset näkökohdat ovat sopimusoikeudellisessa arvioinnissa keskeisiä. Kantavat periaatteet välittävät sopimustoiminnan yhteiskunnallisesti hyväksyttävää sisältöä koskevan viestin oikeudelliseen harkintaan. Tässä mielessä kantavat periaatteet luovat sillan sopimusoikeudellisen sääntelyn sekä moraalin ja politiikan välille. Lisäksi kantavat periaatteet asettavat näkökulman, jonka kautta sopimustoimintaa arvioidaan. Kysymys on tältä osin sopimustoiminnan perustavasta hahmottamistavasta.

Sopimusoikeuden arvo- ja tavoiteperustan on tässä esityksessä hahmotettu rakentuvan neljän kantavan periaatteen varaan. Tahtoperiaatteen mukaisessa harkinnassa korostuu yksilön tahdonvapauden perustava merkitys sopimustoiminnan kannalta. Sopimus on väline, jonka avulla yksilöt voivat käyttää vapauttaan markkinoilla. Luottamusperiaate johtaa puolestaan arvioimaan sopimustoiminnan yhteisöllistä luonnetta. Sopimustoiminnan sujuvuuden kannalta on olennaista, että markkinoilla syntyneitä perusteltuja odotuksia suojataan. Kohtuusperiaate korostaa sopimustoiminnan oikeudenmukaista sisältöä tai luonnetta. Oikeudellisen sääntelyn tehtävänä on osaltaan varmistaa oikeudenmukaisuuden toteu-

tuminen sopimustoiminnassa. Heikomman suojaamisen periaate painottaa nimensä mukaisesti sopimuskumppaniaan heikommassa asemassa olevien toimijoiden suojaamisen merkitystä. Tyypillisesti tällaisia erityisen suojan tarpeessa olevia toimijoita ovat kuluttajat.

Sopimusoikeudellisen harkinnan kannalta on ratkaisevaa kantavien periaatteiden yhteisvaikutus. Näkökulma sopimustoimintaan on laaja-alainen. Sopimusoikeudellisia ongelmia ei voida lähtökohtaisesti jäsentää vain yhden kantavan periaatteen mukaisesti. Sopimusoikeudellisessa harkinnassa on sovitettava yhteen kantavat periaatteet. Tämä edellyttää käytännössä kantavien periaatteiden keskinäistä punnintaa kulloisessakin soveltamistilanteessa.

Yksilön tahdonvapaudella on perinteisesti ollut vahva asema sopimusoikeudessa. Sopimusoikeudellisessa ajattelussa on pidetty eräänlaisena lähtökohtaisena olettamana, että yksilöt voivat vapaasti muodostaa oman tahtonsa. Yksilöllä on vapauspiiri, jonka puitteissa hän voi toimia haluamallaan tavalla. Yksilö nähdään toimijaksi, joka kykenee toteuttamaan omia intressejään vaihdannassa. Sopimus on instrumentti näiden intressien toteuttamiseen. Oikeusjärjestyksen tulee muodostaa puitteet tahdonvapauden käyttämiselle. Oikeudellisen sääntelyn keinoin ei kuitenkaan tule ensisijaisesti puuttua sisällöllisesti siihen, kuinka yksilöt käyttävät tahdonvapauttaan.

Sopimus on väline, jonka avulla yksilöt voivat järjestää keskinäiset suhteensa. Yksittäiseen sopimukseen ja markkinoiden toimintaan tätä laajemmin voi sisältyä sellaisia odotuksia, jotka ovat merkityksellisiä sopimustoiminnan harjoittamisen näkökulmasta. Luottamusperiaatteen mukaisessa katsannossa korostuu sopimustoimintaan liittyvien perusteltujen odotusten suojaamisen merkitys vaihdannan ja samalla myös markkinoiden toimivuuden kannalta. Perusteltujen odotusten suojaaminen voidaan nähdä edellytykseksi sille, että markkinat voivat toteuttaa niille yhteiskunnassa annetun tehtävän hyvinvoinnin määrän lisäämisestä ja jakamisesta.

Luottamusperiaate ohjaa arvioimaan sopimustoimintaa sisällöllisesti. Sopimusoikeudessa on otettava kantaa siihen, millaista vaihdantaa suojataan. Asetelma on merkityksellinen esimerkiksi silloin, kun pohditaan markkinoilla syntyneiden odotusten perustelluisuutta oikeudellisesta näkökulmasta. Vaihdannan sisällön mittapuuna voidaan pitää rehellisyyden ja kunniallisuuden vaatimusta. Vaatimus on ollut vakiintuneesti esillä kotimaisessa varallisuusoikeudellisessa tutkimuksessamme.[1] Rehellisyyden ja kunniallisuuden vaatimus on laajalti tunnustettu myös kansainvälisesti; esimerkiksi eurooppalaisten sopimusoikeuden

[1] Ks. tarkemmin Zitting, s. 129.

periaatteissa on korostettu good faith and fair dealing -vaatimuksen erityistä merkitystä.[2]

Vaihdannan hyväksyttävän sisällön määrittäminen edellyttää sekä sopimusoikeuden tausta-aineksen että markkinoilla vallitsevien käytäntöjen tuntemusta. Sopimusoikeudellisessa tarkastelussa on siten hahmotettava sääntelyn perustavien taustalähtökohtien lisäksi ne sopimustoiminnan sisältöä koskevat vaatimukset, joita markkinoilla on muodostunut.

Sopimustoiminnan keskeisenä sisällöllisenä arviointiperusteena voidaan pitää sopimusten tasapainoa. Perustana on tällöin oikeudenmukaisuus yhteiskunnallisena arvona. Tässä ajattelussa lähdetään siitä, että sopimusosapuolten oikeuksien ja velvollisuuksien tulisi olla kohtuullisessa suhteessa keskenään. Oikeudellisen sääntelyn keinoin voidaan tarvittaessa palauttaa tasapaino sopimussuhteeseen. Epätasapaino voidaan korjata esimerkiksi sopimusta sovittelemalla.

Kohtuusperiaatteen ja siihen kytkeytyvän sopimusten sovittelun avulla edistetään oikeudenmukaisuutta sopimustoiminnassa ja pyritään estämään epäoikeudenmukaiset ratkaisut. Kohtuuttomuuden määrittäminen edellyttää sen täsmentämistä, mitä yhteiskunnallisella oikeudenmukaisuudella tarkoitetaan. Yleisenä lähtökohtana on pidettävä sitä, että oikeudenmukaisuudella viitataan yhteiskunnalliseen käsitykseen oikeasta ja väärästä. Sopimusoikeuden yhtenä tärkeänä tehtävänä on säännellä sopimustoimintaa niin, että epäoikeudenmukaiset ratkaisut ovat vältettävissä tai korjattavissa.

Sopimusoikeudellisen sääntelyn kannalta merkityksellisenä tavoitteena voidaan pitää heikomman osapuolen suojaamista sopimussuhteissa. Suojan taso ei välttämättä rajaudu osapuolten välisen tasapainon palauttamiseen sopimussuhteissa, vaan heikomman suojaamisessa voidaan mennä pidemmällekin, toisin sanoen heikompaa osapuolta voidaan pyrkiä hyvittämään vahvemman osapuolen kustannuksella. Näkökulma ei ole käytännössä vieras sopimusoikeudessa. Erityisesti lainsäädäntöratkaisuin on pyritty parantamaan heikommaksi osapuoleksi katsotun toimijan mahdollisuuksia solmia sopimuksia. Edellä mainittu sääntely on usein luonteeltaan pakottavaa.

Sopimusoikeudellisessa tutkimuksessa heikomman suojaamiseen on liitetty voimakkaasti kysymys varallisuuden yhteiskunnallisen jakautumisen perustelluisuudesta. Sopimusoikeudellinen sääntely ja tutkimus on nähty välineinä muuttaa toimijoiden välisiä varallisuussuhteita.[3] Näkökulma on sinällään mielenkiintoinen. Se osoittaa sopimusoikeuden arvo- ja tavoiteperustan laajuuden. Sopimustoimintaa voidaan peilata näistä lähtökohdista useaan suuntaan.

---

[2] Ks. tarkemmin 1:201 artiklasta Lando – Beale, s. 113–119.
[3] Ks. esim. Wilhelmsson 1987, s. 47.

Sopimusoikeuden kantavat periaatteet muodostavat sopimusoikeuden normatiivisuuden selkärangan. Ne määrittävät sopimusoikeuden taloutta koskevan sääntelytehtävän sisällölliset perusteet. Sopimusoikeuden kantavia periaatteita ei kuitenkaan sovelleta tyhjiössä. Niiden merkitykseen ja keskinäisiin suhteisiin vaikuttaa ratkaisevalla tavalla kulloinenkin soveltamisympäristö. Sopimusoikeudellinen tarkastelu on hajautettava toimintaympäristökohtaisesti. Samalla varmistetaan, ettei sopimusoikeudellinen sääntely muodostu utopiaksi. Käsillä olevan esityksen kannalta olennainen toimintaympäristö muodostuu *yritysten välisistä sopimuksista.* Jatkossa peilataan sopimusoikeuden kantavia periaatteita yritysten välisen sopimustoiminnan suunnasta. Kyse on yleisten suuntaviivojen vetämisestä, koska soveltamistilanteiden yksityiskohtiin ei ole tässä esityksessä mahdollista syventyä. Aihepiirin kehittely jää tulevien esitysten varaan.

2.2 TAHTOPERIAATE

2.2.1 Tausta

Sopimusoikeudessa on perinteisesti korostettu yksilön tahdonvapauden perustavaa asemaa. Yksilöiden vapautta sopimusten solmimiseen on pidetty lähtökohtana, jonka varaan sopimustoiminnan oikeudellinen arviointi on kantavasti rakennettavissa.[4] Asetelman taustalla on ajatus siitä, että yksilöiden katsotaan kykenevän muodostamaan vapaasti oman tahtonsa. Yksilöillä on vapauspiiri, jonka puitteissa he voivat toimia haluamallaan tavalla. Tahdonvapaus mahdollistaa sen, että yksilöt voivat suunnata toimintaansa ja velvoittautua oikeudellisesti. Sopimus on väline, jonka avulla yksilöt voivat käyttää vapauksiaan.

Tahtoperiaate kokoaa yhteen näkökulmat, jotka painottavat tahdonvapauden keskeistä merkitystä sopimustoiminnassa. Tahtoperiaatteen alle sijoittuu osin rinnakkaisia sopimusoikeudellisia lähestymistapoja, joiden painotukset saattavat yksittäisissä soveltamiskysymyksissä vaihdella. Tämä on osin ilmeistä jo sen vuoksi, että tahdonvapauteen liittyvät näkökohdat ovat olleet esillä sopimusoikeudellisessa keskustelussa eri aikakausina. Tahtoperiaatteen avulla voidaan kuvata kokoavasti sellaisia seikkoja, joilla on tässä suhteessa yleistä kantavuutta sopimusoikeudellisessa ajattelussa ja jotka kuuluvat sopimusoikeudellisen ajattelun perusteisiin.

Tahtoperiaatteen tarkastelussa on lähdettävä liikkeelle arviointitavan taustalla olevasta maailmankuvasta. On hahmotettava, millaisten olettamien varaan tahto-

[4] Ks. esim. Taxell 1976, s. 450.

periaate rakentuu. Tämän jälkeen voidaan siirtyä arvioimaan tahtoperiaatteen vaikutuksia sopimustoiminnan oikeudelliseen hahmottamiseen. Arvioinnissa on kiinnitettävä huomiota niihin seikkoihin, jotka ovat tahtoperiaatteen mukaan keskeisiä sopimustoiminnan oikeudellisessa tarkastelussa. Lopuksi on vielä jäsennettävä tahtoperiaatteen suhde sopimusoikeuden muiden kantavien periaatteiden muodostamaan taustaan.

Sopimusten sitovuutta voidaan perustella yksilön tahdonvapaudella. On mahdollista puhua tahdonvapaudesta sopimuksen sitovuuden syväjustifikaationa.[5] Tahdonvapaus voidaan hahmottaa perustavaksi yhteiskunnalliseksi arvoksi. Sen sisältöä on mahdollista jäsentää eri tavoin. Perustavimmillaan on kysymys oikeudellisen velvoittavuuden edellytyksistä.[6] Asetelma voidaan palauttaa yksilön vapaudeksi luonnonlakien alaisuudesta. Yksilöillä on mahdollisuus suunnata käyttäytymistään. Kyse on toisintoimimismahdollisuudesta.[7]

Edellä esitetty merkitsee sopimusoikeudessa sitä, että yksilö voi järjestää suhteensa toisiin yksilöihin haluamallaan tavalla. Vapauden seurauksena yksilöillä on mahdollisuus itsensä velvoittamiseen. Tässä yhteydessä on kuitenkin huomattava, ettei oikeudellisen sääntelyn velvoittavuuden perustaa ja yksilöiden vapauksien käyttämisen rajoja tule nähdä yhtenä ja samana kysymyksenä.[8] Toisintoimimismahdollisuuden hyväksyminen oikeudellisen sääntelyn velvoittavuuden perustaksi ei johda suoraan siihen, ettei yksilöiden toimintamahdollisuuksia voitaisi joissakin yhteyksissä rajoittaa.

Tahtoperiaate linkittyy osaksi liberalistista yhteiskuntanäkemystä. Arvioinnissa yksilölle ja hänen vapaudelleen annetaan keskeinen asema.[9] Lähestymistapa on individualistinen. Yhteiskunta nähdään yksilöiden valtakuntana. Yksilöt nousevat keskeiseen asemaan myös oikeusjärjestyksen kannalta: oikeusjärjestyksessä tulee luoda puitteet yksilöiden oikeuksien käyttämiselle. Nämä oikeudet voivat olla luonteeltaan joko taloudellisia tai poliittisia. Talouden alueella oikeusjärjestyksessä tuetaan yksilöiden toimintamahdollisuuksia takaamalla vapauspiiri, jonka puitteissa yksilöt voivat järjestää keskinäiset suhteensa haluamallaan tavalla.

Liberalistiseen ihmiskäsitykseen sisältyy joitakin perustavia olettamia. Keskeinen lähtökohta kietoutuu arvosubjektivismiin. Yksilöt tietävät parhaiten, mikä on heille hyväksi.[10] Julkisen vallan ei tule puuttua yksilöiden omia intressejä koskevaan päätöksentekoon. Sen on kunnioitettava yksilöiden vapauksia ja nii-

---

5 Ks. Pöyhönen 1988, s. 118.
6 Ks. esim. Kelsen, s. 104, ja Paasto 2001, s. 343–345.
7 Ks. myös Mäkelä, s. 43–44.
8 Ks. keskustelusta Pöyhönen 2001, s. 32–39, ja Paasto 2001, s. 345–346.
9 Ks. esim. Atiyah 1979, s. 324–325.
10 Ks. ajattelun historiallisista juurista tältä osin esim. Smith 1961, s. 15.

den pohjalta syntyneitä päätöksiä. Yksilö nähdään ensisijaisesti oman etunsa tavoittelijana; yksilön päätöksentekoa ohjaavat tekijät kiinnittyvät yksilöön itseensä.

Tahtoperiaatteen mukaiseen jäsentämistapaan liittyy käsitys siitä, että yksilöillä on mahdollisuus toteuttaa omia intressejään sopimustoiminnassa. Yksilöillä nähdään olevan kykyjä ja resursseja oman etunsa edistämiseen vaihdannassa. Tämän olettaman takaa välittyy ajatus yksilöiden mahdollisuudesta intressiensä tunnistamiseen ja rationaaliseen harkintaan sekä edellytyksiin panna täytäntöön omia intressejään sopimustoiminnassa. Merkitykselliset seikat koskevat sekä yksilön omia kykyjä että sopimuksen solmimisolosuhteita. Omien intressien toteuttaminen edellyttää kykyä rationaaliseen harkintaan. Yksilötasolla rationaalisen harkinnan edellytyksiä voidaan jäsentää esimerkiksi taloustieteen keinoin eri tavoin. Taloustieteelliset näkemykset vaihtelevat tältä osin suuresti.[11]

Sopimusolosuhteet vaikuttavat tahdonvapauden toteutumiseen. Keskeiseen asemaan sopimuksen solmimisolosuhteiden osalta nousee vaatimus osapuolten keskinäisestä riippumattomuudesta. Tahtoperiaatteen peruspostulaatin mukaan yksilöiden nähdään kykenevän itsenäiseen päätöksentekoon, johon toiset toimijat eivät pääse asiattomasti vaikuttamaan. Yksilöillä tulee olla erilaisia vaihtoehtoja oman toimintansa suojaamiseen. Olettamien toteutumisen perustavana edellytyksenä voidaan pitää markkinoiden toimivuutta. Markkinoiden toimivuus vaikuttaa keskeisesti siihen, että yksilöt voivat käyttää heille oikeusjärjestyksessä turvattuja vapauksia mielekkäällä tavalla.[12]

Tahtoperiaatteen yhteys markkinoiden toimivuuteen on monitahoinen. Tahtoperiaate avaa sopimusoikeuteen individualistisen näkökulman, mutta tarkastelussa ei kuitenkaan unohdeta markkinoiden toimivuuteen liittyviä järjestelmätasoisia näkökohtia.[13] Markkinoiden toimivuus edellyttää, että yksilöt voivat järjestää vapaasti suhteensa sopimuksin. Yksilöiden taloudellisen toiminnan katsotaan kumuloituvan yhteiseksi hyväksi markkinoilla. Yksilöiden toimintavapauksien suojaamisella on siten taloudellinen puolensa. Tässä katsannossa tahtoperiaatteen mukaiseen arviointiin voidaan sen individualistisesta pohjavireestä huo-

---

[11] Eräänlainen jakolinja voidaan tältä osin nähdä neoklassisen ja neoinstitutionaalisen taloustieteen välillä. Neo-klassisessa taloustieteessä on perinteisesti korostettu rationaalisen harkinnan mahdollisuuksia. Ks. esim. Posner 1992, s. 3–4. Neoinstitutionaalisessa taloustieteessä olettamaa yksilöiden toiminnan rationaalisuudesta ei ole pidetty sellaisenaan kestävänä perustana sopimustoiminnan jäsentämiselle. Ks. tältä osin esim. Williamsson 1985, s. 43–47.

[12] Kilpailuoikeudellisen sääntelyn keinoin voidaan osaltaan auttaa turvaamaan yksilön toimintavapauksien toteutumista. Tahtoperiaatteen kannalta merkityksellinen kilpailuoikeudellisen suojan muoto voi koskea esimerkiksi puuttumista näennäissopimuksiin eli sopimuksiin, jotka on solmittu huomattavaa markkinavoimaa omaavan osapuolen sanelemana ja joiden solmimiseen toisella osapuolella ei käytännössä ole ollut mahdollisuutta vaikuttaa.

[13] Ks. myös H. Tolonen 1992, s. 136.

limatta yhdistää järjestelmätasoinen näkökulma. Arviointitapa on perustaltaan klassisen liberalismin mukainen.[14] Markkinoiden toimivuuden katsotaan ensisijaisesti syntyvän spontaanisti ilman erillistä yhteiskunnallista sääntelyä. Näkökulma on modifioitunut ajan kuluessa, ja on argumentoitavissa perustellusti niin, että markkinoiden toimivuus muodostaa keskeisen perusteen yksilön toimintavapauksien oikeudelliselle sääntelylle. Omaksuttua näkökantaa voidaan perustella myös tahtoperiaatteen omista lähtökohdista käsin.[15]

Oikeudellisesti suojatut vapaudet avaavat yksilöille erilaisia toimintamahdollisuuksia. Vapaudella on kuitenkin kääntöpuolensa. Siihen liittyy vastuu. Yksilö vastaa vapautensa käyttämisen seurauksista. Vastuun edellytyksenä on, että sopimus vastaa sisällöllisesti yksilön todellista tahtoa. Arviointi kiinnittyy tahdonvapauden toteutumiseen: yksilön tahdonvapautensa puitteissa solmimat sopimukset ovat lähtökohtaisesti oikeudellisesti hyväksyttäviä. Yksilön on sopeuduttava kulloisiinkin olosuhteisiin ja päätettävä näissä puitteissa halukkuudestaan sopimusten solmimiseen. Markkinoiden toiminta tuottaa informaatiota muun ohella hintatasosta; yksilö tekee sopimustoimintaansa koskevat päätökset tämän informaation varassa. Sopimuksen hyväksyttävyyden arviointiin ei tahdonvapauden ohella yhdistetä muita sopimusoikeudellisia näkökohtia. Poikkeuksen muodostavat yksilön tahdonvapauden loukkaamista koskevat tilanteet. Sopimus ei tällöin vastaa yksilön tahtoa eikä sitä voida siten pitää sitovana.

2.2.2 Oikeudelliset ilmenemismuodot

Tahtoperiaate asettaa oikeusperiaatteena eräänlaisen optimointikäskyn toteuttaa yksilön tahdonvapauteen liittyviä näkökohtia mahdollisimman laajasti sopimusoikeudellisessa harkinnassa. Sopimusoikeuden keinoin luodaan puitteita yksilöiden toiminnalle ja tahdonvapauden toteutumiselle sopimustoiminnassa. Lähestymistavan vaikutukset ulottuvat eri suuntiin. Systemaattisessa tarkastelussa sopimus nähdään vapaiden tahtojen yhtymänä.[16] Sopimus perustuu kahden toimijan

---

[14] Ks. luku II.4.2.1.

[15] Perinteisesti yksilöiden oikeuksien sääntеleminen on nähty mahdolliseksi, mikäli oikeuksien käyttämisen yhteys vapaaseen tahdonmuodostukseen on katkennut. Tilanne voi olla tällainen esimerkiksi silloin, kun sopimuksen solmiminen perustuu pakkoon tai muuhun epäasiallisena pidettyyn vaikuttamiseen. Sopimusharkinta ei tällöin ole vapaata. Ajatusta voidaan kehittää edelleen ja suunnata tarkastelu yksilön oikeuksien käyttämisen reunaehtoihin. Jos huomiota kiinnitetään toimintavapauksien suuntaamisen todellisiin edellytyksiin, ei puuttuminen markkinoiden toiminnan vaarantaviin järjestelyihin ole perusteetonta. Tahdonmuodostuksen vapauden voidaan katsoa edellyttävän vaihtoehtoisten toimintatapojen olemassaoloa. Ks. luku III.3.3.4.2.

[16] Ks. esim. Kivimäki – Ylöstalo, s. 266–269.

yhdenmukaisiin tahdonilmauksiin. Sopimus syntyy, kun tarjoukseen annetaan hyväksyvä vastaus.[17]

Tahtoperiaate saa oikeudellisen ilmauksensa sopimusvapauden käsitteen kautta. Sopimusvapaus asettaa oikeudelliset äärirajat sille, mitä yksilö voi vapaudellaan tehdä. Sopimusvapauden sisältöä voidaan jäsentää eri tavoin. Kansallisessa sopimusoikeudellisessa keskustelussamme Muukkosen vuonna 1956 tekemällä jaottelulla on edelleen tärkeä sija.[18] Sopimusvapaus jäsennetään yläkäsitteeksi, joka jakautuu alakäsitteisiin. Siirto on luonteeltaan analyyttinen. Sopimusvapaudesta saadaan tietoa analysoimalla sopimusvapauden elementtejä. Muukkonen jakaa sopimusvapauden seuraaviin osiin:

1) päätäntävapaus: vapaus solmia sopimuksia tai olla solmimatta sopimuksia
2) sopimuskumppanin valitsemisvapaus: vapaus valita sopimuskumppani
3) sisältövapaus: vapaus päättää sopimuksen sisällöstä
4) tyyppivapaus: vapaus valita solmittavan sopimuksen tyyppi
5) muotovapaus: vapaus määrittää, missä muodossa sopimus solmitaan
6) purkamisvapaus: vapaus laillisin keinoin vetäytyä sopimuksesta.

Muukkosen jaottelua on eri yhteyksissä täydennetty vapaudella sopia sopimukseen sovellettavasta laista sekä vapaus valita sopimukseen perustuvia riitoja käsittelevä tuomioistuin.[19]

Sopimusvapauden käsitteen avulla voidaan kuvata systemaattisesti yksilön toimintamahdollisuuksien rajat. Jaottelun avulla ei voida tehdä johtopäätöksiä sopimusvapauden sisällöllisestä laajuudesta eri tilanteissa. Perusteltua ei kuitenkaan ole lähteä siitä, että sopimusvapaus voisi poikkeuksetta toteutua kokonaisuudessaan kaikissa tilanteissa. Tältä osin palataan tarkastelussa keskusteluun sopimusvapauden rajoista yksittäisissä tapauksissa.

Oikeudellisten ongelmien jäsentämiseen sopimusvapauden käsitteellä on kuitenkin oma vaikutuksensa. Tahtoperiaatteen mukaisesti sopimusvapaus muodostaa lähtökohdan, jonka toteutumista voidaan rajoittaa oikeudellisen sääntelyn

---

[17] On mielenkiintoista pohtia, millä tavoin sopimusoikeudellinen ja kilpailuoikeudellinen sopimuskäsitys suhtautuvat toisiinsa. Tehtävä on haastava yksin jo sen vuoksi, että sopimusoikeudessa ei ole omaksuttu yhtenäistä sopimuskäsitystä, vaan tahtoperiaatteen mukaisen arviointitavan lisäksi voidaan löytää rinnakkaisia sopimuksen hahmottamistapoja. Vastaavasti kilpailuoikeudellisen sopimuskäsitteen sisältö on kehittynyt oikeuskäytännössä vaiheittain. Kilpailuoikeudellisesti merkityksellistä on osapuolten sitoutuminen kilpailunrajoituksen toteuttamiseen, mikä erottaa kartellikiellon rikkomisen perustana olevan järjestelyn yksipuolisista kilpailunrajoituksista. Sopimuksen muodolle ei aseteta yksiselitteisen rajaavia vaatimuksia, vaan ratkaisevia ovat kilpailuoikeudellisen sopimuksen vaikutukset osapuolten käyttäytymiseen. Ks. EUT-sopimuksen 101(1) artiklan soveltamiskäytännöstä esim. asia C-74/04 P Komissio v. Volkswagen AG, (2006) ECR I 6585, k. 37–39. Esille nostettu kysymys on niin laaja, että sopimusoikeudellisten ja kilpailuoikeudellisten sopimuskäsitteiden vertailu jää tulevissa tutkimuksissa suoritettavaksi.

[18] Ks. Muukkonen 1956, s. 607.

[19] Ks. esim. Saarnilehto 2009, s. 38.

keinoin. Perusteluvelvollisuus on sillä, joka rajoittaa sopimusvapauden toteutumista. Näkökulma on liberalistisen ajattelutavan mukainen. Rinnakkainen keskustelu liittyy puolestaan siihen, voidaanko yksilöiden oikeuksien alaa jo lähtökohtaisesti kaventaa hyväksyttävien perusteiden toteuttamiseksi. Kysymys on eräänlaisesta oikeuksien sisällöllisestä kvalifioimisesta.[20] Keskusteluun palataan tämän esityksen myöhemmissä vaiheissa.[21]

Tahtoperiaate kytkee sopimusoikeuden subjektiivisten oikeuksien järjestelmään. Lähtökohtana ovat eräässä mielessä täydelliset oikeudet. Yksilöllä katsotaan olevan mahdollisuus määrittää tahdonvapautensa puitteissa oikeusasemansa tyhjentävästi. Oikeusjärjestyksen tehtävänä on puolestaan suojata yksilön tahdonvapautta ja panna täytäntöön yksilöiden tahdonvapautensa puitteissa suorittamia toimia. Arviointitapa johtaa helposti ajatukseen, jonka mukaan yksilöt käyttävät oikeuksiaan tyhjiössä. Oikeudellisesti merkityksellistä on ensisijaisesti tahdonvapauden toteutuminen: toisten toimijoiden oikeusasemat ja tahdonvapauden käyttämisen järjestelmätasoiset vaikutukset jäävät toissijaiseen asemaan.

Puhdaslinjainen tahtoperiaatteen mukainen arviointitapa ei ole oikeudellisesti kestävä. Tahtoperiaate on sovitettava yhteen sekä sopimusoikeuden muiden kantavien periaatteiden että oikeusjärjestyksen muihin osiin kiinnittyvien periaatteiden kanssa.[22] Tässä esityksessä keskeisen sijan saavat kilpailuoikeuden kantavat periaatteet. Näkökulma on tältä osin pluralistinen. Yhteensovittamiseen palataan tämän teoksen myöhemmissä osissa.[23]

Sopimuksen sitovuuden perustana on yksilön tahto sitoutua sopimukseen. Sopimusoikeudellisessa arvioinnissa voi nousta tältä osin esille toisistaan poikkeavia soveltamistilanteita, jotka voivat koskea niin sopimuksen syntyä kuin sen tulkintaakin. Sopimusoikeudessa on omaksuttu erilaisia arviointitapoja näiden tilanteiden jäsentämiseen. On mahdollista puhua tahtoteoriasta, ilmaisuteoriasta ja luottamusteoriasta.[24] Tahdonvapauden asema näyttäytyy kussakin teoriassa hiukan toisestaan poikkeavassa valossa.

Tahtoteoria korostaa yksilön todellisen tahdon merkitystä. Sopimus syntyy vain yksilön todellista tahtoa sisällöllisesti vastaavana. Tämä lähestymistapa voi aiheuttaa käytännön ongelmia vaihdantatilanteissa. Sitoutuminen yksilön todelliseen tahtoon voi olla sopimuskumppaneiden kannalta hankalaa ja johtaa ennalta arvaamattomiin seurauksiin. Tarkastelun painopiste muuttuu tahdonilmaisijasta tahdonilmaisun vastaanottajaan. Kannatusta on tämän vuoksi saanut ilmaisuteoria.

---

[20] Ks. oikeuksien kvalifioimisesta tarkemmin Karapuu 1986, s. 81–83.
[21] Ks. luku IV.3.
[22] Ks. asetelmaa koskevasta keskustelusta myös Mäkelä, s. 110–111.
[23] Luku III.4.
[24] Ks. esim. Telaranta 1960, s. 59–61.

Ilmaisuteorian mukaan oikeudellisesti merkityksellinen on tahdon ilmaistu muoto.[25] Tahdonilmaisun esittäjä kantaa vastuun tahdon ja sen ilmaisun mahdollisesta eriämisestä. Tahdonilmaisua arvioidaan perusteiltaan sen normaalimerkityksen mukaisesti. Kyse on osaltaan sopimustoiminnassa vakiintuneiden käytäntöjen oikeudellisesta relevanssista ja näihin käytöntöihin liittyvistä odotuksista. Ilmaisun oletetaan kuvaavan tahdon sisältöä. Luottamusteorian mukaisessa arvioinnissa kiinnitetään puolestaan ensisijaisesti huomiota ilmaisun tai muun toiminnan sen vastaanottajassa herättämiin perusteltuihin odotuksiin.[26] Kyse on luottamuksesta, joka syntyy osapuolten välisen yhteistoiminnan tuloksena. Arviointinäkökulma muuttuu.

2.2.3 Yhteenveto

Tahtoperiaatteen toteuttamiseen liittyy erilaisia haasteita. Asetelmaa voidaan purkaa useasta suunnasta. Tahtoperiaatteen mukainen tarkastelu kiinnittyy voimakkaasti lähtökohtaisiin olettamiinsa. Yksilö nähdään rationaaliseksi oman edun tavoittelijaksi, joka kykenee toteuttamaan omia intressejään. Käytännössä nämä olettamat eivät aina toteudu. Yksilöillä ei välttämättä ole kykyjä harkita omia intressejään rationaalisesti eikä toteuttaa niitä. Syynä voivat olla esimerkiksi tiedollisen kapasiteetin rajoitteet taikka yksilöiden väliset riippuvuussuhteet. Yksilö voi tarvita oikeusjärjestyksen tarjoamaa suojaa eri yhteyksissä. Erityisen korostunut suojan tarve on kuluttajilla. Tämä seikka on johtanut erilaisiin lainsäädäntötoimenpiteisiin. Seikka heikentää tahtoperiaatteen merkitystä kuluttajien solmimien sopimusten oikeudellisessa arvioinnissa.

Tahtoperiaatteen mukainen lähtöasetelma toteutunee parhaiten yritysten välisissä sopimuksissa. Yrityksiin sopimusoikeudellisina toimijoina voidaan liittää olettama kyvystä harkita rationaalisesti omia intressejään sekä kantaa päätöksenteon seuraukset.[27] Olettama on luonteeltaan lähtökohtainen ja sen merkitykseen voivat vaikuttaa sopimustoiminnan kulloisetkin erityispiirteet. Lisäksi olettama voi kumoutua yksittäistapauksellisten olosuhteiden perusteella. Olettama kuvaa kuitenkin kohtuullisen luotettavalla tavalla yritysten välisten sopimusten arvioinnin perusteita. Tämä seikka vahvistaa tahtoperiaatteen asemaa sopimusoikeudellisessa arvioinnissa.

On muistettava, että yritysten väliset sopimukset voivat poiketa sisällöllisesti toisistaan. Tahtoperiaatteen mukaisena esikuvanomaisena sopimustyyppinä voi-

---

[25] Ks. Telaranta 1953, s. 859.

[26] Ks. tarkemmin esim. lainvalmistelukunnan julkaisuja 2/1925, Ehdotus laiksi varallisuusoikeudellisista sopimuksista ja muista varallisuusoikeudellisista oikeustoimista, s. 61.

[27] Ks. tarkemmin esim. Taxell 1997, s. 70–71.

daan pitää kertasopimusta, jonka solmimista edeltävät yksilölliset sopimusneuvottelut. Yksilöt määrittävät omilla toimillaan puitteet, joihin he ovat valmiit sitoutumaan. Sopimustoiminnan muutostendenssit osoittavat osaltaan, että sopimustoiminnan kärki on suuntautumassa pois yksilöllisistä kertasopimuksista. Suuntaus on jo pidemmän aikaa ollut kohti sopimusten pitkäkestoistumista ja verkostoitumista.[28] Lisäksi rinnakkaisena ilmiönä voidaan pitää sopimusten vakioitumista.[29] Nämä seikat luovat osin tahtoperiaatteen lähtökohdista poikkeavan kuvan sopimustoiminnan sisällöstä ja tyypillisistä piirteistä.

Muutossuuntaukset ovat omiaan suhteellistamaan tahtoperiaatteen merkitystä myös yritysten välisten sopimusten arvioinnin perustavana lähtökohtana. Tämä ei kuitenkaan tarkoita tahtoperiaatteen poistumista arviointiarsenaalista. Tahtoperiaatteella on edelleen keskeinen asema sopimusoikeudellisessa tarkastelussa. Arvioinnin lähtökohtia on kuitenkin osattava muovata kulloisenkin soveltamistilanteen erityispiirteiden mukaisesti. Tarkastelua on eriytettävä toimintaympäristösidonnaisesti.

Tahtoperiaate on edellä kuvattu varsin pelkistetyllä tavalla, jotta periaatteen keskeiset piirteet on ollut mahdollista tuoda esille tiiviin esityksen puitteissa. Tahtoperiaatteen sisältö on muovautunut sopimustoiminnan ja sitä koskevien ajattelutapojen kehityksen seurauksena. Tämä vahvistaa tahtoperiaatteen operationaalisuutta. Tahtoperiaatteella on kiistatta oma keskeinen asemansa sopimusoikeuden ytimessä. Tahtoperiaatteen soveltamisessa on kuitenkin otettava huomioon muut merkitykselliset periaatteet. Sopimusoikeudellisen tutkimuksen tehtävänä on luoda yhteyksiä tahtoperiaatteen ja muiden relevanttien periaatteiden välille. On ymmärrettävä periaatteiden lähtökohtiin liittyvät erovaisuudet ja yhtäläisyydet. Lisäksi on pyrittävä muodostamaan suuntaviivoja, jotka ohjaavat yhteensovittamistehtävän toteuttamista. Näin voidaan osaltaan parantaa oikeusjärjestyksen yhtenäisyyttä ja johdonmukaisuutta.

2.3 LUOTTAMUSPERIAATE

2.3.1 Tausta

Sopimustoiminnan oikeudellisen perustan muodostavat yksilöiden suojatut oikeusasemat. Yksilöille on oikeusjärjestyksessä turvattu erilaisia oikeuksia. Sopimustoiminnan kannalta keskeisimmät oikeudet liittyvät omaisuudensuojaan ja elinkeinonharjoittamisen vapauteen. Näiden oikeuksien voidaan nähdä avaavan

---

[28] Ks. tarkemmin Pöyhönen 2000, s. 140–144.
[29] Ks. tältä osin esim. Häyhä 1996b, s. 52–55.

yksilölle oven vaihdantaan. Yksilö voi oikeuksiensa puitteissa päättää toimintansa suuntaamisesta. Sopimus on oikeudellinen instrumentti, jonka avulla yksilö voi käyttää oikeudellisesti suojattuja vapauksiaan talouden alueella. Sopimustoiminnan kannalta ei kuitenkaan ole riittävää, että yksilön asema on oikeudellisesti suojattu staattisessa suhteessa. Sopimustoiminta perustuu yksittäisten toimijoiden väliseen yhteistyöhön. Sopimustoiminnan oikeudellisessa arvioinnissa on ylitettävä yksilön vapauspiirin rajat ja siirryttävä jäsentämään yksilöiden oikeuksien dynaamista ulottuvuutta.

Vaihdanta ja markkinoiden toimivuus muodostuvat yksilöiden välisen toiminnan yhteisvaikutuksesta. Vaihdanta edellyttää, että yksilöt ovat halukkaita ylittämään oman vapauspiirinsä rajat ja ryhtymään keskinäiseen yhteistoimintaan. Yhteistoimintaan sisältyy joitakin epävarmuustekijöitä. Keskeinen epävarmuustekijä liittyy opportunismiin; vaihdantaan osallistuva yksilö altistuu opportunismille. Taloustieteellisessä keskustelussa käytetyllä käsitteellä tarkoitetaan sitä, että sopimus- tai yhteistyökumppani ottaa toiminnassaan huomioon vain omat etunsa ja sivuttaa muut intressit.[30] Kyse on epävarmuustekijästä, joka on omiaan synnyttämään esteitä sopimustoiminnan sujuvuudelle.

Sopimustoiminnan kannalta keskeiset epävarmuustekijät eivät koske yksinomaan sopimuskumppanin toimintaa. Tässä katsannossa merkityksellisiä ovat myös ne olosuhteet, joissa sopimustoimintaa harjoitetaan. Kyse voi olla esimerkiksi markkinoiden toimivuuden edellytyksistä. Sopimusoikeuden perustavana tehtävänä on poistaa vaihdannan toimivuuden esteitä. Sopimusoikeus täyttää tämän tehtävänsä suojaamalla sopimustoimintaan liittyviä perusteltuja odotuksia.

Sopimustoimintaan liittyvät perustellut odotukset voivat vaihdella sisällöltään. Ne voivat ensinnäkin koskea yksittäistä sopimusta. Sopimus on väline yksilöiden välisten suhteiden jäsentämiseen. Keskeisenä ajatuksena on tällöin se, että sopimukset täytetään sisältönsä mukaisesti. Sopimusosapuolten on voitava perustaa oma toimintansa sopimuksen varaan.[31] Sopimus luo vakautta sen osapuolten väliseen suhteeseen. Vakautta ei kuitenkaan tule ymmärtää tässä yhteydessä muuttumattomuutena siten, että sopimuksella säänneltäisiin kaikissa tilanteissa sen osapuolten väliset suhteet yksityiskohtaisesti. Päinvastoin sopimustoiminnan pitkäkestoistuminen on omiaan lisäämään vaatimuksia sopimuksen sisällöllisestä joustavuudesta: sopimusten on mukauduttava olosuhteiden muutokseen. Olennaista on tällöin se, että sopimus tarjoaa puitteet muutoksen hallinnalle. Kyse on mekanismista, jonka avulla sopimusosapuolten keskinäiset suhteet

[30] Ks. tarkemmin esim. Williamson 1985, s. 47–49.
[31] Ks. esim. Taxell 1972, s. 21.

määritellään eri tilanteissa. Sopimuskumppanit voivat perustaa toimintansa sopimuksen varaan myös muuttuvissa olosuhteissa.[32]

Perusteltuja odotuksia voi kiinnittyä yksittäisen sopimuksen lisäksi myös yksilön menettelyihin markkinoilla. Asetelma voi tulla esille sekä yksittäistapauksittain että toimintatapojen yleisen vakiintumisen seurauksena. Yksilö voi omilla toimillaan herättää vastapuolessa perusteltuja odotuksia jonkin sopimustoiminnan kannalta merkityksellisen asiantilan toteutumisesta.[33] Kysymys voi olla esimerkiksi siitä, että yksilön käyttäytyminen avaa toiselle osapuolelle perustellun syyn luottaa sopimuksen syntymiseen, vaikka yksilö ei olisi tätä tarkoittanutkaan. Odotuksilla voi olla oikeudellista relevanssia myös sopimuksen tulkinnassa. Yksilön toimintatapojen vakiintumisesta voi kummuta perusteltuja odotuksia. Toimintatapojen vakiintuminen voi koskea yksittäisen sopimuksen soveltamista taikka sopimusmenettelyitä yleisesti.[34] Vakiintuminen luo perustan, jonka varaan muut yksilöt perustavat oman toimintansa. Nämä tahot voivat perustellusti luottaa siihen, että yksilö noudattaa johdonmukaisesti omaa toimintatapaansa.

Perusteltuja odotuksia voidaan arvioida yksilötason lisäksi myös järjestelmätason näkökulmasta. Perustellut odotukset eivät tällöin koske vain yksittäisiä toimijoita tai sopimussuhteita, vaan niillä on yleistä kantavuutta markkinoilla. Järjestelmätasolta kumpuavat perustellut odotukset voivat liittyä markkinoilla vakiintuneesti omaksuttuihin käytäntöihin tai menettelytapoihin.[35] Esimerkkinä voidaan mainita hyvä kauppatapa. Sopimusosapuolet voivat lähteä omassa toiminnassaan siitä, että kumpikin sopimusosapuoli toimii markkinoilla yleisesti hyväksyttyjen käytäntöjen mukaisesti. Arviointi on tältä osin toimintaympäristösidonnaista; perusteltujen odotusten sisällön määrittelyssä on otettava huomioon kunkin toimintaympäristön erityispiirteet.

Oikeudellisessa tarkastelussa voidaan yksilöille asettaa joitakin yleisiä, lähtökohtaisesti toimintaympäristöstä riippumattomia sopimustoimintaan liittyviä vaatimuksia. Tällainen vaatimus koskee esimerkiksi vaihdannan rehellisyyttä ja kunniallisuutta. Yksilöillä on perusteltu syy odottaa, että muut toimijat menettelevät rehellisyyden ja kunniallisuuden vaatimuksen mukaisesti.[36] Kyse on eräänlaisista sopimustoimintaa koskevista yleisistä reunaehdoista. Odotusten perustan yleisyydestä ei kuitenkaan seuraa sitä, että odotusten sisältö voitaisiin määritellä kattavasti ennalta. Rehellisyyden ja kunniallisuuden vaatimus on nähtävä yleise-

---

[32] Sopimussuhteisiin liittyvän muutoksen hallinta on perusteltavissa myös taloudellisesti, koska näin luodaan edellytyksiä osapuolten välisen yhteistoiminnan jatkumiselle.

[33] Ks. esim. KKO 2009:45, jossa arvioitiin sopimusneuvotteluissa syntyneiden sopimuksen solmimista koskeneiden perusteltujen odotusten oikeudellista merkitystä.

[34] Ks. myös Pöyhönen 2000, s. 116–118.

[35] Ks. myös Häyhä 1999 s. 311–312.

[36] Ks. myös esineoikeudellisesta keskustelusta Tammi-Salminen 2001, s. 30–32.

nä sopimustoiminnan jäsentämistapana, mutta sen sisällön täsmentymiseen voivat vaikuttaa kunkin toimintaympäristön erityispiirteet. Laajimmassa katsannossa yksilöille voi syntyä markkinoiden toimivuutta koskevia perusteltuja odotuksia. Yksilöt käyttävät heille oikeusjärjestyksessä turvattuja oikeuksia markkinoilla. Markkinoiden toimivuus vaikuttaa keskeisesti niihin olosuhteisiin, joissa yksilöt solmivat sopimuksia. Markkinoiden toimivuutta koskevat odotukset eivät oikeudellisessa mielessä kanavoidu yksilöiden oikeuksiksi, mutta odotukset voidaan ottaa huomioon myös sopimusoikeudellisessa arvioinnissa.

Luottamusperiaate kokoaa yhteen näkökohtia, jotka koskevat markkinoilla syntyneitä perusteltuja odotuksia ja niiden oikeudellista arviointia. Luottamusperiaatteen kattama tilanteiden kirjo on varsin laaja. Sen soveltaminen on perusteiltaan joustavaa: perustellun luottamuksen syntyminen sekä liittyminen yksittäiseen sopimussuhteeseen taikka sitä laajempaan taustaan on ratkaistava tapauskohtaisesti. Luottamusperiaatteen kantava idea on kuitenkin perustaltaan selkeä: yksilöiden on voitava luottaa sopimuksesta ja sopimustoiminnasta kumpuaviin perusteltuihin odotuksiin. Perusteltuja odotuksia omilla toimillaan synnyttänyt tai perusteltuja odotuksia sisältävään käytäntöön osallistunut yksilö on velvollinen ottamaan omassa toiminnassaan huomioon toiselle osapuolelle muodostuvat perustellut odotukset.

Perusteltujen odotusten suojaaminen sopimustoiminnassa johtaa sopimusoikeudellisen tarkastelukulman laajenemiseen tahtoperiaatteeseen verrattuna. Tahtoperiaatteen mukaisessa tarkastelussa keskeisen aseman saa tahdonilmaisun antaja. Arvioinnissa kiinnitetään huomio tahdonilmaisun antajan vapauden suojaamiseen. Sopimus nähdään ensisijaisesti yksilön välineenä toteuttaa omia intressejään markkinoilla. Luottamusperiaatteeseen perustuvassa tarkastelussa yksittäisten toimijoiden välinen suhde hahmotetaan kokonaisuutena, jota ei ole mahdollista jäsentää yksinomaan tahdonilmaisun antajan näkökulmasta. Tahdonilmaisun antajan kumppani saa arvioinnissa keskeisen aseman, kun sopimuksesta ja sopimustoiminnasta muodostuvia perusteltuja odotuksia suojataan. Sopimus jäsennetään kahden osapuolen vastavuoroisena yhteistoimintana, jota on arvioitava kokonaisuutena.[37] Luottamusperiaate ilmentää täten sopimustoiminnan yhteisöllistä luonnetta. Sen mukaisessa tarkastelussa ylitetään osaltaan yksittäisen sopimussuhteen rajat. Sopimusoikeudellisessa arvioinnissa otetaan huomioon se, että sopimustoimintaan liittyvällä perusteltujen odotusten suojalla on vaikutuksia markkinoiden toimivuuteen. Nämä vaikutukset ovat luonteeltaan järjestelmätasoisia.

---

[37] Ks. esim. Taxell 1977, s. 148–149.

2.3.2 Luottamus

Luottamus muodostaa olennaisen käsitteen luottamusperiaatteen kannalta. Luottamusperiaatteen sisällön täsmentämiseksi on selvitettävä, mitä luottamuksella tarkoitetaan. Luottamusta ja sen suojaamista on käsitelty oikeustieteen lisäksi monilla muilla tieteenaloilla. Tässä yhteydessä on mahdollista hahmottaa ainoastaan luottamuskäsitteen olennaisia tunnusmerkkejä. Arviointi on kuitenkin tärkeää, koska sen avulla voidaan ymmärtää, mitä luottamusperiaate suojaa ja millaisissa tilanteissa luottamus aktualisoituu.

Yksilö kohtaa markkinoilla erilaisia epävarmuustekijöitä. Ne voivat koskea markkinaolosuhteiden kehittymistä tai toisten yksilöiden käyttäytymistä. Markkinaolosuhteiden muutos saattaa olla vaikeasti ennakoitavissa. Kysymys on osaltaan markkinoiden dynamiikan oikullisuudesta. Yksilön kannalta on myös keskeistä, miten toiset yksilöt toimivat markkinoilla, sillä sopimustoiminta rakentuu yksilöiden välisen vuorovaikutuksen varaan. Yksilölliset ratkaisut heijastuvat toisten yksilöiden asemiin markkinoilla.

Epävarmuustekijöiden synnylle on tyypillistä sopimustoiminnan ajallinen eriytyminen. Yksilöiden kannalta merkitykselliset toimet sijoittuvat tässä suhteessa ajalliseen jatkumoon. Sopimuksia ei ole useinkaan mahdollista arvioida pistemäisesti, vaan tarkastelussa korostuu päinvastoin sopimusten prosessiluonteisuus. Edellä mainituista seikoista seuraa se, ettei yksilöillä ole käytännössä täydellistä tietämystä sopimustoiminnan kannalta merkityksellisistä seikoista.

Tietämyksen rajallisuuteen voivat vaikuttaa erilaiset syyt, joista erityisesti tiedon hankkimisen kustannukset voivat käytännössä nousta korkeiksi. Yksilön menestyminen sopimustoiminnassa edellyttää epävarmuustekijöiden hallintaa. Yksilöiden on kyettävä operoimaan markkinoilla, vaikka yksilöt eivät tunne kaikkia toimintaolosuhteisiin vaikuttavia tekijöitä. Yksilöiden on otettava riskejä, jotta taloudellisesti kannattava toiminta on mahdollista.

Riskien ottamisesta seuraa yksilön haavoittuvuus. Yksilö ei voi omilla toimillaan kontrolloida omaan asemaansa vaikuttavia tekijöitä, vaan yksilö asettaa oman asemansa osittain muiden toiminnasta riippuvaiseksi. Luottamuksen käsite kuvaa juuri tätä epävarmuudesta ja haavoittuvuudesta muodostuvaa asetelmaa. Luottamus liittyy yksilön käsitykseen siitä, että toinen yksilö tai järjestelmä toimii arvioijan intressien mukaisesti tulevaisuudessa.[38] Vastapuoli ottaa toisin sanoen omassa toiminnassaan huomioon toisen yksilön intressit. Osapuolten käyttäytyminen on luonteeltaan vastavuoroista. Luottamuksen mukaisesti käyttäyty-

[38] Ks. esim. Offe, s. 47. Luottamus voi syntyä henkilöiden tai organisaatioiden välillä tai niiden kesken. Sopimusoikeudellisen arvioinnin kannalta keskeistä on yksilöiden välille muodostuva luottamus. Kokonaisvaltaisessa arvioinnissa on kuitenkin muistettava, että myös abstraktien järjestelmien toimintaan voi kohdistua perusteltuja odotuksia. Ks. esim. Giddens, s. 83–88.

vä toimija ei menettele opportunistisesti, vaikka hänellä olisi siihen mahdollisuus. Tämä voi merkitä poikkeamista vastapuolen lyhyen aikavälin intresseistä.

Luottamuksen syntymiseen vaikuttaa lähtökohtaisesti kahdenlaisia tekijöitä. Luottamuksen muodostumisen kannalta on olennaista, että toisella yksilöllä voidaan perustellusti odottaa olevan *kyky toimia luottamuksen kohteena olevalla tavalla*.[39] Kyky voi perustua esimerkiksi teknisiin tai taloudellisiin resursseihin. Nämä resurssit mahdollistavat luottamuksen mukaisen toiminnan. Tämä ei kuitenkaan vielä sinällään riitä, mikäli toisella yksilöllä ei ole halua käyttää resurssejaan luottamuksen mukaisesti. Luottamuksen muodostumiseen vaikuttaa siten olennaisesti käsitys siitä, että toinen *yksilö on halukas toimimaan luottamuksen mukaisella tavalla*.[40] Luottamuksen voidaan katsoa muodostuvan edellä mainittujen tekijöiden tulona. Mikäli toinen muuttuja on nolla tai lähenee nollaa, heikkenevät luottamuksen muodostumisen edellytykset merkittävästi.

Luottamuksen syntymiseen vaikuttavat useat tekijät. Kaikki tekijät eivät ole oikeudellisia tai oikeudellisesti säädeltävissä. Luottamus on monellakin tavalla arvioiden kulttuurisidonnainen ilmiö.[41] Joissakin yhteiskunnissa yksilöiden välisen luottamuksen taso on perinteisesti ollut korkea. Asetelmaan vaikuttaa muun ohella yhteiskunnan rakenteistuminen. Tällöin oikeudellisen sääntelyn merkitys on luottamuksen syntymisen kannalta rajallinen.[42] Oikeudellisen sääntelyn asema voidaan muutoinkin nähdä välilliseksi. Oikeudellinen sääntely luo puitteita yksilöiden välisen luottamuksen muodostumiselle. Kyse on eräänlaisesta turvaverkosta, joka pienentää luottamuksen murtumisen seurausten suuruutta ja laskee samalla kynnystä harjoittaa yhteistyötä toisten yksilöiden kanssa. Tilanne voidaan jäsentää itseään vahvistavaksi prosessiksi: yhteistyön aloittaminen ja siitä seuraavat myönteiset kokemukset ovat omiaan nostamaan keskinäisen luottamuksen tasoa ja edelleen lisäämään yhteistoiminnan laajuutta. Oikeudellinen sääntely muodostaa tämän prosessin erään taustaelementin, jonka merkitys vaihtelee prosessin aikana ja voi luottamuksellisten suhteiden vahventuessa liudentua rajalliseksi.

---

[39] Ks. esim. Coleman, s. 108, ja Huemer, s. 14 ja 108.

[40] Ks. Coleman, s. 108, ja Huemer, s. 108 ja 131.

[41] Ks. Fukuyama, s. 9.

[42] Puhtaimmillaan luottamus esiintyy silloin, kun ulkoista pakkoa luottamuksen mukaiseen toimintaan ei ole olemassa. Ks. esim. Fukuyama, s. 41. Luottamuksen mukainen käyttäytyminen on perustaltaan vapaaehtoista. Luottamus ei rakennu laskelmointiin vaan ajatukseen siitä, että toisen yksilön intressit tulee ottaa omassa toiminnassa huomioon. Luottamuksella ja moraalilla on tältä osin keskinäinen yhteys. Toisaalta luottamukselle voidaan antaa myös taloudellinen perustelu. Luottamus alentaa vaihdannan kustannuksia. Se on usein edellytys uusien vaihdannan muotojen toteuttamiselle. Tässä katsannossa luottamus asettaa rajat opportunismille: opportunismilla ei pärjää kaikissa taloudellisissa yhteyksissä, vaan tarvitaan luottamusta. Ks. myös Kovalainen, s. 76–77.

2.3.3 Perusteltujen odotusten suojaaminen

Luottamusperiaatteen tarkastelussa on olennaista jäsentää, miksi sopimustoimintaan liittyviä perusteltuja odotuksia suojataan. Perustelut ovat kahdenlaiset. Taloudellinen perustelu koskee markkinoiden toimivuutta. Sopimustoimintaan liittyvien perusteltujen odotusten suojaaminen on keskeistä vaihdannan kannalta. Toiseksi on huomattava, että luottamusperiaatteeseen sisältyy arvoulottuvuus. Tämä ilmenee siten, että luottamusperiaate liittyy nimenomaan perustellun luottamuksen suojaamiseen. Suojattavalle luottamukselle asetetaan vaatimuksia. Nämä vaatimukset koskevat vaihdannan rehellistä ja kunniallista luonnetta. Luottamusperiaatteen kautta sopimustoimintaa ohjataan materiaalisesti hyväksyttävään suuntaan.

Perusteltujen odotusten suojaaminen on sopimusoikeudessa perinteisesti yhdistetty vaihdannan intressiin. Vaihdannalla tarkoitetaan hyödykkeiden siirtämistä markkinoilla toimijalta toiselle. Sopimus on keskeinen väline, jonka avulla voidaan luoda puitteet hyödykkeiden siirtämiselle ja yksilöiden väliselle yhteistoiminnalle. Perusteltujen odotusten sopimusoikeudellisen suojaamisen merkitys liittyy juuri yksittäisten toimijoiden väliseen yhteistyöhön markkinoilla. Asetelman taustalla on klassinen taloustieteellinen ajatus yksilöiden välisen yhteistyön hyvinvointia lisäävästä vaikutuksesta. Työnjaon avulla yksilöt voivat keskittyä niihin toimintoihin, jotka he hallitsevat parhaiten. Yhteistyön avulla voidaan parantaa taloudellisen toiminnan tehokkuutta.[43]

Sopimusoikeudellisessa viitekehyksessä vaihdannan yhteiskunnallista merkitystä on arvioitu juuri järjestelmätason näkökulmasta.[44] Vaihdannan ja markkinoiden toimivuus nähdään yhteiskunnan yleiseen intressiin liittyvänä kysymyksenä. Vaihdannan avulla voidaan varmistaa yhteiskunnan hyvinvoinnin määrän lisääntyminen ja jakautuminen markkinamekanismin mukaisesti. Sopimustoimintaan liittyvien perusteltujen odotusten suojaaminen kytketään nimenomaisesti näihin järjestelmätasoisiin hyvinvointivaikutuksiin. Yksilön asema on tässä arvioinnissa yhteisölle alisteinen: yksilön omien hyvinvointietujen toteutuminen on seurausta vaihdannan sujuvuudesta ja markkinoiden toimivuudesta.

---

[43] Tehokkuuden lisäys voi perustua esim. toiminnan mittakaavojen kasvamiseen. Tehokkuuden paraneminen voi ilmetä myös uusien, kuluttajien tarpeita aiempaa paremmin palvelevien hyödykkeiden kehittämisenä. Yhteistyö luo siten perustan dynaamiselle tehokkuudelle. Sopimusten avulla hyödykkeet voidaan myös siirtää niille, jotka arvostavat hyödykkeitä eniten. Tämä on omiaan parantamaan talouden allokatiivista tehokkuutta.

[44] Ks. tarkemmin esim. af Hällström, s. 50.

Luottamusperiaate suojaa vain sopimustoiminnassa syntyneitä perusteltuja odotuksia.[45] Odotusten perustelluisuuden arvioiminen edellyttää oikeudellista kannanottoa sopimustoiminnan sisältöön. Odotusten perustelluisuutta on mahdollista arvioida eri tavoin. Lähestymistavat ovat muovautuneet sopimusoikeudellisessa keskustelussa. Joissakin yhteyksissä perusteltujen odotusten suojaaminen on yhdistetty vilpittömän mielen tarkasteluun.[46] Arviointi kiinnittyy tällöin yksilön tietoisuustilaan.

Nykyisin keskeisen aseman arviointiperusteena on saanut toimintatapojen vakiintuminen. Oikeudellisesti perusteltua on suojata sopimustoiminnan normaaliin ja vakiintuneeseen sisältöön kiinnittyviä odotuksia. Arviointi on toimintaympäristösidonnaista. Yksilön odotukset ovat määrätyssä tilanteessa tai määrätyissä vakiintuneissa olosuhteissa oikeutettuja. Arvioinnille on tyypillistä sen asteittaisuus. Odotuksille annettavan oikeudellisen suojan vahvuus riippuu odotusten perustelluisuuden asteesta kussakin tilanteessa. Suojan taso voi siten vaihdella tapauksittain.

Luottamusperiaate kvalifioi suojattavan luottamuksen sisältöä. Suojattavalle luottamukselle asetetaan toisin sanoen erityisiä vaatimuksia. Kysymyksessä on normatiivinen arviointi siitä, millaista sopimustoimintaa halutaan suojella ja edistää. Varallisuusoikeuden perusteisiin on vakiintuneesti kuulunut vaatimus vaihdannan rehellisyydestä ja kunniallisuudesta.[47] Vaatimus on ilmentynyt eri tavoin oikeusjärjestyksessä. Oikeustoimilain 33 §:n voidaan katsoa tuovan esille rehellisyyteen ja kunniallisuuteen liittyviä näkökohtia. Mainitun säännöksen perusteella asetetaan pätemättömiksi sellaiset oikeustoimet, joihin vetoaminen olisi kunnianvastaista tai arvotonta. Oikeustoimilain 33 §:ssä asetetaan tässä suhteessa eräänlainen ääriraja sopimustoiminnan hyväksyttävälle sisällölle. Rehellisyyden ja kunniallisuuden vaatimus sisältyy sopimustoimintaa koskeviin periaatekokoelmiin. Good faith and fair dealing -vaatimus on nostettu Euroopan sopimusoikeuden systematisoinnin yhteydessä kantavaksi sopimusoikeudelliseksi periaatteeksi.[48] Kansainvälistä kauppaa koskevissa Unidroit-periaatteissa edellytetään, että jokainen osapuoli noudattaa good faith and fair dealing -vaatimusta omassa toiminnassaan.[49]

Sopimustoiminnan sisältöä koskevan rehellisyyden ja kunniallisuuden vaatimuksen oikeudellinen perusta on siten varsin laaja ja yleisesti hyväksytty. Rehel-

---

[45] Lähtökohta voi laajentua periaatteille tyypilliseen tapaan siten, että niiden soveltamisalaa tulkitaan laajentavasti. Perustellut odotukset voivat kohdistua kolmanteen, kuten esimerkiksi myyjään kiinteistövälittäjän ja ostajan välisessä relaatiossa.

[46] Ks. Pöyhönen 1988, s. 143.

[47] Ks. esim. Zitting, s. 129.

[48] Ks. Euroopan sopimusoikeuden periaatteiden 1:201 artiklasta Lando – Beale, s. 113–119.

[49] UNIDROIT-periaatteiden artikla 1.7., UNIDROIT Principles, s. 17–21.

lisyyden ja kunniallisuuden vaatimuksen voidaan katsoa koskettavan sopimusoikeutta kokonaisuudessaan. On mahdollista lähteä siitä, että yksilöllä on perusteltu syy odottaa muiden toimijoiden menettelevän markkinoilla rehellisyyden ja kunniallisuuden vaatimuksen mukaisesti.

Rehellisyyden ja kunniallisuuden vaatimusta koskevien perusteltujen odotusten voidaan katsoa kohdistuvan erityisesti sopimusosapuolten väliseen yhteistyöhön ja sopimusmoraalin noudattamiseen.[50] Sopimus nähdään osapuolten välisen yhteistyön muotona.[51] Sopimusosapuolet eivät pyri kaikin mahdollisin keinoin edistämään omia intressejään, vaan ne ottavat myös vastapuolen aseman huomioon omassa päätöksenteossaan. Sopimusmoraalia koskevat odotukset kohdistuvat puolestaan sopimustoiminnan kunnialliseen sisältöön: osapuolet noudattavat yleisesti vakiintuneita toimintatapoja ja pelisääntöjä sekä rakentavat keskinäistä yhteistyötään luottamukselliselle ja kestävälle pohjalle. Kokonaisuutena arvioiden kysymys on sopimustoiminnan vastavuoroisuudesta.[52]

Rehellisyyden ja kunniallisuuden vaatimuksen arviointikriteerit voivat muotoutua eri tavoin. Arviointiin voidaan hakea tukea sopimustoiminnan ja markkinoiden ulkopuolelta. Arviointiperustana voivat olla erilaiset moraaliteoriat, jotka kuvaavat sopimustoiminnan hyväksyttävää sisältöä. Ongelmaksi voi muodostua näiden teorioiden etääntyminen kohteestaan.[53] Moraaliteoriaan perustuvassa oikeudellisessa arvioinnissa ei aina välttämättä kyetä ottamaan huomioon sopimustoiminnan ominaispiirteitä ja niistä seuraavia vaatimuksia. Rehellisyyden ja kunniallisuuden vaatimusta voidaan hahmottaa myös markkinoiden sisäisesti. Tarkastelu perustuu keskeisesti erilaisiin markkinoilla vakiintuneisiin käytäntöihin. Kysymys voi olla esimerkiksi vakiintuneesta kauppatavasta tai jonkin toimialajärjestön ohjeisiin perustuvasta vakiintuneesta käytännöstä, joihin sopimustoimintaa verrataan sisällöllisesti. Mahdollista on myös hakea arviointiin tukea liike-elämän etiikasta, johon on kiteytynyt markkinatoimijoiden käsitys vaihdannan hyväksyttävästä sisällöstä.

Rehellisyyden ja kunniallisuuden vaatimukseen sisältyy normatiivinen elementti. Vaatimuksen avulla ei ainoastaan justifioida markkinoilla vallitsevia käytäntöjä, vaan tarkoituksena on ohjata sopimustoimintaa yhteiskunnallisesti hyväksyttäväksi katsottavaan suuntaan. Asetelma tulee hyvin esille oikeustoimilain 33 §:n osalta. Oikeustoimilain 33 §:n säätämisen keskeisenä pontimena on ollut hyvän liikemoraalin tekeminen oikeudellisesti sitovaksi. Tarkoituksena ei ole ollut vain kodifioida markkinoilla keskimäärin vallitsevia käytäntöjä, vaan ar-

---

50 Ks. esim. Wightman, s. 41–42, ja Nehf, s. 121–126.
51 Ks. Taxell 1979, s. 488.
52 Ks. Taxell 1979, s. 487.
53 Ks. tarkemmin Bridge, s. 139 ja 141–143.

vioinnin pohjaksi on haluttu ottaa kaikkein kunniallisimpien liikemiesten toiminta.[54]

Normatiivisuuden toteuttamiseksi on rehellisyyden ja kunniallisuuden vaatimuksen tarkastelussa yhdistettävä sisäinen ja ulkoinen näkökulma. Ilman ulkoista näkökulmaa arviointi ei ole luonteeltaan normatiivista. Oikeudellisen sääntelyn tehtävänä on ohjata talouden toimintaa yhteiskunnallisesti hyväksyttäväksi katsottavaan suuntaan. Toisaalta oikeudellisessa sääntelyssä ei voida katkaista yhteyttä sääntelykohteeseen, koska sääntely muodostuu tällöin utopiaksi. Oikeudellisen sääntelyn toteuttamisessa on otettava huomioon kunkin toimintaympäristön erityispiirteet. Rehellisyyden ja kunniallisuuden vaatimuksen painoarvo riippuu kulloinkin arvioitavasta toimintaympäristöstä.[55] Sopimustoiminnan sisältö vaikuttaa painavalla tavalla siihen, millaisia konkreettisia velvollisuuksia yksilöille voidaan rehellisyyden ja kunniallisuuden vaatimuksesta johtaa.[56] Vaatimukset yhteistoiminnasta näyttäytyvät toisistaan poikkeavin tavoin sopimustoiminnan eri sektoreilla. On mahdollista argumentoida, että rehellisyyden ja kunniallisuuden vaatimuksella on erityinen merkitys pitkäkestoisten, osapuolten kiinteään yhteistyöhön perustuvien sopimusten yhteydessä.[57]

2.3.4 Oikeudelliset ilmenemismuodot

Luottamusperiaate saa erilaisia ilmenemismuotoja sopimusoikeudessa. Perusteltujen odotusten suojaamisella on keskeinen merkitys sopimussitovuuden syntymisen edellytysten ja sisällön arvioinnissa. Luottamusperiaatteen mukaiset näkökohdat tulevat voimakkaasti esille sopimusoikeudellisen lojaliteettiperiaatteen osalta. Lojaliteettiperiaate korostaa sopimustoiminnan vastavuoroista luonnetta ja asettaa samalla sopimusosapuolille velvollisuuden ottaa huomioon toisen osapuolen sopimussuhdetta koskevat perustellut odotukset.

Sopimussitovuuden syntymistä voidaan tarkastella oikeudellisesti eri tavoin. Tahtoperiaatteen mukaisessa tarkastelussa korostuu tahdonvapauden merkitys sopimuksen sitovuuden perustana. Sopimus syntyy, kun yksilöiden tahdot yhtyvät ja yksilöt haluavat sitoutua keskinäiseen yhteistoimintaan. Arviointi perustuu ensisijaisesti tahdonilmaisun antajan asemaan. Tätä lähtökohtaa on loivennettu

---

[54] Ks. tarkemmin Wilhelmsson 1999, s. 172, ja Ehdotus laiksi varallisuusoikeudellisista sopimuksista ja muista varallisuusoikeudellisista oikeustoimista, Lainvalmistelukunnan julkaisuja 2/1925, s. 64.

[55] Ks. myös Lando – Beale, s. 114.

[56] Tällöin rehellisyyden ja kunniallisuuden toteuttaminen voidaan nähdä myös taloudellisessa taustassaan: rehellisyyden ja kunniallisuuden toteuttaminen on välttämätöntä useiden vaihdantasuhteiden toteuttamiseksi ja hallinnoimiseksi.

[57] Ks. esim. H. Tolonen 2000b, s. 170–171.

ilmaisuteoriassa, jonka mukaisessa tarkastelussa olennaisen aseman saa tahdon ilmaistu sisältö.[58] Keskeistä on joka tapauksessa tahdon ja sitä kuvaavan tahdonilmaisun olemassaolo. Luottamusperiaate johtaa tarkastelemaan sopimuksen sitovuuden perustaa sopimustoiminnassa syntyvien perusteltujen odotusten suunnasta. Tämä voi puhtaimmillaan johtaa luopumiseen tahdonilmaisua koskevasta vaatimuksesta.[59] Sopimuksen sitovuus ei edellytä tahdonilmaisua vaan sellaista asiantilaa, johon voi kiinnittyä perusteltuja odotuksia. Sopimussitovuuden syntymistä arvioidaan lähtökohtaisesti toiminnan tai muun käyttäytymisen kohteena olevan yksilön näkökulmasta.[60]

Luottamusperiaatteen mukaisessa arvioinnissa keskeistä on yksilön suojaaminen silloin, kun toinen yksilö ei toimi synnyttämiensä perusteltujen odotusten mukaisesti. Perusteltujen odotusten suojaaminen kytketään luottamusperiaatteen alla vaihdannan asettamiin vaatimuksiin. Sopimustoiminnan sujuvuus edellyttää, että vaihdannassa syntyneitä perusteltuja odotuksia suojataan. Suojan tarve voi aktualisoitua esimerkiksi silloin, kun toinen osapuoli on ilmoittanut solmivansa sopimuksen, mutta on myöhemmin peruuttanut ilmoituksensa tai ehdollistanut sen. Vastaavasti perusteltujen odotusten suojaaminen saattaa olla tarpeen, mikäli yksilö poikkeaa omaksumastaan tai ilmoittamastaan sopimusten solmimista koskevasta toimintalinjasta.[61] Toimintatavan vakiintuminen tai sitä koskeva ilmoitus luo perustan toisen osapuolen toiminnalle.

Luottamusperiaatteen ja tahtoperiaatteen välinen ero sopimussitovuuden jäsentämisessä on teoreettisesti arvioiden merkityksellinen. Sopimuksen syntymekanismi hahmotetaan periaatteiden mukaan perustavasti eri tavoin. Käytännön soveltamistilanteissa on ilmeistä, että tahdonvapauteen ja perusteltujen odotusten suojaamiseen liittyvät näkökohdat limittyvät toisiinsa. Luottamuksen ja tahdonvapauden suojaamista koskevat näkökohdat on sovitettava yhteen.[62] Tämä edellyttää tyypillisesti kantavien periaatteiden keskinäistä punnintaa.

Perusteltujen odotusten suojaaminen ei kulminoidu yksin sopimuksen sitovuuden tarkasteluun, vaan se voi saada erilaisia oikeudellisia ilmenemismuotoja. Sopimuksen sitovuuden lisäksi perusteltuja odotuksia voidaan suojata vahingonkorvausoikeuden keinoin.[63] Perusteltujen odotusten suojaaminen ei siten edellytä

---

[58] Ks. esim. Ehdotus laiksi varallisuusoikeudellisista sopimuksista ja muista varallisuusoikeudellisista oikeustoimista, Lainvalmistelukunnan julkaisuja 2/1925, s. 61.

[59] Ks. tarkemmin af Hällström, s. 89–91. Ks. myös Mäkelä, s. 45–48.

[60] Ks. myös Grönfors, s. 124–129.

[61] Ks. esim. KKO 1999:48, jossa arvioitiin urakkakilpailun toteuttamisperiaatteita koskevan rakennuttajan ilmoituksen merkitystä.

[62] Ks. tältä osin myös J. Tolonen 1973, s. 355–356, jossa arvioidaan tahto- ja luottamusnäkökohtien sovittamista yhteen käsitelainopin muodostamassa taustassa.

[63] Ks. sopimusoikeuden ja vahingonkorvausoikeuden suhteesta perusteltujen odotusten suojaamisessa Häyhä 1999, s. 329 ja 333. Ks. Häyhä 1993, s. 199 ja 215–216. Ks. myös KKO 1990:26,

välttämättä sopimussuhteen olemassaoloa, vaan perusteltuja odotuksia voidaan suojata myös sopimussuhteen ulkopuolella. Sopimustoimintaa koskevien perusteltujen odotusten suojaaminen on hahmotettava kokonaisuutena, joka rakentuu sopimus- ja vahingonkorvausoikeudellisista osista.

Lojaliteettiperiaate muodostaa keskeisen oikeudellisen instrumentin luottamusperiaatteen toteuttamiseen. Lojaliteettiperiaate kuvastaa luottamusperiaatteen mukaista sopimustoiminnan hahmottamistapaa: sopimus nähdään sen osapuolten keskinäisen yhteistyön muodoksi. Sopimusosapuolten intressejä ei pidetä lähtökohtaisesti vastakkaisina eikä sopimusta jäsennetä yksinomaan välineeksi toteuttaa kummankin osapuolen omia intressejä. Arvioinnissa keskeisen aseman saa vastavuoroisuus. Sopimuksen katsotaan palvelevan molempien osapuolten intressejä.[64] Sopimussuhde on kokonaisuus, jota ei voida tarkastella vain toisen sopimusosapuolen näkökulmasta. Kysymys on yhteisestä järjestelystä, josta sen kummatkin osapuolet voivat hyötyä.

Lojaliteettiperiaatteen ydinsisältö voidaan tiivistää ajatukseen, jonka mukaan osapuolen on kohtuullisessa määrin otettava huomioon toisen osapuolen intressit sopimussuhteessa.[65] Tämän vaatimuksen voidaan katsoa kumpuavan kahdenlaisesta tausta-aineksesta. Lojaliteettiperiaatteella on ilmeinen yhteys sopimusmoraaliin.[66] Se ohjaa toimimaan markkinoilla rehellisesti ja kunniallisesti. Sopimustoiminnassa on noudatettava markkinoiden pelisääntöjä. Lojaliteettiperiaate tarjoaa välineen, jonka avulla voidaan suojata yksilöiden perusteltuja odotuksia siitä, että sopimustoiminnassa menetellään kunniallisesti.

Lojaliteettiperiaate kytkeytyy sopimusoikeuden materiaaliseen, erityisesti kohtuusperiaatteen edustamaan puoleen. Ajatus sopimustoiminnan vastavuoroisuudesta on yhdistettävissä kohtuusperiaatteeseen. Tässä yhteydessä on kuitenkin huomattava, että vastavuoroisuus ilmenee osittain eri tavoin lojaliteettiperiaatteen ja kohtuusperiaatteen yhteydessä. Lojaliteettiperiaate korostaa sopimustoiminnan reiluutta: yksilön on otettava vastapuolen intressit huomioon omassa toiminnassaan sekä meneteltävä rehellisesti ja kunniallisesti.[67] Vastavuoroisuus toteutuu menettelyllisten seikkojen kautta. Kohtuusperiaatteen osalta taas korostuu edellä mainittua voimakkaammin ajatus sopimustasapainosta. Oikeudellisen

---

jossa arvioitiin vakuutusyhtiön asiamiehen antamia tietoja ennen sopimussuhteen syntymistä. Ks. lisäksi KKO 1992:89, jossa tarkasteltiin vakuutusyhtiön asiamiehen virheellisesti määrittelemästä vakuutusarvosta seuranneen vahingon korvaamista yleisten sopimusoikeudellisten periaatteiden mukaisesti.

64 Ks. esim. Taxell 1972, s. 81.

65 Ks. esim. Taxell 1997, s. 65–66.

66 Ks. Taxell 1979, s. 493.

67 Ks. vaihdannan reiluudesta myös Tammi-Salminen 2001, s. 30–32.

sääntelyn keinoin on pyrittävä takaamaan sopimuksen soveltamisen tasapainoisuus.

Lojaliteettiperiaate avaa yritysten väliseen sopimuskenttään tärkeän näkökulman.[68] Sopimus hahmotetaan sen osapuolten välisen yhteistoiminnan muodoksi, eikä sopimusta voida arvioida yksinomaan toisen osapuolen suunnasta. Sopimustoiminnasta näin muodostuva kuva on perustavalla tavalla erilainen tahtoperiaatteeseen verrattuna. Toisaalta lojaliteettiperiaatteen soveltamisessa on vältettävä pyrkimystä peilata sopimusoikeudellisia ongelmia yksinomaan lojaliteettiperiaatteen suunnalta. Vaarana on tällöin lojaliteettiperiaatteen ongelmanratkaisuvoiman ehtyminen.[69] Edellä lausuttu ei tarkoita sitä, että lojaliteettiperiaatteen soveltaminen tulisi rajata vain joihinkin erikseen määriteltyihin tilanteisiin, vaan lojaliteettiperiaate on soveltamisalaltaan yleinen. Sen soveltamisessa on kuitenkin otettava huomioon kulloisenkin soveltamisympäristön erityispiirteet.

Lojaliteettiperiaatteen painoarvoon vaikuttavat kulloinkin arvioitavana olevan tapauksen yksityiskohdat. Sopimusoikeudellisessa tarkastelussa voidaan löytää joitakin sellaisia tekijöitä, jotka ovat omiaan korostamaan lojaliteettiperiaatteen merkitystä. Sopimussuhteen *sisältö* saattaa vaikuttaa lojaliteettiperiaatteen soveltamiseen. Tyypillisenä lojaliteettiperiaatteen merkitystä vahvistavana seikkana on pidetty sopimusosapuolten suoritusten erityistä luonnetta. Osapuolten kannalta on olennaista, että suorituksen tekee yksi määrätty taho.[70] Osapuolet ovat tällöin usein toisistaan riippuvaisia. Vastavuoroisuuden merkitys korostuu näissä tilanteissa. Lojaliteettiperiaatteen merkitykseen voi vaikuttaa myös sopimuksen pitkäkestoisuus.[71] Tällaiset sopimukset ovat alttiita olosuhteiden muutoksille, minkä vuoksi osapuolten keskinäinen yhteistyö ja valmius sopimussuhteen mukauttamiseen korostuvat.

Sopimuksen sisällön lisäksi lojaliteettiperiaatteen relevanssiin voivat vaikuttaa sopimusosapuolten *keskinäiset suhteet*.[72] Yritysten välisissä sopimussuhteissa voidaan lähtökohtana pitää sopimusosapuolten tiedollista ja taidollista tasavertaisuutta. Joissakin yhteyksissä edellä mainitut resurssit voivat kuitenkin jakautua epätasaisesti. Kysymys voi olla esimerkiksi erityisestä sopimuksen soveltamiseen liittyvästä informaatiosta.[73] On argumentoitavissa, että tällaisen informaation haltijalla on jonkinasteinen velvollisuus huolehtia sopimuksen kannalta olennaisten kysymysten käsittelemisestä esimerkiksi sopimusneuvotteluissa. Lojaliteettiperiaatteen kannalta ei ole keskeistä välitön lopputulosten säätelemi-

---

68 Ks. myös Lehtinen, s. 78–80.
69 Ks. lojaliteettiperiaatteen laajasta tulkinnasta esim. Muukkonen 1993, s. 1044–1045.
70 Ks. tarkemmin esim. Taxell 1977, s. 149.
71 Ks. tarkemmin Mähönen 2000, s. 131, ja Rudanko 1998b, s. 87.
72 Ks. esim. Taxell 1997, s. 66, ja Taxell 1979, s. 490–492.
73 Ks. myös Lehtinen, s. 84–85.

nen vaan sellaisten olosuhteiden luominen, että sopimussuhde voi muodostua vastavuoroiseksi.

2.3.5 Yhteenveto

Luottamusperiaate ja tahtoperiaate muodostavat keskeisen oikeudellisen perustan yritysten välisten sopimusten arvioinnille. Näiden periaatteiden mukaisten sääntelylogiikkojen osittainen erilaisuus asettaa haasteita sopimusoikeudelliselle analyysille. Tahtoperiaate edustaa näkemystä, jonka mukaan sopimusosapuolet pyrkivät ja kykenevät edistämään ensisijaisesti omaa etuaan. Sopimusosapuolen on omilla toimillaan varmistettava itselleen suotuisat sopimusolosuhteet. Oman sopimuskumppanin kontribuutioon ei tältä osin voida juurikaan kohdistaa erityisiä odotuksia. Luottamusperiaatteen kohdalla tarkastelukulma vaihtuu. Sopimusta tarkastellaan yhteisöllisessä kontekstissaan. Sopimustoiminnassa on otettava huomioon yksilön omien intressien lisäksi toinen osapuoli ja kulloisetkin olosuhteet markkinoilla. Sopimus nähdään osapuolten välisen yhteistoiminnan muodoksi. Sopimusoikeudellisen sääntelyn on osaltaan suojattava sopimustoiminnan yhteisöllisen ulottuvuuden edellytyksiä. Vain tällä tavalla yksilöt voivat käyttää oikeuksiaan mielekkäällä tavalla ja markkinat voivat toteuttaa niille asetettuja yhteiskunnallisia tehtäviä.

Luottamusperiaate kietoutuu yritysten välisen sopimustoiminnan ydinalueille. Sen avulla voidaan kuvata monia sellaisia seikkoja, jotka ovat keskeisiä yritysten välisen sopimustoiminnan oikeudellisen jäsentämisen kannalta. Ajatus sopimuksesta sen osapuolten keskinäisen yhteistoiminnan muotona on kestävä yritysten välisessä sopimustoiminnassa. Toisaalta luottamusperiaatteen soveltamiseen tarvitaan herkkyyttä. Yritysten väliset sopimukset ja niiden solmimisolosuhteet vaihtelevat sisällöltään. Luottamusperiaatteen merkitystä on arvioitava kulloisissakin soveltamisolosuhteissa suhteessa sopimusoikeuden muihin kantaviin periaatteisiin. Arvioinnissa palataan helposti sopimusoikeuden perustaviin kysymyksiin. Oikeustieteen keinoin on pyrittävä luomaan suuntaviivoja, jotka määrittävät näiden periaatteiden keskinäisiä suhteita.

2.4 KOHTUUSPERIAATE

2.4.1 Tausta

Sopimustoiminnan arviointiin voidaan valita erilaisia tulokulmia. Tahtoperiaatteen mukaan sopimustoiminta näyttäytyy mahdollisuuksien valtakuntana, jossa yksilöt voivat vapauksiensa puitteissa edistää omaa etuaan. Sopimusoikeus antaa

yksilöille välineet tahdonvapauden käyttämiseen. Luottamusperiaate korostaa puolestaan sopimustoiminnan sujuvuuden yhteiskunnallista merkitystä. Sopimusoikeuden tehtävänä on luoda puitteita vaihdannan toimivuudelle, jotta vaihdantaan liittyvät järjestelmätasoiset hyvinvointitavoitteet voidaan saavuttaa. Samalla pyritään tukemaan vaihdannan yhteisöllistä kestävyyttä. Kohtuusperiaate avaa kolmannen rinnakkaisen arviointitavan sopimusoikeuteen. Kohtuusperiaatteen mukaisessa arvioinnissa sopimustoimintaa lähestytään yhteiskunnallisten oikeudenmukaisuuskäsitysten suunnasta.[74] Sopimusoikeuden tehtäväksi nähdään oikeudenmukaisuuden edistäminen yhteiskunnassa.

Kohtuusperiaatteen soveltaminen liittyy keskeisesti asetelmiin, joissa sopimustoiminnan ja yhteiskunnallisten oikeudenmukaisuuskäsitysten välille muodostuu jännite. Jännite on tyypillisesti seurausta sopimustoiminnan kohtuuttomaksi katsottavasta sisällöstä. Kohtuuttomuus voi ilmetä sopimustoiminnassa eri tavoin. Sopimuksen soveltaminen voi johtaa kohtuuttomaan lopputulokseen. Sopimusosapuolten asemat eivät tällöin ole kohtuullisessa suhteessa toisiinsa. Sopimus voi olla alun alkaen kohtuuton tai se voi muodostua sopimussuhteen aikana kohtuuttomaksi. Erilliset sopimusehdot voivat olla sellaisenaan, yksittäistapauksellisista olosuhteista riippumatta kohtuuttomia. On mahdollista puhua sopimusehtojen tyyppikohtuuttomuudesta.[75]

Kohtuusperiaatteen soveltaminen edellyttää sen selvittämistä, mitä yhteiskunnallisella oikeudenmukaisuudella tarkoitetaan. Yleisenä lähtökohtana voidaan pitää sitä, että oikeudenmukaisuudella viitataan yhteiskunnalliseen käsitykseen oikeasta ja väärästä. Oikeudenmukaisuus voidaan jakaa käsitteellisesti muodolliseen ja materiaaliseen osaan. Muodollisella oikeudenmukaisuudella tarkoitetaan ensisijaisesti yksilöiden keskinäistä yhdenvertaisuutta.[76] Samanlaisia tapauksia tulee kohdella samalla tavoin ja erilaisia tapauksia erilaisilla tavoilla. Hyödyt ja haitat tulee jakaa yksilöiden kesken tasan, ellei ole olemassa erityisiä sisällöllisiä perusteita päätyä toisenlaiseen lopputulokseen. Muodollisen oikeudenmukaisuuskäsityksen taustalta löytyy ajatus yksilön itseisarvosta ja erityisesti yksilöiden yhtäläisestä itseisarvosta. Muodollinen oikeudenmukaisuuskäsitys voidaan oikeusjärjestyksessämme kiinnittää viime kädessä perustuslain 6 §:n yhdenvertaisuussäännökseen.

Muodollinen oikeudenmukaisuuskäsitys korostaa yksilöiden toimintamahdollisuuksien yhtäläisyyttä. Oikeusjärjestyksessä luodaan yksilöille lähtökohdiltaan yhdenmukaiset toimintaedellytykset. Yksilöt päättävät oman toimintansa suun-

---

[74] Ks. esim. Pöyhönen 1988, s. 168–170.

[75] Ks. tyyppikohtuuttomuudesta esim. Pöyhönen 1988, s. 359–364, Wilhelmsson 1985, s. 111–114, ja Hemmo 2003b, s. 56–57.

[76] Ks. esim. Taxell 1976, s. 45.

taamisesta näissä puitteissa. Oikeudellisen sääntelyn keinoin ei tule puuttua toimintamahdollisuuksien käyttämisen lopputulokseen, mikäli toimintaedellytykset ovat yhtäläiset. Toimintaympäristön reiluus on tae sille, että sopimustoiminnassa saavutetaan hyväksyttäviä lopputuloksia.

Materiaalinen oikeudenmukaisuuskäsitys tarjoaa sisällöllisen kannanoton siihen, millaista ratkaisua voidaan kussakin tilanteessa pitää oikeana ja samalla yhteiskunnallisesti hyväksyttävänä. Arviointi perustuu ratkaisun sisällölliseen hyväksyttävyyteen. Siinä joudutaan ottamaan kantaa ainakin kahdenlaisiin perustaviin yhteiskunnallisiin kysymyksiin. Keskeinen kysymys koskee yksilön asemaa yhteiskunnassa. On selvitettävä, millä perusteilla yksilön oikeusasemaa ja vapauksia suojataan. Omana kysymyksenään on jäsennettävä, kuinka varallisuus voidaan jakaa yhteiskunnassa oikeudenmukaisesti. Eri teorioiden antamat vastaukset näihin kysymyksiin vaihtelevat suuresti. Tässä yhteydessä ei ole mahdollista uppoutua rinnakkaisten teorioiden tarjoamiin vastauksiin laaja-alaisesti. Kysymyksenasettelun selventämiseksi voidaan kuitenkin ottaa lyhyesti käsiteltäväksi kaksi tunnettua ja samalla myös sopimusoikeudellisen keskustelun kannalta merkityksellistä teoriaa (utilitarismi ja rawlsilainen käsitys oikeudenmukaisuudesta reiluna pelinä), joissa yhteiskunnallisia oikeudenmukaisuuskysymyksiä käsitellään varsin erilaisista näkökulmista.

> Utilitarismin peruspostulaatin mukaan hyväksyttävänä on pidettävä ratkaisua, joka maksimoi yhteiskunnallisen hyvinvoinnin määrän.[77] Oikea samastetaan hyvään. Arviointi kiinnittyy järjestelmätason vaikutuksiin eli yhteiskunnassa olevan hyvinvoinnin kokonaismäärän tasoon. Hyvinvointi tulee jakaa siten, että saavutetaan tehokkain mahdollinen lopputulos. Yksilön asema on kokonaisuudelle alisteinen. Yksilön oikeusasemaan voidaan puuttua, mikäli se on välttämätöntä hyvinvoinnin kokonaismäärän lisäämiseksi. Teoreettisesti voidaan esittää erilaisia malleja, joiden mukaan yksilön asema otetaan huomioon kokonaisarvioinnissa ja yksilön aseman heikkeneminen mahdollisesti kompensoidaan.[78]

---

[77] Ks. esim. Posner 1992, s. 13.

[78] Hyvinvointivaikutuksia on taloustieteessä perinteisesti arvioitu Kaldor-Hicks- ja Pareto-tehokkuuden käsitteiden avulla. Ks. tältä osin esim. Posner 1992, s. 13–14, ja Cooter – Ulen, s. 10–12. Kaldor-Hicks-tehokkuuden mukaan muutos on tehokas, mikäli tehokkuuslisäyksen määrä ylittää ne tappiot, jotka muutoksesta hyötyneet joutuvat korvaamaan muutoksesta kärsineille. Yksilöiden oikeusasemia ei suojata tehokkuuden lisäyksen kustannuksella, vaan mahdolliset hyvinvoinnin määrän lisäyksestä yksittäiselle toimijalle aiheutuneet tappiot korvataan ainakin laskennallisesti. Tämä on ongelmallista yksilöiden oikeuksien suojan kannalta. Pareto-tehokkuuden mukaan resurssien allokaatio on optimaalinen, mikäli allokaatiota ei voida muuttaa ilman, että jonkun aseman paraneminen aiheuttaisi jonkun toisen aseman heikkenemisen. Tehokkuuden määrittämisen perustana oleva vaatimus yksilöiden asemien heikkenemättömyydestä vahventaa yksilöiden asemia Kaldor-Hicks-tehokkuuteen verrattuna.

Utilitarismille vastakkaisina voidaan pitää teorioita, joissa oikea erotetaan hyvästä. Arviointi rakentuu esimerkiksi erilaisten eettisperustaisten teorioiden tai yhteiskuntasopimuskonstruktion varaan. Näille arviointitavoille on usein tyypillistä yksilön aseman korostaminen: yksilöä ei nähdä vain välineenä hyvinvoinnin kasvattamiseksi, vaan yksilöllä katsotaan olevan itseisarvoinen asema yhteiskunnassa. John Rawlsin oikeudenmukaisuusteoria kiinnittyy tähän jatkumoon. Teorian perustana on olettama alkutilasta, jossa olevien yksilöiden tulisi sopia yhteiskunnallisia instituutioita koskevista oikeudenmukaisuuskriteereistä. Oikeudenmukaisuuden kriteerit määrittyvät alkutilassa tehtävien rationaalisten valintojen kautta. Näissä valinnoissa korostuu yksilön asema. Valituksi tulisi ratkaisumalli, jonka yksilöt voisivat hyväksyä omalta osaltaan, vaikka yksilöt eivät tietäisi omaa asemaansa ja siihen tulevaisuudessa vaikuttavia tekijöitä.[79] Rawlsin mukaan yksilön oikeuksia ei saa uhrata hyvinvoinnin kokonaismäärän kasvattamiseksi. Oikeuksien käyttöä voidaan kuitenkin säännellä toisten yksilöiden oikeuksien suojaamiseksi. Rawls ottaa kantaa myös hyvinvoinnin jakautumiseen. Hyvinvointierojen kasvattaminen on hyväksyttävää, mikäli kaikki yhteiskunnan luokat hyötyvät erojen lisääntymisestä. Hyvinvoinnin lisäyksen on välityttävä siten koko yhteiskuntaan eikä lisäys saa jäädä vain kaikkein hyväosaisimmille yhteiskuntaluokille.

Kohtuusperiaate on vakiintuneesti yhdistetty materiaaliseen oikeudenmukaisuuskäsitykseen.[80] Sopimusoikeudellisen arviointikehikon kehittelyssä on hyödynnetty erilaisia yleisiä oikeudenmukaisuusteorioita. Esimerkiksi Juha Karhu on omassa sopimusmalleja koskevassa työssään saanut vaikutteita Rawlsin oikeudenmukaisuusteoriasta.[81] Yhteiskunnallista oikeudenmukaisuutta käsittelevien teorioiden ongelmaksi nousee sopimustoiminnan arvioinnin kannalta arviointitason abstraktius. Teorioiden perusteella saattaa olla haastavaa johtaa riittävän täsmällisiä suuntaviivoja sopimusoikeudellisten kysymysten ratkaisemiseksi. Tarvitaan eriytynyttä sopimusoikeudellista tarkastelua, joka on yhteydessä taustateorioihin. Jatkossa on siirryttävä arvioimaan niitä ideoita, joiden varaan kohtuusperiaatteen soveltaminen on sopimusoikeudellisessa keskustelussa kiinnitetty.

2.4.2 Sopimustasapaino ja sen toteuttaminen

Kohtuusperiaatteen operationalisoinnin keskeisenä pontimena on toiminut ajatus sopimuksen tasapainosta. Sopimus on sisällöltään kohtuullinen, kun suoritukset ja vastasuoritukset ovat keskenään tasapainossa. Kohtuus ilmenee vastavuoroisuutena sopimussuhteessa.[82] Näkökulma on palautettavissa aina Aristoteleen aja-

[79] Rawls 1988, s. 19–20.
[80] Ks. Pöyhönen 1988, s. 171–172.
[81] Ks. tarkemmin Pöyhönen 1988, s. 170–172.
[82] Ks. Atiyah 1979, s. 734.

tuksiin sopimusten tasapainosta.[83] Tasapainoa koskevan ajatuksen lisäksi kohtuuperiaatteen voidaan katsoa ilmentävän erilaisia sopimusosapuolten suojeluun liittyviä arvoja.[84] Kohtuusperiaatteen avulla sopimusoikeudessa voidaan ajatella edistettävän esimerkiksi sopimusosapuolten turvallisuutta, itsenäisyyttä, vapautta, yksityisyyttä ja mahdollisuuksia oikeudenmukaisiin seurauksiin. Tarkastelu hajautuu varsin laajalle ja siinä on hyvinvointivaltiollinen perusvire.[85] Sopimusoikeuden kantavien periaatteiden muodostamassa kokonaisuudessa viimeksi käsitelty laajempi näkökulma voidaan nähdä siirtona heikomman suojaamisen periaatteen suuntaan. Kohtuusperiaatteen avulla katsotaan voitavan suojella heikompaa osapuolta ja asettaa vahvemmalle osapuolelle erilaisia velvollisuuksia.

Kohtuusperiaate yhdistetään jatkossa nimenomaan ajatukseen sopimuksen vastavuoroisuudesta ja sopimustasapainosta. Se antaa mahdollisuuden poistaa sopimusten epätasapainosta aiheutuvia haitallisia seurauksia. Kohtuusperiaatteen avulla voidaan asettaa rajat sille, kuinka epätasapainoisia sopimuksia voidaan pitää hyväksyttävinä ja oikeudellisesti velvoittavina. Sopimuksen taloudelliselle raskaudelle voidaan tältä osin määrittää eräänlainen yläraja. Hyväksyttävyyden arviointi perustuu ajatukseen sopimussuhteen vastavuoroisuudesta. Kohtuusperiaatteella on tältä osin yhteys luottamusperiaatteeseen.

Vastavuoroisuuden jäsentämisessä on kuitenkin mahdollista havaita joitakin eroavaisuuksia näiden periaatteiden kesken. Luottamusperiaate kiinnittää arvioinnin sopimustoiminnan yleisiin puitteisiin. Kyse on sopimusolosuhteiden reiluudesta. Yhteys sopimustasapainon syntymiseen yksittäisessä sopimussuhteessa on jossain määrin välillinen. Kohtuusperiaate puolestaan nostaa vastavuoroisuuden ja siihen liittyvän sopimustasapainon arvioinnin kärkeen. Sopimusoikeuden perustavaksi tehtäväksi nähdään yksilön suojaaminen sellaisilta sopimuksen epätasapainon seurauksilta, jotka eivät ole yhteiskunnallisesti hyväksyttäviä. Kohtuusperiaate ilmentää tältä osin ajatusta yksilön arvon keskeisestä merkityksestä.[86] Kohtuusperiaate tulee lähelle suojaperiaatetta, jota on joissakin yhteyksissä pidetty oikeusvaltion ydinalueeseen kuuluvana periaatteena.[87] Oikeusjärjestyksen keskeisenä tehtävänä on suojata yksilöä suhteessa julkiseen valtaan ja toisiin yksilöihin silloin, kun yksilöllä on todellinen oikeussuojan tarve.

Oikeussuojan toteuttaminen edellyttää rinnakkaisten näkökohtien välistä punnintaa. Kohtuusperiaatteen mukaan on välttämätöntä suojata yksilöä epäoikeudenmukaisiksi katsottavilta lopputuloksilta sopimustoiminnassa. Oikeudellisen

---

[83] Ks. myös Pöyhönen 1988, s. 262.
[84] Ks. Wilhelmsson 2008, s. 209–216.
[85] Mononen 2001, s. 73–74.
[86] Ks. Taxell 1976, s. 57.
[87] Taxell 1997, s. 25–26.

sääntelyn keinoin on ylläpidettävä ja tarvittaessa palautettava sopimustasapaino. Tasapainon määrittäminen on monesti haastavaa, ja käsitykset sopimustasapainon hyväksyttävästä sisällöstä voivat vaihdella suuresti. On ilmeistä, ettei yleisellä tasolla voida määrittää tyhjentävästi kohtuusperiaatteen kannalta merkityksellisen epätasapainon sisältöä. Arviointi on kytkettävä kunkin tapauksen ja toimintaympäristön erityispiirteisiin. Erilaisten vertailujen tekeminen sekä sopimusosapuolten kesken että suhteessa muihin vastaavissa olosuhteissa tehtyihin sopimuksiin on usein tarpeen. Näiden vertailujen perusteella voidaan muodostaa eräänlainen viitekehys kohtuuttomuusharkinnalle. Kehys on suuntaa-antava, koska yksittäisen tapauksen olosuhteet voivat luoda perusteen tarkentaa sovitteluharkintaa ja poiketa vertailutaustan mukaisesta tasosta.

Kohtuusperiaatteen soveltaminen merkitsee käytännössä puuttumista sitovan sopimuksen oikeusvaikutuksiin. Sopimusten täyttämistä sisältönsä mukaisesti voidaan perustella sopimusoikeudessa eri tavoin. Tahtoperiaatteen mukaan sopimuksen sitovuus perustuu yksilön tahdonvapauden käyttämiseen. Yksilöt voivat tahdonvapautensa puitteissa järjestää keskinäiset suhteensa haluamallaan tavalla. Tahdonvapauteen liittyy mahdollisuuksien lisäksi vastuu: yksilö vastaa tahdonvapautensa käyttämisen seurauksista. Luottamusperiaate korostaa puolestaan perusteltujen odotusten suojaamisen merkitystä vaihdannan sujuvuuden ja markkinoiden toiminnan kannalta. Sopimuksen täyttämiseen liittyy monesti vahvoja perusteltuja odotuksia. Näiden odotusten suojaaminen on välttämätöntä, jotta osapuolet voivat perustaa toimintansa markkinoilla solmittujen sopimusten varaan.

Sopimukset luovat tässä katsannossa vakautta yksilöiden välisiin suhteisiin. Tahtoperiaatteen ja luottamusperiaatteen edustamat näkökannat voidaan palauttaa kysymykseen ennustettavuuden merkityksestä yksilöiden sekä samalla myös sopimustoiminnan ja markkinoiden kannalta.[88] Yksilön tahdonvapauden käyttäminen ja sopimustoiminnan sujuvuus edellyttävät, että yksilöt voivat perustaa toimintansa sopimusten varaan.

Oikeudenmukaisuuden ja ennustettavuuden välinen suhde voidaan nähdä jännitteisenä. Jännitteiden purkaminen edellyttää sopimusoikeuden kantavien periaatteiden välistä punnintaa. Se voidaan suorittaa eri tavoin. Yhden vaihtoehdon tarjoaa Juha Karhun muodostama yhteisöllisen käytännön malli, jossa kohtuusperiaate on asetettu johtavaan asemaan.[89] Periaatteiden soveltamiseen liittyvissä kiperissä tilanteissa kohtuusperiaatteen asema on lähtökohtaisesti vahvin. Sopi-

---

[88] Ennustettavuus voidaan nähdä oikeusvarmuuden eräänä ilmenemismuotona. Ks. tältä osin esim. Taxell 1997, s. 25. Ennustettavuus on yksilön kannalta olennaista sekä suhteessa toisiin yksilöihin että julkiseen valtaan. Kummankin tahon päätökset vaikuttavat yksilön toimintaedellytyksiin markkinoilla.

[89] Ks. Pöyhönen 1988, s. 168–169.

musoikeuden systematisointi perustetaan yhteisöllisen käytännön mallissa kohtuusperiaatteeseen. Tämä tarkoittaa sitä, että sitoviksi katsotaan lähtökohtaisesti vain sellaiset sopimukset, jotka ovat sisällöltään kohtuullisia molempien sopimusosapuolten kannalta.

Yhteisöllisen käytännön mallin vahvuutena on sen perinteistä sopimusoikeudellista systematiikkaa ravisteleva vaikutus. Mallissa haastetaan näkemys, jonka mukaan oikeudenmukaisuuskysymykset nähdään poikkeuksena tahtoperiaatteen ja luottamusperiaatteen muodostamista sopimusoikeuden peruslähtökohdista. Yhteisöllisen käytännön malli ikään kuin kääntää tarkastelukulman. Esimerkiksi tahtoperiaatteen ytimeen kuuluvien yksilöllisten oikeuksien sisältö kvalifioidaan siten, että oikeudellista suojaa saavat vain sellaiset oikeuksien käyttötavat, jotka johtavat sisällöllisesti hyväksyttäviin lopputuloksiin.

Yhteisöllisen käytännön mallin perusta on selkeä, mutta siihen sisältyy joitakin ongelmallisia ulottuvuuksia. Haasteeksi voi muodostua mallin ongelmanratkaisukyky. Asetelma liittyy mallin ja sen kohteen eli sopimustoiminnan välisiin yhteyksiin. Yhteyden on säilyttävä mallin kriittisestä sisällöstä huolimatta, koska muuten mallin käytettävyys kärsii. Rakenteellisesti mielenkiintoista yhteisöllisen käytännön mallissa ja samalla Karhun sopimusmallikonstruktiossa on sen lähtökohtainen kiinnittyminen yhteen yhteiskunnalliseen arvoon tai tavoitteiseen. Sopimustoimintaa peilataan ensisijaisesti yhden arvon tai tavoitteen kautta, jolloin muut arvot ja tavoitteet saavat toissijaisen aseman.[90]

Karhun valitsema lähestymistapa on haastettavissa monilla tavoin. On mahdollista ajatella, että sopimusoikeuden arvo- ja tavoiteperusta on pluralistinen, jolloin yksittäistä arvoa tai tavoitetta ei voida asettaa yleisellä tasolla lähtökohtaisesti johtavaan asemaan. Eri arvojen ja tavoitteiden yhteensovittaminen on mahdollista, mutta se edellyttää myös yhteyden muodostamista sääntelykohteeseen. Toisin sanoen kulloisenkin sääntelykohteen ominaispiirteet vaikuttavat siihen, millaisen painoarvon kukin arvo tai tavoite saa harkinnassa. Oikeustieteen tehtävä on muodostaa suuntaviivoja, jotka jäsentävät arvojen ja tavoitteiden keskinäisiä suhteita. Näin oikeustiede täyttää sille asetetun tehtävän oikeusjärjestyksen systematisoijana.

Sopimusoikeuden perustan pluralistisessa tarkastelussa on keskeistä pyrkiä lukemaan kantavia periaatteita sekä niiden taustalla olevia arvoja ja tavoitteita mahdollisimman yhdensuuntaisesti. Kohtuusperiaatteen rajapinnassa voidaan arvioida niin tahtoperiaatetta, luottamusperiaatetta kuin heikomman suojaamisen periaatetta. Olennaista on löytää sellaisia tekijöitä, jotka yhdistävät näitä periaatteita kohtuusperiaatteeseen. Tahtoperiaatteen kannalta puuttuminen sopi-

---

[90] Ks. Karhun esittämästä useiden arvojen tai tavoitteiden yhdistämiseen pyrkivien ns. sekamallien kritiikistä Pöyhönen 1988, s. 160–162.

muksen sisältöön ja sopimustasapainon palauttaminen ei ole ongelmallista, mikäli toimenpide halutaan nähdä keinona korjata tahtoperiaatteen mukaisten sopimustoimijaa koskevien olettamien täyttymättä jääminen yksittäisessä tapauksessa. Sopimuksen sisältöön voidaan puuttua, mikäli tahtoperiaatteen taustalla oleva olettama sopimusosapuolten keskinäisestä riippumattomuudesta sekä tiedollisten ja taidollisten resurssien tasapainosta ei toteudu. Operaatio voidaan nähdä tältä osin markkinarationaalisena. Kohtuusperiaatteen soveltaminen tukee osaltaan markkinoiden toimintaa, kun soveltamisella korjataan olettamien toteutumatta jäämisestä aiheutuvaa kitkaa vaihdannassa.

Luottamusperiaate rakentuu ajatukselle sopimustoiminnan vastavuoroisuudesta. Tämä ajatus on jo sellaisenaan nähtävissä yhdensuuntaisena kohtuusperiaatteen kanssa. Kysymys on pitkälti vastavuoroisuuden määrittelyn tavasta sekä painopisteiden asettamisesta yksilö- ja järjestelmätasojen välille. Yhtymäkohtien löytäminen ei siten ole kovinkaan vaikeata. Luottamusperiaatteen mukaisessa tarkastelussa korostuu ajatus sopimuksesta sen osapuolten välisen yhteistyön muotona. Kohtuusperiaatteen soveltamisen voidaan nähdä osaltaan luovan edellytyksiä sopimusosapuolten välisen yhteistyön jatkamiselle. Kohtuusperiaate avaa kanavan, jonka kautta sopimuksen epätasapainoon johtanut häiriötila on poistettavissa.

Kohtuusperiaatteen ja heikomman suojaamisen periaatteen välille muodostuu luonteva yhteys. Kummankin periaatteen keskiössä on oikeussuojan antaminen yksilölle. Oikeussuojan toteuttamisen perusteet voivat kuitenkin vaihdella jossain määrin. Kohtuusperiaatteen mukainen arviointi kiinnittyy sopimustasapainoon; oikeudellisen sääntelyn keinoin voidaan palauttaa sopimustasapaino. Heikomman suojaamisen periaatteen soveltamisessa voidaan mennä tätä pidemmälle. Olennaista on heikomman osapuolen suojaaminen. Tämä voi merkitä jopa sopimustasapainon tason ylittämistä yksittäisessä tapauksessa, mikäli se on heikomman suojaamiseksi välttämätöntä.

2.4.3 Sovittelu

Sopimusten sovittelu muodostaa oikeudellisen instrumentin kohtuusperiaatteen soveltamiseen. Oikeustoimilain 36 §:n mukaan oikeustoimen ehtoa, joka on kohtuuton tai jonka soveltaminen johtaisi kohtuuttomuuteen, voidaan sovitella tai jättää se huomioon ottamatta. Tarvittaessa sopimusta voidaan sovitella muiltakin kuin kohtuuttoman ehdon osalta, ja on myös mahdollista määrätä koko sopimus raukeamaan. Kohtuusperiaatteeseen liittyvillä näkökohdilla on sovitteluharkinnassa keskeinen asema. Tästä ei kuitenkaan seuraa, että sovitteluharkintaa voitaisiin arvioida yksinomaan kohtuusperiaatteen kannalta. Oikeustoimilain 36 §:n soveltaminen on ankkuroitava sopimusoikeuden kantavista periaatteista muo-

dostuvaan kokonaisuuteen.[91] Sovitteluharkinnassa on otettava huomioon sekä sovittelun puolesta että sitä vastaan puhuvat seikat. Sovitteluharkinta voidaan tältä osin muuntaa sopimusoikeuden kantavien periaatteiden väliseksi punninnaksi.

Oikeustoimilain 36 §:n soveltamisen edellytyksenä on se, että yksilöiden välillä on olemassa sitova sopimus.[92] Sovittelutarve ilmenee nimenomaan sitovan sopimuksen kohtuuttomien vaikutusten kautta. Sovitteluharkinta edellyttää sopimussuhteen kokonaisvaltaista arvioimista.[93] Oikeustoimilain 36 §:n soveltamisen voidaan hahmottaa rakentuvaksi osa-alueittain.[94] Sovittelun perustavana kriteerinä on sopimusosapuolten välisen suhteen kohtuuttomuus. Sopimusta voidaan sovitella, mikäli sopimusosapuolten väliset oikeudet ja velvollisuudet eivät ole keskenään tasapainossa.

Oikeustoimilain 36 §:n soveltamisessa sopimuksen epätasapaino kytketään sopimuksenulkoisiin tekijöihin. Ne kertovat syyn sopimuksen kohtuuttomuudelle. Epätasapaino voi olla seurausta sopimuksen lähtöasetelmasta. Nämä alkuperäiset tekijät voivat koskea esimerkiksi osapuolten keskinäistä epätasavertaisuutta tai reiluuden puutetta neuvottelutilanteessa. Sopimuksen epätasapaino voi olla seurausta myös sopimuksen solmimisen jälkeen ilmenneistä seikoista, jotka voivat liittyä esimerkiksi olosuhteiden yllättävään muuttumiseen.

Sopimuksen epätasapainon selvittäminen edellyttää erilaisten vertailujen suorittamista. Vertailumittaa on haettava sekä yksittäisen sopimussuhteen sisältä että sen ulkopuolelta. Eräänlaisena lähtökohtana sovitteluharkinnassa voidaan pitää sopimusosapuolten välisten suoritusten vertaamista. Sopimussuhde on nähtävä kokonaisuutena.[95] Arviointi ei voi kiinnittyä vain kohtuuttomaksi nähtyyn sopimuksen osaan. Sopimuksen osat voivat myös tasapainottaa toisiaan.[96] Sovitteluharkinnassa on ymmärrettävä sopimuksen sisäinen logiikka: esimerkiksi yksit-

---

[91] Ks. tältä osin myös Pöyhönen 1988, s. 259–261.

[92] Pätemätöntä sopimusta ei tarvitse sovitella, koska tällaisella sopimuksella ei lähtökohtaisesti ole oikeusvaikutuksia yksilöiden välillä. Ks. tarkemmin esim. Taxell 1984, s. 612, ja Pöyhönen 1988, s. 252–254.

[93] Oikeustoimilain 36 §:n mukaan oikeustoimen kohtuuttomuuden arvioinnissa on otettava huomioon oikeustoimen koko sisältö, osapuolten asema oikeustointa tehtäessä ja sen jälkeen vallinneet olosuhteet sekä muut seikat. Viittaus muihin seikkoihin tarkoittaa juuri sitä, ettei sovitteluharkintaa voida etukäteen rajoittaa käsittämään vain oikeustoimilain 36 §:ssä nimenomaisesti mainittuja tekijöitä. Oikeustoimilain 36 §:n soveltajalle jää laaja harkintavalta tilanteen arvioinnissa.

[94] Ks. esim. Pöyhönen 1988, s. 252–259, ja Aurejärvi 1979, s. 731–743.

[95] Ks. esim. HE 247/1981 vp, s. 12, ja Pöyhönen 1988, s. 286.

[96] Poikkeuksen muodostavat tältä osin ns. tyyppikohtuuttomat ehdot, jotka vinouttavat lähtökohtaisesti sopimusosapuolten välistä suhdetta voimakkaalla tavalla. Tyyppikohtuuttomat ehdot katsotaan perusteiltaan hylättäviksi sopimusoikeuden kannalta. Tällaisten poikkeuksellisten raskaiden ehtojen vaikutusta ei voida tasapainottaa muilla ehdoilla. Ks. tarkemmin HE 247/1981 vp, s. 12.

täinen hintaehto voi olla korkea, koska toinen osapuoli on ottanut kantaakseen erityisen riskin sopimussuhteessa.[97]

Sopimuksen epätasapainoisuuden arvioinnissa ei ole useinkaan perusteltua pysähtyä yksinomaan osapuolten väliseen relaatioon. Yksittäinen sopimussuhde on asetettava oikeudelliseen ja tosiasialliseen taustaansa. Vertailumittana voidaan käyttää esimerkiksi sopimukseen soveltuvaa tahdonvaltaista lainsäädäntöä, jossa omaksuttuja ratkaisuja voidaan useimmiten pitää tasapuolisina.[98] Sopimussuhdetta tulee tarkastella myös toimintaympäristösidonnaisesti. Tarkastelussa kiinnitetään tältä osin huomiota siihen, vastaako sopimussuhteen sisältö normaalia ja vakiintunutta toimintatapaa markkinoilla. Vertailumittana voi olla esimerkiksi markkinoilla vallitseva hintataso. Yksittäisen ehdon tai ehtokokonaisuuden tavanomaisuus markkinoilla on monesti indisio sovittelua vastaan.[99]

Sovitteluharkinnan kannalta on olennaista, millainen epätasapainon taso on merkityksellinen oikeustoimilain 36 §:n kannalta. Yleisten suuntaviivojen vetäminen on haastavaa, koska kunkin toimintaympäristön erityispiirteet vaikuttavat harkintaan. Tässä esityksessä arvioidaan ensisijaisesti yritysten välistä toimintaa markkinoilla ja siten yritysten välisiä sopimuksia. Näille sopimuksille ovat tyypillisiä määrätyt erityispiirteet. Yritysten väliseen sopimustoimintaan voidaan perustellusti liittää ajatus sopimusosapuolten lähtökohtaisesta kyvystä harkita omien intressiensä toteutumista sopimustoiminnassa ja toteuttaa näitä intressejä.[100] Lisäksi yritysten oletetaan olevan keskenään yhdenvertaisessa asemassa.

Yleisenä lähtökohtana yritysten välisten sopimusten sovittelussa on pidetty sitä, että sovittelu edellyttää suoritusten ilmeistä epäsuhtaa.[101] Omaksuttua lähtökohtaa voidaan pitää perusteltuna. Tämä nostaa osaltaan sovittelukynnystä. Tältä osin on kuitenkin muistettava, että yritysten välinen sopimustoiminta voi hajautua sekä toimijoiden että sisällöllisten seikkojen osalta. Sopimusosapuolia koskevat olettamat eivät välttämättä toteudu kaikissa tilanteissa, mikä on osaltaan otettava huomioon sovitteluharkinnassa.

Yritysten välisen sopimustoiminnan muodot voivat myös vaihdella merkittävästi. Osa yritysten välisistä sopimuksista on luonteeltaan kertasopimuksia, joiden täyttäminen ei vaadi aina henkilökohtaista panosta ja joiden toteuttamisen ajallinen periodi on lyhyt. Toisaalta yritysten välillä solmitaan laajalti keskinäi-

---

[97] Ks. oikeuskäytännöstä osapuolen kantaman riskin ja sopimuksen mukaisen hinnan välisestä suhteesta esim. KKO 2001:135, jossa käsiteltiin vakuutussopimuksen mukaan korvattavien vahinkojen määrittämistä

[98] Ks. esim. KKO 2001:33, jossa kiinteistönvälityssopimuksen jälkipalkkioehtoa verrattiin kuluttajansuojasta kiinteistönvälityksessä annetun lain sisältöön. Ks. lainsäädännön analogisesta soveltamisesta ja vertailumitan hakemisesta Wilhelmsson 1973, s. 395–416.

[99] Ks. esim. KKO 1994:88 ja KKO 1996:90.

[100] Ks. asetelmasta myös Lehtinen, s. 233–235.

[101] Ks. HE 247/1981 vp, s. 15.

seen tiiviiseen yhteistyöhön perustuvia sopimusjärjestelyitä, joiden toteuttamisen ajallinen kesto on pitkä ja joiden sisältö saattaa täsmentyä vasta sopimussuhteen aikana.[102] Sopimustoiminnan kulloisetkin erityispiirteet on otettava huomioon sovitteluharkinnassa.[103] Tämä seikka vaikuttaa kohtuusperiaatteen painoarvoon sekä merkitykseen suhteessa sopimusoikeuden muihin kantaviin periaatteisiin yritysten välisten sopimusten arvioinnissa.

Sopimussuhteen perusta voi muovautua merkittävästi, mikäli sopimuksen kannalta merkitykselliset olosuhteet muuttuvat sopimussuhteen aikana. Olosuhteiden muutos muodostaa kestävän perusteen yritysten välisten sopimusten sovittelulle, vaikka sovitteluun on yleisellä tasolla suhtauduttu pidättyvästi.[104] Lähestymistapa on perusteltu. Sopimusosapuolista riippumattoman olosuhteiden muuttumisen ennakointi voi olla usein varsin vaikeata. Ennakoiminen ei välttämättä edes onnistu, vaikka osapuolet panostaisivat siihen merkittävästi. Sopimustoiminnan sujuvuuden kannalta on tällöin perusteltua jakaa sovittelun avulla olosuhteiden muutoksesta seuraavaa riskiä sopimusosapuolten kesken. Tämä on omiaan madaltamaan kynnystä vaihdantaan osallistumiseen, kun sopimuksen taloudelliselle raskaudelle voidaan olosuhteiden muutostilanteissa asettaa yläraja. Asetelma on jossain määrin erilainen, mikäli sopimusosapuolet ovat sopineet nimenomaisesta riskinjaosta, jonka kustannusvaikutus on sisällytetty sopimuksenmukaiseen hintaan. Sovittelukynnys on silloin perustellusti korkea, koska osapuolet ovat tiedostaneet riskin ja allokoineet sen toteutumisen seuraukset.

2.5 HEIKOMMAN SUOJAAMISEN PERIAATE

2.5.1 Tausta

Oikeusjärjestyksen keskeisenä tehtävänä on antaa yksilölle oikeussuojaa suhteessa julkiseen valtaan ja toisiin yksilöihin. Oikeusjärjestys toteuttaa tätä tehtäväänsä eri tavoin. Sopimusoikeudessa yksilöiden suojattuihin oikeusasemiin liittyvät seikat ovat esillä kaikkien kantavien periaatteiden kohdalla. Näkökulmat kuitenkin vaihtelevat tältä osin kantavien periaatteiden erilaisten sisällöllisten painotusten mukaisesti. Heikomman suojaamisen periaate tuo asetelmaan oman

---

[102] Ks. tältä osin esim. Pöyhönen 2000, s. 153–158, jossa projekti nostetaan varallisuusoikeuden prototyypiksi irtaimen kauppasopimuksen sijaan.

[103] Ks. myös elinkeinoharjoittajien välisten sopimusehtojen sääntelystä annetun lain (3.12.1993/1062) 1 §, jossa viitataan nimenomaisesti toisena sopimusosapuolena olevan elinkeinonharjoittajan heikommasta asemasta ja muista vastaavista tekijöistä seuraavaan suojan tarpeeseen.

[104] Ks. esim. Aurejärvi 1979, s. 736.

mielenkiintoisen panoksensa. Arvioinnissa korostuu sopimusoikeuden muita kantavia periaatteita voimakkaammin sopimuskumppaniinsa nähden heikommassa asemassa olevan yksilön intressien turvaaminen. Sopimustoiminnan tarkastelu kiinnitetään juuri heikomman osapuolen asemaan ja sen suojaamiseen liittyviin näkökohtiin.

Heikomman suojaamisen periaatteen perusrelaatio liittyy heikomman ja vahvemman sopimusosapuolen keskinäiseen asemaan. Heikommuuden ominaispiirteenä voidaan lähtökohtaisesti pitää sitä, että heikompi osapuoli on jollain tavalla alisteisessa tai riippuvaisessa asemassa suhteessa sopimuskumppaniinsa. Heikompi sopimusosapuoli tarvitsee ominaisuuksiensa, kykyjensä tai asemansa vuoksi suojaa vahvemman osapuolen vallankäytöltä sopimussuhteessa. Periaatteen soveltaminen edellyttää sopimustoiminnan kannalta merkityksellisen heikommuuden ja siitä seuraavan oikeudellisen suojan tarpeen määrittelemistä. Sopimusoikeudessa tätä asetelmaa on arvioitu erilaisten roolikäsitteiden avulla. On mahdollista puhua muodollisista, toimintasidonnaisista ja henkilösidonnaisista suojarooleista.[105]

Sopimusoikeudellista sääntelyä ei voida soveltaa kaavamaisesti, vaan sopimusosapuolten tilannekohtaisesti vaihteleva suojan tarve on tunnistettava sopimusoikeudellisessa arvioinnissa. Sopimusoikeudellinen sääntely suhteutetaan suojaroolien avulla kohteeseensa; suojaroolit luovat edellytykset sääntelykohteen erityispiirteiden jäsentämiseen osaksi sopimusoikeudellista harkintaa. Sopimusoikeudellisten roolikäsitteiden avulla voidaan myös systematisoida harkintaa sopimusosapuolten asemaan liittyvien seikkojen perusteella ja lisätä näin osaltaan ennustettavuutta sopimusoikeuden soveltamisessa.[106]

Suojarooleihin perustuvan mallinnuksen sisältö on yhteydessä sopimusoikeudellisen suojatarpeen määrittämistapaan. Muodolliset suojaroolit liittävät sopimusoikeudellisen suojan tarpeen sellaisiin sopimussuhteisiin, joissa toinen osapuoli on tyypillisesti heikommassa asemassa sopimuskumppaniinsa nähden. Kysymys voi olla esimerkiksi huoneen- tai maanvuokrasopimuksista, joissa vuokralaisen katsotaan olevan säännönmukaisesti heikommassa asemassa suhteessa vuokranantajaan. Heikommaksi osapuoleksi mielletylle osapuolelle annetaan suojaa ilman, että selvitetään suojan tarve yksittäisessä tapauksessa.

Toimintasidonnaisissa suojarooleissa oikeudellisen suojan antamisen perustana on puolestaan sopimuksen solmimisen tarkoitus tai toimijan rooli markkinoilla. Eräänlaisena tyyppitapauksena voidaan tältä osin pitää kuluttajaa, jonka asemaan sopimuskumppanina voidaan liittää joitakin yleisiä olettamia.[107] Kuluttajien mahdollisuudet harkita oman etunsa toteutumista sopimussuhteissa on katsottu rajallisiksi. Lisäksi

---

[105] Ks. tarkemmin Wilhelmsson 1987, s. 57.
[106] Ks. tarkemmin henkilösidonnaisten suojaroolien ja ennustettavuuden suhteesta Wilhelmsson 1987, s. 71.
[107] Ks. esim. Wilhelmsson 1991, s. 25–30, ja Ämmälä 1996, s. 5–7.

kuluttajien on nähty olevan suhteessa elinkeinonharjoittajiin heikommassa asemassa muun ohella rajallisten taloudellisten ja muiden resurssiensa vuoksi.

Henkilösidonnaiset suojaroolit määrittyvät yksilöiden todellisten ominaisuuksien ja todellisen suojan tarpeen perusteella. Sopimusosapuolen mahdollisuudet toteuttaa omaa etuaan voivat olla rajoittuneet erilaisten henkilökohtaisten ominaisuuksien kuten puutteellisen asiantuntemuksen tai ammattitaidon vuoksi. Sopimuskumppanin alisteinen asema on usein seurausta vajavaisista valmiuksista ymmärtää sopimuksen merkitys ja siihen mahdollisesti sisältyvät riskit. Lisäksi heikommuus voi olla seurausta sopimusosapuolten taloudellisten voimavarojen erilaisuudesta. Taloudelliset resurssit luovat edellytyksiä sopimukseen liittyvien riskien hallintaan ja kantamiseen sekä tarvittavan asiantuntemuksen hankkimiseen.

Heikomman suojaamisen periaatteen soveltaminen on perusteltua kiinnittää yksilöiden todelliseen suojan tarpeeseen. Heikomman suojaamisen periaatetta on sovellettava dynaamisesti. Tämä tarkoittaa sitä, että suojan tarve on lähtökohtaisesti selvitettävä kussakin tapauksessa erikseen. Arviointi voidaan jakaa asialliseen, henkilölliseen ja ajalliseen ulottuvuuteen. Heikomman suojaamisen materiaalisen perustan kannalta on olennaista, että heikommuutta aiheuttavat tekijät ovat merkityksellisiä yksittäisessä sopimussuhteessa. Heikommuuden ja samalla suojan tarpeen kiinnittäminen pelkästään sopimusosapuolen yleiseen sosiaaliseen taustaan on tässä katsannossa ongelmallista. Sopimusosapuolen yleistä sosiaalista taustaa kuvaaviksi seikoiksi on mainittu esimerkiksi sellaiset henkilökohtaiset olosuhteet kuten yllättävä sairastuminen ja ilman omaa syytä yllättäen työttömäksi joutuminen.[108] Vaikka on ilmeistä, että tällaiset henkilökohtaiset ominaisuudet vaikuttavat usein kykyyn täyttää sopimukseen perustuvat velvollisuudet, on yhteys ominaisuuksien ja sopimustoiminnan välille kyettävä luomaan kussakin soveltamistilanteessa. Pelkkä viittaus sopimusosapuolen yleiseen sosiaaliseen taustaan ei ole tältä osin riittävää.

Sopimusoikeudellisesti merkityksellisen heikommuuden määrittely on suojaroolien yhteydessä perustunut erilaisiin henkilökohtaisiin ominaisuuksiin, joista voidaan tässä yhteydessä ottaa esille asiantuntemuksen ja taloudellisten resurssien rajallisuus. On kuitenkin huomattava, että sopimusosapuolten keskinäinen epätasapainoinen asema voi olla seurausta muistakin tekijöistä kuin osapuolten henkilökohtaisista ominaisuuksista. Yksilö voi olla sopimuskumppaniinsa nähden heikommassa asemassa, vaikka yksilön henkilökohtaiset ominaisuudet sinällään mahdollistaisivatkin edellytykset tasavertaiselle sopimussuhteelle. Heikommuuden arvioinnissa on otettava huomioon sopimusolosuhteet kokonaisuudessaan ja sopimuksen sisältö. Heikommuus voi olla seurausta keskittyneestä markkinarakenteesta. Sopimuskumppanilla voi olla vahvan markkina-asemansa

[108] Ks. Wilhelmsson 1987, s. 66–67.

vuoksi mahdollisuus määrittää yksipuolisesti puitteet sopimussuhteen toteuttamiselle. Sopimuskumppani kykenee asemansa perusteella asettamaan ehdot, jonka mukaan se harjoittaa sopimustoimintaa.

Sopimuksen sisältö voi antaa sopimuskumppanille etulyöntiaseman omien intressiensä toteuttamiseen. Kysymys voi olla esimerkiksi osapuolten sopimussuhteeseen tekemien sijoitusten erilaisesta liikuteltavuudesta. Sopimusoikeudellisesti perusteltua on avata arviointia heikommassa asemassa olevan yksilön henkilökohtaisia ominaisuuksia laajemmalle. Avautuva asetelma on tältä osin merkityksellinen heikomman suojaamisen periaatteen lisäksi myös sopimusoikeuden muiden kantavien periaatteiden kannalta.

Heikommuus ja siihen liittyvä suojan tarve voivat ilmetä sopimussuhteen alussa, mikäli sopimuskumppanien olosuhteet ja edellytykset poikkeavat sopimusta solmittaessa merkittävästi toisistaan. Vahvempi sopimusosapuoli voi esimerkiksi käyttämiensä vakioehtojen avulla määrittää puitteet sopimussuhteen muodostumiselle. Heikommuutta ei kuitenkaan tule tarkastella yksinomaan pistemäisenä ilmiönä. Heikommuuden taso ja siihen vaikuttavat tekijät voivat vaihdella sopimussuhteen aikana. Sopimus voi alun alkaen toteuttaa kummankin osapuolen intressejä, ja sopimuskumppani voi joutua heikompaan asemaan vasta sopimussuhteen aikana. Muutokset voivat koskea sopimuskumppaneiden henkilökohtaisia ominaisuuksia tai sopimuksen soveltamisympäristöä. Sopimus on tässäkin yhteydessä nähtävä prosessina, jossa voi olla erilaisia vaiheita. Sopimusoikeudellisesti merkityksellinen heikommuus ei ole ajallisessakaan suhteessa joko–tai-luonteista, joka kerran muodon saatuaan säilyisi sisällöltään muuttumattomana, vaan heikommuus tulee nähdä asemana, joka voi kehittyä joustavasti sopimussuhteen aikana.

Heikommuuden vastinparin muodostaa toisen sopimusosapuolen vahvemmuus. Vahvemmuus voi perustua sopimuskumppanin ominaisuuksiin tai olosuhteisiin markkinoilla. Vahvemmalla osapuolella on mahdollisuus käyttää valtaa sopimussuhteen eri vaiheissa siten, että vahvempi osapuoli kykenee edistämään yksipuolisesti omia intressejään sopimussuhteessa. Kysymys voi olla neuvottelu- tai sopimusvoimasta. Vahvemmuuteen voidaan heikomman suojaamisen periaatteen mukaisessa katsannossa liittää vastuu. Vahvemman osapuolen on otettava omassa toiminnassaan huomioon sopimuskumppaninsa intressit ja pidättäydyttävä ilman hyväksyttävää syytä rajoittamasta sopimuskumppanin toimintamahdollisuuksia. Velvollisuuden arvioinnissa on kiinnitettävä huomiota kunkin soveltamistilanteen erityispiirteisiin sekä sopimusoikeuden kantavien periaatteiden välisiin suhteisiin. Sopimusoikeudellisessa harkinnassa on suhteutettava sekä heikomman suojaamisen puolesta että sitä vastaan puhuvat tekijät. Heikomman suojaaminen johtaa käytännössä vahvemman sopimusosapuolen toimintamahdollisuuksien rajoittumiseen. Lähtökohtaisesti voidaan todeta, että vahvemman osapuolen velvollisuus ottaa huomioon sopimuskumppaninsa asema on ra-

jallinen ja vahvemmalla osapuolella on oikeus edistää omaan intressiään sopimussuhteessa.

2.5.2 Heikomman suojan toteuttaminen

Heikomman suojaamisen sisältöä voidaan jäsentää eri tavoin. Talan omaksuman jaottelun mukaan heikomman suojaaminen voidaan jakaa kolmeen tasoon.[109] Sillä voidaan katsoa tarkoitettavan erilaisten perustavien oikeuksien takaamista heikommalle osapuolelle. Vahvemmalle osapuolelle asetetaan määrätyt vähimmäisvelvollisuudet ja vastaavasti heikommalle osapuolelle vähimmäisoikeudet. Vähimmäisoikeuksien avulla heikommalla osapuolella on perusedellytykset selviytyä ja toimia sopimussuhteessa.

Heikomman suojaaminen voi myös merkitä pyrkimystä taata tasapaino heikomman ja vahvemman osapuolen välisessä sopimussuhteessa. Oikeuksien ja velvollisuuksien tulee olla keskenään tasapainossa. Näin ymmärrettynä heikomman suojaaminen sijoittuu lähelle kohtuusperiaatetta. Heikomman suojaamisella voidaan myös tavoitella varallisuuden uudelleen jakamista yleisesti ja erityisesti sopimusosapuolten välillä. Heikomman suojaamisen periaate ymmärretään tällöin tavaksi muuttaa yhteiskunnallisia varallisuussuhteita heikompien yhteiskuntaryhmien hyväksi. Arvioinnin keskiössä ovat heikompien osapuolten ja yhteiskuntaryhmien tarpeet.

Suomalaisessa sopimusoikeudellisessa keskustelussa heikomman suojaamisen periaate on yhdistetty voimallisesti solidaarisuuden toteuttamiseen yhteiskunnassa.[110] Solidaarisuudella voidaan katsoa ymmärrettävän yhteisvastuuta ja yhteiskunnan heikompien jäsenten suojaamista. Ajattelutapa on kytkettävissä hyvinvointivaltioajatteluun.[111] Yksilön asemalla on tässä ajattelussa keskeinen sijansa. Heikommassa asemassa olevaa sopimuspuolta on suojattava, jotta hänen perustarpeensa ja -turvallisuutensa voi toteutua toisen osapuolen vahvemmuudesta huolimatta. Ratkaisevan merkityksen saa osapuolten tosiasiallinen yhdenvertaisuus eivätkä yksilöille oikeusjärjestyksessä muodollisesti turvatut oikeudet. Tällä tavoin voidaan varmistaa heikommalle osapuolelle tärkeiden arvojen ja tavoitteiden, kuten turvallisuus, itsenäisyys, vapaus ja yksityisyys, toteutuminen sopimussuhteessa.[112]

---

[109] Ks. tarkemmin Tala 1993, s. 293–294. Ks. myös Mononen 2001, s. 157–158.

[110] Ks. solidaarisuuden käsitteen sisällöstä tarkemmin Wilhelmsson 2000, s. 30–32, ja Häyhä 2000, s. 62–65.

[111] Ajattelutavan toteuttamisen keinot ovat muuttuneet yhteiskunnan kehittyessä, mutta perusajatukset ovat säilyneet varsin pitkälle samanlaisina.

[112] Ks. näistä arvoista ja tavoitteista Wilhelmsson 2008, s. 211–214.

Heikomman suojaamisen periaatteen kytkeminen solidaarisuuteen merkitsee sitä, että heikomman suojaamisessa voidaan ylittää sopimustasapainon raja, mikäli se on periaatteen tavoitteiden toteuttamisen kannalta välttämätöntä. Ajattelutapaan liittyy osaltaan pyrkimys muuttaa yhteiskunnallisia varallisuussuhteita hyväksyttäväksi katsottavaan suuntaan. Tässä katsannossa vahvempien osapuolten asettaminen heikomman suojaamisen tosiasiallisiksi maksumiehiksi ei ole ongelmatonta. Maksumiehen roolia voidaan perustella vahvempien osapuolten taloudellisilla resursseilla ja mahdollisuuksilla jakaa heikomman suojaamisesta aiheutuvia kustannuksia sopimustoiminnan eri alueiden kesken.

Sopimusoikeudellisessa tarkastelussa kysymystä heikomman suojaamisesta ei voida lähestyä edes suojan tarpeen kannalta kaikkein keskeisimmillä alueilla (kuluttajasopimukset) yksinomaan heikomman suojaamisen periaatteen näkökulmasta. Sopimusoikeudellisia kysymyksiä on tarkasteltava oikeudenalan kantavien periaatteiden muodostamaa kokonaisuutta vasten. Tämä merkitsee sitä, että heikomman suojaamisen puolesta ja sitä vastaan puhuvat seikat on sisällytettävä arviointiin.

Tarkastelun kokonaisvaltaisuus on perusteltua jo sen vuoksi, että hallitsematon pyrkimys heikomman suojaamiseksi voi tosiasiassa kääntyä tavoitettaan vastaan. Mikäli heikomman suojasta vahvemmalle osapuolelle aiheutuvat kustannukset nousevat huomattavan korkeiksi, on mahdollista, että vahvemmassa asemassa olevat toimijat pidättäytyvät solmimasta sopimuksia heikomman suojan piiriin mahdollisesti kuuluvien osapuolten kanssa.[113] Ratkaisua voidaan hakea pakottavasta lainsäädännöstä tai heikomman suojaamisen periaatteen joustavasta tulkinnasta, jolloin heikomman suojan piirissä olevia toimijoita ei voida etukäteen yksiselitteisesti määritellä ja samalla mahdollisesti sulkea sopimussuhteiden ulkopuolelle.[114]

Heikomman suojaamisen periaatteen yhteensovittamiseen sopimusoikeuden muiden kantavien periaatteiden kanssa sisältyy joitakin haasteita, koska heikomman suojaamisen periaate merkitsee monellakin tavalla muihin kantaviin periaatteisiin nähden erilaisen lähestymistavan omaksumista sopimusoikeudellisessa arvioinnissa. Tahtoperiaatteen ytimeen kuuluu ajatus, jonka mukaan kukin voi sopimuksin edistää omaa etuaan. Jokaisen toimijan velvollisuutena on itse huolehtia omasta edustaan. Heikomman suojaamisen periaate rakentuu selvästi yhteisöllisemmän sopimuskäsityksen varaan. Vahvempi osapuoli ei solmi sopimuksia tyhjiössä, vaan hänen on omassa toiminnassaan otettava huomioon muut yksilöt ja sopimustoiminnasta muodostuva kokonaisuus.[115] Tässä suhteessa hei-

[113] Ks. esim. Ämmälä 1995, s. 259–260.
[114] Ks. Wilhelmsson 1987, s. 159–161.
[115] Ks. myös Häyhä 2000, s. 62–64.

komman suojaamisen periaatteella on yhtymäkohtia luottamusperiaatteen kanssa.

On kuitenkin huomattava, että luottamusperiaatteen ja heikomman suojaamisen periaatteen mukaisessa ajattelutavassa on merkittävä ero. Luottamusperiaatteen ja sen alle sijoittuvan lojaliteettiperiaatteen yhteydessä korostuvat sopimusosapuolten vastavuoroiset oikeudet ja velvollisuudet. Heikomman suojaamisen periaate puolestaan asettaa vahvemmalle sopimusosapuolelle velvollisuuksia ottaa omassa toiminnassaan huomioon heikomman osapuolen asema ja intressit. Kyse on perusteiltaan yksisuuntaisesta huolenpitovelvollisuudesta eikä molemminpuolisesta vuorovaikutussuhteesta.[116]

2.5.3 Sosiaalinen suorituseste

Heikomman suojaaminen voi perustua oikeudellisessa viitekehyksessä sekä nimenomaisiin lainsäädäntötoimiin että sopimusoikeuden yleisiin oppeihin. Heikompaa osapuolta voidaan suojata esimerkiksi pakottavalla säännöksellä, jonka mukaan heikomman osapuolen kannalta epäedulliset sopimusehdot ovat kiellettyjä eikä niitä saa panna täytäntöön. Lainsäädännössä voidaan asettaa vahvemmalle osapuolelle erilaisia tiedonanto- ja neuvontavelvoitteita heikomman osapuolen aseman turvaamiseksi. Erilaisten yleislausekkeiden, kuten oikeustoimilain 36 §:n, soveltamisessa voidaan ottaa heikomman suojaamiseen liittyviä näkökohtia huomioon.

Suomalaisen sopimusoikeudellisen tradition kannalta yksittäisiä lainsäädäntöratkaisuja kiinnostavampaa on kuitenkin se tapa, jolla heikomman suojaamista on toteutettu sopimusoikeuden yleisten oppien avulla. Sosiaalista suoritusestettä koskeva oppi on merkittävin sovellus pyrkiä suojaamaan heikompia osapuolia ilman nimenomaista lainsäännöstä. Toisena esimerkkinä voidaan mainita erilaiset sopimuksen tulkintaa koskevat periaatteet, jotka mahdollistavat määrätyissä rajoissa heikomman osapuolen suojaamisen.[117] Jatkossa tarkastellaan lyhyesti sosiaalisen suoritusesteen oppia, koska se tarjoaa mielenkiintoisen tulokulman heikomman suojaamisen käytännön toteuttamiseen liittyviin kysymyksiin.

Sosiaalisen suoritusesteen oppia voidaan pitää eräänlaisena sosiaalisen sopimusoikeuden ja tätä laajemmin sosiaalisen siviilioikeuden airuena. Sopimusoikeuden yleisiä oppeja halutaan kehittää heikompien yhteiskuntaryhmien suojaa-

---

[116] Ks. lojaliteettiperiaatteen osalta myös Mononen 2001, s. 161, ja Ämmälä 1995, s. 264–265.

[117] Esimerkkinä näistä tulkintaperiaatteista voidaan mainita epäselvyyssääntö, jonka mukaan epäselvää ehtoa on tulkittava laatijansa vahingoksi. Ks. myös Ämmälä 1995, s. 287. Epäselvän sopimusehdon tulkinnasta määrätyissä tilanteissa on nykyisin säännöksensä kuluttajansuojalain 4 luvun 3 §:ssä. Ks. myös Wilhelmsson 1987, s. 138–140.

miseksi.[118] Sopimusoikeus on instrumentti, jonka avulla voidaan osaltaan säännellä osapuolten elintasoon vaikuttavia olosuhteita. Sosiaalinen suorituseste mahdollistaa heikomman osapuolen tosiasiallisiin olosuhteisiin ja niiden muutoksiin perustuvien tarpeiden sisällyttämisen sopimusoikeudelliseen tarkasteluun. Sosiaalisen suoritusesteen opin mukaan heikomman osapuolen henkilökohtaisissa olosuhteissa sopimuksen solmimisen jälkeen tapahtuneet muutokset on otettava huomioon, kun sopimusrikkomuksen seurauksia arvioidaan. Tyyppitapauksena on yksityishenkilö, joka on sopimussuhteessa heikommassa asemassa ja jonka henkilökohtaiset olosuhteet ovat sairauden, työttömyyden ja muun vastaavan syyn vuoksi muuttuneet. Muutosten on oltava sellaisia, että niitä ei ole ollut mahdollista ennakoida sopimusta solmittaessa eikä heikommalla osapuolella ole mahdollisuuksia niihin vaikuttaa. Sosiaalista suoritusestettä koskevan opin avulla pyritään nimenomaan suojaamaan yksityishenkilöä elämän sattumanvaraisten käänteiden vaikutuksilta sopimussuhteissa.

Sosiaalisen suoritusesteen oppi soveltuu ensisijaisesti kuluttajan ja elinkeinonharjoittajan välisiin sopimussuhteisiin.[119] Lähtökohta on luonteva, kun otetaan huomioon kuluttajan sopimusoikeudellisia ominaisuuksia koskevat perustavat oletukset. Kuluttajan voidaan olettaa tarvitsevan suojaa ennakoimattomilta muutoksilta sopimussuhteissa, koska kuluttajan mahdollisuudet varautua näihin muutoksiin ovat elinkeinonharjoittajia rajallisemmat. Sosiaalisen suoritusesteen opin soveltamisalaa on kuitenkin haluttu laajentaa elinkeinonharjoittajien välisiin sopimuksiin. Keskiössä ovat olleet erityisesti pienyrittäjien toisten elinkeinonharjoittajien kanssa solmimat sopimukset.[120] Haasteena on tällöin se, että elinkeinonharjoittajien välinen sopimustoiminta poikkeaa jossain määrin kuluttajasopimuksista. Elinkeinonharjoittajien välistä sopimustoimintaa koskevat olettamat eivät kuluttajasopimuksiin liittyvien olettamien tavoin tue sosiaalisen suoritusesteen opin soveltamista. Toisaalta on muistettava, että toimintaympäristökohtaiset olettamat eivät aina toteudu. Tarve heikomman suojaamiseen voi olla käsillä myös elinkeinonharjoittajien välisten sopimusten osalta.

Sosiaalisen suoritusesteen opin soveltaminen elinkeinonharjoittajien välisiin sopimuksiin ei ole poissuljettua, mutta soveltaminen vaatii tuekseen kuluttajasopimuksia voimakkaampia heikomman suojaamiseen liittyviä perusteita, koska sopimusoikeuden muiden kantavien periaatteiden, erityisesti tahtoperiaatteen ja luottamusperiaatteen, lähtökohtainen merkitys on elinkeinonharjoittajien välisessä sopimustoiminnassa korkeampi kuin kuluttajasopimusten kohdalla. Sosiaalisen suoritusesteen opin soveltaminen on nähtävä näissä tilanteissa eräänlai-

---

[118] Ks. tarkemmin Wilhelmsson 1987, s. 44–45.
[119] Ks. Wilhelmsson 1987, s. 187.
[120] Ks. esim. Wilhelmsson 1987, s. 188.

sena täydentävänä oikeussuojakeinona silloin, kun sopimusoikeuden muihin kantaviin periaatteisiin liittyvät suojamuodot eivät takaa riittävää oikeussuojan tasoa.

Sosiaalisen suoritusesteen oppiin on liitetty yhteiskunnallisen esitaistelun piirteitä. Opin avulla on haluttu muuttaa yhteiskuntaa hyväksyttäväksi katsottuun suuntaan. Tämä seikka on omiaan projisoimaan sosiaalisen suoritusesteen opin ja heikomman suojaamisen periaatteen soveltamista yksinomaan yhteisvastuuta koskeviin aspekteihin. Arviointitavassa on omat vaaransa, kun otetaan huomioon sopimusoikeuden arvo- ja tavoiteperustan moninaisuus. Sopimusoikeudellisessa tarkastelussa on sovitettava yhteen eri suuntiin osoittavia argumentteja. Tämä kokonaisvaltaisuuden vaatimus koskee myös heikomman suojaamista. Edellä esitetty ei kuitenkaan tarkoita heikomman suojaamiseen liittyvien näkökohtien merkityksen kiistämistä sopimusoikeudellisessa harkinnassa.[121] Päinvastoin heikomman suojaamisen periaate sisältyy kantavien periaatteiden muodostamaan sopimusoikeuden arvo- ja tavoiteperustan ytimeen. Sopimusoikeuden tehtävänä on systematisoida kantavien periaatteiden välisiä suhteita. Näin voidaan osaltaan parantaa myös heikomman suojaamisen periaatteen soveltamisen systemaattisuutta.

2.6 YHTEENVETO

Sopimusoikeuden arvo- ja tavoiteperustan ytimen on tässä esityksessä hahmotettu rakentuvan neljän kantavan periaatteen varaan. Näkökulma on pluralistinen. Kantavat periaatteet avaavat rinnakkaiset ja osittain toisistaan poikkeavat näkökulmat sopimusoikeuteen. Tämä on samalla tarkastelutavan vahvuus: sopimusoikeutta ei jäsennetä ensisijaisesti vain yhden periaatteen avulla. Kokonaisuus on enemmän kuin osiensa summa. Valittu lähestymistapa poikkeaa Juha Karhun omassa väitöskirjatyössään omaksumasta sopimusmallien muodostamismetodista. Karhu on nähnyt välttämättömäksi nostaa yksittäinen periaate johtavaan asemaan, jonka kautta sopimustoimintaa ensisijaisesti jäsennetään. Tämä johtava periaate saa prima facie -aseman sopimusoikeudellisten ongelmien ratkaisemisessa. Karhu suhtautuu väitöskirjatyössään epäilevästi useiden periaatteiden yhdistämiseen perustuviin teorioihin, koska sopimusmallin ongelmanratkaisukyky voi jäädä puutteelliseksi.[122] Tarvitaan oikeusjärjestyksen sisäinen kriteeristö, jonka mukaan periaatteiden keskinäiset suhteet yleisesti jäsentyvät.

---

[121] Ks. tältä osin esim. Mähönen 2000, s. 122–123, jossa suhtaudutaan varauksellisesti heikomman osapuolen suojaamiseen ilman nimenomaista lainsäännöstä.
[122] Pöyhönen 1988, s. 160–162.

Sopimusoikeuden kantavien periaatteiden kokonaisvaltaiseen tarkasteluun perustuva näkökulma ei johda väittämään kantavien periaatteiden keskinäisestä ristiriidattomuudesta. Päinvastoin sopimusoikeudellisessa tutkimuksessa on tunnistettava periaatteiden väliset jännitteet. Nämä jännitteet voidaan nähdä myös vahvuutena. Erilaisissa soveltamistilanteissa voidaan niiden ominaispiirteiden mukaisesti painottaa erilaisia periaatteita. Tämä on omiaan lisäämään sopimusoikeudellisen harkinnan joustavuutta ja ongelmanratkaisukykyä. Sopimusoikeuden systemaattisuus muodostuu juuri periaatteiden keskinäisen yhteensovittamisen kautta. Lähestymistapa on erilainen kuin yhteen johtavaan periaatteeseen perustuvissa malleissa. Periaatteiden keskinäiset suhteet määrittyvät dynaamisesti kunkin tilanteen ominaispiirteiden mukaan. Kombinaatio on muuttuva, eikä se perustu ennalta yleisesti määriteltyyn periaatteiden etusijajärjestykseen.

Sopimusoikeudellisen tutkimuksen tehtävänä on systematisoida sopimusoikeuden kantavia periaatteita. Tämä tehtävä liittyy osaltaan pyrkimykseen lisätä oikeustieteen keinoin johdonmukaisuutta oikeusjärjestyksessä, mutta tehtävä on välttämätön myös pitävän pohjan luomiseksi sopimusoikeudellisten ongelmien ratkaisemiselle. Sopimusoikeudellisten ongelmien arviointi voidaan palauttaa kantavien periaatteiden yhteensovittamiseksi. Yksittäiset käytännön soveltamisongelmat ilmenevät oikeuden pintatasolla. Kestävien ratkaisujen saavuttamiseksi on usein tarpeen hakea tukea oikeusjärjestyksen pintatason alapuolisiin osiin sijoittuvista kantavista periaatteista. Kukin kantava periaate avaa oman näkökulmansa sopimusoikeuteen; kyse on sopimusoikeuden hahmottamisen tavasta. Periaatteet antavat oman vastauksensa siihen, mikä on olennaista sopimustoiminnassa ja mikä ei. Arviointitavat ovat rinnakkaisia ja osin ristikkäisiä.

Kantavien periaatteiden systematisointi edellyttää sitä, että tunnetaan näiden periaatteiden sisältö sekä kyetään vertaamaan periaatteiden välisiä yhtäläisyyksiä ja eroavaisuuksia. Tämä ei kuitenkaan vielä riitä. Systematisoinnissa on muodostettava yhteys kantavien periaatteiden ja sopimustoiminnan välille. Systematisointiavain löytyy tästä relaatiosta. Kunkin toimintaympäristön ominaispiirteet ohjaavat kantavien periaatteiden keskinäisten suhteiden jäsentämistä. Kysymys ei ole sopimustoiminnan empiirisestä havainnoinnista siinä mielessä, että sopimustodellisuudesta tehtäisiin suoria johtopäätöksiä kantavien periaatteiden keskinäisten suhteiden osalta. Arvioinnin on läpäistävä normatiivinen seula. Tämä tarkoittaa sitä, että harkinnassa korostuvat sääntelykohteen ominaispiirteistä muodostetut normatiiviset jäsennykset. On tunnistettava, mikä on olennaista kuhunkin toimintaympäristöön sijoittuvan sopimustoiminnan kannalta ja minkä tulisi olla olennaista tässä toimintaympäristössä.

Sopimusoikeuden systematisointia voidaan lähestyä eri suunnista. Sopimusoikeudellisten mallien muodostaminen edellyttää kannan muodostamista kantavien periaatteiden keskinäisten suhteiden lisäksi myös kantavien periaatteiden ja sopimustoiminnan eri muotojen välisiin yhteyksiin. Tässä esityksessä ei ole teh-

tyjen tutkimuksellisten rajausten vuoksi mahdollista lähteä rakentamaan erillisiä sopimusoikeudellisia malleja. Tehtävä jää tulevien tutkimusten varaan. Painopisteenä on sen sijaan sopimusoikeudesta ja kilpailuoikeudesta muodostuvan kokonaisuuden jäsentäminen. Tehtävä on haastava, koska kyse on kahdesta rinnakkaisesta oikeudenalasta. Sääntelylogiikkojen voidaan olettaa olevan perustavalla tavalla erilaisia. Tutkimuksessa on muodostettava arviointikehikko, jonka puitteissa arvo- ja tavoitepohjan eroavaisuuksia ja yhtäläisyyksiä voidaan hahmottaa. Näin voidaan parantaa edellytyksiä sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden rajapintaan sijoittuvien oikeudellisten ongelmien ratkaisemiseen. On kuitenkin muistettava, että johtopäätökset ovat luonteeltaan suuntaviivamaisia, jolloin tapauskohtaiselle harkinnalle jää keskeinen merkitys.

3 Kilpailuoikeuden kantavat periaatteet

3.1 YLEISTÄ

Kilpailuoikeuden kantavilla periaatteilla on useita tehtäviä. Ne antavat sisällöllisen perustelun kilpailuoikeudelliselle sääntelylle. Kantavat periaatteet muodostavat yhteyden kilpailuoikeudellisen sääntelyn taustalla oleviin arvoihin ja tavoitteisiin. Niiden avulla voidaan löytää reitti kilpailuoikeudellisen tarkastelun logiikkaan, sääntelyn rakentumistapaan. Arvojen ja tavoitteiden kautta syntyvät myös edellytykset kilpailuoikeuden systematisointiin. Kilpailuoikeus voidaan nähdä sisällöllisesti johdonmukaisena kokonaisuutena. On mahdollista puhua kilpailuoikeudellisen sääntelyn koherenssista.

Kilpailuoikeuden kantavat periaatteet eivät avaudu yksinomaan kilpailuoikeuden justifikaatioperustan ja siihen liittyvän systematisoinnin suuntaan. Kantavat periaatteet ovat merkityksellisiä myös kilpailuoikeuden soveltamistoiminnan kannalta. Kantavia periaatteita tai niihin pohjautuvia muita periaatteita on mahdollista hyödyntää kilpailuoikeuden soveltamistoiminnassa. Kantavat periaatteet voivat ohjata kilpailuoikeudellisten normien soveltamista ja tulkintaa.

> Omaksuttu näkökulma poikkeaa joiltain osin esimerkiksi Schaubin kilpailuoikeudellisten päämäärien jaottelusta.[123] Schaub erottaa yhtäältä kilpailuoikeuden perustavat poliittiset päämäärät ja toisaalta kilpailuoikeuden soveltamista koskevat päämäärät. Perustavat päämäärät kuvaavat niitä syitä, joiden toteuttamiseksi kilpailulainsäädännön säätäminen on katsottu yhteiskunnallisesti tarpeelliseksi. Kyse on poliittisen päätöksenteon perusteista. Tällaisia päämääriä ovat EU:n kilpailuoikeuden osalta muun muassa hyvinvoinnin, työllisyyden ja sosiaalisen koheesion edistäminen. Kilpailu on keino näiden poliittisen päämäärien saavuttamiseksi. Kilpailuoikeuden soveltamisessa on keskityttävä varmistamaan kilpailun toimivuus markkinoilla. Toimiva kilpailu muodostaa siten eräänlaisen perustavan arviointikehikon. Yksittäisten normien soveltamista ja tulkintaa ohjaavat päämäärät ovat Schaubin jaottelussa luonteeltaan taloudellisia. Näin varmistetaan kilpailuoikeudellisen sääntelyn vaikuttavuus juuttumatta laaja-alaisiin ja vaikeisiin erilaisten tavoitteiden välisiin punnintatilanteisiin. Kilpailuoikeudellisen harkinnan tyylipuhtaus ja määrätynlainen suoraviivaisuus on tällä tavoin säilytettävissä.

Kilpailuoikeudellisen sääntelyn päämääristä on käyty laajaa keskustelua eri vaiheissa.[124] Kysymys liittyy tiiviisti kilpailuoikeudellisten ja taloustieteellisten teo-

---

[123] Ks. tarkemmin Schaub, s. 120–126.
[124] Ks. tästä keskustelusta esim. Ehlermann – Laudati 1998, s. vii–xviii.

rioiden lähtökohtiin. Keskustelussa on esitetty näkemyksiä, joiden mukaan kilpailuoikeudellisen sääntelyn tulisi rakentua yksittäisen päämäärän varaan. Tällaisessa monistisessa arvioinnissa ovat tyypillisesti korostuneet erilaiset taloudelliseen tehokkuuteen liittyvät näkökohdat.[125] Tässä tutkimuksessa on omaksuttu toisenlainen lähtökohta: kilpailuoikeudellinen sääntely ei kiinnity vain yksittäiseen arvoon tai tavoitteeseen, vaan kilpailuoikeudellisen sääntelyn olemassaoloa voidaan perustella usealla rinnakkaisella arvolla tai tavoitteella.[126] Kilpailuoikeudellisen tutkimuksen tehtävänä on osaltaan näiden rinnakkaisten arvojen ja tavoitteiden sekä niiden varaan rakentuvien periaatteiden systemaattinen jäsentäminen.

Kilpailuoikeuden kantavien periaatteiden määrittämisessä voidaan *markkinoiden toimivuutta* pitää eräänlaisena lähtökohtana. Kilpailuoikeudellisen sääntelyn perustavana tehtävänä on markkinoiden toimivuuden edellytysten turvaaminen. Tämä tehtävä voidaan kiinnittää suoraan kilpailuoikeuden materiaalisiin säännöksiin sekä niitä koskeviin soveltamiskäytäntöihin.[127]

Markkinoiden toimivuuden edellytysten turvaaminen on tehtävänä laaja. Siihen sisältyy eri ulottuvuuksia. Markkinoiden toimivuuden kriteerien määrittely on jäänyt lainsäädännössä varsin yleiselle tasolle. Toimivuus voidaankin nähdä eräänlaisena yläkäsitteenä, joka kokoaa alleen kilpailuoikeudelliselle sääntelylle eri lainsäädännöissä ja kilpailuoikeudellisissa koulukunnissa asetetut tehtävät. Kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa on kyettävä hahmottamaan kilpailulainsäädännön tehtävät systemaattisesti. *Pelkkä viittaus markkinoiden toimivuuden varmistamiseen ei ole riittävä, vaan markkinoiden toimivuus on purettava osiin, jotta kilpailuoikeudellisen sääntelyn yhteiskunnallinen merkitys ja sisältö voi-*

---

[125] Hyvinä esimerkkeinä voidaan pitää Chicagon koulukunnassa esitettyjä käsityksiä, joille on tyypillistä tuotannollisen ja allokatiivisen tehokkuuden parhaan saavutettavissa olevan kombinaation tavoittelu. Ks. tältä osin esim. Bork, s. 50–51. Pitäytyminen yhteen päämäärään ei kuitenkaan välttämättä merkitse kilpailuoikeudellisen tarkastelun ongelmattomuutta. Taloudellisen tehokkuuden osalta haasteita voi liittyä tehokkuuden mittaamiseen ja tehokkuuden eri muotojen yhteensovittamiseen. Ks. taloudellisen tehokkuuden eri muodoista luku III.3.2.

[126] Ks. tällaisesta pluralistisesta näkökulmasta myös esim. Kuoppamäki 2003, s. 27, 30 ja 77, ja Timonen 1997, s. 219–220.

[127] EU:n kilpailuoikeuden päämäärät ovat perusteiltaan kytkettävissä EU-sopimuksen 3 artiklassa sekä EUT-sopimuksen 3–6 ja 119 artiklassa mainittuihin yleisiin tavoitteisiin, jotka liittyvät mm. taloudellisen toiminnan sopusuhtaiseen, tasapainoiseen ja kestävään kehitykseen. Näiden tavoitteiden toteutumisen kannalta on olennaista, että yhteismarkkinoiden toimivuus voidaan varmistaa. EU:n kilpailuoikeuden päämäärät ovat täsmentyneet oikeuskäytännössä. EU:n tuomioistuin totesi asiassa 26/76 Metro v. komissio, (1977) ECR 1875, k. 20, että EY:n perustamissopimuksen 3 ja 81 artiklassa tarkoitettu vääristymätön kilpailu edellyttää toimivan kilpailun olemassaoloa markkinoilla. EU:n kilpailuoikeuden lisäksi markkinoiden toimivuuden turvaaminen on voimakkaasti esillä myös kansallisessa kilpailulainsäädännössämme. Kilpailunrajoituslain tavoitteena on sen 1 §:n mukaan terveen ja toimivan taloudellisen kilpailun suojaaminen vahingollisilta kilpailunrajoituksilta.

daan ymmärtää. Tällöin liikutaan kilpailulainsäädännön taustalla olevien arvojen ja tavoitteiden suuntaan. Niiden kautta määrittyvät kilpailulainsäädännön tehtävät. Alustavasti voidaan määritellä markkinoiden toimivuuden turvaamisen sisällön ja samalla kilpailulainsäädännön tehtävien jakaantuvan neljään osaan. Näkökulma on siten laaja-alainen eikä se palaudu ainoastaan yhteen, erikseen määriteltyyn tehtävään.

Kilpailulainsäädännön perustavana tehtävänä on markkinoiden toiminnan taloudellisten seurausten turvaaminen. Kilpailu on lähtökohtainen edellytys markkinoiden toiminnan tehokkuudelle. Kilpailulainsäädännön tehtävä liittyy vaihdannan ja markkinoiden yhteiskunnalliseen merkitykseen hyvinvoinnin tuottajana. Asetelma on peräytettävissä aina Adam Smithin klassisiin ajatuksiin työnjaon asemasta markkinataloudessa: yksilöiden toiminta kanavoituu yhteiseksi hyväksi markkinamekanismin avulla. Kilpailuoikeudellisessa tarkastelussa ei voida pitäytyä kiinnittämään huomiota yksinomaan markkinoiden toiminnan hyvinvoinnin kokonaismäärää lisääviin vaikutuksiin. Kilpailulainsäädännön tehtävänä on osaltaan varmistaa, että hyvinvointi jakautuu markkinamekanismin mukaisesti yhteiskunnassa.[128]

Kilpailulainsäädännön tehtävään markkinoiden hyvinvointivaikutusten varmistajana kytkeytyy voimakkaita yhteiskunnallisia intressejä. Julkisen edun kannalta on olennaista, että markkinat voivat tuottaa hyvinvointia yhteiskuntaan. Hyvinvointi voidaan nähdä käyttövoimana, joka luo mahdollisuuksia yhteiskunnan julkisten ja yksityisten rakenteiden toiminnalle. Markkinoiden hyvinvointivaikutusten merkitys on tällöin selkeästi järjestelmätasoinen. Vastaavasti hyvinvoinnin lisääntyminen parantaa yksittäisten toimijoiden asemaa; yksilöt hyötyvät joko suoraan tai välillisesti hyvinvoinnin lisääntymisestä yhteiskunnassa.

EU:n kilpailuoikeuden ominaispiirteenä on pyrkimys yhteismarkkinoiden yhtenäisyyden varmistamiseen.[129] Tehtävä voidaan palauttaa aina perustamissopimusten määräyksiin. Yhteismarkkinat muodostavat keskeisen osan Euroopan integraatioprosessia. Yhteismarkkinoiden asemaa voidaan tarkastella sekä taloudellisesta että poliittisesta näkökulmasta. Taloudellisesti keskeistä on taata hyödykkeiden vapaa liikkuvuus yhteismarkkinoilla. Yhteismarkkinatavoitteella on siten yhteyksiä vapaan liikkuvuuden säännösten kanssa; tarkoituksena on poistaa kaupan esteet jäsenvaltioiden väliltä. Yhteismarkkinoiden toimivuus varmistaa osaltaan eurooppalaisten markkinoiden mittakaavan kasvattamisen. Tällä seikalla on selkeitä hyvinvointivaikutuksia. Poliittisesti on merkittävää, että yhteismarkkinoiden luominen lisää taloudellisia siteitä jäsenvaltioiden välille. Histo-

---

[128] Ks. tarkemmin luku III.3.2.

[129] Ks. tästä integraatiotavoitteesta ja sen kehittymisestä esim. Goyder, s. 42–44.

riallista taustaa vasten on ymmärrettävää, minkä vuoksi taloudellisten siteiden vahvistamista on pidetty tärkeänä Euroopan vakauden ylläpitämisen kannalta.

Markkinoiden toimivuudella on yhteyksiä yksilöiden oikeuksien käyttämiseen ja poliittisen järjestelmän toimivuuteen. Kilpailuoikeus täyttää tämän tehtävänsä sääntelemällä taloudellisen vallan käyttämistä. Markkinat muodostavat taustan yksilöiden oikeuksien käyttämiselle. Kilpailuoikeudellisen sääntelyn keinoin puututaan markkinoiden toimintaa vaarantaviin menettelyihin ja samalla turvataan yksilöille edellytykset käyttää oikeuksiaan mielekkäällä tavalla. Markkinoiden toiminnan häiriintyminen voi heijastua poliittisen järjestelmän toimivuuteen. Taloudellisesti vahvat yritykset voivat pyrkiä muuttamaan poliittisen päätöksentekoprosessin omia erityisiä intressejään suosivaksi.

Kilpailuoikeuden tehtävänä voidaan myös pitää markkinoiden toiminnan reiluuden suojaamista. Kilpailuoikeuden tehtävänä ei ole puuttua markkinoiden toiminnan lopputuloksiin vaan enemmänkin pyrkiä varmistamaan markkinoiden toiminnan menettelyllisten puitteiden yhdenmukaisuus. Ajatuksena on, että kaikilla toimijoilla on lähtökohtaisesti yhdenmukaiset mahdollisuudet osallistua vaihdantaan ilman, että näihin olosuhteisiin keinotekoisesti vaikutetaan.

Kilpailuoikeuden tehtävässä markkinoiden toimivuuden takaajana yhdistyy sekä järjestelmätasoisia että yksilötasoisia elementtejä. Näkökulmat eivät ole toisistaan erillisiä, vaan niillä on keskinäisiä leikkauspisteitä. Näkökulmien leikkauspisteistä huolimatta kilpailuoikeudellisen arvioinnin perusta on ensisijaisesti järjestelmätasolla. Kilpailuoikeudellisen sääntelyn keinoin puututaan järjestelyihin, jotka vaikeuttavat markkinoiden toimintaa. Katse on lähtökohtaisesti yksittäisen oikeussuhteen rajat ylittävissä vaikutuksissa. Markkinoiden toimivuuden vaikutukset yksilön kannalta ovat merkityksellisiä kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa, mutta ne eivät sijoitu arvioinnin keskiöön.

Kilpailuoikeudellisessa tarkastelussa on jäsennettävä markkinoiden toimivuuteen liittyvien argumenttien oikeudellinen asema. Kilpailuoikeuden tehtävänä oleva markkinoiden toimivuuden varmistaminen on toisin sanoen tuotava oikeudellisen harkinnan sisälle. Kyse on siitä, kuinka markkinoiden toimivuuteen liittyviä argumentteja voidaan käyttää kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa.

Yhden vastauksen on tarjonnut Juha Karhu, joka on nimennyt toimivat markkinat kirjoittamattomaksi perusoikeudeksi.[130] Karhu lähtee tarkastelussaan siitä, että toimivat markkinat muodostavat varallisuusoikeudellisen järjestelmän keskeisen reunaehdon. Varallisuusoikeudellisten perusoikeuksien käyttäminen nivoutuu keskeisellä tavalla markkinoiden toimivuuteen. Karhu näkee toimivat markkinat yksilöiden toimintamahdollisuuksien luojana ja mahdollistajana. Markkinoiden toimivuudesta voidaan johtaa yksilöille velvollisuuksia. Jokaisen yksilön on huolehdittava markkinoiden

[130] Ks. tarkemmin Pöyhönen 2000, s. 82–84.

toimivuudesta silloin, kun yksilö osallistuu vaihdantaan ja käyttää oikeuksiaan toimivan markkinajärjestelmän puitteissa.

Karhun esittämä ajatus toimivista markkinoista kirjoittamattomana perusoikeutena vaikuttaa mielenkiintoiselta. Ajatuksessa korostuu markkinoiden toimivuuden merkitys sekä järjestelmä- että yksilötasolla. Markkinoiden toimivuus viedään perusoikeusjärjestelmän sisälle. Yksilöille annetaan oikeus vedota siihen, että hän voi käyttää oikeuksiaan asianmukaisissa olosuhteissa. Pelkkä yksilöllisten oikeuksien luominen ei sinällään riitä, vaan huomiota on kiinnitettävä oikeuksien käyttämisen mielekkäisiin olosuhteisiin. Samassa yhteydessä korostetaan jokaisen yksilön vastuuta oikeuksien käyttöolosuhteiden ylläpitämisestä. Oikeuksia ei käytetä tyhjiössä, vaan oikeuksien käyttäminen vaikuttaa muiden yksilöiden oikeuksien käyttämiseen. Markkinoiden toimivuuden vetäminen perusoikeusjärjestelmän sisälle merkitsee myös sitä, että argumenttia markkinoiden toiminnan varmistamisesta on arvioitava perusoikeusjärjestelmästä seuraavien vaatimusten mukaisesti. Markkinoiden toimivuutta koskevaa argumenttia ei ole mahdollista tällöin käyttää ikään kuin valttikorttina, joka ohittaa ilman asianmukaista punnintaa yksilöiden oikeudet ja perusoikeusjärjestelmän sisäisen logiikan.

Karhun esittämää argumentaatiota voidaan pitää viehättävänä ja siihen sisältyy monia perusteltuja näkökohtia. Näkemystä markkinoiden perusoikeusluonteesta ei kuitenkaan voida katsoa perustelluksi. Karhu on oikeassa siinä, että markkinoiden toiminnalla on keskeisiä yhteyksiä yksittäisten toimijoiden oikeuksien käyttämiseen. Toimivien markkinoiden ja yksilöiden oikeuksien välinen yhteys ei sellaisenaan vielä merkitse sitä, että toimivat markkinat tulisi nähdä kirjoittamattomana perusoikeutena. Markkinoiden toimivuus on olosuhde, joka ylittää yksittäisen oikeussuhteen ja yksittäisen oikeussubjektin rajat.[131]

Markkinoiden toimivuudella on voimakas yhteys julkiseen intressiin. Markkinoiden toimivuus varmistaa sen, että talous voi toimia tehokkaasti ja tuottaa hyvinvointia yhteiskuntaan. Yksilön kannalta markkinoiden toimivuus muodostaa taustan, jossa yksilö voi käyttää oikeuksiaan. *Markkinoiden toimivuus tulee nähdä kollektiivisena hyvänä, joka vaikuttaa yksilöiden oikeuksien käyttämiseen.* Yksilön yhteys markkinoiden toimivuuteen rakentuu nimenomaan sen vaikutuksen kautta, joka markkinoiden toimivuudella on yksilöllisten oikeuksien, kuten omaisuudensuojan ja elinkeinovapauden, kannalta. Nämä oikeudet muodostavat sillan yksilön ja markkinoiden toimintaolosuhteiden välille.

---

[131] Kukaan ei lähtökohtaisesti voi omistaa markkinoita, vaikka yksilöillä on oikeuksiensa käyttämisen kautta vahva yhteys markkinoihin. Markkinat ovat enemmän kuin osiensa eli vaihdantaan osallistuvien yksilöiden summa. Markkinat ovat yhteinen asia, joka ei kuulu suoraan kenellekään yksilölle. Ajatuksellisia yhteyksiä voidaan virittää yhteiskäyttöisen omaisuuden, commonsin, suuntaan. Markkinat ovat lähtökohtaisesti kaikkien yksilöiden käytettävissä, mutta kenelläkään ei ole välitöntä oikeutta niihin. Toimia, joilla vaikutetaan yhteisten toimintaedellytyksien käyttämiseen, voidaan yhteiskunnallisen intressin ja samalla myös yksilöiden asemien turvaamiseksi säännellä. Ks. myös Karhu 2007, s. 103–104, jossa perustellaan markkinoiden yhteiskäyttöisyyden välttämättömyyttä markkinoiden toimivuuden ja samalla yksilöiden oikeuksien mielekkään käyttämisen kannalta. Markkinoita on mahdollista luonnehtia kerrostuneeksi kokonaisuudeksi; markkinoilla yksilöiden toimet rakentuvat toistensa päälle, ja markkinoiden toiminta syntyy yksilöiden yhteisvaikutuksen tuloksena. Toinen vaihtoehto on nähdä markkinoiden toimivuus eräänlaisena julkishyödykkeenä. Ks. tältä osin myös Pöyhönen 2000, s. 84–85.

Kriittinen lähestymistapa voidaan kiinnittää myös oikeuksien ja kollektiivisten hyvien välistä suhdetta koskevaan keskusteluun, jota edustaa keskeisellä tavalla Ronald Dworkin. Dworkin jakaa oikeusnormit sääntöihin ja oikeusperiaatteisiin.[132] Yksilölliset oikeudet kiinnitetään tässä tarkastelussa oikeusperiaatteisiin, ja kollektiivisiin hyviin liittyvät tavoitteet erotetaan yksilöllisistä oikeuksista. Oikeuksien ja kollektiivisten tavoitteiden ero konkretisoituu Dworkinilla oikeusnormien konflikteissa, joissa yksilöllisiä oikeuksia ilmentävillä periaatteilla on prima facie -asema suhteessa yhteiskunnallisiin periaatteisiin. Kiperät tapaukset on siten lähtökohtaisesti ratkaistava oikeusperiaatteiden antamien suuntaviivojen mukaisesti.[133]

Dworkinin esittämien näkökohtien perusteella on mahdollista tarkastella kriittisesti ajatusta, jonka mukaan toimivia markkinoita pidetään perusoikeutena taikka kirjoittamattomana perusoikeutena, koska markkinoiden toimivuus voidaan katsoa ensisijaisesti yhteiskunnalliseksi tavoitteeksi eli kollektiiviseksi hyväksi eikä yksilölliseksi oikeudeksi. Toimivien markkinoiden yhteys yksilön oikeusasemaan ei täytä Dworkinin asettamia kriteereitä.[134] Mikäli jaottelua yksilölliset oikeudet / kollektiiviset hyvät liudennetaan, vaarannetaan samalla yksilöllisten oikeuksien suojan perustava asema yhteiskunnassa.

Kysymystä toimivien markkinoiden oikeudellisesta asemasta ei voida ratkaista yksinomaan oikeusteoreettisen keskustelun pohjalta. Keskustelu kuvaa kuitenkin tärkeällä tavalla niitä ongelmia, joita yksilöllisten oikeuksien ja kollektiivisten hyvien välisen linjan sekoittaminen saattaa aiheuttaa. On ilmeistä, että tämä yksilöllisten oikeuksien ja kollektiivisten hyvien välinen raja ei ole aina yksiselitteisesti vedettävissä, mutta sillä on systemaattinen ja samalla perusoikeusjärjestelmän rakenteeseen liittyvä merkityksensä. Oikeuksien nähdään ensisijaisesti liittyvän yksilön oikeusasemaan, kun taas kollektiiviset hyvät koskevat yksilöitä ryhmänä. Kollektiivisten hyvien merkitys on lähtökohtaisesti jakamaton ryhmän jäsenten kannalta.

Kilpailuoikeuden kantaviksi periaatteiksi voidaan määritellä tehokkuusperiaate, vapausperiaate, integraatioperiaate ja reiluusperiaate. Kunkin periaatteen yksityiskohtaiseen sisältöön palataan jäljempänä. Kilpailuoikeuden kantavat periaatteet luovat mahdollisuuden kilpailuoikeuden taustalla olevien arvojen ja tavoitteiden keskinäiseen punnintaan. Oikeustieteen tehtävänä on systematisoida kilpailuoikeuden kantavia periaatteita. Tällä tavoin voidaan pyrkiä edistämään kilpailuoikeudellisen sääntelyn johdonmukaisuutta ja ongelmanratkaisuvoimaa. Kilpailuoikeuden kantavien periaatteiden systematisointi ei poista tapauskohtaisen harkinnan tarvetta. Periaatteiden systematisoinnissa on kysymys ennen kaikkea suuntaviivojen luomisesta, jolloin periaatteille on määritettävä painoarvot kunkin tapauksen ominaispiirteiden mukaisesti.

---

[132] Ks. tarkemmin Dworkin 1997, s. 22–23.
[133] Ks. tarkemmin Dworkin 1997, s. 96–97.
[134] Ks. samankaltaisesta keskustelusta Tuori 1999b, s. 920–922, jossa arvioidaan oikeutta turvallisuuteen yksilöllisten vapausoikeuksien kannalta.

Kilpailuoikeuden kantavat periaatteet eivät ole merkityksellisiä ainoastaan kilpailuoikeuden sisäisten kysymysten jäsentämisessä. Tässä tutkimuksessa keskeisen aseman saa kilpailuoikeuden ja sopimusoikeuden keskinäisten suhteiden arvioiminen. Kummankin oikeudenalan kantavien periaatteiden avulla voidaan pyrkiä muodostamaan systemaattinen kokonaiskuva kilpailuoikeuden ja sopimusoikeuden välisistä yhteyksistä sekä sovittamaan konkreettisissa leikkauspisteissä yhteen kilpailuoikeudellisia ja sopimusoikeudellisia näkökohtia.[135]

3.2 TEHOKKUUSPERIAATE

3.2.1 Yleistä

Tehokkuusperiaate voidaan luontevasti kytkeä markkinatalouden perustaviin lähtökohtiin. Markkinat muodostavat vaihdannan kentän, jossa hyödykkeitä voidaan siirtää toimijalta toiselle ja jossa toimijat voivat harjoittaa keskinäistä yhteistyötä.[136] Markkinat luovat puitteet erikoistumiselle, jolloin mittakaavaa ja asiantuntemusta koskevien etujen saavuttaminen on mahdollista. Erikoistuminen on avain taloudellisten resurssien tehokkaaseen käyttämiseen.

Kilpailu on markkinoiden toimintaa ylläpitävä voima. Kilpailu ohjaa yksittäisten toimijoiden menettelyitä ja samalla markkinoiden toimintaa kokonaisuudessaan. Se luo yksittäisille toimijoille kannustimia toimia tehokkaasti ja tarjota kuluttajien tarpeita aiempaa paremmin palvelevia hyödykkeitä. Voidaan puhua kilpailun kannustinvaikutuksesta. Lisäksi kilpailu mahdollistaa taloudellisen päätöksenteon hajauttamisen. Taloutta koskevat päätökset syntyvät yksittäisten toimijoiden menettelyiden yhteisvaikutuksesta, jolloin päätöksenteon perustana oleva tietopohja laajentuu; markkinamekanismi ohjaa taloudellista päätöksentekoa.

Markkinoiden toimintaan liittyy perusteltuja hyvinvointiodotuksia. Markkinatalouden peruslähtökohtien mukaan markkinamekanismi kanavoi yksittäisten toimijoiden menettelyt yhteen siten, että yhteiskunnan kokonaishyvinvointi voi lisääntyä. Tehokkuusperiaatteen näkökulmasta kilpailuoikeudellisen sääntelyn tehtävänä on markkinoiden toimintaan liittyvien hyvinvointivaikutusten toteutumisedellytysten turvaaminen. Hyvinvointivaikutusten toteutuminen edellyttää markkinoiden toiminnan tehokkuutta.

Kilpailuoikeudellisen sääntelyn tehtävä markkinoiden toiminnan tehokkuuden varmistajana on laajalti hyväksytty, mutta sen yksityiskohtainen sisältö on

---

[135] Ks. tarkemmin luku IV.
[136] Ks. luku II.4.

altis toisistaan poikkeaville näkemyksille. Joissakin yhteyksissä on lähdetty siitä, että kilpailuoikeuden yksinomaisena tehtävänä on taloudellisen tehokkuuden edistäminen.[137] Tässä esityksessä on omaksuttu näkemys, jonka mukaan taloudellisen tehokkuuden edistäminen on kilpailuoikeuden keskeinen mutta ei ainoa tavoite; taloudellista tehokkuutta koskevat näkökohdat on sovitettava yhteen kilpailuoikeuden muiden kantavien periaatteiden sekä niiden taustalla olevien arvojen tai tavoitteiden kanssa.[138] Joka tapauksessa on ilmeistä, että taloudellisen tehokkuuden edistäminen ja samalla tehokkuusperiaatteen soveltaminen edellyttävät tehokkuuden sisältöä ja operationalisoinnin yksityiskohtia koskevien kysymysten täsmentämistä. Tehtävä on haastava, koska näkemykset poikkeavat tältä osin toisistaan laajasti.

3.2.2 Oikeudellinen perusta

Kilpailuoikeudelliselle tehokkuusperiaatteelle voidaan saada institutionaalista tukea sekä EU:n kilpailuoikeudesta että kansallisesta kilpailulainsäädännöstämme. EU:n kilpailuoikeuden osalta tehokkuusperiaate on asetettava yleiseen EU-oikeudelliseen taustaan. Keskeiseksi EU-oikeudelliseksi viitekehykseksi voidaan tältä osin tunnistaa yhteismarkkinat. Tehokkuusperiaate on yhdistettävissä yhteismarkkinoille asetettuihin tavoitteisiin.[139]

Historiallisesti arvioituna yhteismarkkinoiden luomisen tavoitteena on ollut jäsenvaltioiden välisten esteiden poistaminen siten, että hyödykkeet voivat liikkua yhteismarkkinoilla vapaasti.[140] Kansalliset markkinat on toisin sanoen avattu ja EU-oikeuden keinoin pyritään varmistamaan yhteismarkkinoiden avoimuus ja yhtenäisyys. Tehokkuusperiaatteella on tässä yhteydessä selvä leikkauspinta integraatioperiaatteen kanssa, vaikka periaatteiden mukaiset näkökulmat poikkeavat jossain määrin toisistaan. Tehokkuusperiaatteen kannalta olennaisia ovat kansallisia markkinoita laajemmasta kokonaisuudesta seuraavat tehokkuushyödyt. Nämä hyödyt voivat ilmetä esimerkiksi mittakaavaetuina, työnjaon voimistumisena tai aidosti uusina hyödykkeinä.

Yhteismarkkinoille asetettuja tavoitteita kuvataan varsin korkealla abstraktiotasolla EU-sopimuksen ensimmäisessä osassa. EU-sopimuksen 3 artiklan mukaan sisämarkkinoiden toteuttamisella pyritään edistämään kestävää kehitystä, jonka perustana ovat muun ohella tasapainoinen talouskasvu ja hintavakaus. Sa-

---

[137] Ks. tarkemmin esim. Bork, s. 50–51, ja Posner 2001a, s. 2.

[138] Kysymys on yhdeltä osin valitusta näkökulmasta: tehokkuusperiaatteeseen nähden rinnakkaisille päämäärille voidaan haluttaessa löytää myös taloudellinen tehokkuusperustelu.

[139] Ks. tarkemmin esim. Goyder, s. 22–25, ja Whish, s. 51. Ks. myös Forrester, s. 361–363 ja Kirchner, s. 517.

[140] Ks. tarkemmin esim. Raitio 2006, s. 43–47.

massa yhteydessä asetetaan myös muita tavoitteita, jotka eivät ole luonteeltaan puhtaan taloudellisia.[141] EU-sopimuksen 3 artiklassa asetettuja tavoitteita on peilattava EU-oikeuden soveltamisessa kokonaisuutena, mutta on ilmeistä, että EU:n kilpailuoikeudella on tiivein liityntä edellä mainittuihin taloudellisiin tavoitteisiin. Taloudelliset tavoitteet kuvaavat hyvin yhteismarkkinoiden toimintaan kohdistuvia hyvinvointiodotuksia. Markkinoiden tehokas toiminta luo mahdollisuuksia kehityksen ja kasvun saavuttamiselle.

Sisämarkkinoihin liittyvien tavoitteiden toteuttamiseen määritettiin aiemmin välineitä EY:n perustamissopimuksen 3 ja 4 artiklassa. EY:n perustamissopimuksen 3.1 artiklan g-alakohdassa todettiin, että yhteisön toimintaan sisältyy järjestelmä, jolla taataan, ettei kilpailu yhteismarkkinoilla vääristy. Tällä järjestelmällä on vakiintuneesti katsottu tarkoitettavan EU:n kilpailuoikeutta.[142] Nykyisin asia on ilmaistu EUT-sopimukseen liittyvässä 27. pöytäkirjassa. Kilpailun merkitystä edellä mainittujen tavoitteiden toteuttamiseksi korostettiin osaltaan myös EY:n perustamissopimuksen 4 artiklassa, jossa todettiin talouspolitiikkaa harjoitettavan vapaaseen kilpailuun perustuvan avoimen markkinatalouden periaatteen mukaisesti.

EU- ja EUT-sopimusten muodostamaa taustaa vasten voidaan havaita kilpailun ja sen toimivuutta turvaavan oikeudellisen sääntelyn olennainen asema yhteismarkkinoiden kannalta; ilman kilpailua yhteismarkkinoille asetettuja tavoitteita ei ole mahdollista saavuttaa.[143] Kilpailu on keskeinen keino yhteismarkkinoiden toimintaan liittyvien taloudellisten tavoitteiden toteuttamiseksi.[144] Näkökulma heijastuu osaltaan siihen oikeudelliseen asemaan, joka kilpailua koskeville säännöksille on näissä sopimuksissa annettu.[145]

EU:n kilpailuoikeuden soveltamiskäytännöissä on joiltain osin täsmennetty kilpailukäsitteen ja kilpailulle asetettujen tehtävien sisältöä. Metro v. komissio -tapauksessa EU:n tuomioistuin katsoi EY:n perustamissopimuksen 3 artiklassa edellytettävän *toimivan kilpailun* olemassaoloa markkinoilla.[146] EU:n tuomioistuin määritteli toimivan kilpailun sellaiseksi kilpailuasteeksi, joka on välttämätön perustamissopimuksessa asetettujen perustavien vaatimusten noudattamisek-

---

[141] EU-sopimuksen 3 artiklassa mainitaan tällaisina tavoitteina mm. miesten ja naisten välisen tasa-arvon sekä ympäristönsuojelun korkean tason ja ympäristön laadun parantamisen toteuttaminen.

[142] Ks. tältä osin asia 6/72 Continental Can v. komissio, (1973) ECR 215, k. 25, ja asia 85/76 Hoffman La Roche v. komissio, (1979) ECR 461, k. 38.

[143] Ks. myös asia 6/72 Continental Can v. komissio, (1973) ECR 215, k. 24.

[144] Ks. myös Schaub, s. 124.

[145] Ks. asia C-126/97 Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV, (1999) ECR I 3055, k. 36–39.

[146] Asia 26/76 Metro v. komissio, (1977) ECR 1875, k. 20.

si ja sen tavoitteiden, kuten erityisesti yhteismarkkinoiden luomisen, saavuttamiseksi.

EU:n tuomioistuimen argumentoinnissa korostuu kilpailulle annetun merkityssisällön voimakas liityntä integraatioprosessiin ja sille asetettuihin tavoitteisiin. Toimiva kilpailu on hahmotettavissa tässä yhteydessä erityisesti integraatioprosessiin liittyväksi käsitteeksi ja sen sisältö on jäsennettävä EU-oikeudellisessa viitekehyksessä.[147] Toimiva kilpailu kytkeytyy perustamissopimuksessa asetettujen tehtävien toteuttamiseen. Tämän vuoksi toimivan kilpailun käsitteen suora rinnastaminen taloustieteellisiin kilpailukäsityksiin, esimerkiksi toimivan kilpailun koulukunnassa esitettyihin näkemyksiin, ei ole perusteltua.[148] Toiseksi on merkille pantavaa, että EU:n tuomioistuin on lukenut EU:n kilpailuoikeuden materiaalisia säännöksiä yhdessä perustamissopimuksen tavoitesäännösten kanssa. Asetelma liittyy osaltaan EU-oikeuden kehittämiseen tavoitteellisen tulkinnan keinoin.[149] Erityisesti integraatioprosessin alkuvaiheissa korostui EU:n tuomioistuimen rooli kilpailuoikeuden ja EU-oikeuden muiden alojen kehittäjänä.[150] Sittemmin EU-oikeuden kehittämisen tapa on tältä osin jossain määrin muuttunut ja komission rooli voimistunut.

Komissio on käsitellyt lukuisissa kilpailupoliittisissa raporteissaan ja muissa asiakirjoissaan kilpailupolitiikan tavoitteita ja samalla kilpailuoikeudellisen sääntelyn päämääriä. Kilpailuoikeudellisissa esityksissä on usein viitattu yksittäisiin kilpailupoliittisiin raportteihin kuvaamaan komission näkemystä EU:n kilpailuoikeuden päämääristä.[151] EU:n tuomioistuimen päätösten tapaan komission lausumat ovat sisällöltään yleisiä, mutta tehokkuusperiaatteen kannalta niistä on löydettävissä mielenkiintoisia näkökohtia.[152] Eräänlaisena lähtökohtana

---

[147] Tästä huolimatta omaksuttu käsite voidaan yhdistää yleiseen keskusteluun toimivan kilpailun edellytyksistä. Kyse on toimivan kilpailun koulukunnasta eräänlaisena älyllisenä sateenvarjona, jonka alle voi sijoittua erilaisia joko maantieteellisesti tai alueittain muovautuneita näkökulmia kilpailun toimivuuteen. Ajattelun perusteista on mahdollista löytää joitakin yhteisiä piirteitä. Historiallisessa katsannossa toimivan kilpailun koulukunnalle tyypillisenä piirteenä voidaan pitää irtaantumista täydellisen kilpailun käsitteestä ja vaihtoehtoisten kilpailun toimivuuden mittarien määrittämistä. Ks. tästä keskustelusta Clark, s. 317–318.

[148] Ks. tarkemmin esim. Kuoppamäki 2003, s. 58–59.

[149] Ks. tältä osin esim. Ritter – Braun, s. 16–17. Ks. EU-oikeuden tavoitteellisesta tulkinnasta yleisesti Bengoetxea, s. 99–101.

[150] Ks. Goyder, s. 55.

[151] Ks. esim. Kuoppamäki 2003, s. 56–57.

[152] Komission EU:n kilpailuoikeudelle luonnehtimat tavoitteet eivät rajaudu yksinomaan tehokkuusnäkökohtiin. Muina seikkoina komission tarkastelussa ovat nousseet esille mm. markkinoiden toiminnan reiluus, yksilön vapauden suojaaminen ja yhteismarkkinoiden yhtenäisyyden varmistaminen.

komission lausumista nousee esille kilpailun merkitys yhteiskunnallisen hyvinvoinnin lisääjänä ja siten elinolojen kohentamisen keinona.[153]

Komissio erittelee kilpailun toimivuuden asemaa erityisesti kahdessa ulottuvuudessa.[154] Kilpailun seurauksena resurssit allokoituvat yhteiskunnassa optimaalisesti. Se luo osaltaan myös kannusteita innovaatioihin. Komissio tunnistaa toisin sanoen kilpailun tehtävän talouden dynaamisen suorituskyvyn kannalta.[155] Komission tarkastelussa painottuu lisäksi vaatimus hyvinvoinnin kanavoitumisesta kuluttajien hyväksi.[156] Markkinoiden avoimuus on keskeinen tekijä hyvinvointietujen siirtymisen varmistamiseksi.

Tehokkuusperiaate voidaan EU:n kilpailuoikeuden lisäksi yhdistää Suomen kilpailulainsäädäntöön. Kilpailulainsäädäntömme lähtökohdat poikkeavat jossain määrin EU:n kilpailuoikeudesta, vaikka kansallisen lainsäädäntömme materiaaliset avainsäännökset on harmonisoitu vastaamaan EUT-sopimuksen 101 ja 102 artiklaa.[157] Kilpailunrajoituslaki on jäsenvaltiotasoinen säännös, joten kansallisia markkinoita koskevat näkökohdat ovat EU:n kilpailuoikeutta voimakkaammin esillä kilpailunrajoitusten arvioinnissa. Kilpailunrajoituslain 1 §:ssä asetetut tavoitteet poikkeavat joissain määrin EU:n kilpailuoikeuden päämääristä. On syytä huomata, että kilpailunrajoituslain 1 §:n tavoitesäännöstä ei ole muutettu, vaikka kilpailunrajoituslakia on edellä kuvatulla tavalla uudistettu vastaamaan EU:n kilpailuoikeudellisen sääntelyn sisältöä.[158]

Tehokkuusperiaatteen leikkauspinta Suomen kilpailulainsäädäntöön syntyy erityisesti kilpailunrajoituslain 1 §:n kautta. Siinä viitataan lain tavoitteena ole-

---

[153] Ks. esim. 1. kilpailupoliittinen raportti, s. 1, ja 16. kilpailupoliittinen raportti, s. 13.

[154] Ks. esim. 25. kilpailupoliittinen raportti, s. 15, ja 26. kilpailupoliittinen raportti, s. 17.

[155] Ks. dynaamista tehokkuutta koskevasta viimeaikaisesta oikeuskäytännöstä yhdistetyt asiat C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P ja C-519/06 P GlaxoSmithKline Services Unlimited v. komissio, (2009) ECR I 9291, k. 118–121.

[156] Ks. tältä osin myös DG Competition Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses 2005, k. 4.

[157] Ks. tarkemmin HE 11/2004 vp, s. 31–35, jonka mukaan 4–6 §:ää tulee soveltaa yhdenmukaisesti EUT-sopimuksen 101 ja 102 artiklan kanssa. On mahdollista puhua ns. pehmeästä harmonisoinnista, koska harmonisointiin ei ole ollut oikeudellista velvollisuutta. Harmonisointitarpeen arvioinnissa on otettava huomioon EU:n kilpailuoikeuden soveltamisasetuksen 1/2003 3 artikla, joka edellyttää kansalliseen lainsäädäntöön sisältyvän kartellikiellon soveltamista yhdenmukaisesti EUT-sopimuksen 101 artiklan kanssa, mikäli kauppakriteeri täyttyy. Yritysten yksipuolisesti toteuttamien kilpailunrajoitusten osalta voidaan sitä vastoin omaksua EUT-sopimuksen 102 artiklaa tiukempaa kansallista sääntelyä.

[158] Ks. myös HE 88/2010 vp, s. 54, jonka mukaan tavoitesäännöstä ei esitetä muutettavaksi uuden kilpailulain säätämisen yhteydessä. Kilpailunrajoituslain 1 §:n tavoitesäännös voidaan nähdä kehyksenä, jonka sisällön yksityiskohtaiseen muotoutumiseen vaikuttavat muun ohella sääntelykohteen ja taloudellisen ajattelun sekä kilpailunrajoituslain oikeudellisen taustan muutokset. Kilpailunrajoituslain 1 §:n sisältöä ei tule nähdä sisällöltään staattisena, vaan siihen sisältyy selvä dynaaminen ulottuvuus.

van terveen ja toimivan taloudellisen kilpailun turvaaminen vahingollisilta kilpailunrajoituksilta. Terveen ja toimivan taloudellisen kilpailun sisältö on määritelty lainvalmisteluasiakirjoissa, eikä käsitteiden sisältöä ole tarkasteltu laajasti oikeuskäytännössä. Määrittelyiden alkujuuret ovat vuoden 1987 Kilpailu- ja hintakomitean mietinnössä, jonka jälkeen käsitteiden sisältöä on maltillisesti käsitelty lainvalmistelutöissä.[159] Kilpailunrajoituslain tavoitesäännös on kuitenkin pysynyt sanamuodoltaan muuttumattomana 1980-luvun lopusta alkaen.

Terveellä kilpailulla viitataan tässä yhteydessä talouselämän staattiseen ja dynaamiseen tehokkuuteen.[160] Kilpailunrajoituslain tavoitteena on suorituskilpailun suojaaminen. Tämä saksalaisperäinen käsite viittaa erityisesti siihen, että elinkeinonharjoittajat pyrkivät terveen kilpailun vallitessa saavuttamaan kilpailuetuja tarjoamalla kuluttajien tarpeita entistä paremmin palvelevia hyödykkeitä.[161] Toiseksi terveen kilpailun käsitteelle on kilpailunrajoituslaissa haluttu antaa materiaalinen merkityssisältö. Kilpailunrajoituslaissa suojataan kilpailua vain siltä osin, kun kilpailu on lain ja hyvän tavan mukaista. Epäasianmukaiseen menettelyyn voidaan puuttua keskeisesti juuri kilpailunrajoituslain antamin keinoin. Määritelmä on mielenkiintoinen mutta samalla jossain määrin avoin. Se ohjaa pohtimaan asianmukaiseksi katsottavan kilpailun yksityiskohtaista sisältöä. Kilpailunrajoituslaista tai sen esitöistä ei juuri ole saatavissa yksityiskohtaisia vastauksia, vaan vastaaminen jää oikeuskäytännössä ja oikeustieteellisessä tutkimuksessa tehtäväksi.[162]

Toimiva kilpailu on kilpailunrajoituslain esitöissä katsottu tilaksi, johon markkinakäyttäytymistä voidaan lakia sovellettaessa verrata.[163] Toimivalla kilpailulla ei tarkoiteta yksinomaan täydellistä kilpailua, vaan se voi ilmetä myös monopolistisilla tai oligopolistisilla markkinoilla.[164] Keskeisenä tekijänä toimivassa kilpailussa on hinnanmuodostuksen perustuminen elinkeinonharjoittajien itsenäisiin menettelyihin sekä niitä ohjaavaan markkinamekanismiin. Lisäksi on tärkeää, ettei keinotekoisia markkinoille pääsyn esteitä ilmene. Julkisen vallan tulee ohjata markkinoiden toimintaa ainoastaan silloin, kun vahingollisia kilpailunra-

---

[159] Ks. tältä osin esim. HE 148/1987 vp, s. 13–14, ja HE 162/1991 vp, s. 9. Ks. Suomen kilpailulainsäädännön kehityksestä Aine 2006, s. 333–357.

[160] Ks. tarkemmin KM 1987:4, s. 117.

[161] Suorituskilpailu poikkeaa sisältönsä puolesta sekä toisten yksilöiden tuhoamiseen pyrkivästä valtakilpailusta että suggestiokilpailusta, jossa kilpailuetua haetaan yksinomaan keinotekoisen markkinoinnin keinoin. Ks. tältä osin KM 1987:4, s. 117. Ks. suorituskilpailusta yleisesti myös esim. Eucken 1952, s. 247–248.

[162] Kysymykseen palataan jäljempänä, kun arvioidaan kilpailuoikeuden ja sopimusoikeuden keskinäisiä suhteita.

[163] Ks. tarkemmin HE 148/1987 vp, s. 13.

[164] Ks. tarkemmin KM 1987:4, s. 117. Esitetty näkökanta on yleinen ja samalla kritiikille altis. Kriittisiä arvioita voidaan esittää erityisesti toimivan kilpailun toteutumisen mahdollisuuksista monopolistisilla markkinoilla.

joituksia esiintyy. Nämä toimet keskittyvät markkinoiden itseohjautuvuuden varmistamiseen esimerkiksi poistamalla keinotekoisia markkinoille pääsyn esteitä.

Kilpailunrajoituslain tavoitteena oleva terveen ja toimivan taloudellisen kilpailun turvaaminen ilmentää hyvin tehokkuusperiaatteen peruslähtökohtia. Suomen kilpailulainsäädännön tavoitteena on osaltaan sen varmistaminen, että markkinat voivat toimia tehokkaasti ja samalla lisätä yhteiskunnallista hyvinvointia. Terveen kilpailun käsitteen alle on esitöissä nimenomaan sijoitettu ajatukset markkinoiden staattisesta ja dynaamisesta suorituskyvystä. Tästä huolimatta kilpailunrajoituslain tavoitesäännös jää sisällöltään varsin yleiseksi. Säännöksen yksittäistapauksellinen täsmentäminen soveltamiskäytännöissä on välttämätöntä.

Tehokkuusperiaatteen oikeudellinen tausta on jossain määrin erilainen EU:n kilpailuoikeudessa ja Suomen kilpailulainsäädännössä. Näistä näkökulmaeroista huolimatta tehokkuusperiaatteen sisällölle voidaan löytää yhteisiä kiinnekohtia kummastakin sääntelystä. Tehokkuusperiaatteen ydin on mahdollista nähdä pitkälti yhteisenä. Tehokkuusperiaatteen määrittelyssä ei kuitenkaan voida pysähtyä vain oikeudellisen kehyksen arviointiin. Oikeudellinen sääntely muodostaa perustan tehokkuusperiaatteen soveltamiselle, mutta se ei yksin tarjoa riittävän tarkkaa tietoa tehokkuusperiaatteen sisällöstä. Tämän vuoksi tehokkuusperiaatteen sisältöä ei voida määrittää pelkästään oikeustieteen keinoin, vaan vastauksia tehokkuusperiaatteen sisältöön liittyviin kysymyksiin on haettava taloustieteestä. Taloustieteen avulla voidaan muodostaa yhteys sääntelykohteeseen ja sen logiikkaan. Samalla voidaan ottaa haltuun sääntelykohteen muutoksesta kumpuavat impulssit.

Oikeudenalojen kantavat periaatteet eivät voi olla muuttumattomia siten, että tultuaan kerran määritellyiksi ne säilyisivät voimassa samansisältöisinä. Päinvastoin kantavien periaatteiden tulee olla herkkiä oikeusjärjestyksen kehityksen lisäksi myös sääntelykohteen ja taloudellisen ajattelun muutoksille. Taloustieteellisen aineksen merkityksen korostaminen ei kuitenkaan tarkoita sitä, että oikeudellinen sääntely muuttuisi asiassa merkityksettömäksi. Taloustieteellisen aineksen on läpäistävä normatiivinen seula.

3.2.3 Sisällöllinen perustelu

Markkinoiden toimintaa voidaan arvioida useasta näkökulmasta. Tehokkuusperiaatteen mukaisessa tarkastelussa korostuvat markkinoiden toiminnan taloudelliset tulokset. Talous jäsennetään yhteiskuntaan hyvinvointia tuottavaksi sektoriksi. Tehokkuusperiaatteen sisällöllinen perustelu liittyy täten hyvinvoinnin lisäämisen yhteiskunnallisena tavoitteena. Hyvinvoinnin lisääminen muodostaa

tehokkuusperiaatteen viimesijaisen perustelun, syväjustifikaation. Kilpailuoikeudellisen sääntelyn tehtävänä on sen varmistaminen, että talous voi toimia tehokkaasti ja tuottaa hyvinvointia.

Tehokkuusperiaatteen mukainen logiikka on laajalti omaksuttu taloustieteellisessä keskustelussa.[165] Taloustieteellinen arviointi perustuu hyvin usein nimenomaan tehokkuus- ja samalla hyvinvointivaikutuksiin. Tutkimuskohdetta peilataan taloudellisten tehokkuusvaikutuksien kannalta. Valittu premissi tuo arviointiin määrätynlaista suoraviivaisuutta, koska tällöin arviointi voidaan kiinnittää yhteen lähtökohtaiseen pisteeseen. Toisaalta on muistettava, että tehokkuuskäsitykset poikkeavat monesti toisistaan. Yksimielisyyden saavuttaminen hyvinvoinnin mittaamisen ja sen toteuttamisen keinoista ei ole useinkaan helppoa. Tältä osin on muistettava taloustieteellisen tutkimuksen yhteys lähtökohtiinsa: tärkeään asemaan nousee se, miten arviointikriteerit on valittu.

Tehokkuusperiaatteen juuret voidaan palauttaa utilitarismiin.[166] Utilitarismille on tyypillistä huomion kiinnittäminen toiminnan seurauksiin. Utilitarismin keskeisiin vaikuttajiin kuuluvan Jeremy Benthamin ajatusten mukaan olennaista on pyrkiä saavuttamaan onnellisuuden mahdollisimman suuri kokonaismäärä.[167] Muut näkökohdat ovat alisteisia tälle päämäärälle ja keinoja sen saavuttamiseen. Uhraukset muiden päämäärien toteuttamiseen ovat tässä katsannossa turhia. Toiminnan hyväksyttävyyden sekä samalla oikean ja väärän kriteerit muodostuvat toiminnan lopputuloksista käsin.[168] Ajattelutapa poikkeaa voimakkaasti traditiosta, jossa painotetaan oikean ja väärän määrittyvän yhteiskunnallisten arvojen avulla. Arvot ovat toiminnan lopputuloksista erillisiä eikä niitä katsota voitavan havainnoida empiirisesti. Moraalin nähdään toisin sanoen olevan lopputuloksista riippumatonta.

---

[165] Ks. tältä osin esim. Motta, s. 30.

[166] Ks. esim. Kirchner, s. 520. Tehokkuusperiaatteen erilaiset muotoilut ovat mahdollisia. Esimerkiksi Posner hyödyntää omassa arvioinnissaan Kaldor-Hicks-tehokkuuden lähelle sijoittuvaa arviointitapaa, jossa korostuvat taloudelliset hyvinvointivaikutukset. Hyvinvointi kytketään onnellisuuden toteuttamiseen. Ks. tarkemmin Posner 1992, s. 15–16.

[167] Ks. tarkemmin Bentham, s. 31. Jeremy Benthamin lisäksi toisena perustavan merkittävänä utilitarismin kehittäjänä voidaan pitää John Stuart Milliä. Ks. Jeremy Benthamin ja John Stuart Millin ajattelun eroista Saastamoinen, s. 131 ja 134. Erot koskivat muun muassa nautintojen luonteen laadullista jäsentämistä ja inhimillisen toiminnan motivaatioperustaa.

[168] Ks. tarkemmin Mill 2000, s. 64–69. Toiminnan vaikutuksia voidaan arvioida eri tavoin. Tekoutilitarismissa olennaisia ovat tekojen seuraukset. Sääntöutilitarismissa puolestaan korostuu sellaisten sääntöjen noudattaminen, joiden vaikutukset tiedetään hyviksi. Utilitaristinen käyttäytyminen ei edellytä jatkuvien punnintojen tekemistä, vaan toimintaa voivat ohjata erilaiset olettamat. Aidot punnintatilanteet tulevat vastaan ns. kiperissä tapauksissa. Ks. tältä osin tarkemmin Saastamoinen, s. 140–143.

Arvosidonnaista tarkastelutapaa edustaa klassisesti esimerkiksi Immanuel Kant.[169] Kant lähtee arvioinnissaan yleistettävyyden vaatimuksesta: toiminnan lähtökohtien tulee olla sellaisia, että kaikki rationaaliset toimijat voivat hyväksyä ne toiminnan sääntelemisen perustaksi. Yhteiskunnallisten kysymysten tarkastelussa voidaan tällöin hyödyntää muun muassa yhteiskuntasopimukseen perustuvaa ajattelua.[170]

Utilitarismissa toiminnan päämääränä oleva onnellisuus on vakiintuneesti määritelty nautinnoksi tai tuskan puuttumiseksi (tai kääntäen epäonnellisuus / onnettomuus tuskaksi ja nautinnon puuttumiseksi).[171] Utilitaristisessa ajattelussa hyvinvoinnin sisältöä ei ole lähtökohtaisesti erikseen rajattu. Taloustieteellisessä ajattelussa on luontevaa keskittyminen taloudelliseen hyvinvointiin, vaikka utilitarismin perustavien ajatusten mukaan rajausta ei olisi välttämätöntä tehdä näin. Tehokkuusperiaatteen kannalta merkityksellistä on markkinoiden toimintaan liittyvä taloudellinen hyvinvointi.[172]

Utilitarismiin perustuvassa tarkastelussa kilpailu näyttäytyy nimenomaan keinona hyvinvoinnin lisäämiseksi eikä kilpailua jäsennetä itsenäiseksi päämääräksi.[173] Kilpailun toimivuutta arvioidaan sen taloudellisten hyvinvointivaikutusten avulla. Kilpailuoikeudellista sääntelyä on tarvetta soveltaa silloin, kun markkinat eivät täytä tehtäväänsä yhteiskunnallisen hyvinvoinnin tuottajana asianmukaisesti. Yksilön asema on utilitaristisessa tarkastelussa kokonaisuudelle alisteinen. Yksilö nähdään oman etunsa tavoittelijaksi, jonka toiminnan motiivina on henkilökohtaisen hyödyn hankkiminen.[174] Yksilö edistää omaa etuaan ja samalla hyödyttää markkinamekanismin kautta koko yhteiskuntaa: oman edun tavoittelu kanavoituu yhteiseksi hyväksi. Koska olennaisia ovat hyvinvoinnin kokonaisvaikutukset, on utilitarismin peruslähtökohtien mukaan mahdollista puuttua yksilön asemaan ja huonontaa sitä, mikäli yhteiskunnan kokonaisetu sitä vaatii. Yksilöä tarkastellaan kokonaisuuden osana.[175]

---

[169] Ks. tarkemmin Kant, s. 65.

[170] Tähän ajattelutapaan palataan jatkossa vapausperiaatteen arvioinnin yhteydessä. Ks. Kantin ajattelusta tarkemmin Kant, s. 79–87.

[171] Ks. tarkemmin Mill 2000, s. 17, ja Bentham, s. 31.

[172] Ks. myös Kuoppamäki 2003, s. 35.

[173] Ks. esim. Posner 1992, s. 3, ja Schaub, s. 123–125.

[174] Näkemys korostuu erityisesti Jeremy Benthamin ajattelussa. Olettamuksen realistisuudesta voidaan esittää erilaisia näkemyksiä. On mahdollista ajatella, että yksilön toiminta voisi perustua oman edun tavoittelun lisäksi esimerkiksi omatuntoon tai velvollisuudentuntoon. Ks. tältä osin Mill 2000, s. 114–119.

[175] Toisaalta on mahdollista tarkastella yksilön asemaan puuttumisen vaikutuksia yhteiskunnan kokonaishyvinvointiin pitkällä aikajänteellä. Tässä katsannossa voidaan konstruoida utilitarismin peruslähtökohdista rajoitteita yksilöiden asemiin puuttumiselle. Ks. tarkemmin Saastamoinen, s. 147.

Tehokkuusperiaatteen kannalta utilitaristinen arviointi antaa ajatuksellisen kehikon hyvinvointivaikutusten jäsentämiseen. On kuitenkin muistettava, että oikeudellisessa viitekehyksessä yksilöiden oikeusasemia ei voida sulkea tarkastelun ulkopuolelle. Oikeusjärjestyksessä suojataan nimenomaisesti yksilöiden oikeusasemia. Seurauksena on tasapainoilu tehokkuusperiaatteen ytimeen kuuluvan hyvinvoinnin lisäämistavoitteen ja yksilöiden oikeusasemien suojaamisen välillä. Asetelman purkamiseksi tarvitaan kilpailuoikeuden kantavien periaatteiden keskinäistä sekä oikeusjärjestyksen muiden osien välistä punnintaa.

Taloustieteellisessä ajattelussa korostuu hyvin usein pyrkimys tarkastella yksinomaan hyvinvoinnin kokonaismäärää.[176] Utilitaristisen taustan mukaisesti merkityksellisenä kysymyksenä pidetään vain järjestelyn vaikutuksia hyvinvoinnin kokonaismäärään. Hyvinvoinnin jakautumista koskevat kysymykset sivuutetaan. Valinta on jo sinällään arvopohjainen eikä vain taloustieteen omaan traditioon kytkeytyvä tekninen kysymys. Valintaa on perusteltu muun ohella sillä, että hyvinvoinnin jakautumisen määrittäminen johtaa yhteiskunnallisiin arvovalintoihin, joiden käsittelyyn taloustieteessä on rajallisesti välineitä.[177] Taloustieteellisesti on mahdollista sanoa ainoastaan, millaisia hyvinvointivaikutuksia arvovalinnoilla eri tilanteissa on.[178] Markkinoiden toimintaa koskevissa tutkimuksissa keskittymistä hyvinvoinnin kokonaismäärän tarkasteluun on perusteltu myös sillä, että kilpailuoikeutta parempia välineitä hyvinvoinnin jakamiseen sisältyy muun muassa vero-oikeuteen.[179]

Hyvinvoinnin jakautumista koskevia kysymyksiä ei ole mahdollista sivuuttaa oikeudellisessa arvioinnissa. Tämä liittyy jo sinällään kilpailuoikeuteen yhteiskunnallisen sääntelyn muotona. Lisäksi kilpailulainsäädännössä on yksittäisten säännösten tasolla otettu kantaa hyvinvoinnin jakokysymyksiin. Hyvinvoinnin jakaantumista voidaan jäsentää ainakin kahdessa ulottuvuudessa. Tarkastelussa voidaan kiinnittää huomio vaihtoehtoisesti joko hyvinvoinnin kokonaismäärään tai kuluttajien saamaan hyvinvointiin. Kysymys markkinoiden tuottaman hyvinvoinnin jakamisesta ei ole monessakaan suhteessa yksinkertainen. Kilpailuoikeudessa on vakiintuneesti lähdetty siitä, että markkinoiden toiminnan hyvinvointivaikutusten tulisi kanavoitua kuluttajille eikä pelkkä hyvinvoinnin koko-

[176] Tämä näkökulma on esillä erityisesti neoklassisessa taloustieteessä. Ks. tarkemmin esim. Posner 2001a, s. 2.
[177] Ks. tältä osin esim. Tirole, s. 12, Bork, s. 111–112, Posner 2001a, s. 24, ja Hovenkamp 1999, s. 62.
[178] Posner 1992, s. 14 ja 27.
[179] Ks. tarkemmin myös Motta, s. 29–30.

naismäärän lisäys riitä. Iskulauseenomaisesti asia on ilmaistu siten, että kuluttaja on kilpailuoikeuden päämies.[180]

Esitettyä näkemystä voidaan perustella lainsäädännössä tehdyillä ratkaisuilla. Kilpailunrajoituslain 1.2 §:n mukaan lain soveltamisessa on erityisesti otettava huomioon kuluttajien etu. Kartellikiellosta poikkeamista koskevissa EUT-sopimuksen 101(3) artiklassa ja kilpailunrajoituslain 5 §:ssä edellytetään, että kuluttajien on saatava kohtuullinen osa järjestelystä seuraavasta hyödystä.[181] Hyöty ei toisin sanoen saa jäädä vain järjestelyn osapuolille, vaan hyvinvointivertailun saldon on muodostuttava kuluttajille positiiviseksi.[182] Kuluttajille on toisin sanoen oltava järjestelystä enemmän hyötyä kuin haittaa. Yhteiskunnallinen valinta on tehty oikeudellisen sääntelyn asettamisvaiheessa. Tätä taustaa vasten on ilmeistä, että kilpailuoikeudellisen sääntelyn tehtävänä on lähtökohtaisesti varmistaa kuluttajille mahdollisuus hyötyä markkinoiden toiminnasta seuraavasta hyvinvoinnista.

Kuluttajien aseman käytännön merkitystä joudutaan pohtimaan eri soveltamistilanteissa. Hyvinvoinnin jakautumisen arviointiin ei ole olemassa mitään yksiselitteistä sääntöä. Soveltamistilanteissa voidaan joutua esimerkiksi punnitsemaan kuluttajien maksaman hintatason ja tuottajia innovaatioihin kannustavien voittomahdollisuuksien välistä suhdetta.[183] Olennaista on tällöin välttää arvioinnin pistemäisyyttä; arvioinnissa on otettava huomioon markkinoiden dyna-

---

[180] Tässä yhteydessä palataan kysymykseen kuluttajakäsitteen sisällöstä. Kuoppamäki on lähtenyt kotimaisen markkinaoikeudellisen käsitteistön perusteella siitä, että kuluttajalla tarkoitettaisiin kuluttajansuojalain mukaisesti luonnollista henkilöä, joka hankkii hyödykkeitä pääasiassa muuhun tarkoitukseen kuin harjoittamaansa elinkeinotoimintaa varten. Ks. argumentaatiosta tarkemmin Kuoppamäki 2003, s. 67–70. Toisaalta on muistettava, että markkinoiden toiminnasta hyötyvät kuluttajien lisäksi suoraan myös muut tahot, kuten erilaiset elinkeinonharjoittajat. EU:n kilpailuoikeudessa kuluttajakäsitteen alle on otettu myös erilaiset toiminnan vaikutusalaan kuuluvat elinkeinonharjoittajat. Ks. EUT-sopimuksen 101(3) artiklan tulkinnasta esim. Hildebrand 2002b, s. 245–246. On ilmeistä, että kuluttajansuojalaissa tarkoitettujen kuluttajien lisäksi myös muiden toimijoiden saamat hyvinvointilisäykset on otettava arvioinnissa huomioon. Kuoppamäen suorittama rajaus on kuitenkin siinä mielessä perusteltu, että kilpailunrajoituksen osapuolten saaman hyödyn ei tule vääristää tehokkuusvaikutusten arviointia. Näiden osapuolten saamalla tehokkuuden lisäyksellä ei voida yksinomaan perustella kilpailunrajoituksen hyväksyttävyyttä. Lisäksi kuluttajakäsitteen määrittelyyn vaikuttaa valittu tarkastelutaso: oikeushenkilöinä toimivien elinkeinonharjoittajien taustalta voidaan löytää yksilöitä, jotka omistajina ohjaavat elinkeinotoiminnan pyörittämistä ja joihin elinkeinon harjoittamisen vaikutukset viime kädessä kohdistuvat.

[181] Ks. poikkeamissäännöksestä tarkemmin luku IV.2.4.

[182] Kuluttajien asemaa kilpailuoikeuden soveltamisessa on lisäksi korostettu oikeuskirjallisuudessa. Ks. esim. Kuoppamäki 2003, s. 50–55. Ks. eurooppalaisesta keskustelusta esim. Hildebrand 2002b, s. 168–169.

[183] Ks. tältä osin Motta, s. 18–22, joka päätyy kannattamaan hyvinvoinnin kokonaismäärän ottamista arviointimittariksi, koska näin varmistetaan kannustimien säilyminen yritysten innovointiin. Lisäksi laajan kuluttajajoukon nähdään hyötyvän osakkeenomistuksen tai muiden sijoitusten kautta yritysten tuottavasta toiminnasta.

miikka.[184] Tämä merkitsee muun muassa hyvinvointivaikutusten ajallisen ulottuvuuden ja eri markkinoiden välisten yhteyksien tunnistamista. Lisäksi on kyettävä vertaamaan tehokkuuden eri muotoja keskenään.

Seuraavassa siirrytään arvioimaan tehokkuusperiaatteen sisällöllisiä yksityiskohtia. Arviointi on luontevaa suorittaa tehokkuuden eri muotojen avulla. Tehokkuusperiaatteen voidaan katsoa jakautuvan allokatiivisen, tuotannollisen ja dynaamisen tehokkuuden osa-alueisiin. Kunkin osa-alueen kautta välittyy jonkin verran toisistaan poikkeava näkymä tehokkuusperiaatteeseen. Tehokkuusperiaatetta ei voidakaan jäsentää monoliittiseksi yksiköksi vaan erilaisista osista koostuvaksi kokonaisuudeksi. Jaottelu mahdollistaa tehokkuusperiaatteen systemaattisen tarkastelun.

3.2.3.1 Allokatiivinen tehokkuus

Kilpailu ohjaa markkinoiden toimintaa ja samalla taloudellista päätöksentekoa. Yksi keskeinen ohjauksen muoto koskee resurssien kohdentumista yhteiskunnassa. Markkinamekanismin kautta välittyy tieto siitä, mitä hyödykkeitä ja millaisia määriä on taloudellisesti järkevää tuottaa. Markkinatalouden perusideoihin kuuluu osaltaan se, että hyödykkeet voidaan siirtää niitä eniten arvostaville.[185] Näin voidaan pyrkiä varmistamaan resurssien optimaalinen kohdentuminen yhteiskunnassa.

Allokatiivisen tehokkuuden toteutumista voidaan kuvata erilaisten mallien avulla. Pareto-optimilla tarkoitetaan tilannetta, jossa resurssien kohdentumista ei voida muuttaa ilman, että jonkun tahon asema heikkenee.[186] Pareto-optimi on määritelmänsä mukaisesti hyvin yleinen ja lähtökohtiinsa sidottu, mutta se avaa yhden mahdollisen näkökulman allokatiiviseen tehokkuuteen.[187]

Pareto-tehokkuudelle rinnakkaisena allokatiivisen tehokkuuden arviointitapana on pidetty Kaldor-Hicks-tehokkuutta. Resurssien jakautumista voidaan Kaldor-Hicks-mallin mukaan muuttaa, jos muutoksesta seuraava haitta on kompensoitavissa muutoksesta kärsineille tahoille.[188] Yksilön asemaan voidaan siten

---

[184] Kysymys on taloustieteellisesti kiistanalainen ja liittyy valittuun tarkastelukulmaan. Eri oikeusjärjestyksissä on voitu päätyä tältä osin toisistaan poikkeaviin lopputuloksiin.

[185] Asetelmaa kuvaa Coasen teoreema, jonka mukaan hyödykkeet siirtyvät niitä eniten arvostaville, mikäli transaktiokustannuksia ei ole olemassa. Teoreema on sidottu lähtökohtiinsa, mutta se kuvaa perustavalla tasolla markkinoiden toiminnan logiikkaa. Ks. Coasen teoreemasta tarkemmin Cooter – Ulen, s. 85–91. Ks. myös Posner 1992, s. 10–11.

[186] Ks. Motta, s. 43, ja Cooter – Ulen, s. 16–17.

[187] Pareto-tehokkuuden osalta on huomattava, että useiden tasapainotilojen saavuttaminen on mahdollista. Eri tasapainotilojen väliseen valintaan liittyy haasteita. On mahdollista esim. edellyttää, että valinta perustuu toimijoiden väliseen konsensukseen.

[188] Ks. tarkemmin esim. Posner 1992, s. 13–17 ja 29.

puuttua, mikäli kokonaishyvinvointi lisääntyy ja samalla kompensaatio on mahdollinen. Kaldor-Hicks-tehokkuuden akilleen kantapää on kompensaation toteuttaminen: kompensaatiota ei ehdottomasti vaadita, mutta sen tulee olla periaatteessa mahdollista. Tällöin yksilön asemaan liittyvät seikat otetaan vain rajallisesti huomioon. Erityisesti kompensaation toteuttamiseen liittyvien syiden vuoksi Kaldor-Hicks-tehokkuuden merkitykseen oikeudellisessa viitekehyksessä on suhtauduttu varauksellisesti ja on painotettu Pareto-tehokkuuden ensisijaisuutta.[189]

Allokatiivinen tehokkuus kuvaa resurssien kohdentumista yhteiskunnassa. Allokatiivisen tehokkuuden sisältöä on hahmotettu vertaamalla täydellisen kilpailun tilannetta monopoliin.[190] Täydellisen kilpailun vallitessa hintataso asettuu vastaamaan marginaalikustannuksia. Toisin sanoen hyödykkeen hinta on samansuuruinen kuin hyödykkeen tuottamisen rajakustannukset.[191] Monopolitilanteessa syntyvää allokatiivista tehokkuustappiota on kuvattu englanninkielisellä termillä dead weight loss.[192] Allokatiivisen tehokkuustappion taustalla on monopolihinnoittelu: monopoliyritys vähentää hyödykkeen tarjontaa pyrkien näin nostamaan hyödykkeen hintaa kilpailtua hintatasoa korkeammaksi. Hinnan nousemista seuraa kysynnän lasku: kuluttajat hankkivat hyödykettä joko vähemmän tai siirtyvät kokonaan toisten hyödykkeiden käyttäjiksi. Kysyntä suuntautuu tällöin epäoptimaalisesti, ja kuluttajien preferenssit toteutuvat vaillinaisesti. Kyse on varsinaisesta allokatiivisesta tehokkuustappiosta. Monopoli antaa vääriä kannustimia tuotannon suuntaamiseen.[193]

Taloustieteellisessä ajattelussa korostuu hyvinvoinnin määrän kokonaisvaltainen tarkastelu. Allokatiiviseksi tehokkuustappioksi ei lasketa monopolihinnoittelusta seuraava tulonsiirtoa kuluttajilta monopoliyritykselle, koska kuluttajien hyvinvointitappiota vastaa monopoliyrityksen hyvinvointilisäys. Dead weight loss edustaa sellaista hyvinvointitappiota, joka ei korvaudu vastaavalla hyvinvointilisäyksellä; yhteiskunta kärsii absoluuttisen hyvinvointitappion. Taloustieteellinen tarkastelu menee tältä osin premissiensä taakse: ensisijaisena kysymyksenä ei näyttäydy hyvinvoinnin jakautuminen kuluttajan ja monopoliyrityksen välillä vaan hyvinvoinnin väheneminen yhteiskunnassa. Oikeudellisessa viitekehyksessä edellä mainittua näkökulmaa ei kuitenkaan voida pitää sellaisenaan

---

[189] Ks. tarkemmin Kuoppamäki 2003, s. 34–35. Ks. vastakkaisesta taloustieteellisestä argumentoinnista Posner 1992, s. 14.
[190] Ks. esim. Posner 2001a, s. 9.
[191] Ks. tarkemmin esim. Hildebrand 2002b, s. 174, ja Lipczynski – Wilson – Goddard, s. 58.
[192] Ks. esim. Scherer – Ross, s. 661, Tirole, s. 67, Hovenkamp 1999, s. 19–20, ja Posner 1992, s. 278.
[193] Ks. myös Posner 2001a, s. 12.

riittävänä. Lainsäädännön keinoin pyritään osaltaan vaikuttamaan myös hyvinvoinnin jakautumiseen yhteiskunnassa.

Allokatiivisen tehokkuuden painotus on ollut erityisen voimakas neoklassisessa taloustieteessä ja kilpailupoliittisesti juuri Harvardin koulukunnan piirissä. Ajatusmallin taustalta voidaan löytää erityisesti pyrkimys kuluttajien aseman suojaamiseen. Kuluttajat hyötyvät näkemyksen mukaan markkinoiden tehokkaasta toiminnasta ennen muuta hintatason lähestyessä marginaalikustannuksia.[194]

Esimerkkinä chicagolaisesta ajattelutavasta voidaan mainita suhtautuminen hintadiskriminaatioon.[195] Hintadiskriminointia pidetään yhteiskunnallisesti suotavana, mikäli sen seurauksena on hyödykkeiden määrän lisääntyminen markkinoilla.[196] Asetelma on tällainen erityisesti ensimmäisen asteen hintadiskriminoinnin osalta: myyjä kykenee määrittämään hinnan yksilöllisesti jokaisen asiakkaan kohdalla, jolloin viimeisen valmistetun hyödykkeen hinta vastaa marginaalikustannuksia. Seurauksena on myyjän voittotason nouseminen verrattuna yhtenäiseen (monopoli)hinnoitteluun. Monopoliyritys pystyy siirtämän koko kuluttajan ylijäämän itselleen, jolloin dead weight lossin kaltaista hyvinvointitappiota ei pääse syntymään. Mikäli arviointi kiinnittyy hyvinvoinnin kokonaismäärään, rajautuvat tulonjakovaikutukset arvioinnin ulkopuolelle.

Käytännön haasteena ensimmäisen asteen hintadiskriminoinnissa on sen toteuttamiseen vaadittavan tietomäärän hallitseminen. Se rajoittaa ensimmäisen asteen hintadiskriminoinnin tosiasiallista merkitystä. Kolmannen asteen hintadiskriminointi sitä vastoin on käytännössä toteutettavissa; sitä edustavat muun muassa erilaiset opiskelija- ja eläkeläisalennukset. Kolmannen asteen hintadiskriminoinnin tehokkuusvaikutuksia on mahdollista tarkastella eri tavoin. Vaikutukset voivat olla positiivisia korkean hintajouston omaaville toimijoille, kun taas matalan hintajouston toimijat eivät hyödy hintadiskriminoinnista.[197] Allokatiivisen tehokkuuden kannalta olennaista vaikutusta hyvinvoinnin kokonaismäärään on kuitenkin pidetty joissakin yhteyksissä tältä osin vaikeasti arvioitavana.[198]

Kolmannen asteen hintadiskriminaation arvioinnissa on otettava huomioon preferenssien jakautumisen erilaiset perusteet. Hyödykkeiden arvostamiseen yksilötasolla

---

[194] Ks. tältä osin esim. Posner 2001a, s. 12.

[195] Hintadiskriminointi on vakiintuneesti jaettu kolmeen osaan. Ensimmäisen asteen hintadiskriminaatiolla viitataan tilanteeseen, jossa myyjä kykenee hinnoittelemaan tuotteensa ostajien yksilöllisen ominaisuuksien (kysyntä, ostomäärä) mukaisesti. Tämä edellyttää lähtökohtaisesti täydellistä tietämystä ostajien preferensseistä. Toisen asteen hintadiskriminaatiossa hyödykkeen hinta määräytyy ostovolyymin tai muiden tämänkaltaisten seikkojen mukaisesti. Kolmannen asteen hintadiskriminaatio perustuu asiakkaiden ryhmäkohtaiseen luokitteluun. Luokittelukriteereinä voivat toimia muun muassa ikä tai varallisuustaso. Ks. hintadiskriminoinnin jaottelusta tarkemmin esim. Tirole, s. 135, ja Lipczynski – Wilson – Goddard, s. 358.

[196] Ks. esim. Bork, s. 398. Ajatus hintadiskriminoinnin myönteisestä vaikutuksesta ei ole uusi ja se on saanut kannatusta myös chicagolaisia tutkijoita laajemminkin. Ks. esim. Tirole, s. 138.

[197] Ks. esim. Tirole, s. 137–138.

[198] Ks. tarkemmin Lipczynski – Wilson – Goddard, s. 628.

voi vaikuttaa hyödykkeen teknisten ja sosiaalisten ominaisuuksien lisäksi sen hinta. Kolmannen asteen hintadiskriminaation kohteina olevat henkilöt arvostavat tyypillisesti hyödykettä korkeammalle kuin heidän ostokäyttäytymisensä osoittaa, koska näiden henkilöiden taloudelliset mahdollisuudet hyödykkeen hankkimiseen ovat usein rajoitetut. Kolmannen asteen hintadiskriminaation salliminen parantaa osaltaan asiakkaiden kulutusmahdollisuuksia ja vaikuttaa samalla tulonjaon toteutumiseen yhteiskunnassa. Kolmannen asteen hintadiskriminaation sallimista voidaan siten perustella välittömien kokonaisvaltaisten hyvinvointivaikutusten lisäksi myös yksilötason näkökohdilla.

Monopolista saattaa seurata allokatiivisen tehokkuustappion (dead weight loss) lisäksi muita tehokkuustappioita. Kilpailunrajoituksen toteuttaminen ja ylläpitäminen edellyttävät usein sellaisia investointeja, joita ei muuten suoritettaisi.[199] Investointien kannustimina ovat kilpailunrajoituksesta seuraavat ylisuuret voitot. Yhteiskunnan kannalta investoinnit eivät tällöin kohdennu optimaalisesti. Kannustimet investointien suorittamiseen ovat väärät; investointien tarkoituksena ei ole tehokkuuden lisääminen. Tyypillisesti tällaisia investointeja liittyy esimerkiksi ylikapasiteetin luomiseen, jolloin pyrkimyksenä on saada markkinoille tuleminen näyttämään potentiaalisille kilpailijoille kannattamattomaksi.[200] Monopoli voi johtaa myös dynaamisen tehokkuuden heikkenemiseen. Dynaamiset tehokkuustappiot liittyvät tyypillisesti menetettyihin investointeihin.[201] Kyse voi olla esimerkiksi kilpailevaa tuotantoteknologiaa omaavan yrityksen sulkeutumisesta markkinoiden ulkopuolelle tai innovatiivisen toiminnan muusta hidastumisesta.

Allokatiivisen tehokkuuden merkitystä painottavaa lähestymistapaa on mahdollista tarkastella joiltakin osin kriittisesti. Pitäytyminen vain yhteen tehokkuuden muotoon johtaa tarkastelun kapea-alaisuuteen. Tärkeitä tehokkuuden ulottuvuuksia saattaa jäädä huomioimatta. Erityisenä vaarana on tarkastelun staattisuus. Tarkastelu muuttuu helposti pistemäiseksi, vallitseviin olosuhteisiin kiinnittyväksi havainnoinniksi. Talouden dynamiikka lipuu huomaamatta arviointimittareiden ulkopuolelle. Tähän ei taloustieteellisessä arvioinnissa ole useinkaan varaa. Tarkastelu edellyttää edellä mainittua kokonaisvaltaisempaa näkemystä. Tehokkuuden eri muodot on kyettävä yhdistämään analyysiin.

---

[199] Ks. esim. Tirole, s. 76–78, ja Motta, s. 44–45.

[200] Asetelman kääntöpuolena voidaan pitää kilpailijoiden tekemiä investointeja, jotka käyvät monopolin vuoksi tyhjiksi. Kilpailunrajoituksen seuraukset on tältä osin erotettava siitä riskistä, joka markkinataloudessa liittyy aina investointien valumisesta hukkaan. Monopolitilanteessa kilpailijan investointien hyödyttömäksi käyminen ei ole seurausta tehokkuutta lisäävästä vaan päinvastoin sitä vähentävästä toiminnasta. Ks. tältä osin Hovenkamp 1999, s. 23–26.

[201] Ks. esim. Hovenkamp 1999, s. 20–23.

3.2.3.2 Tuotannollinen tehokkuus

Markkinoiden toiminta vaikuttaa hyödykkeiden tuotannon järjestämiseen. Toimijat ovat markkinoilla keskenään vuorovaikutussuhteessa. Tuotannon tehokas järjestäminen luo toimijalle kilpailuedun. Mikäli kilpailunesteitä ei ole olemassa, toimija kykenee tuotantoaan tehostamalla tarjoamaan hyödykkeitä kuluttajille entistä edullisemmin ja samalla nostamaan myyntiään. Vastaavasti kilpailijat menettävät ainakin jollakin aikajänteellä asiakkaita ja joutuvat viime kädessä poistumaan markkinoilta, jos ne eivät pysty tehostamaan omaa tuotantoaan ja samalla laskemaan hintojaan.

Tuotannollinen tehokkuus kuvaa toimijan kykyä käyttää tunnettuja tuotantomahdollisuuksia tehokkaasti. Siihen voidaan katsoa liittyvän kaksi puolta.[202] Toimijan on ensinnäkin kyettävä valitsemaan käyttämänsä tekniikka tai tuotantotapa asianmukaisesti. Tuotannollisen tehokkuuden edellytys on toimijan oman tuotantotavan tehokkuuden ylläpitäminen ja tällä tavoin kehityksen seuraaminen. Toiseksi valittua teknologiaa on pystyttävä käyttämään tehokkaasti. Olemassa olevat resurssit on otettava mahdollisimman tehokkaasti käyttöön. Tuotannollisen tehokkuuden perustana voi olla esimerkiksi johtamiseen ja laadunvalvontaan liittyvä osaaminen.

Tuotannollisen tehokkuuden kannustimena on markkinoiden toiminnasta seuraava kilpailupaine. Yksittäisellä toimijalla ei ole varaa järjestää tuotantoaan tehottomasti, koska kilpailijoiden toiminnan seurauksena hän joutuu tehottomasti toimiessaan viime kädessä poistumaan markkinoilta. Monopoliyrityksen tai muuten markkinavoimaa omaavan yrityksen kohdalla tilanne on toinen. Monopoliyritys on suojassa kilpailupaineelta; sen asema markkinoilla on lähtökohtaisesti vakaa. Kilpailupaineen puuttumisen vaikutuksia tuotantotoiminnan järjestämiseen on kuvattu X-tehottomuuden käsitteellä.[203] Toimijan aseman vakaudesta seuraa tuotantotoiminnan tehokkuuden laskeminen, koska kannustimet toiminnan tehokkaaseen järjestämiseen puuttuvat tai ovat vaillinaiset.[204] Tämä voi ilmetä muun muassa kulujen nousemisena. Yritys toimii kilpailtua markkinatilannetta tehottomammin.[205] X-tehottomuutta voidaankin pitää keskeisenä mono-

---

[202] Ks. tarkemmin Lipczynski – Wilson – Goddard, s. 58–59.
[203] Ks. esim. Scherer – Ross, s. 28 ja 606, Tirole, s. 75, ja Hovenkamp 1999, s. 23.
[204] Ks. myös Posner 2001a, s. 18.
[205] Asetelma on taloustieteellisesti kiistelty. On mahdollista ajatella, että pyrkimys omien voittojen maksimointiin edellyttää kulurakenteen pitämistä hallinnassa ja muodostaa kannustimen toimia tehokkaasti. Vastaavasti markkinoille tulon esteiden rajallisuus vaikuttaa yrityksen kannustimiin toimia tehokkaasti. Näkökulma on ollut esillä erityisesti chicagolaisessa ajattelussa. Ks. tältä osin esim. Hildebrand 2002b, s. 144–146.

polista seuraavana hyvinvointitappion muotona. Monopoliyrityksen tehoton toiminta siirtyy viime kädessä asiakkaiden maksettavaksi.

3.2.3.3 Dynaaminen tehokkuus

Dynaamisella tehokkuudella on vakiintuneesti tarkoitettu kehitystä kohti uusia, kuluttajien tarpeita aiempaa paremmin palvelevia hyödykkeitä tai tuotantoprosesseja.[206] Dynaaminen tehokkuus liittyy siten kiinteästi talouden kykyyn luoda uutta ja samalla uudistua. Kun allokatiivisessa tehokkuustarkastelussa kiinnittyy huomio toiminnan optimaaliseen tehokkuuteen olemassa olevissa puitteissa, dynaamisen tehokkuuden osalta katseet suunnataan kohti uusia kehityskulkuja tai -tiloja markkinoilla. Arviointitavat poikkeavat merkittävästi toisistaan.

Dynaamisen tehokkuuden keskeisenä lähteenä voidaan pitää innovaatioita. Tarkastelussa korostuu talouden syklinen luonne. Innovaatiot järkyttävät markkinoilla vallitsevaa tasapainotilaa. Innovaatiot seuraavat toisiaan; uusien innovaatioiden aalto syrjäyttää aiemmat innovaatiot. Taloutta ei arvioida stabiilina tilana, vaan olennaista on talouden kehityksen syklisyys. Näkökulma korostuu erityisesti Joseph Schumpeterin luovan tuhon teoriassa.[207] Uudet innovaatiot ovat aiempien innovaatioiden tuhon lähde. Talouden dynamiikan katsotaan etenevän pyrähdyksittäin. Ajatusmalli ei ole riidaton. Keskustelua voidaan käydä talouden kehityksen luonteesta: on osittain kiistanalaista, etenevätkö innovaatiot, kuten Schumpeter esittää, voimakkaina aiemmat kehitysvaiheet alleen jättävinä ryöppyinä vai voiko taloudellisen kehityksen muutos olla asteittaista.

Dynaamisen tehokkuusarvioinnin keskiössä ovat yksittäiset toimijat.[208] Innovatiivisuuden voidaan katsoa usein lähtevän yksittäisistä toimijoista ja niiden välisestä yhteistyöstä. Toimijat pyrkivät saavuttamaan kilpailuetuja uusia hyödykkeitä ja toimintatapoja kehittämällä ja näin parantamaan asemaansa markkinoilla. Innovaatiot ja niihin liittyvä dynaaminen tehokkuus eivät synny tyhjästä. Toimijalla on oltava resursseja tutkimus- ja kehitystoiminnan harjoittamiseen.[209] Toisaalta pelkkä resurssien olemassaolo ei ole riittävää, mikäli toimijalta puuttuvat kannustimet resurssien käyttämiseen.[210]

---

[206] Ks. tarkemmin esim. Motta, s. 55.
[207] Ks. tarkemmin Schumpeter, s. 82–84.
[208] Ks. esim. Lipczynski – Wilson – Goddard, s. 257–258.
[209] Näkökulma on taloustieteellisesti kiistanalainen. Vastakkaiseen suuntaan puhuvat yhdeltä osin havainnot ruohonjuuritasolta, yhden henkilön oivalluksista lähteneistä innovaatioista. Toisaalta nykyisin innovaatioiden saavuttaminen edellyttää monesti useiden yritysten välistä yhteistoimintaa. Yksittäisellä yrityksellä ei useinkaan ole käytettävissään riittäviä resursseja innovaatioiden toteuttamiseksi, vaan tarvitaan yritysten välistä verkostomaista yhteistyötä.
[210] Ks. tarkemmin Lipczynski – Wilson – Goddard, s. 540–542. Ks. myös Katz – Shapiro, s. 35.

Taloustieteen kannalta mielenkiintoinen kysymys koskee keskittymisasteen ja dynaamisen tehokkuuden välistä suhdetta. Kysymykseen ei ole yksiselitteistä vastausta, vaan esitetty argumentaatio on kiinnittynyt voimakkaasti kulloisiinkin lähtökohtaisiin olettamiin.[211] Samaa innovaatioiden syntymisasetelmaa voidaan lähestyä kysymällä, tulisiko yksittäisille toimijoille antaa suojaa, jotta innovaatioiden syntymisen olisi jatkossa mahdollista.[212] Ajatus liittyy siihen, että monien potentiaalisten toimintamallien kehitys vie usein aikaa. Näkemys on ollut esillä uudessa kasvuteoriassa.[213] Ajatus yksilöiden suojaamisesta voidaan ulottaa koskemaan kilpailunrajoituksesta seuraavien vahinkojen oikeudellista arviointia. Jos oikeudellista suojaa annetaan kilpailunrajoituksen seurauksena turhiksi käyneille investoinneille esimerkiksi vahingonkorvausoikeuden keinoin, voidaan samalla luoda kannustimia uusien innovaatioiden tekemiselle.[214] Asetelmaan liittyy eri ulottuvuuksia, mutta sen tarkasteleminen myös dynaamisen tehokkuuden kannalta on perusteltua.[215]

Innovaatioiden merkitys on korostunut erityisesti uuden talouden alueella.[216] Uutta taloutta ei tule nähdä omana erillisenä saarekkeenaan, vaan siellä ilmeneviä kehityskulkuja voidaan hyödyntää talouden muutossuuntausten hahmottamisessa. Dynaamisen tehokkuuden ja samalla tehokkuusperiaatteen kannalta keskeisenä piirteenä voidaan pitää dynaamisen tehokkuuden aiempaa voimakkaam-

---

[211] Lähestymistapojen erilaisuus kulminoituu toisistaan poikkeaviin käsityksiin innovaatioiden kannustimista. Ks. asetelmasta myös Motta, s. 56–58, ja O'Donoghue – Padilla, s. 607–608. Asetelmaa voidaan lähestyä ainakin kahdesta rinnakkaisesta suunnasta. Esimerkiksi Schumpeterin tuotannossa voidaan havaita kaksi vaihetta kysymyksen arvioinnissa. Schumpeterin aiemmassa analyysissä korostui uusien yritysten merkitys innovaattoreina. Uudet yritykset haastavat innovaatioiden avulla markkinoilla olevat toimijat ja vallitsevan markkinatilanteen. Myöhemmin Schumpeter korosti olemassa olevien resurssien merkitystä innovaatioiden kannalta. Ks. Martin, s. 451–452.

[212] Näkökulma on ollut esillä erityisesti uusitävaltalaisessa taloustieteessä, jossa on painotettu kilpailun prosessiluonnetta ja siihen liittyvää uuden tietämyksen hankkimisen merkitystä markkinoiden toiminnan kannalta. Ks. esim. Hayek 1948, s. 93–94.

[213] On mahdollista puhua ns. käänteisen U-käyrän hypoteesista, jonka mukaan kilpailun kiristyminen lisää innovointia ainakin tiettyyn rajaan saakka. Kun teknologinen tietämys jakautuu tasaisesti, kiristyvä kilpailu kannustaa innovointiin. Innovointi on vahva keino menestyä markkinoilla. Toisaalta teknologiaerojen ollessa suuria kilpailun kiristyminen voi johtaa innovointiasteen laskuun; takaa-ajajina olevat yritykset voivat arkailla innovoinnissa, koska ne katsovat menestymismahdollisuuksiensa olevan rajalliset. Ks. tarkemmin Kilponen – Santavirta, s. 68–72.

[214] Ajatuksena on innovaatioinvestointeihin liittyvien perusteltujen odotusten suojaaminen ex ante -näkökulmasta. Sääntelyn tarkoituksena ei ole muodostaa pidäkkeitä sille, että investoinnit voivat käydä tyhjiksi markkinakilpailun seurauksena. Sääntelyllä voidaan sitä vastoin luoda kannustimia innovointiin pienentämällä riskiä siitä, että innovoinnit voisivat muuttua turhiksi lainvastaisen ja tehokkuutta alentavan toiminnan seurauksena. Ks. tarkemmin Hovenkamp 1999, s. 23–26.

[215] Ks. myös asia T-201/04 Microsoft v. komissio, (2007) ECR II 3610, k. 1151–1152.

[216] Uuden talouden tunnusmerkkeinä voidaan pitää mittakaavaetujen, verkostovaikutusten, kuluttajien lock in -riskin sekä innovaatiokustannusten korkeaa tasoa. Ks. tarkemmin Monti 2004, s. 18–22.

paa kytkeytymistä toimijoiden väliseen yhteistyöhön. Ero käsitykseen luovasta tuhosta yksittäisten toimijoiden välisenä kamppailuna on suuri. Innovaatioiden perustana on toimijoiden entisestäänkin voimistunut erikoistuminen. Toimijat pyrkivät kohottamaan asiantuntemuksensa määrää keskittymällä aiempaa kapeammalle sektorille ja jättämällä muut toiminnot ne tehokkaammin hoitaville tahoille. Tarvitaan voimistuvaa ja syvenevää yhteistyötä.[217]

Yhteistyön avulla ei pyritä vain tehokkuuden parantamiseen olemassa olevilla markkinoilla, vaan yhteistyön tarkoituksena on usein kokonaan uusien markkinoiden luominen.[218] Erilaiset standardit muodostavat tästä hyvän esimerkin.[219] Asetelman haltuun ottaminen vaatii kilpailuoikeudelliselta sääntelyltä ketteryyttä; monet aiemmin kielletyiksi hahmotetut yhteistoiminnan muodot näyttäytyvät kokonaan uudessa valossa. Kilpailuoikeudellisen tarkastelun on oltava tilanneherkkää, jotta erilaiset tehokkuusvaikutukset ovat havainnoitavissa ja sovitettavissa yhteen.

3.2.4 Yhteenveto

Tehokkuusperiaate muodostaa moniulotteisen kokonaisuuden. Sen soveltaminen edellyttää tehokkuuden eri muotojen keskinäistä punnintaa. Tehtävä ei ole yksinkertainen eikä yleisten tulkintalinjausten tekeminen ole vaikeuksitta mahdollista.[220] Tarkastelussa korostuu kulloisenkin sääntelykohteen ominaispiirteiden merkitys. Ilmeistä on lisäksi vaatimus tehokkuustarkastelun dynaamisuudesta. Pelkkä pitäytyminen pistemäiseen kuvaan vallitsevasta tilanteesta ei ole perusteltua. Tämä voi merkitä arvioinnin siirtymistä aiempaa laajemmin yritystasolle. On ymmärrettävä yrityskohtaisten kilpailuetujen lähde ja luonne. Samalla on kuitenkin löydettävä yhteys kilpailun hyvinvointivaikutuksiin markkinoilla.

Tehokkuusperiaatetta ei sovelleta tyhjiössä. Talouden toiminnan tehokkuuden edellytysten turvaaminen ei ole ainoa kilpailuoikeudellisen sääntelyn päämäärä. Tehokkuusperiaatetta on verrattava kilpailuoikeuden muihin kantaviin periaatteisiin. Vertaamisen ja punninnan vaikeusastetta nostaa se, että kilpailuoikeuden kantavien periaatteiden sääntelylogiikat poikkeavat toisistaan. Kokonaisvaltainen tarkastelu on kuitenkin edellytys kilpailuoikeuden systemaattisuudelle ja ongelmanratkaisuvoimalle.

---

[217] Tämä voi ilmetä esimerkiksi tarpeena erilaisten allianssien muodostamiseen yritysten välille. Ks. tältä osin esim. M. Virtanen 2001, s. 228–233.
[218] Ks. tältä osin esim. Katz – Shapiro, s. 56–57.
[219] Asetelma liittyy osaltaan standardien syntyprosesseihin, jotka voivat olla esim. markkina- tai komitealähtöisiä taikka näiden yhdistelmiä. Ks. tarkemmin Funk, s. 1–7.
[220] Ks. myös Kuoppamäki 2003, s. 38.

3.3 VAPAUSPERIAATE

3.3.1 Yleistä

Oikeusjärjestyksessä luodaan yksilöille edellytyksiä toimia markkinoilla. Keskeiseen asemaan nousevat yksilöille oikeusjärjestyksessä turvatut oikeudet. Ne muodostavat perustan, jonka varaan sopimustoiminnan ja laajemmin elinkeinotoiminnan harjoittaminen on mahdollista rakentaa. Yksilöt voivat toimintavapautensa puitteissa solmia sopimuksia ja tehdä keskinäistä yhteistyötä. Yksilöille oikeusjärjestyksessä annettu suoja on merkityksellinen myös markkinoiden toiminnan kannalta. Markkinoiden voidaan katsoa syntyvän yksilöiden toiminnan yhteisvaikutuksesta. Markkinoiden toimivuus edellyttää, että yksilöiden oikeusasemia suojataan ja yksilöt voivat käyttää oikeuksiaan ilman perusteettomia esteitä.

Yksilöiden taloudellisten toimintamahdollisuuksien oikeudellisen suojan sisältöä voidaan jäsentää eri tavoin. Yksi mahdollisuus on puhua siitä, että oikeusjärjestys suojaa yksilöiden kilpailuvapautta markkinoilla. Tämä näkökulma on ollut esillä erityisesti kilpailuoikeudellisissa esityksissä.[221] Arvioinnin systemaattisuuden varmistamiseksi on kuitenkin syytä täsmentää yksilöiden saaman oikeudellisen suojan sisältöä edelleen. Näin varmistetaan yhteys oikeusjärjestyksen muodostamaan kokonaisuuteen eikä käytetä yksinomaan kilpailuoikeudelle tyypillisiä erityiskäsitteitä. Yksilöiden taloudellisten toimintamahdollisuuksien ja samalla kilpailuvapauden voidaan katsoa pohjautuvan kaikkein jäntevimmällä tavalla perustuslaissa ja kansainvälisissä ihmisoikeussopimuksissa turvattuihin taloudellisiin vapausoikeuksiin. Taloudellisen toiminnan kannalta merkityksellisiä ovat erityisesti omaisuudensuojaa ja elinkeinotoiminnan vapautta koskevat säännökset.

Oikeusjärjestyksessä suojataan olemassa olevien sopimusten pysyvyyttä koskevia perusteltuja odotuksia, mikä on sopimustoiminnan kannalta olennaista. Lisäksi omaisuudensuojan voidaan katsoa ainakin rajoitetussa määrin turvaavan sopimusvapautta eli mahdollisuutta tulevaisuudessa solmia sopimuksia.[222] Yksilöiden välinen taloudellinen yhteistoiminta on varsin usein yhteydessä elinkeinotoiminnan harjoittamiseen; elinkeinovapautta koskevat säännökset suojaavat tältä osin yksilöiden mahdollisuutta järjestää keskinäiset suhteet haluamallaan tavalla. Tämä omaisuudensuojan ja elinkeinovapauden varaan keskeiseltä osin rakentuva oikeudellinen viitekehys avaa yksilölle oven vaihdantaan ja samalla toimintaan markkinoilla.

---

[221] Ks. tarkemmin esim. Kuoppamäki 2003, s. 38–40.
[222] Ks. tältä osin esim. Länsineva 2002, s. 182–183.

Oikeusjärjestys on kuitenkin nähtävä kokonaisuutena. Omaisuudensuojan ja elinkeinovapauden lisäksi yksilöiden toimintamahdollisuuksia tukevat muut perusoikeusjärjestelmässä ja oikeusjärjestyksessä suojatut oikeudet. Kyse ei siten ole yksinomaan taloudellisista vapausoikeuksista, vaikka tässä esityksessä kiinnitetään erityistä huomiota omaisuudensuojasta ja elinkeinovapaudesta muodostuvaan sopimus- ja elinkeinotoiminnan oikeudelliseen ytimeen.

Pelkkä oikeuksien luominen ei ole riittävää yksilöiden toimintamahdollisuuksien toteutumisen kannalta. Toimintamahdollisuudet voivat olla eri syistä rajoittuneet. Rajoitukset voivat olla seurausta julkisen vallan taikka muiden yksilöiden toimista. Kilpailuoikeudessa tarkastelun painopiste on horisontaalisissa, yksilöiden välisissä suhteissa. Tässä piilee kilpailuoikeudellisen vapausperiaatteen keskeinen ydinalue: kilpailuoikeudellinen sääntely antaa yksilöille suojaa omaisuudensuojan ja elinkeinovapauden (vapausoikeuksien) perusteettomilta rajoituksilta.[223] Kilpailuoikeudellisella sääntelyllä luodaan edellytykset sille, että yksilöt voivat käyttää oikeuksiaan mielekkäällä tavalla. Vapausperiaatteen kautta kilpailuoikeudellisessa harkinnassa yhdistyvät yksilö- ja järjestelmätason näkökohdat. Vapausperiaatteen lähtökohtana on yksilön oikeusasema, mutta yksilöä suojaamalla turvataan samalla markkinoiden toiminnan kokonaisvaltaisia edellytyksiä.

Vapausperiaatteen ydinsisällön voidaan alustavasti luonnehtia rakentuvan kahdesta osasta.[224] Yksilöillä on oltava vapaus omien tavoitteidensa toteuttamiseen. On mahdollista puhua vapausperiaatteen positiivisesta ulottuvuudesta. Tämä vapausperiaatteen ulottuvuus koskee taloudellisessa kontekstissa olennaiselta osin juuri markkinoille pääsyn edellytyksiä. Yksilöillä on oltava mahdollisuus osallistua vaihdantaan markkinoilla. Toiseksi oikeusjärjestyksessä on suojattava yksilöä taloudellisen vallan väärinkäytöltä. Tyypillisesti taloudellisen vallan väärinkäyttö ilmenee yhdellä tai useammalla yrityksellä yhdessä olevan markkinavoiman perusteettomana hyödyntämisenä.[225] Taloudellisen vallan väärinkäytöltä suojaaminen liittyy vapausperiaatteen negatiiviseen ulottuvuuteen.[226]

---

[223] Tähän näkökulmaan voidaan haluttaessa yhdistää kilpailuvapauskäsitteen sisältö. On kuitenkin muistettava, että kilpailuvapauden ydin rakentuu omaisuudensuojan ja elinkeinovapauden varaan.

[224] Ks. esim. Sally, s. 17.

[225] Ks. markkinavoiman määrittelystä tarkemmin esim. Kuoppamäki 2003, s. 242–245.

[226] Vapausperiaatteen sisältö ja sen jaottelu voidaan tältä osin palauttaa taloudellisen liberalismin keskeiseen perustaan. Tässä yhteydessä on huomattava taloudellisen ja poliittisen liberalismin väliset yhteydet. Taloudellisen vapauden positiivinen ulottuvuus voidaan nähdä yhteydessä poliittisen liberalismin ytimeen kuuluvan kansanvaltaisuusperiaatteen kanssa; yksilöiden on voitava päästä osallistumaan yhteiskunnalliseen päätöksentekoon. Negatiivinen ulottuvuus kääntyy poliittisen liberalismin puolella horisontaalisesta vertikaaliseksi: yksilöiden on saatava suojaa julkisen vallan väärinkäytöltä. Asetelmasta seuraa muun ohella vaatimus julkisen vallan käyttämisen perustumisesta lakiin. Ks. tarkemmin Gerber 1998, s. 16–18.

Vapausperiaatteen tarkastelussa on lähdettävä liikkeelle vapausperiaatteen ja oikeusjärjestyksen välisistä suhteista. On selvitettävä, millä tavoin vapausperiaate saa ilmauksensa oikeusjärjestyksessä. Kyse on vapausperiaatteen institutionaalisesta tuesta. Tämän jälkeen on siirryttävä vapausperiaatteen sisällöllisten perusteiden lähteille. Olennaiseen asemaan nousee vapausperiaatteen arvoperusta; arvoperustan avulla voidaan muodostaa kuva vapausperiaatteen sääntelylogiikan sisällöstä, jota vasten yksittäisten soveltamiskysymysten peilaaminen on mahdollista.

Omana aihealueenaan on tarkasteltava vapausperiaatteen soveltamisen edellytyksiä eli niitä lähtökohtaisia kriteereitä, joiden täyttyminen on edellytys kilpailuoikeudellisen yksilösuojan toteuttamiselle. Asetelma on haastava, koska kilpailuoikeuden perustavana tehtävänä voidaan pitää markkinoiden toimivuuden turvaamista. Yksilö- ja järjestelmätason näkökohdat on kilpailuoikeuden soveltamisessa sovitettava yhteen.

3.3.2 Oikeudellinen perusta

Vapausperiaate voidaan kiinnittää oikeudellisesti sekä Suomen kilpailulainsäädäntöön että EU:n kilpailuoikeuteen. Peruslähtökohta on kummankin normiston osalta sama. Yksilöillä on oikeus saada suojaa kilpailunrajoituksilta; yksilöillä on tämän oikeuden toteuttamiseksi oltava mahdollisuus vedota kilpailulainsäädäntöön. Yksilöiden saaman suojan oikeudellinen perusta on kuitenkin rakentunut Suomen ja EU:n kilpailuoikeudessa jossain määrin toisistaan poikkeavasti. Kilpailunrajoituslaissa on nimenomainen maininta yksilön toimintamahdollisuuksien suojaamisesta, kun EU:n kilpailuoikeudessa yksilösuojan toteuttaminen puolestaan perustuu keskeisiltä osin perustamissopimuksen kilpailusäännösten välittömään oikeusvaikutukseen.

Kilpailunrajoituslain 1.2 §:n mukaan lain soveltamisessa on erityisesti otettava huomioon elinkeinotoiminnan harjoittamisen vapauden turvaaminen perusteettomilta esteiltä ja rajoituksilta. Säännös on periaatteellisesti tärkeä. Sen avulla kilpailuoikeudellisen yksilösuojan toteuttaminen voidaan ankkuroida kansalliseen oikeusjärjestykseemme. Vapausperiaate saa itsenäinen aseman kilpailulainsäädännön soveltamisessa. Yksilöillä on oikeus vedota omaksi suojakseen kilpailunrajoituslakiin. Toisaalta säännös jättää monia kysymyksiä avoimiksi. Yksilösuojan sisällöstä ei ole mahdollista tehdä pitkälle meneviä johtopäätöksiä suoraan kilpailunrajoituslain 1.2 §:n nojalla, vaan asiassa tarvitaan systemaattista tarkastelua.

Kilpailunrajoituslain esitöissä on vain vähäisessä määrin käsitelty lain 1.2 §:ssä tarkoitetun elinkeinotoiminnan suojaamisen sisältöä. Lainvalmistelun yhteydessä on lähinnä viitattu siihen näkökohtaan, että kilpailunrajoituslaissa

suojataan elinkeinotoiminnan vapautta erityisesti markkinoille pääsyä rajoittavilta järjestelyiltä.[227] Markkinoille pääsy on olennainen osa kilpailuprosessin toimivuutta, joten tässä katsannossa elinkeinotoiminnan suojaamisen yhdistäminen markkinoille pääsyyn on luonteva ratkaisu. Elinkeinotoiminnan vapauden suojaamisen sisältöä ei ole mahdollista määrittää irrallaan kilpailunrajoituslain viitekehyksestä. On tehtävä siirto kilpailunrajoituslain yleisenä tavoitteena olevan terveen ja toimivan kilpailun käsitteen suuntaan. Tämä siirto on ymmärrettävä jo siitä syystä, että kilpailunrajoituslain 1.2 §:ssä suojataan elinkeinotoiminnan harjoittamisen vapautta ainoastaan *perusteettomilta* esteiltä ja rajoituksilta. Yksilön oikeus saada suojaa kilpailunrajoituslain nojalla on toisin sanoen kvalifioitu.[228]

Elinkeinotoiminnan rajoitusten voidaan katsoa olevan perusteettomia, mikäli ne eivät sovellu yhteen terveen ja toimivan kilpailun perustavien lähtökohtien kanssa.[229] Oikeuskirjallisuudessa on kilpailun toimivuuden katsottu tarkoittavan yksilötasolla sitä, että yksilöllä on vapaus ja oikeus valita strategiansa markkinamekanismin asettamissa puitteissa ilman muita rajoituksia.[230] Toisessa yhteydessä on todettu yksilön suojaamisen olevan perusteltua erityisesti silloin, kun elinkeinonharjoittaja on estynyt solmimasta asiakassuhteita edullisimmiksi katsomillaan ehdoilla soveliaiksi katsomiensa kuluttajien ja elinkeinonharjoittajien kanssa.[231] Näiden rajoitteiden tarkastelussa palataan helposti kilpailunrajoituslain taustalla olevaan suorituskilpailun käsitteeseen.[232]

Kilpailunrajoituslain 1.2 §:n nojalla elinkeinonharjoittaja saa suojaa muilta kuin suorituskilpailuun perustuvilta toimilta. Suorituskilpailun haasteena on sen yleisyys; suorituskilpailu voidaan nähdä eräänlaisena periaatteellisena markkinoiden toimintaan liittyvänä kannanottona. Johtopäätösten tekeminen yksittäisissä tapauksissa edellyttää suorituskilpailua yksityiskohtaisempien tarkastelu-

---

[227] Ks. tarkemmin KM 1987:4, s. 118, ja HE 148/1987 vp, s. 14.

[228] Ks. tästä keskustelusta säädettävän lain kannalta HE 88/2010 vp, s. 54, jossa painotetaan kilpailuoikeudellisen sääntelyn tarjoavan oikeussuojakeinoja yksittäisten toimijoiden välisissä suhteissa silloin, kun arvioitavana olevalla menettelyllä on vaikutuksia terveen ja toimivan kilpailun edellytyksiin markkinoilla yleisesti.

[229] Ks. tarkemmin Rissanen – Korah, s. 268–269.

[230] Ks. Timonen 1997, s. 220. Näkökulman monipuolistaminen taloustieteellisin perustein on mahdollista.

[231] Ks. tarkemmin Kuoppamäki 2003, s. 73. Mainittu näkökanta perustuu kilpailunrajoituslain valmistelun yhteydessä omaksuttuun toimivan kilpailun määritelmään. Ks. HE 162/1991 vp, s. 3.

[232] Suorituskilpailun ideana on elinkeinonharjoittajan pyrkimys tarjota asiakkailleen ja kuluttajille näiden tarpeita aiempaa paremmin palvelevia hyödykkeitä. Kilpailu liittyy siten ennen kaikkea hyödykkeiden hintatasoon ja laatuun. Samalla talouden suorituskyky tehostuu, kun suorituskilpailulle rinnakkaisilla kilpailutavoilla (suggestiokilpailu ja valtakilpailu) on puolestaan talouden suorituskykyä heikentäviä vaikutuksia. Ks. KM 1987:4, s. 116–117, ja HE 148/1987 vp, s. 13–14. Ks. Kuoppamäki 2003, s. 765–770, ja P. Virtanen 2001, s. 392–394.

välineiden käytettävyyttä. On tunnettava vapausperiaatteen sisältö ja sen yhteys kilpailuoikeuden muihin kantaviin periaatteisiin. Näin voidaan saavuttaa kestävä perusta kilpailunrajoituslain 4–6 §:n soveltamiselle ja konkreettisen yksilönsuojan toteuttamiselle.

EU:n kilpailuoikeuden tavoitteita on käsitelty yleisellä tasolla EU- ja EUT-sopimusten johdantoartikloissa.[233] Vapausperiaatetta ei kuitenkaan ole mahdollista luontevasti kiinnittää suoraan näihin artikloihin. Vapausperiaatteen oikeudellinen perusta EU:n kilpailuoikeudessa rakentuukin keskeiseltä osin EUT-sopimuksen 101 ja 102 artiklalla olevaan välittömään oikeusvaikutukseen.[234] Kyse on tällöin nimenomaan horisontaalisesta välittömästä oikeusvaikutuksesta, jonka mukaan yksittäiset toimijat voivat vedota 101 ja 102 artiklaan keskinäisissä suhteissaan.

Välitön oikeusvaikutus on erityinen EU-oikeuteen liittyvä ominaispiirre, jonka sisältö on keskeisiltä osin muodostunut EU-oikeudellisessa oikeuskäytännössä.[235] On mahdollista luonnehtia, että välitön oikeusvaikutus muodostaa yhdessä EU-oikeuden etusijaperiaatteen kanssa EU-oikeuden soveltamisen tehokkuuden perustan.[236] EU-oikeuden toimivuus edellyttää sitä, että kansallisista säännöksistä riippumatta EU-oikeutta voidaan soveltaa tehokkaasti ja yksilöt voivat vedota suoraan EU-oikeuden säännöksiin.

Välittömän oikeusvaikutuksen merkitystä EU-oikeudellisessa viitekehyksessä voidaan tarkastella ainakin kahdesta näkökulmasta. Välitön oikeusvaikutus merkitsee sitä, että yksilöille annetaan EU-oikeudessa oikeuksia, joihin yksilöt voivat omaksi suojakseen vedota. Vastaavasti kansallisilla tuomioistuimilla on velvollisuus suojata näitä oikeuksia.[237] Välitön oikeusvaikutus on keskeinen osa yksilöiden oikeusasemien suojaamisen toteuttamista. Välitön oikeusvaikutus luo oikeudellisen perustan vapausperiaatteelle; yksilöillä on EUT-sopimuksen 101 ja 102 artiklan nojalla oikeus saada suojaa kilpailua rajoittavilta toimilta. Järjestelmätasolla nousee esille EU-oikeuden tehokas soveltaminen. Yksilöt nähdään EU-oikeuden soveltamisjärjestelmää osaltaan pyörittävinä toimijoina.[238] Yksilöt voivat toimenpidepyynnöin tai muulla tavoin kiinnittää viranomaisten huomiota

---

[233] Ks. luku II.4.2.3.

[234] Ks. tarkemmin asia 127/73 BRT v. SABAM, (1974) ECR 120, k. 16.

[235] Laajassa katsannossa samantyyppinen vaikutus voidaan liittää moderniin käsitykseen perusoikeuksista. Perustavana oikeustapauksena voidaan tältä osin pitää EU:n tuomioistuimen ratkaisua asiassa 26/62 van Gend & Loos, (1962) ECR 161.

[236] Ks. EU-oikeuden etusijaperiaatteesta asia 6/64 Costa v. ENEL, (1964) ECR 211, k. 17. Ks. välittömän oikeusvaikutuksen ja etusijaperiaatteen perustavasta merkityksestä EU-oikeuden tehokkuusperiaatteen ainesosina Tridimas, s. 418–420.

[237] Ks. yleisesti esim. asia 106/77 Simmenthal, (1978) ECR 629, k. 21–22, ja erityisesti EU:n kilpailuoikeuden osalta asia 127/73 BRT v. SABAM, (1974) ECR 120, k. 16.

[238] Asia 26/62 van Gend & Loos, (1962) ECR 161.

mahdollisiin EU-oikeuden rikkomistilanteisiin. Vaihtoehtoisesti yksilöt voivat kansallisissa tuomioistuimissa vedota heille suoraan EU-oikeuden nojalla kuuluviin oikeuksiin.

Välitön oikeusvaikutus luo mahdollisuuden EU-oikeuden soveltamisrakenteen hajauttamiseen. Näin voidaan nostaa EU-oikeuden soveltamisen intensiteettiä.[239] Asetelma koskee EU-oikeutta yleisesti, mutta se on erityisen ajankohtainen EU:n kilpailuoikeuden osalta. Asetuksen 1/2003 keskeisenä pyrkimyksenä on yksittäisten toimijoiden aktiivisuuden lisääminen ja EU:n kilpailuoikeuden soveltamisen hajauttaminen. Tämä näkökulma tuli EU:n kilpailuoikeuden osalta hyvin esille asiassa Courage v. Crehan, jossa EU:n tuomioistuin katsoi, että yksilöiden oikeus vahingonkorvaukseen EUT-sopimuksen 101 artiklan rikkomistilanteissa vahvistaa kilpailusääntöjen operatiivista luonnetta ja tekee kilpailunrajoitukseen ryhtymisestä yleisesti vähemmän houkuttelevaa.[240] EU:n tuomioistuimen mukaan vahingonkorvauskanteet edistävät voimakkaasti kilpailun toimivuuden ylläpitämistä yhteisössä.

EUT-sopimuksen 101 ja 102 artiklan välitön oikeusvaikutus avaa yksilöille mahdollisuuden saada suojaa kilpailua rajoittavilta toimilta. Välittömän oikeusvaikutuksen kautta ei kuitenkaan voida vielä sinällään ratkaista, millä edellytyksillä yksilöt voivat vedota EUT-sopimuksen 101 ja 102 artiklaan omaksi suojakseen. Kuten kilpailunrajoituslain osalta aiemmin todettiin, myös EU:n kilpailuoikeuden yksilösuojan kriteerien määrittelyssä on lähdettävä liikkeelle systemaattisesti vapausperiaatteen yleisestä sisällöstä ja sen suhteesta kilpailuoikeuden muihin kantaviin periaatteisiin. Kilpailuoikeuden arvo- ja tavoitepohjan tuntemus luo tältä osin puitteet EUT-sopimuksen 101 ja 102 artiklan asianmukaiselle soveltamiselle ja samalla yksilösuojan konkreettisen sisällön täsmentämiselle.

EU:n kilpailuoikeuden soveltamiskäytännön kautta avautuu tärkeä näkökulma vapausperiaatteen jäsentämiseen ja samalla yksilösuojan toteuttamiseen. Kilpailuoikeudellisissa esityksissä on joskus lähdetty siitä, että yksilöiden kilpailuoikeudellisen suojan taso riippuu niistä velvollisuuksista, joita kilpailuviranomaisilla on kilpailuoikeudellisen normiston soveltamiseen.[241] Yksilösuojan ja kilpailuviranomaisten toimintavelvollisuuksien sisältö on toisin sanoen samastettu. Systemaattisessa tarkastelussa on kuitenkin syytä tehdä käsitteellinen ero yksilösuojan toteuttamiskriteerien ja viranomaisten toimintavelvollisuuksien välille.

Erottelulle voidaan saada tukea EU:n kilpailuoikeuden soveltamiskäytännöstä. Siinä on useissa yhteyksissä arvioitu kilpailuviranomaisten, erityisesti komis-

---

[239] Ks. myös Andersson, s. 148.
[240] Asia C-453/99 Courage v. Crehan, (2001) ECR I 6297, k. 26–27.
[241] Ks. tarkemmin Kuoppamäki 2003, s. 75–76.

sion, yksittäistapauksellisten toimintavelvollisuuksien laajuutta.[242] Oikeuskäytännössä on vakiintuneesti lähdetty siitä, että viranomaisten toiminnan ensisijaisena tavoitteena on yleisen edun toteuttaminen. Viranomaisilla on oikeus suunnata voimavaransa sellaisiin tapauksiin, joiden viranomaiset katsovat olevan yhteismarkkinoiden toiminnan kannalta kaikkein haitallisimpia.[243] Yksilöillä ei ole suoraa oikeutta vaatia viranomaista ryhtymään määrättyihin toimenpiteisiin. Oikeuskäytännössä arviointiperusteeksi on muodostettu *yhteisön edun* käsite.

> Yhteisön edun käsitteen arvioinnissa on otettava huomioon kunkin tapauksen ominaispiirteet.[244] Kilpailunrajoituksen merkittävyyttä yhteismarkkinoiden toiminnan kannalta on tarkasteltava tapauksen tosiasioiden ja oikeudellisten seikkojen valossa. Rajaavana perusteena on pidetty muun ohella sitä, ulottuvatko toiminnan kilpailua rajoittavat vaikutukset yhden tai useamman jäsenvaltion alueelle. Kilpailuviranomainen voi myös arvioida kilpailunrajoituksen selvittämiseksi vaadittavien toimenpiteiden laajuutta sekä saatavissa olevan näytön kattavuutta.[245] Arviointi voidaan tältä osin nähdä eräänlaisena panos–tuotos-suhteen punnintana.

Yhteisöintressin kriteerien täyttymättä jääminen ei merkitse sitä, että yksilö jäisi automaattisesti kilpailuoikeudellisen suojan ulkopuolelle. Yksilöllä on mahdollisuus vedota EU:n kilpailuoikeuden säännöksiin yleisissä tuomioistuimissa ja välimiesmenettelyissä. Oikeuskäytännössä on kilpailuviranomaisen toimintavelvollisuuden laajuuden määrittelyn yhteydessä annettu nimenomaisesti merkitystä juuri sille seikalle, että yksilö voi saada suojaa kansallisessa tuomioistuimessa.[246] Asetelma voi konkretisoitua yksittäistapauksissa esimerkiksi silloin, kun kilpailunviranomaisen lisäksi asia on vireillä samanaikaisesti kansallisessa tuomioistuimessa. Kansallisten tuomioistuimien katsotaan lähtökohtaisesti pystyvän turvaamaan yksilölle suoraan EU-oikeuden nojalla kuuluvat oikeudet, vaikka kilpailuviranomainen päättäisikin asian käsittelyn. Toimivallan jakamisen perustana voidaan osaltaan pitää komission ja kansallisten tuomioistuinten EU-sopimuksen 4(3) artiklan mukaista velvollisuutta keskinäiseen yhteistyöhön. Komissio voi eri tavoin tukea kansallisen tuomioistuimen soveltamistehtävää.[247]

---

[242] Ks. esim. asia T-24/90 Automec v. komissio (II), (1992) ECR II 2223, k. 83–96.

[243] Komission on voitava keskittää voimavarojaan, jotta se kykenee saattamaan valitsemiensa tapausten käsittelyt tehokkaasti päätökseen. Ks. yhdistetyt asiat T-189/95, T-39/96, T-123/96 SGA v. komissio, (1999) ECR II 3587, k. 59, ja asia C-39/00 P SGA v. komissio, (2000) ECR I 11201.

[244] Kilpailuviranomaisen on tarvittaessa perusteltava yhteisön etua koskeva päätöksensä. Päätös voidaan saattaa tuomioistuimen käsiteltäväksi. Ks. asia T-24/90 Automec v. komissio (II), (1992) ECR II 2223, k. 79–81

[245] Asia T-5/93 Tremblay ym. v. komissio, (1995) ECR II 185, k. 62–65.

[246] Asia T-24/90 Automec v. komissio (II), (1992) ECR II 2223, k. 89–90.

[247] Asetuksen 1/2003 15 artiklan nojalla jäsenvaltioiden tuomioistuimet voivat pyytää komissiolta sen hallussa olevia tietoja tai lausuntoa EU:n kilpailuoikeuden soveltamisesta. Vastaavasti komis-

Lisäksi kansallinen tuomioistuin voi tarvittaessa tehdä EUT-sopimuksen 267 artiklan mukaisen ennakkoratkaisupyynnön EU:n tuomioistuimelle.

EU:n kilpailuoikeuden vakiintunut soveltamiskäytäntö osoittaa selvästi, ettei kilpailuasioiden soveltamisen hallinnollista jakamista voida samastaa yksilösuojan kriteerien kanssa. Yksilösuoja voidaan toteuttaa kansallisissa tuomioistuimissa, vaikka kilpailuviranomaisilla ei olisikaan velvollisuutta asian tutkimiseen. Yhteisöintressin jäsentämisessä on usein kysymys karkeasta arvioinnista, eikä siinä vielä oteta kantaa kaikkiin kilpailuoikeudellisen normiston soveltamisen edellyttämiin yksityiskohtaisiin kysymyksiin. Yhteisöintressin puuttumista koskevasta ratkaisusta ei seuraa suoraan kilpailuoikeudellisten soveltamiskriteerien täyttymättä jääminen.

3.3.3 Menettelylliset oikeudet

Yksilön oikeussuojan toteuttamiseksi ei ole yksinomaan riittävää, että kilpailua ja yksilön toimintavapautta rajoittavat menettelyt on kilpailuoikeudellisesti kielletty. Kilpailuoikeuden materiaalisia säännöksiä on voitava soveltaa tehokkaasti. Oikeussuojan toteutuminen edellyttää osaltaan sitä, että yksilö voi tosiasiassa ilman vaikeuksia vedota kilpailuoikeudelliseen sääntelyyn perustuviin oikeuksiinsa. Materiaaliset oikeudet ilman menettelyllisiä takeita muodostuvat helposti illusatorisiksi oikeuksiksi, joiden käytännön merkitys on rajallinen.

Kilpailuoikeuteen perustuvien yksilöllisten oikeuksien toteuttamisen edellytykset voidaan jakaa kahteen osaan. Yksilöillä on oltava riittävät menettelylliset oikeudet, jotta he voivat asianmukaisesti vedota omaksi suojakseen kilpailuoikeudelliseen sääntelyyn. Toiseksi kilpailulainsäädäntöä yksittäisten toimijoiden välisissä suhteissa soveltavien orgaanien toimintavalmiuksien on tosiasiallisesti oltava riittävällä tasolla.

Kilpailuoikeuden soveltamiseen liittyvät menettelylliset oikeudet muodostavat laajan jatkumon. Ne ovat merkityksellisiä sekä kilpailunrajoituksen kohteen että kilpailulainsäädännön rikkomisesta epäillyn toimijan kannalta. Menettelyllisillä oikeuksilla on siten sekä offensiivinen että defensiivinen ulottuvuus. Lisäksi niiden toteuttamisessa on otettava huomioon kilpailuoikeuden soveltamisen asianmukainen järjestäminen.[248]

Kilpailuoikeuden erityispiirteet korostavat menettelyllisten oikeuksien merkitystä. Erityispiirteet liittyvät yhtäältä kilpailuoikeudellisten prosessien yleiseen

---

sio voi omasta aloitteestaan antaa joko kirjallisen tai suullisen lausuman EUT-sopimuksen 101 tai 102 artiklaan liittyvistä kysymyksistä.

[248] Ks. kilpailuoikeudellisten asioiden erityispiirteistä esim. asia C-411/04 P Salzgitter Mannesmann GmbH v. komissio, (2007) ECR I 959, k. 42–44.

yhteiskunnalliseen ja toisaalta yksilökohtaiseen merkitykseen sekä kilpailulainsäädännön rikkomisesta seuraavien sanktioiden vakavuuteen. Kilpailunrajoitus voi johtaa sen kohteen elinkeinotoiminnan huomattavaan vaikeutumiseen ja täten mittaviin taloudellisiin menetyksiin. Viime kädessä koko elinkeinotoiminnan jatkuminen voi riippua kilpailuoikeudellisen suojan saamisesta. Toisaalta kilpailulainsäädännön rikkomisen perusteella määrättävät seuraamukset voidaan nähdä luonteeltaan rikosoikeudellisiksi.[249] Niillä puututaan varsin syvälle kilpailua rajoittaneen toimijan taloudelliseen asemaan ja jopa organisaatiorakenteeseen.

Menettelylliset oikeudet linkittyvät oikeusjärjestykseen eri tavoin. Yksilöiden materiaalisia oikeuksia turvaavien menettelyllisten oikeuksien voidaan katsoa rakentuvan kansallisen sääntelyn, EU-oikeuden sekä kansainvälisten ihmisoikeussopimusten varaan. Perustuslaissa turvataan muun ohella sen 21 §:ssä yksilön oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin ja hyvään hallintoon.[250] Näitä oikeuksia on konkretisoitu perustuslakia alemmantasoisilla säännöksillä. EU-oikeudessa menettelylliset oikeudet ovat täsmentyneet pitkälti oikeuskäytännössä. Kansallisissa oikeusjärjestyksissä vakiintuneet periaatteet ja sääntelymallit sekä kansainvälisten ihmisoikeussopimuksien sisältö ja soveltamiskäytäntö ovat vaikuttaneet oikeuskäytännön muotoutumiseen.[251] EU:n perusoikeuskirjassa on puolestaan kodifioitu oikeuskäytännön sisältöä ja kansallisia sääntelyperiaatteita sekä otettu huomioon kansainvälisten ihmisoikeus-

---

[249] Ks. Euroopan ihmisoikeussopimuksen soveltamiskäytännöstä asiassa Stenuit v. Ranska (11.7.1989, 11598/85), jossa Euroopan ihmisoikeustoimikunta katsoi Ranskan kilpailulainsäädännön perusteella määrättävien julkisoikeudellisten seuraamusten olevan luonteeltaan tosiasiassa rikosoikeudellisia, kun otetaan huomioon seuraamusten vakavuus ja niillä oleva preventiivinen tavoite. Määrittely rakentuu Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja sen soveltamiskäytännön varaan. Käsite on tässä mielessä autonominen, joten esimerkiksi soveltamisasetuksen 1/2003 23(5) artiklassa oleva maininta asetuksen perusteella määrättävien sanktioiden luonteesta ei vaikuta suoraan määrittelyn toteuttamiseen. Ks. myös Pellonpää, s. 389, ja Wils 2004, s. 208–209.

[250] Ks. tältä osin esim. Jyränki 2000, s. 310–312.

[251] Hyvänä esimerkkinä voidaan mainita yleiseksi EU-oikeudelliseksi oikeusperiaatteeksi tunnustettu oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin, jonka noudattamista EU:n tuomioistuin valvoo ottaen huomioon jäsenvaltioiden yhteisen valtiosääntöperiaatteen ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen. Ks. esim. asia C-185/95 P Baustlgewebe GmbH v. komissio, (1998) ECR I 8417, k. 21, yhdistetyt asiat C-174/98 P ja C-189/98 P Alankomaat ja Gerard van der Wal v. komissio, (2000) ECR I 1, k. 17, ja asia C-341/04 Eurofood, (2006) ECR I 3813, k. 65. Nykyisin oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin on saanut institutionaalisen ilmauksena EU:n perusoikeuskirjan 47 artiklassa.

Toisena kuvaavana esimerkkinä voidaan pitää asianajajan ja päämiehen luottamuksellista suhdetta kilpailuoikeudellisissa prosesseissa turvaavan asianajosalaisuuden suojan kehittymistä. Suojasta ei ole nimenomaista mainintaa EUT-sopimuksessa, vaan se on muotoutunut oikeuskäytännössä. EU:n tuomioistuimen ratkaisulla asiassa 155/79 AM & S, (1982) ECR 1575, on ollut suojan kehittymisen kannalta ratkaiseva merkitys. Tässä asiassa EU:n tuomioistuin totesi asianajosalaisuuden suojan kattavan riippumattoman lakimiehen ja päämiehen välisen kirjeenvaihdon, joka liittyy välittömästi päämiehen puolustautumisoikeuksien käyttämiseen. Myöhemmin asianajosalaisuuden suojan sisältöä on käsitelty asiassa T-30/89 Hilti v. komissio, (1990) ECR II 163, k. 18, ja yhdistetyissä asioissa T-125/03 ja T-253/03 Akzo Nobel Chemicals ja Akcros Chemicals v. komissio, (2003) ECR II 4771.

sopimusten sisältö. Erityisen merkityksellisiä perusoikeuskirjan säännöksiä ovat tältä osin 47 artikla (oikeus tehokkaisiin oikeussuojakeinoihin ja puolueettomaan tuomioistuimeen), 48 artikla (syyttömyysolettama ja oikeus puolustukseen), 49 artikla (laillisuusperiaate ja rikoksista määrättävien rangaistusten oikeasuhteisuuden periaate) sekä 50 artikla (kielto syyttää ja rangaista kahdesti samasta rikoksesta). Kansainvälisten ihmisoikeussopimusten asema menettelyllisten oikeuksien turvaamisen takeena on huomattava. Keskeisen merkityksen saa tältä osin Euroopan ihmisoikeussopimus, jossa on muun ohella säännelty oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin perusedellytyksistä.[252] Kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevaan yleissopimukseen sisältyy myös menettelyllisiä oikeuksia koskevaa sääntelyä, jota ei kuitenkaan erikseen tarkastella jatkossa.

Oikeussuojan toteutumisen kannalta ratkaisevaa on eri sääntelykokonaisuuksien yhteisvaikutus. Suojan muodot voivat mennä osin päällekkäin ja niillä voi olla keskinäisiä leikkauspisteitä. Syntynyt asetelma on ainakin kahdella tavalla mielenkiintoinen. Ensinnäkin juuri menettelylliset oikeudet ovat osoittautuneet väyläksi, jonka kautta EU-oikeus ja Euroopan ihmisoikeussopimus ovat olleet keskinäisessä yhteydessä. Erityisesti Euroopan ihmisoikeussopimuksesta tulevat impulssit ovat heijastuneet EU-oikeuden kehitykseen.[253] Tämän vaikutuksen voidaan odottaa edelleen vahvistuvan, kun EU on liittymässä Euroopan ihmisoikeussopimukseen.[254]

Toiseksi sääntelyperustan hajanaisuus nostaa esille kysymyksen sääntelyn yhtenäistämisen tarpeesta. Yksittäisen toimijan kannalta voi olla ongelmallista, mikäli menettelyllisiä oikeuksia koskevat kansalliset sääntelyratkaisut poikkeavat toisistaan. Tätä ongelmaa ei poista EU-oikeudellisen ja Euroopan ihmisoikeussopimukseen perustuvan sääntelyn olemassaolo, koska näillä sääntelylohkoilla luodaan useimmiten vain menettelyllisten oikeuksien vähimmäistaso, josta voidaan kansallisissa oikeusjärjestyksissä poiketa.[255] Kansallisten oikeusjärjestyksien erilaisuudet voivat pahimmillaan aiheuttaa asioiden ja tutkintamenettelyiden keinotekoista kierrättämistä.[256]

Näkökulma korostuu erityisesti asetuksen 1/2003 myötä, koska asetuksen keskeisenä periaatteena on kilpailuviranomaisten yhteistoiminnan tiivistäminen sekä samal-

---

[252] Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan lisäksi relevantteja säännöksiä ovat tältä osin sopimuksen 7 artikla (ei rangaistusta ilman lakia), seitsemännen lisäpöytäkirjan 4 artikla (kielto syyttää tai rangaista kahdesti) sekä 8 artiklan (oikeus yksityis- ja perhe-elämän suojaan).

[253] Ks. tältä osin esim. Ameye, s. 332–336.

[254] Liittyminen kytkeytyy Lissabonin sopimuksen voimaantuloon.

[255] Ks. myös Wils 2005, s. 54–55.

[256] Tilanne voi aktualisoitua esimerkiksi asianajosalaisuuden suojan osalta, koska sen sisältö on määritelty kansallisesti eri tavoin. Tyyppitapauksena voidaan ottaa esille sääntelytilanne Yhdistyneessä Kuningaskunnassa, jossa asianajosalaisuuden suoja on ulotettu koskemaan riippumattomien lakimiesten lisäksi myös yhtiölakimiesten viestejä; suojan ala on EU:n tuomioistuimen käytännössä omaksuttua laajempi. Joissakin yhteyksissä on mahdollista, että Yhdistyneen Kuningaskunnan ulkopuolella hankitut asiakirjat siirretään asetuksen 1/2003 12 artiklan nojalla Yhdistyneen Kuningaskunnan kilpailuviranomaiselle. Tällöin viimeksi mainitulla kilpailuviranomaisella on käytössään asiakirjoja, joita se ei omien tutkintavaltuuksiensa puitteissa voisi hankkia. Asetuksen 1/2003 12 artiklassa on asetettu tietojen siirtämiseen liittyviä prosessuaalisten oikeuksien tasoa koskevia vaatimuksia ainoastaan silloin, kun siirrettävän aineiston perusteella on tarkoitus määrätä rangaistuksia luonnollisille henkilöille. Ks. myös Vesterdorf, s. 1204–1206, ja Wils 2005, s. 134–135.

> la asioiden ja tietojen siirtäminen kilpailunviranomaisten muodostamassa verkostossa. Toimiva ratkaisu löytyisi nykyistä täsmällisemmästä EU-oikeudellisesta sääntelystä. Vastapainona on luonnollisesti vaatimus kansallisesta prosessiautonomiasta. Asetuksen 1/2003 voimaantulon jälkeen yhden keskeisistä askeleista EU:n kilpailuoikeuden soveltamisen kehittämisessä tulisi olla juuri menettelyllisten oikeuksien suojan yhtenäistäminen. Edellä mainittua laajemmassa katsannossa uudistaminen voitaisiin ulottaa koskemaan myös sanktioiden sisältöä ja tasoa.[257]

Kilpailunrajoituksen kohteen kannalta on olennaista, että hänellä on oikeus saattaa asia vireille kilpailuviranomaisessa. Viranomaismenettelyn tulee olla järjestetty asianmukaisesti. Tällaiseen käsittelyyn kuuluu osaltaan se, että toimenpidepyynnön tehnyttä toimijaa kuullaan kilpailuviranomaisessa, jolloin toimija voi esittää oman perustellun käsityksensä asiasta. Komission tulee EU:n kilpailuoikeuden soveltamista ohjaavan asetuksen 773/2004 mukaan kuulla sellaisia tahoja, joilla on riittävä etu asiassa. Kantelun tekijän lisäksi kuulemisvelvollisuus koskee lähtökohtaisesti muita toimijoita, jotka voivat osoittaa itsellään olevan riittävän intressiyhteyden asiaan.[258] Kilpailuviraston tehtävänä on kilpailunrajoitusten ja niiden vaikutusten selvittäminen. Tämä tehtävän asianmukainen hoitaminen edellyttää kilpailunrajoituksen kohteena olevien toimijoiden kuulemista. Kuulemisvelvollisuus voidaan perustaa myös siihen, että kilpailunrajoitus vaikuttaa sen kohteen oikeuksiin, etuihin tai velvollisuuksiin hallintolain 11 §:ssä määritellyllä tavalla. Hallintolaissa tarkoitetulle asianosaiselle on varattava tilaisuus tulla kuulluksi ennen asian ratkaisemista.

Kilpailunrajoituksen kohteena olevalla toimijalla tulee olla mahdollisuus tutustua asian selvittämisen yhteydessä syntyneeseen aineistoon. Oikeuden ulkopuolelle jäävät asetuksen 773/2004 mukaan liike- ja ammattisalaisuudet sekä kilpailuviranomaisten sisäiset valmisteluasiakirjat. Valmisteluasiakirjojen oikeudellinen status on suhteutettava prosessin vaiheeseen ja siihen liittyvään tutkimusrauhan suojelutarpeeseen.[259] Vastaavanlainen linjaus on perusteltua omaksua myös kilpailuvirastossa käytävän prosessin osalta. Linjaus on kiinnitettävissä oikeudellisesti kilpailuviraston toimintaa sääntelevän julkisuuslain 11 ja 24 §:ään.

Kilpailuviranomaisen on tehtävä asiassa päätös kohtuullisessa ajassa. Päätös on perusteltava asianmukaisesti. Tämä velvollisuus pohjautuu EU-tasolla asetuksen 773/2004 7 artiklaan sekä kilpailuviraston toimintaa ohjaavaan hallinto-

---

[257] Ks. myös Ameye, s. 339, ja Wils 2005, s. 53–54.

[258] Intressiyhteyden sisällön määrittely edellyttää tapauskohtaista harkintaa, mitä ei helpota EU:n tuomioistuimen oikeuskäytännön rajallisuus. Ks. myös Kerse – Khan, s. 193–194.

[259] Ks. tältä osin yhdistetyt asiat 209/78, 215/78 ja 218/78 Heintz van Landewyck SARL ym. v. komissio, (1980) ECR 3125, k. 46, ja asia T-17/93 Matra Hachette SA v. komissio, (1994) ECR II 595, k. 34–35. Ks. myös Kerse – Khan, s. 196–197. Ks. myös Lenaerts – Maselis, s. 1649.

lain 44 §:ään. Päätöksen perustelemisvelvollisuus voidaan lisäksi yhdistää hyvän hallinnon periaatteeseen, joka on saanut institutionaalisen ilmauksensa unionitasolla EU:n perusoikeuskirjan 41 artiklassa ja kansallisesti perustuslain 21 §:ssä. Kohtuullisen käsittelyajan sisältö on määriteltävä tapauskohtaisesti. Siihen vaikuttavat asian laajuus sekä siitä seuraava oikeudellisten ja taloudellisten selvitysten tarve.

Kilpailunrajoituksen kohteen on voitava saattaa asia riippumattoman tuomioistuimen käsiteltäväksi. EUT-sopimuksen 263 artiklan mukaan muu kuin komission päätöksen nimenomaisena kohteena oleva toimija on oikeutettu saattamaan asian EU:n yleisen tuomioistuimen käsiteltäväksi, mikäli päätös koskee toimijaa suoraan ja erikseen. Tämä vaatimus tarkoittaa sitä, että päätöksen vaikutusten on erityisellä ja yksilökohtaisella tavalla kohdistuttava toimijaan. Oikeuskäytännössä on vakiintuneesti katsottu, että kilpailunrajoituksen kohteena ollut ja komission tutkintamenettelyyn osallistunut toimija täyttää lähtökohtaisesti EUT-sopimuksen 263 artiklassa asetetut kriteerit.[260]

Kilpailunrajoituslain osalta valitusoikeuden määrittämiseen liittyy sen sijaan ongelmallisia piirteitä. Kilpailunrajoituslain esitöissä on todettu, että hallintolainkäyttölain mukainen valitusoikeus katsotaan olevan ainakin sellaisella elinkeinonharjoittajalla, jota kilpailunrajoitus välittömästi koskee.[261] Kilpailunrajoituksen kohteen muutoksenhakuoikeus edellyttää, että kilpailuviraston päätöksellä on suora ja välitön vaikutus kyseessä olevan elinkeinonharjoittajan oikeusasemaan. Kilpailunrajoituksen aikaansaaneen elinkeinonharjoittajan kilpailijoilla, joihin kilpailuviraston päätös välillisesti vaikuttaa, ei välittömän intressin puuttuessa voida katsoa olevan muutoksenhakuoikeutta. Oikeuskäytännössä on noudatettu varsin suoraviivaisesti lain esitöissä esitettyä kantaa ja katsottu valitusoikeuden lähtökohtaisesti puuttuvan kilpailijoilta.[262]

Lähestymistapaa voidaan ainakin sen kategorisessa muodossa arvioida kriittisesti. Yritysten oikeussuojan ytimeen kuuluu mahdollisuus saattaa asiansa riippumattoman tuomioistuimen käsiteltäväksi. Tämä oikeus voidaan kiinnittää niin perustuslain 21 §:ään, EU:n perusoikeuskirjan 47 artiklaan kuin Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklaan. Kilpailunrajoituksen kohteen oikeusasemaan liittyvät näkökohdat on suhteutettava muihin asian kannalta relevantteihin seik-

---

[260] Ks. tarkemmin esim. asia 26/76 Metro SB-Grossmärket GmbH v. komissio, (1977) ECR 1875, k. 13, ja asia 75/84 Metro SB-Grossmärket GmbH v. komissio (II), (1986) ECR 3021, k. 22–23. Markkinoille pyrkivällä kilpailijalla voi olla valitusoikeus, vaikka kilpailija ei olisikaan osallistunut asian selvittämisprosessiin komissiossa. Ks. yhdistetyt asiat T-528/93, T-542/93, T-543/92 ja T-546/93 Metropole télévision SA v. komissio, (1996) ECR II 649, k. 60–65. Toisaalta kilpailunrajoituksen kohteen on erottauduttava muista toimijoista markkinoilla, jotta valitusoikeus on olemassa. Ks. asia C-70/97 P Kruidvat BVBA v. komissio, (1998) ECR I 7183, k. 44–50.

[261] HE 243/1997 vp, s. 35.

[262] Ks. esim. MAO 59/03, MAO 242/03 ja MAO 3/04.

koihin. Valitusoikeuden määrittäminen näyttäytyy punnintana, jossa arvioidaan kilpailua rajoittaneen toimijan ja kilpailunrajoituksen kohteen asemaa sekä soveltamisjärjestelmän toimivuutta. Harkinnassa tulisi ottaa huomioon tapauskohtaiset olosuhteet ja kilpailunrajoitusten vaikutusten kohdentuminen. Kilpailijoiden systemaattinen rajaaminen valitusoikeuden ulkopuolelle ei sovellu yhteen perus- ja ihmisoikeusnäkökulman kanssa.

Kilpailunrajoituksen toimeenpanijaksi epäillyn toimijan asemaa turvaavat puolustautumisoikeudet.[263] Ne voidaan nähdä osana oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takeita. Kilpailuoikeudellisten sanktioiden rikosoikeudellisen luonteen vuoksi kilpailunrajoituksesta epäillyillä toimijoilla on lähtökohtaisesti mahdollisuus vedota samoihin oikeuksiin, joita on annettu vastaajalle rikosoikeudellisissa asioissa.[264] Kilpailunrajoituksesta epäillyllä on oikeus olla syyllistämättä itseään. Kilpailuoikeudellisen tutkinnan kohteen ei tarvitse vastata kysymyksiin, jotka johtaisivat tosiasiassa kilpailunrajoituksen myöntämiseen.[265]

Kilpailuviranomaisen laajoja tutkintavaltuuksia on rajoitettu joissakin suhteissa kilpailunrajoituksesta epäillyn toimijan oikeusaseman suojaamiseksi. Tutkintavaltuuksien rajaukset perustuvat osin puolustuksen järjestämiseen ja toisaalta yksityiselämän suojaamiseen. Tutkintavaltuuksien ulkopuolelle on määritelty kilpailunrajoituksesta epäillyn ja riippumattoman lakimiehen välinen viestien vaihto. Asianajosalaisuuden suojan perusteena on varmistaa kilpailunrajoituksesta epäillylle toimijalle asianmukainen mahdollisuus puolustautumiseen.

---

[263] Ks. puolustautumisoikeuksien asemasta EU-oikeuden perusperiaatteena asia 322/81 Michelin v. komissio, (1983) ECR 3461, k. 7.

[264] Ks. Euroopan ihmisoikeussopimuksen soveltamiskäytännöstä asia Stenuit v. Ranska (11.7.1989, 11598/85). Ks. myös Pellonpää, s. 389.

[265] Oikeus olla syyllistämättä itseään on perustunut EU-oikeudessa oikeuskäytäntöön, vaikka nyttemmin itsekriminoinnin kielto voidaan yhdistää EU:n perusoikeuskirjan 47 ja 48 artiklaan. EU:n tuomioistuimen oikeuskäytännössä on lähdetty vakintuneesti siitä, että yksilöllä on kilpailuoikeudellisissa tutkimuksissa velvollisuus vastata kilpailuviranomaisten esittämiin tosiasioita koskeviin kysymyksiin ja antaa asiaa koskevat asiakirjat kilpailuviranomaisen käyttöön. Tutkimusten kohteena olevalla toimijalla on kuitenkin oikeus olla vastaamatta kysymyksiin, jotka tosiasiassa merkitsevät syyllisyyden myöntämistä. Ks. asia 374/87 Orkem v. komissio, (1989) ECR 3283, k. 34–39.

Kilpailunrajoituslaissa ei ole erityistä mainintaa kilpailuviraston tutkimusten kohteena olevan elinkeinonharjoittajan oikeudesta olla syyllistämättä itseään. Suojan toteuttaminen on tällöin kiinnitettävä oikeudellisesti Euroopan ihmisoikeussopimukseen ja EU:n perusoikeuskirjaan sekä edellä käsiteltyyn EU:n tuomioistuimen oikeuskäytäntöön. Sitä vastoin kilpailuoikeudellisissa hallintolainkäyttöprosesseissa itsekriminoinnin suoja voidaan yhdistää myös kansallisiin säännöksiin. Hallintolainkäyttölain 39.3 §:n mukaisesti todistajan kuulemisessa noudatetaan oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 18–39 §:ää, jonka perusteella todistaja voi kieltäytyä todistamasta, mikäli hän asettaa itsensä tai läheisensä syytteen vaaraan. Vaikka oikeudenkäymiskaaren 17 luvussa viitataan nimenomaan rikosoikeudellisten seuraamusten vaaraan, on säännöstä voitava soveltaa myös kilpailuoikeudellisiin seuraamuksiin, kun otetaan huomioon Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan soveltamiskäytäntö. Ks. kansallisesta keskustelusta Ruohoniemi, s. 228–229.

Lisäksi oikeuskäytännössä on kiinnitetty huomiota riippumattomien lakimiesten yleiseen asemaan oikeudenhoidon toteuttamisessa; asiakkaalla on oltava mahdollisuus kääntyä riippumattoman lakimiehen puoleen ilman pelkoa siitä, että luottamukselliset tiedot voivat myöhemmin paljastua.[266]

Kilpailuviranomaisten tarkastukset voivat joissakin tapauksissa ulottua tiloihin, jotka kuuluvat perustuslain 10 §:ssä, Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artiklassa ja EU:n perusoikeuskirjan 7 artiklassa suojatun kotirauhan piiriin.[267] Asetuksen 1/2003 21 artiklan perusteella komissiolla ja sitä avustavalla kilpailuviranomaisella on mahdollisuus tällaisten tarkastusten suorittamiseen. Kilpailuvirastolla ei sitä vastoin ole vastaavaa oikeutta kilpailunrajoituslain soveltamistilanteissa.[268] Asetuksen 1/2003 mukaisten toimivaltuuksien käyttöönottomenettelyä on kuitenkin perus- ja ihmisoikeusseikkojen vuoksi kvalifioitu. Tarkastuksen suorittaminen edellyttää tällöin kansallisen tuomioistuimen (markkinaoikeus) hyväksyntää.

Kilpailuoikeudellisen tutkinnan kohteena olevan toimijan tulee saada tietoonsa ne perusteet, joiden varaan toimijaa koskevat epäilyt rakentuvat. Merkitykselliset seikat koskevat muun ohella epäilyksen laajuutta ja sisältöä. Toimijalla on oltava oikeus tulla kuulluksi ja siten lausua käsityksensä epäilyjen paikkansa pitävyydestä. Tämän oikeuden toteuttaminen edellyttää mahdollisuutta tutustua kilpailuviranomaisen käytettävissä oleviin asiakirjoihin. Kyse on olennaisesti puolustautumisoikeuksien tasavertaisuudesta kilpailuviranomaisen toimintamahdollisuuksiin nähden (equality of arms).[269] Puolustautumisoikeuksien täysimääräinen toteutuminen edellyttää sitä, että kilpailunrajoituksesta epäilty toimija saa lähtökohtaisesti tutustua kaikkiin asian selvittämisen yhteydessä syntyneisiin asiakirjoihin mukaan lukien asiakirjat, joihin kilpailuviranomainen ei itse vetoa. Oikeuden asiakirjoihin tutustumiseen tulee olla taattu riittävän aikaisessa vaiheessa, jota puolustautumisoikeuksien käyttäminen olisi tehokasta.

Kilpailunrajoituksesta epäillyn toimijan oikeutta tutustua tutkinnan yhteydessä syntyneisiin asiakirjoihin voidaan rajoittaa. Rajoitukset koskevat muiden yri-

---

[266] Ks. tarkemmin esim. yhdistetyt asiat T-125/03 ja T-253/03 Akzo Nobel Chemicals ja Akcros Chemicals v. komissio, (2003) ECR II 4771, k. 86–87.

[267] Tällaisia tiloja voivat olla esim. kilpailunrajoituksesta epäiltyjen yritysten johtajien kodit ja kesäasunnot, joissa epäillään säilytettävän asian selvittämisen kannalta relevanttia aineistoa.

[268] Kilpailuviraston toimivaltuuksia on esitetty muutettaviksi kansallisen kilpailulainsäädäntömme uudistamisen yhteydessä siten, että kilpailuviraston ja aluehallintoviraston tarkastusvaltuudet ulottuisivat koskemaan myös kansallisen kartellikieltomme ja määräävän markkina-aseman väärinkäytön kieltomme rikkomistilanteita. Ks. tarkemmin HE 88/2010 vp, s. 76–78.

[269] Asiakirjojen asianosaisjulkisuutta ja samalla käytettävien keinojen yhdenmukaisuutta kilpailuoikeudellisissa prosesseissa on käsitelty EU-oikeudellisessa oikeuskäytännössä laajasti. Ks. esim. asia 85/76 Hoffmann-La Roche v. komissio, (1979) ECR 461, k. 9 ja 11, ja asia C-51/92 P Hercules Chemicals NV v. komissio, (1999) ECR I 4235, k. 75.

tysten liikesalaisuuksia sisältäviä asiakirjoja ja kilpailuviranomaisten sisäisiä valmisteluasiakirjoja. Kilpailuviranomaisten sisäisten valmisteluasiakirjojen asianosaisjulkisuuden rajaamisen osalta on otettava huomioon rajauksen peruste. Monissa tilanteissa asianosaisjulkisuuden rajoitus pohjautuu kilpailuviranomaisen tutkimusrauhan turvaamiseen. Kun tutkimukset on suoritettu ja kilpailuviranomainen on esittänyt lähtökohtaiset perusteet epäilyilleen, voidaan asianosaisjulkisuuden rajoitusten tarpeen katsoa usein päättyneen.[270]

Kilpailuviranomaisen päätöksentekomenettely on pyrittävä rakentamaan siten, että menettelyssä otetaan huomioon kaikki asiaan vaikuttavat seikat. Näkökulma korostuu erityisesti silloin, kun kilpailuviranomainen voi omilla päätöksillään asettaa suoria velvoitteita tai sanktioita kilpailua rajoittaneille toimijoille. Kilpailunrajoituksesta epäiltyä toimijaa on pidettävä syyttömänä, kunnes hänen syyllisyytensä on laillisesti näytetty toteen. Syyttömyysolettama voidaan perustaa Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6(2) artiklaan. Kilpailuviranomaisella on lähtökohtainen velvollisuus näyttää toteen toimijan syyllistyminen kilpailulainsäädännön vastaiseen menettelyyn. Todistustaakan jakautumisesta on nimenomainen säännös asetuksen 1/2003 2 artiklassa. Todistustaakan jakautumiseen voi kuitenkin vaikuttaa asiassa esitetty näyttö. Kyse voi olla esimerkiksi siitä, että kilpailua rajoittavasta toiminnasta esitetty näyttö johtaa vastapuolen velvollisuuteen tuoda esille toiminnan hyväksyttävyyttä koskevat asianhaarat.[271]

Kilpailuoikeudellisia sanktioita määrättäessä on otettava huomioon yleiset perus- ja ihmisoikeuksista seuraavat vaatimukset. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin perusteisiin kuuluu, että päätökset tehdään kohtuullisessa ajassa. Kilpailunrajoitusasioiden ratkaisemiselle ei ole asetettu lainsäädännössä erityisiä määräaikoja toisin kuin yrityskauppa-asioille. Tästä huolimatta on selvää, että kilpailunrajoituksen käsittelyaika on merkityksellinen niin kilpailunrajoituksesta epäiltyjen toimijoiden, kilpailunrajoituksen vaikutuspiirissä olevien yritysten kuin markkinoiden toimivuuden kannalta. Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan mukainen prosessin keston arviointi on kokonaisharkintaa, jossa yksittäistapauksellisilla olosuhteilla on olennainen asema. Harkinnassa voidaan ottaa

---

[270] Kansallisessa oikeuskäytännössämme on ns. asfalttikartelliasiaan liittyvissä prosesseissa tarkasteltu kilpailuviraston suorittamien haastattelumuistioiden oikeudellista asemaa (KHO 12.4.2006 895, 2299/2/05, KHO 12.4.2006, 893, 2301/2/05, ja KHO 12.4.2006, 894, 2321/2/05).

[271] Ks. myös yhdistetyt asiat C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P ja C-219/00 P Aalborg Portland A/S ym. v. komissio, (2004) ECR I 123, k. 78–79.

Syyttömyysolettaman voidaan katsoa käytännössä heijastuvan myös siihen, kuinka kilpailuviranomainen voi käsitellä kilpailunrajoitusasiaa julkisuudessa. Viranomaisen tehtävä ei ole saattaa julkisuuteen toimijaa syylliseksi leimaavia tietoja tai kannanottoja, ennen kuin asia on käsitelty ja syyllisyys todettu oikeudellisessa menettelyssä. Ks. myös Ameye, s. 337. Ks. Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6(2) artiklan tulkinnasta myös Pellonpää, s. 415. Olettaman rikkominen voi johtaa julkisen vallan vahingonkorvausvastuuseen.

huomioon ainakin tapauksen vaikeusaste, osapuolten asema ja käyttäytyminen sekä kansallisten tuomioistuimien ja viranomaisten menettelyt prosessin aikana.[272]

Sanktioita ei voida asettaa takautuvasti, vaan niiden tulee perustua säännöksiin, jotka määrittelevät toiminnan kielletyksi jo tekohetkellä. Kilpailuoikeudessa asetelma liittyy keskeisesti sakkojen ja muiden seuraamusten määrää ohjaavien tiedonantojen ja suuntaviivojen soveltamiseen.[273] Kilpailua rajoittanut toimija ei saa tulla rangaistuksi kahdesti samasta teosta. Kysymys on ajankohtainen, koska asetuksella 1/2003 on pyritty lisäämään EU:n kilpailuoikeuden soveltamisen hajauttamista ja kilpailuviranomaisten välistä yhteistyötä. *Ne bis in idem* -periaatteen soveltamisessa on otettava huomioon sekä EU:n perusoikeuskirjaan että kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin liittyvä sääntely. EU:n perusoikeuskirjan 50 artiklassa *ne bis in idem* -periaatteen tarkastelu on ulotettu unionitasolle: ketään ei saa panna syytteeseen tai rangaista rikoksesta, josta hänet on jo unionissa lopullisesti vapautettu tai tuomittu syylliseksi lain mukaisesti. Asetelma heijastuu siihen, millä tavoin EU:n kilpailuoikeuden ja kansallisen kilpailulainsäädännön soveltamisessa on otettava huomioon muut unionissa samassa asiassa annetut tuomiot. Arviointiin vaikuttaa osaltaan pyrkimys perus- ja ihmisoikeusmyönteiseen laintulkintaan.[274]

Kilpailuoikeudellisten sanktioiden asettamistoimivallan jaon osalta on omaksuttu erilaisia ratkaisuja. Komissiolla on sekä kilpailuasioiden tutkintaan että sanktioiden määräämiseen liittyviä toimivaltuuksia. Kansallisella tasolla kilpailuviraston sanktioiden asettamista koskevia valtuuksia on jatkuvasti laajennettu, mutta toimivalta seuraamusmaksujen määräämiseen ja yrityskauppojen kieltämiseen on edelleen pidetty riippumattomalla tuomioistuimella eli markkinaoikeudella.[275] Toimivaltaratkaisuista riippumatta on kilpailunrajoituksen osapuo-

---

[272] Ks. prosessin keston kohtuullisuuden arviointiperusteista Pellonpää, s. 380. Ks. jutun vaikeusasteen ja prosessin keston välisen suhteen arvioinnista Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan soveltamisessa Spolander, s. 150–152.

[273] Ks. tarkemmin yhdistetyt asiat C-189/02 P, C-202/02 P, C-205–208/02 P ja C-213/02 P Dansk Rorindustri A/S ym. v. komissio, (2005) ECR I 5425.

[274] Ks. myös Wils 2005, s. 107–109, ja Ameye, s. 339.

[275] Ennen 1.5.2004 voimaan tullutta uudistusta oli yksinomaan markkinaoikeudella oikeus määrätä seuraamusmaksuja sekä päättää kilpailunrajoituksen lopettamisesta tai toimitusvelvollisuuden asettamisesta. Toimivaltaratkaisun perusteena oli jaottelu yhtäältä hallintoviranomaisiin ja toisaalta tuomioistuimiin. Toimivalta yritysten oikeusasemiin voimakkaasti kohdistuvien seuraamusten määräämiseen haluttiin pitää vain tuomioistuimilla. Ks. aiemmasta keskustelusta esim. Rissanen – Korah, s. 333–337. Kilpailunrajoituslain muutoksen yhteydessä 1.5.2004 annettiin kilpailuvirastolle toimivaltuudet määrätä kilpailunrajoitus kiellettäväksi ja toimitusvelvollisuus asetettavaksi. Seuraamusmaksujen määrääminen jäi kuitenkin yksin markkinaoikeuden toimivaltaan. Ratkaisua perusteltiin pyrkimyksellä tehostaa kilpailunrajoituslain soveltamisjärjestelmän toimintaa sekä kansainvälisesti vakiintuneilla toimintamalleilla. Ks. tarkemmin HE 11/2004 vp, s. 14–16. Kansal-

len kannalta keskeistä, että hänellä on mahdollisuus päästä asiassaan riippumattomaan tuomioistuimeen. Oikeusturvan toteutumisen kannalta ei ole vaikutusta sillä, käsitteleekö riippumaton tuomioistuin asiaa joko ensimmäisenä päätöksentekijänä tahi valitusasteena.[276] Oma kysymyksensä on puolestaan se, miten tutkinnallisten ja sanktioiden määräämiseen liittyvien toimivaltuuksien keskittäminen samalle orgaanille vaikuttaa prosessin tavoitteiden toteutumiseen.[277]

Yksilöiden kilpailuoikeuden perusteella saaman suojan merkitykseen vaikuttavat menettelyllisten oikeuksien lisäksi ne valmiudet, joita kilpailuviranomaisilla ja kansallisilla tuomioistuimilla on kilpailulainsäädännön soveltamiseen. Kyse on tältä osin oikeusturvan toteuttamisen tosiasiallisista edellytyksistä. EU:n kilpailuoikeuden soveltamisen uudistaminen on asetuksen 1/2003 myötä lisännyt kilpailuviranomaisten keskinäistä yhteistyötä ja tarvetta siirtää yksittäisiä kilpailunrajoitusasioita viranomaiselta toiselle. Samalla on korostunut kilpailuviranomaisten välisen tiedollisen ja taidollisen koheesion merkitys; kokonaisuus on yhtä vahva kuin sen heikoin osa. Kilpailunrajoitusasioiden käsittelyn siirtäminen ei saa johtaa asian osapuolina olevien toimijoiden oikeusasemien vaarantumiseen.

Tilanne näyttäytyy nimenomaan kilpailuoikeuskulttuuriin liittyvänä kysymyksenä; pelkkä kilpailuoikeudellisen säännöstön harmonisointi ei riitä takamaan riittävän oikeudellisen ja taloustieteellisen asiantuntemuksen tasoa. Toisaalta asetuksessa 1/2003 on luotu eräänlainen turvaverkko varmistamaan EU:n kilpailuoikeuden tehokkaan soveltamisen edellytyksiä.[278] Komission asema kilpailuviranomaisten muodostaman verkoston johtajana on edelleen vankka, ja komissio voi ääritilanteessa ottaa yksittäisen asian käsittelyynsä. EU:n kilpailuoikeuden soveltamisen hajauttamisaste on siten tosiasiassa rajallinen.

Jäsenvaltioiden kilpailuviranomaisia suuremmat tiedolliset ja taidolliset haasteet liittyvät kansallisiin yleisiin tuomioistuimiin ja osittain myös välimiesoikeuksiin kilpailuoikeuden soveltajina. Kilpailuasioiden soveltaminen on toistai-

---

linen keskustelu kilpailuoikeudellisen toimivallan jakautumisesta tulee suurella todennäköisyydellä jatkumaan. Kilpailuviraston toimivaltuuksien laajentamista voidaan perustella erityisesti asetuksella 1/2003 luodun soveltamisjärjestelmän toimivuuden varmistamisella. Puhtaasti oikeusturvanäkökulmasta lähtien nykyistä järjestelmää voidaan pitää perusteltuna. Jos muutoksiin mennään, on elinkeinonharjoittajien oikeusasemien suojamekanismeja kilpailuvirastossa käytävän prosessin osalta vahvistettava.

[276] Ks. Wils 2004, s. 209, ja Pellonpää, s. 358–359. Ks. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännöstä asia Le Compte, van Leuven ja De Meyere v. Belgia, 23.6.1981, 6878/75, 7238/75, k. 51, ja asia Albert ja Le Compte v. Belgia, 10.2.1983, 7299/75, 7496/76, k. 29.

[277] Ks. tarkemmin Wils 2004, s. 212–222.

[278] Tähän turvaverkkoon voidaan katsoa kuuluvan kansallisen kilpailuviranomaisen velvollisuus tiedottaa asian vireilletulosta ja antaa tieto komissiolle EU:n kilpailuoikeutta koskevan päätöksen tekemisestä. Lisäksi komissiolla on asetuksen 1/2003 11 artiklan nojalla viime kädessä mahdollisuus ottaa yksittäinen tapaus omaan käsittelyynsä.

seksi ollut vähäistä näissä tuomioistuimissa. Yksityisoikeudellisen soveltamisen merkityksen lisääminen on kuitenkin yksi EU:n kilpailuoikeuden kehittämisen pitkän aikajänteen painopisteistä, joten asia on yksittäisten toimijoiden oikeusturvanäkökulmasta otettava vakavasti.

Kansallisten tuomioistuinten kilpailuoikeudellisen toimintakyvyn arvioinnissa voidaan tukipintaa hakea niistä yleisistä kriteereistä, joiden avulla EU-oikeuden kansallista soveltamista on jäsennetty. Tällöin keskeiseen asemaan nousee *tehokkuusperiaate*, joka muodostaa eräänlaisen menettelyllisten oikeuksien vähimmäistason.[279] Kansalliset soveltamismenettelyt on järjestettävä siten, ettei EU-oikeuteen vetoaminen muutu tosiasiassa mahdottomaksi tai kohtuuttoman vaikeaksi. Tämänkaltainen ajatus on ollut esillä aiemmin tarkastellussa komission toimintavelvollisuuksia koskeneessa oikeuskäytännössä.[280] Komissio voi lopettaa yhteisöintressiä vailla olevan asian käsittelyn, mikäli yksittäisen toimijan oikeudet on mahdollista tosiasiassa turvata tehokkaasti kansallisessa tuomioistuinmenettelyssä. Kansallisen menettelyn järjestäminen vaikuttaa toisin sanoen komission harkintaan ja mahdollisuuksiin yksittäistapauksissa päättää asian käsittely.

Kansallisten tuomioistuimien mahdollisuuksiin kehittää kilpailuoikeuden soveltamista liittyy eräänlaisen kehätilanteen vaara. Asiantuntemuksen ja rutiiniin saavuttaminen edellyttää käsiteltäviä juttuja ja käytäntöjen vakiintumista, mikä on puolestaan riippuvaista yksittäisten toimijoiden halusta saattaa kilpailuoikeudellisia asioita vireille yleisissä tuomioistuimissa. Tähän haluun vaikuttaa osaltaan yksittäisten toimijoiden tuntema luottamus yleisten tuomioistuinten kilpailuoikeudelliseen asiantuntemukseen. Tilanne tullee kuitenkin osittain ratkeamaan luontaisen kehityksen tuloksena. Kun panokset ovat riittävän suuret, vievät yksittäiset toimijat vähäisestä ratkaisukäytännöstä huolimatta kilpailuoikeuden soveltamiseen liittyviä asioita yleisiin tuomioistuimiin, jolloin puolestaan käytäntöjen syntyminen ja vakiintuminen on mahdollista. Toiseksi asetelman purkaminen edellyttää koulutusta ja mahdollista tuomioistuinlaitoksen sisäistä erikoistumista. Lisäksi yleisillä tuomioistuimilla on oltava tosiasiallinen valmius yhteistyöhön komission ja jäsenvaltioiden kilpailuviranomaisten kanssa. Asetus 1/2003 ja kilpailunrajoituslain 18 a § tarjoavat tähän jo nyt toimivat puitteet. Näitä välineitä on vain tarvittaessa uskallettava käyttää.

---

[279] Ks. tarkemmin asia 33/76 Rewe-Zentralfinanz eG and Rewe-Zentral AG v Landwirtschaftskammer für das Saarland, (1976) ECR 1989, k. 5. Ks. myös esim. asia 45/76 Comet BV v Produktschap voor Siergewassen, (1976) ECR 2043, ja yhdistetyt asiat 66, 127 ja 228/79, Amministrazione delle Finanze v Srl Meridionale Industria Salumi, Fratelli Vasanelli and Fratelli Ultrocchi, (1980) ECR 1237.

[280] Ks. tarkemmin asia T-24/90 Automec srl v. komissio (II), (1992) ECR II 2223, k. 89–98.

3.3.4 Sisällöllinen perustelu

3.3.4.1 Yleistä

Yksilö nousee vapausperiaatteen mukaisessa tarkastelussa keskeiseen asemaan. Oikeusjärjestyksessä annetaan yksilöille erilaisia oikeuksia. Oikeuksien luominen ei ole yksin riittävää, vaan on myös varmistettava, että yksilöt voivat käyttää oikeuksiaan mielekkäällä tavalla. Vapausperiaate luo yhteyden yksilön toimintamahdollisuuksien suojaamisen ja kilpailuoikeuden välille. Vapautta voidaan pitää keskeisenä yhteiskunnallisena arvona.[281] Se muodostaa materiaalisen perustelun yksilöiden suojaamiselle.

Vapausperiaatetta on mahdollista tarkastella eri suunnista. Vapausperiaatteen sisällön systemaattinen hahmottaminen edellyttää mahdollisimman laaja-alaisen tarkastelutavan omaksumista. Seuraavassa otetaan esille kolme rinnakkaista tapaa vapausperiaatteen jäsentämiseen. Kuhunkin niistä sisältyy toisistaan ainakin jossain määrin poikkeava maailmankuva, mikä heijastuu sääntelylogiikan sisältöön.

Yksilön toimintamahdollisuuksien suojaaminen on ollut voimakkaasti esillä Yhdysvaltain antitrust-lainsäädännön kehityksen alkuvaiheessa 1800-luvun lopussa ja 1900-luvun alussa. Antitrust-lainsäädäntö nähtiin keinoksi turvata elinkeinotoiminnan vapautta muuttuvissa taloudellisissa ja yhteiskunnallisissa oloissa. Vapausperiaatteen arvioinnissa on syytä mennä kilpailuoikeudellisen sääntelyn globaaleille juurille aina Yhdysvaltain kilpailuoikeuteen saakka. Siirto on perusteltu, vaikka Yhdysvaltain antitrust-lainsäädäntö poikkeaa monilta osin eurooppalaisesta kilpailuoikeustraditiosta. Tästä kehityksestä on mahdollista ammentaa tekijöitä, joiden avulla näkemystä vapausperiaatteen sisällöstä voidaan monipuolistaa ja syventää.

Ordoliberalismilla on ollut erityinen merkitys EU:n kilpailuoikeuden ja samalla eurooppalaisen kilpailuoikeustradition kehittymisessä.[282] Tämä vaikutus on tosin jossain määrin laimentunut viimeisten vuosikymmenten aikana. Ordoliberalismi on heijastunut myös Suomen kilpailulainsäädännön kehitykseen ja suomalaiseen kilpailuoikeudelliseen tutkimukseen.[283] Se muodostaa keskeisen ideologisen perustan vapausperiaatteelle ja yksilön oikeusaseman suojaamiselle

---

[281] Ks. kilpailuoikeudellisesta keskustelusta tältä osin esim. Gerber 1998, s. 418.

[282] Ks. esim. Gerber 1998, s. 261–265.

[283] Vaikutusreittejä on ollut useita. Eräs reitti on muodostunut EU:n kilpailuoikeuden kautta. Merkityksellistä on myös ollut vaikutus suomalaisessa kilpailuoikeudellisessa ja kilpailun taloustieteessä käytettyihin puheenvuoroihin. Ks. tältä osin esim. Kuoppamäki 2003, s. 40–47, ja M. Virtanen 1998, s. 309–311. Suoran ja yksittäistapauksellisen vaikutuksen sijaan olennaista on ollut ordoliberalistisen ajattelun heijastuminen suomalaisen kilpailuoikeuskulttuurin kehitykseen.

kilpailuoikeuden keinoin. Ordoliberalismin yksilönvapauteen keskittyvän tarkastelutavan sisältöä on peilattava kilpailuoikeuden kehityksen nykyiseen vaiheeseen. Tämä merkitsee vapausperiaatteen tarkastelemista yhdessä kilpailuoikeuden muiden kantavien periaatteiden kanssa. Päivittämistarpeesta huolimatta ordoliberalistisella lähestymistavalla on merkittävä vaikutus yksilön oikeussuojan toteutumisen kannalta.

Yksilöillä on keskeinen asema oikeusjärjestyksessä: oikeusjärjestyksen keskeiseksi tehtäväksi voidaan nähdä juuri yksilöiden suojaaminen. Kilpailuoikeudessa säännellään voimakkaasti viime kädessä yksilöiden oikeusjärjestyksessä turvattujen oikeuksien käyttämistä. Kilpailuoikeuden ja perusoikeuskeskustelun välille on luontevasti löydettävissä yhteys. On jopa yllättävää, että tätä leikkauspintaa on tutkittu ainakin kansallisesti varsin rajallisesti.[284] Perusoikeustutkimuksesta ja -keskustelusta voidaan löytää välineitä kilpailuoikeudellisten kysymysten jäsentämiseen. Samalla kilpailuoikeus voidaan nähdä yhteydessä oikeusjärjestyksen muodostamaan kokonaisuuteen.

Vapausperiaatteen sisällöllisistä perusteluista voidaan muodostaa kokonaisvaltainen näkemys, kun yhdistetään edellä mainitut rinnakkaiset lähestymistavat. Samalla syntyy perusta, johon vapausperiaatteen kilpailuoikeudellinen operationalisointi voidaan tukevasti kiinnittää. Lisäksi vapausperiaatteen sisällöllisten perusteluiden tuntemus on edellytys kilpailuoikeuden kantavien periaatteiden keskinäisten suhteiden jäsentämiselle.

3.3.4.2 Yksilöiden taloudellisten toimintavapauksien suojaaminen Yhdysvaltain antitrust-lainsäädännössä

Yksilöiden toimintavapauksien suojaaminen on ollut esillä Yhdysvaltain antitrust-lainsäädännön kehityksen eri vaiheissa. Erityisen voimakas asema toimintavapauksien suojaamisella oli Sherman Actin säätämiseen liittyneissä yhteiskunnallisissa keskusteluissa. On mahdollista luonnehtia yksittäisten elinkeinonharjoittajien vapauksien turvaamisen olleen keskeinen ponnin antitrust-lainsäädännön synnyssä. Näistä keskusteluista voidaan löytää yksi näkökulma yksilön toimintavapauksien kilpailuoikeudelliseen suojaamiseen.

Yksittäisten elinkeinonharjoittajien toimintamahdollisuuksien suojaaminen antitrust-lainsäädännössä nivoutuu tiiviisti Yhdysvaltain elinkeinorakenteen muutokseen 1800-luvun lopussa. Ennen sitä Yhdysvaltain talous oli perinteisesti rakentunut yksityisyrittäjien ja pienviljelijöiden aktiivisuuden varaan. Tätä aikakautta voidaan kutsua jeffersonilaisuudeksi. Taloudellisen toiminnan rakenteen

---

[284] Ks. aiemmasta tutkimuksesta esim. Aine 2001b. Ks. myös Pöyhönen 2000, s. 19–21 ja 88–90.

lisäksi jeffersonilaisuuteen liittyi voimakas yhteiskunnallinen näkemys: yhteiskunnan muodostavat tasavertaiset yksilöt, jotka päättävät yhdessä yhteiskunnallisten asioiden järjestämisestä ja yhteiskunnan kehittämisestä.[285]

Jeffersonilainen talouden rakenne ja samalla maailmankuva joutui 1800-luvun lopulla kasvavien teollistumiskehityksestä aiheutuvien muutospaineiden alaiseksi. On mahdollista puhua taloudellisen rakenteen kokonaisvaltaisesta muutoksesta.[286] Talouden kehitys johti kohti aiempaa suurempia tuotantoyksiköitä ja siitä seuranneeseen taloudellisen vallan keskittymiseen. Samalla yksittäisten elinkeinonharjoittajien perinteiset toimintamahdollisuudet joutuivat uhatuiksi ja tosiasiassa kaventuivat.

Antitrust-lainsäädännön säätäminen voidaan nähdä vastavoimaksi taloudellisen ja yhteiskunnallisen rakenteen muutokselle. Konkreettiset ongelmat koskivat muun muassa taloudellisen vallan keskittymistä rautatieliikenteessä. Yksityisyrittäjät ja maanviljelijät kokivat olevansa voimattomia suurten taloudellisten toimijoiden edessä ja tulevansa perusteetta kohdelluiksi epäyhtenäisesti sopimustoiminnassa.[287] Antitrust-lainsäädännön tehtävänä oli varmistaa yksilöiden oikeus tuotteidensa myymiseen ja siten markkinoilla pysymiseen.[288] Tämä oikeus on olemassa riippumatta taloudellisen toiminnan tehokkaimmasta järjestämistavasta.

Arvioinnissa johtavan aseman sai yksilön oikeudellinen asema markkinoilla. Yhteiskunnan tehtävänä on rajoittaa taloudellisen vallan käyttämistä ja turvata yksilöiden toimintamahdollisuuksia.[289] Jyrkimmässä muodossaan taloudellisen toiminnan järjestämistavan tehokkuusnäkökohdilla ei ole merkitystä arvioinnissa. Yksilön oikeudet saavat arvioinnissa itseisarvoisen aseman.

---

[285] Kysymys on leimallisesti pienyrittäjien yhteiskunnasta. Ks. tarkemmin Correia, s. 128, ja Amato, s. 97. Ks. myös Hofstadter, s. 21, ja Millon, s. 112. Vallinneeseen yhteiskuntakäsitykseen voidaan yhdistää myös protestanttinen maailmankatsomus. Yhteiskuntanäkemyksellä on tällöin moraalinen ulottuvuus. Ks. tarkemmin Hofstadter, s. 24 ja 30.

[286] Taloudellisen toimintatavan muutos pitää sisällään taloudellisten toimijoiden koon hajautumisen yrityskoon alkaessa kasvaa. Asiaan vaikutti muun ohella teollisen toiminnan mekanisoituminen ja pääomatarpeen voimistuminen. Kehitystä vauhditti myös laaja taloudellinen taantuma ja sitä seurannut fuusioaalto. Ks. Duménil – Glick – Lévy, s. 377, 383–384 ja 388. Ks. myös Neale – Goyder, s. 15.

[287] Ks. myös Kovaleff 1994b, s. 7, ja Fox – Sullivan, s. 78–83.

[288] Yksilön toimintavapauksien suoja loi puitteita tasa-arvon toteutumiselle markkinoilla. Tasa-arvon toteuttaminen saattoi merkitä joidenkin toimijoiden vapauksien, lähinnä sopimusvapauden, kaventumista. Tasa-arvoa koskevat käsitykset kumpusivat osaltaan republikaanisesta ajattelusta. Ks. tarkemmin J. May, s. 247–250 ja 265.

[289] Julkisen vallan toiminnan takana on tällöin ajatus hajautuneesta markkinarakenteesta, jossa markkinoilla on laaja joukko toimijoita. Ks. esim. Correia, s. 126–127, ja Peritz 1991 s. 131.

Taloudellisen vallan kontrolloinnilla nähdään oleva ilmeinen yhteys poliittisen järjestelmän toimivuuteen.[290] Taloudellisen vallan keskittyminen voi muodostaa uhkan poliittisen päätöksentekojärjestelmän toimivuudelle.[291] Yhteiskunnallisen sääntelyn päämäärä on sekä taloudessa että politiikassa lähtökohtaisesti sama: yhteiskunnallinen sääntely luo edellytyksiä päätöksentekojärjestelmän hajauttamiseen.[292]

Lainsäädäntökehityksen alkuvaiheen perusteella ei ole mahdollista tehdä yleisiä johtopäätöksiä yksilön toimintavapauksien suojaamisen asemasta Yhdysvaltain antitrust-lainsäädännössä. Sherman Actin säätämisprosessissa sekoittuivat erilaiset yhteiskunnalliset näkökohdat; elinkeinotoiminnan vapauden suojaaminen oli keskeinen mutta ei ainoa Sherman Actin säätämiseen vaikuttanut seikka.[293] Seurauksena on ollut se, ettei Sherman Actin voida katsoa rakentuvan yhtenäisen arvo- ja tavoiteperustan varaan.[294] Tätä taustaa vasten on ymmärrettävissä, että sen kilpailuoikeudellisiin kieltoihin jäi liikkumavaraa erilaisille tulkinnoille.[295] Sherman Actin sisällön täsmentäminen siirtyi ratkaistavaksi oikeuskäytännössä. Sen sisällöllinen kehitys on ollut monipolvinen eikä sitä voida tarkastella pistemäisesti.[296] Asiaa koskevassa keskustelussa palataan viime kädessä

---

[290] Ks. taloudellisen ja poliittisen järjestelmän välisistä yhteyksistä Yhdysvaltain antitrust-lainsäädännön syntyhistoriassa yleisesti esim. Adams – Brock 1996, s. 746, ja Hofstadter, s. 22. Julkisen vallan tehtävät voidaan tältä osin nähdä yhteydessä republikaaniseen yhteiskuntanäkemykseen. On mahdollista puhua republikaanisen painotuksin toteuttavasta liberaalista poliittisesta teoriasta. Ks. tarkemmin Millon, s. 86, 89–90 ja 92. Esitetyt havainnot ovat sinällään mielenkiintoisia ja auttavat yhdeltä osin hahmottamaan Yhdysvaltain antitrust-lainsäädännön kehitystä. Toisaalta on muistettava, että arviointien tekeminen yhteiskuntapoliittisten suuntausten ja taloustieteellisten koulukuntien välillä ei ole ongelmatonta. Vaarana ovat suhteita koskevien havaintojen liialliset yksinkertaistukset.

[291] Ajattelu voidaan viedä jopa niin pitkälle, että poliittisesti toimintakykyisten kansalaisten tulee olla myös taloudellisesti itsenäisiä. Ihannetapauksen muodostaa tällöin yrittäjä, joka voi lähtökohtaisen vapaasti päättää omista asioistaan. Vastaavasti pelkkä toisen palveluksessa oleminen voidaan katsoa ongelmalliseksi esitetystä näkökulmasta. Ks. tarkemmin Peritz 2000, s. 31–32, ja J. May, s. 265.

[292] Ks. myös Adams – Brock 1994, s. 505–506. Ks. Yhdysvaltain antitrust-lainsäädännön systeemisestä ulottuvuudesta myös M. Virtanen 1998, s. 73.

[293] On mahdollista puhua eräänlaisesta kompromissista kahden toimintaympäristön ja niihin liittyvien yhteiskunnallisten käsitysten välillä: yhtäältä keskusteluissa oli esille tarve suojata perinteistä liiketoimintaa harjoittaneita pienyrittäjiä ja toisaalta luoda mahdollisuuksia kasvaville yrityksille järjestää toimintansa parhaaksi katsomallaan tavalla. Ks. tarkemmin Duménil – Glick – Lévy, s. 385–388.

[294] Lainsäädäntöhistoriasta on eri tutkimuksissa pyritty löytämään vastausta Sherman Actin kilpailuoikeudellisten kieltojen sisältöön. Ks. Sherman Actin säätämismenettelyn historiallisesta tarkastelusta yleisesti esim. Kintner, s. 125–242. Lähestymistapa on sinällään mahdollinen, mutta sen avulla saavutettavien tulosten kestävyydestä voidaan perustellusti olla montaa mieltä. Ks. historiallisnormatiivisesta argumentoinnista esim. Bork, s. 56–66.

[295] Ks. harkintavallan jaottelusta myös Black 1997, s. 145–161.

[296] Ks. myös Sullivan, s. 4.

siihen, millaisten sisällöllisten lähtökohtien varaan antitrust-lainsäädännön tulisi rakentua. Keskustelun pohjavireeseen sekoittuvat erilaiset yhteiskunnalliset käsitykset julkisen sääntelyn onnistumismahdollisuuksista, yksilön toimintavapauksien lähtökohtaisen suojan vahvuudesta ja markkinoiden itseohjautuvuuden asteesta. Yksilön toimintavapauksien suojaamisen painoarvo on vaihdellut Yhdysvaltain antitrust-lainsäädännössä riippuen siitä, millaisista lähtökohdista antitrust-lainsäädännön asemaa on kulloinkin hahmotettu.

> Sherman Actin voimaantulon jälkeen yksilöiden toimintavapauksien suojaaminen on joutunut jatkuvaan testiin. Lainsäädäntökehityksen alkuvaiheissa 1890–1910-luvuilla esitettiin Sherman Actin kielloista yhtäältä tiukasti sanamuotoon (every restraint of trade) ja toisaalta todellisten kilpailuvaikutusten arviointiin (rule of reason) perustuvia tulkintoja. Tiukka sanamuodon mukainen tulkinta merkitsi erityisesti menettelyiden kohteina olleiden toimijoiden toimintavapauksien aseman korostumista harkinnassa; yksilöiden toimintavapauden rajoituksia pidettiin niiden sisällöstä riippumatta lähtökohtaisesti merkityksellisinä Sherman Actin soveltamisen kannalta.[297] Oikeuskäytännössä omaksuttu siirtymä kohti rule of reason -perusteista arviointia muutti Sherman Actin sisällön tulkintaa. Kilpailuvaikutuksiin perustuvassa tarkastelussa kiinnitettiin erityistä huomiota rajoitusten laajuuteen ja niihin syihin, joihin rajoitukset perustuivat.[298] Vain kohtuuttomat rajoitukset katsottiin lainsäädännössä kielletyiksi.[299] Tämä antoi toiminnan harjoittajalle liikkumavaraa toimintansa järjestämiseen ja vastaavasti rajoitti julkisen vallan mahdollisuuksia säännellä yksilöiden toimintaa markkinoilla.
>
> Yhdysvaltain laaja taloudellinen lama 1930-luvulla johti erilaisiin markkinoiden toiminnan ohjaustoimenpiteisiin osana New Deal -ohjelmaa. Tässä historiallisessa vaiheessa korostuivat epäilyt markkinoiden itseohjautuvuutta kohtaan; yksilöiden toimintavapauksien sääntely katsottiin monellakin tavalla välttämättömäksi. Taloudellisen laman voittamiseksi pyrittiin luomaan erilaisia kollektiivisia sääntelyelimiä.[300]

---

[297] Keskeisessä tapauksessa United States v. Trans-Missouri Freight Association, 166 U.S. 290 (1897), korostettiin yksilöiden toimintavapauden perustavaa merkitystä (the economic welfare of small dealers and worthy men) Sherman Actin tulkinnassa. Vastaava näkökulma oli esillä tapauksessa United States v. Joint Traffic Association, 171 U.S. 505 (1898), mutta Yhdysvaltain korkeimman oikeuden ratkaisun perusteluissa painotettiin aiempaa voimakkaammin kilpailun vaikutuksia hintatasoon. Ks. tarkemmin Peritz 2000, s. 35.

Sherman Actin sanamuodon mukainen tulkinta ei tarkoittanut kaikkien toimintavapauden rajoitusten katsomista lainvastaisiksi. Arviointikriteerinä käytettiin jaottelua kilpailun rajoittamiseen pääasiasiassa pyrkivien ehtojen ja erilaisten liitännäisrajoitusten välille. Ks. esim. United States v. Addyston Pipe & Steel, 85 F. 271 (6th Cir. 1989), aff'd, 175 U.S. 211 (1899). Ks. tarkemmin Peritz 1991, s. 116. Ks. myös Neale – Goyder, s. 26–27.

[298] Ks. varhaisesta oikeuskäytännöstä esim. Standard Oil Co. v. United States, 221 U.S. 1 (1911), Unites States v. American Tobacco Co., 221 U.S. 106 (1911), ja Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co., 220 U.S. 373 (1911).

[299] Ajatteluun vaikutti osin common law -doktriini, mutta siinä oli myös uusia piirteitä. Oikeuskäytännössä kehittyi myöhemmin jaottelu sellaisenaan kiellettyihin kilpailunrajoituksiin (per se) ja kilpailuvaikutusten perusteella arvioitaviin menettelyihin (rule of reason). Ks. Unites States v. Trenton Potteries Co., 273 U.S. 392 (1927).

[300] Sääntelyn taustalla oli National Industrial Recovery Act vuodelta 1933.

Sääntelyn toteuttaminen ei kuitenkaan edennyt, koska Yhdysvaltain korkein oikeus katsoi monet keskeiset sääntelytoimenpiteet perustuslain vastaisiksi.[301] Toteutuessaan sääntelytoimenpiteet olisivat kaventaneet merkittävästi yksilöiden vapaita toiminta-edellytyksiä markkinoilla. Kollektivistinen sääntelymalli olisi johtanut kollektiiviseen sääntelyjärjestelmään, jossa markkinamekanismi olisi korvattu toimijoiden välisillä neuvotteluilla. Kollektivistisen sääntelymallin torjuminen vuonna 1935 ei kuitenkaan estänyt taloutta sääntelevien toimien jatkamista muuttuneessa muodossa. Pyrkimyksenä oli kuluttajien aseman suojaaminen taloudellisia toimijoita ohjaamalla.[302]

Sherman Actin tulkintaan ovat merkittävästi vaikuttaneet taloustieteellisen ajattelun muutokset. Merkittävää murrosta yksilöiden toimintavapauksien toteuttamisessa merkitsi neoklassisen taloustieteen vaikutuksen voimistuminen yhteiskunnallisissa keskusteluissa 1920-luvulta alkaen. Yksilön toimintavapaudet jäsennettiin markkinoiden toiminnallisessa kontekstissa: yksilöiden toimintavapauksien sääntely oli mahdollista, mikäli toimintavapauksien käyttäminen johti tarjonnan laskemiseen ja tehottomaan lopputulokseen.[303] Arviointiperusteet haettiin hintateoriasta. Arviointi kiinnittyi hintatason ja tuotantokustannusten väliseen suhteeseen. Teoriaan liittyi vankka usko markkinoiden itseohjautuvuuteen ja samalla yhteiskunnallisen sääntelyn rajalliseen tarpeeseen. Markkinoiden nähtiin lähtökohtaisesti korjaavan toimintansa mahdolliset puutteet. Markkinoiden yhteiskunnallisen sääntelyn alue katsottiin rajatuksi. Muutoin seurauksena oli tehokkaan taloudellisen toiminnan estyminen ja yksilöiden oikeuksien tarpeeton rajoittaminen.

Taloustieteellisen keskustelun kehittyminen 1930-luvulla johti neoklassisen hintateorian kriittiseen tarkasteluun. Kritiikki kohdistui muun ohella taloustieteellisen maisemakuvan rakenteeseen. Neoklassisessa teoriassa oli operoitu täydellisen kilpailun ja monopolin käsitteillä. Atomistinen käsitys markkinoista ei vastannut kaikilta osin todellista markkinatilannetta. Edward Chamberlainin teos The Theory of Monopolistic Competition (1933) johti nimensä mukaisesti tarkastelemaan täydellisen kilpailun ja monopolin välillä olevia markkinaolosuhteita (oligopolit) ja niiden sääntelyn tarvetta. Keskeisen lisänsä keskusteluun toi 1940-luvulta alkaen Industrial Organization -tutkimussuuntaus. Rakenteellisten tekijöiden nähtiin vaikuttavan yksilöiden toimintaan ja edelleen markkinoiden suorituskykyyn. Näkemys markkinoiden itseohjautuvuuden tasosta poikkesi huomattavasti neoklassisen hintateorian keskeisistä olettamuksista. SCP-analyysiin tukeutuvassa harvardilaisessa ajattelussa yhteiskunnallisella sääntelyllä todettiin olevan olennainen merkitys yksilöiden toimintavapauksien suojaamisessa.[304] Sen avulla voidaan turvata yksilöiden oikeuksien lisäksi markkinoiden toimivuuden edellytyksiä. Yhteiskunnallisen sääntelyn tulee kohdistua muun ohella erityisesti markkinoille pääsyn edellytysten turvaamiseen.[305] Näin varmistetaan kilpailullisen markkinarakenteen perusteet.

Yhdysvaltain poliittisen ja ideologisen ilmaston muuttumien 1970-luvulla avasi chicagolaiselle taloustieteelliselle ajattelulle tien johtavaan asemaan antitrust-lainsää-

---

[301] Schechter Poultry v. United States, 295 U.S. 495 (1935).
[302] Ks. tarkemmin Peritz 2000, s. 142–144.
[303] Ks. Hovenkamp 1991, s. 142–144. On mahdollista puhua rule of reason -periaatteen uudesta taloudellisperäisestä tulkinnasta. Ks. tarkemmin Peritz 2000, s. 79 ja 88.
[304] Ks. tarkemmin esim. Lipczynski – Wilson – Goddard, s. 10–14.
[305] Ks. Fox 1991, s. 262.

dännön soveltamisessa. Ilmiön taustalta voidaan löytää epäluottamus julkisen vallan mahdollisuuksiin säännellä tehokkaasti talouden toimintaa ja yksilön lähtökohtaisten toimintavapauksien aseman korostaminen. Yksilöillä tulee olla mahdollisimman laajat edellytykset vapauksiensa käyttämiseen markkinoilla. Näin saavutetaan tehokkain mahdollinen lopputulos. Vain poikkeuksellisissa tapauksissa, kuten paljaiden kartellien osalta, yhteiskunnan tulee puuttua markkinoiden toimintaan. Keskittyminen ei ole ongelmallista markkinoiden toiminnan kannalta; päinvastoin markkinoiden keskittyminen on usein luonnollinen seuraus markkinoiden tehokkaasta toiminnasta. Ajattelutapaa tukee osaltaan vahva luottamus markkinoiden itseohjautuvuuteen (tai ainakin siihen, ettei julkisella vallalla ole riittävästi tietoa markkinoiden sääntelyyn). Tämä ilmenee alalle pääsyn esteiden merkityksen hahmottamisena rajalliseksi. Poliittisessa katsannossa ajattelutapa voidaan liittää konservatismin voimistumiseen Yhdysvalloissa.[306]

Taloustieteellisessä katsannossa on ilmeistä, että chicagolaisen ajattelun merkitys on heikentynyt kilpailuoikeudellisessa keskustelussa. Kritiikki on kohdistunut neoklassisen taloustieteen lähtökohtiin. Tässä yhteydessä on havaittavissa markkinoiden toimintaa koskevien näkökantojen laajentuminen; markkinoiden toimintaa ei tarkastella yksinomaan taloudellisten lopputulosten suunnalta, vaan arvioinnissa jäsennetään kilpailua myös yksilöiden välisenä kamppailuna, eräänlaisena prosessina. On mahdollista puhua postmodernista kilpailukäsityksestä.[307] Näkökulman laajentaminen korostaa yksilöiden toimintavapauksien merkitystä kilpailuoikeudellisessa tarkastelussa.

Sherman Actin sisällön ja samalla yksilön toimintavapauksien aseman kehittyminen Yhdysvaltain antitrust-lainsäädännössä on nähtävä vaiheittaisena prosessina, jonka muotoutumiseen ovat vaikuttaneet kulloisetkin yhteiskunnalliset ideologiat ja poliittiset impulssit. Yhdysvaltain antitrust-lainsäädäntö on hioutunut vuosikymmenten varrella voimakkaasti soveltamiskäytännön tuloksena. Yksilöiden toimintavapautta koskeva keskustelu on muuntunut vuosien saatossa: lähtökohdat eivät ole enää samat kuin Sherman Actin säätämisen yhteydessä. Yksilön toimintavapauksia koskevat näkökohdat eivät ole olleet viimeisten vuosikymmenten aikana erityisen mielenkiinnon kohteina. Taloudellisen vallan hajauttamista ja siten yksilön toimivapauden suojaamista kilpailuoikeuden keinoin on pidetty jopa populistisena päämääränä.[308]

Yksilön toimintavapauksien suojaamisen merkitys ei ole missään vaiheessa kovertunut kokonaan pois Yhdysvaltain antitrust-lainsäädännöstä. Kyse on ennen kaikkea niistä kriteeristä, joiden täyttyminen on suojan saamisen edellytys. Oma asiansa on lisäksi se, ettei edellä kuvattu kehitys poista yksilön toimintavapauden suojaamisen merkitystä antitrust-lainsäädännön säätämisen keskeisenä syntytekijänä. Vapausperiaatteen kannalta antitrust-lainsäädännön historiaa voi-

[306] Fox 1991, s. 178 ja 264.
[307] Sullivan, s. 164, ja Fox 1991, s. 275–277.
[308] Ks. keskustelusta esim. Areeda – Hovenkamp, s. 103–106.

daan käyttää esimerkkinä kuvamaan yksilöiden toimintavapauden suojaamisen ideaalia. Tässäkin suhteessa Yhdysvaltain antitrust-lainsäädännön kehitys on merkittävä osa maailmanlaajuista kilpailuoikeustraditiota.

3.3.4.3 Ordoliberalismi

Ordoliberalismi muodostaa vapausperiaatteen keskeisen ideologisen perustan. Tämä peruslähtökohta poikkeaa voimakkaasti tehokkuusperiaatteen taustalla olevasta utilitaristisesta ajattelusta. Ordoliberalistisessa ajattelussa keskeisen aseman saa yksilö. On jopa mahdollista sanoa, että yksilöllä ja hänen toimintavapaudellaan nähdään olevan itseisarvoinen asema.[309] Yksilö ei ole vain keino joidenkin tavoitteiden, kuten yhteiskunnallisen hyvinvoinnin, toteuttamiseksi.

Ordoliberalistisen ajattelun moraalisfilosofiset juuret voidaan palauttaa aina Immanuel Kantiin saakka.[310] Ajattelussa korostuu arvojen merkitys: yhteiskunnassa on olemassa arvoja, jotka ovat itsessään merkityksellisiä, eikä niiden asema perustu arvojen noudattamisen seurauksiin.[311] Tämän maailmankuvan mukaan yksilöt pyrkivät noudattamaan keskinäisessä toiminnassaan näitä arvoja ja kunnioittamaan toistensa vapauksia.[312] Yhteiselämän järjestämiseksi saattaa olla tarpeen perustaa erillisiä yhteiskunnallisia organisaatioita. Julkiselle vallalle voidaan asettaa toimintavelvoitteita. Yhteiskunnan organisoitumisen katsotaan perustuvan vapaiden yksilöiden keskinäiseen sopimukseen. Kyse on yhteiskuntasopimuksesta, jonka varaan rakennetaan perusteiltaan yksilön arvoa kunnioittava yhteiskunta.[313]

---

[309] Yksilöä ja hänen tarpeitaan tulee kunnioittaa yhteiskunnassa. Yksilöllä tulee olla mahdollisimman laaja liikkumavara yksilöllisten tarpeidensa toteuttamiseen. Ks. esim. Eucken 1989, s. 34, Möschel 2003b, s. 184–187, ja Lenel 1989, s. 29.

[310] Ks. esim. Möschel 1989, s. 148–149.

[311] Ajattelutapa on tässä suhteessa deontologinen. Arvojen merkitystä ei johdeta niiden noudattamisen seurauksista. Ks. myös Rawls 1988, s. 29.

[312] Ordoliberalistisen näkemyksen mukaan yksilöiden keskinäinen toiminta ei saa perustua alistamiseen eikä pakottamiseen.

[313] Ks. ordoliberalismin yhteyksistä yhteiskuntasopimusajatteluun Möschel 2003a, s. 286. Ajattelun perusteeksi konstruoidaan alkutila, jossa vapaat ja tasa-arvoiset yksilöt neuvottelevat yhteiselämän järjestämisen yleisistä periaatteista, pelisäännöistä. Yhteisten periaatteiden hyväksymisen edellytyksenä on, että kaikki voivat sitoutua niihin. Yhteiskuntasopimusajattelussa korostuu tyypillisesti vastavuoroisuus ja toisten yksilöiden kunnioittaminen. Ks. myös Möschel 2003b, s. 186–187. Yhteiskuntasopimusajattelu on rinnakkainen utilitarismin kanssa. Ks. tältä osin Sally, s. 16. Kant edustaa jatkumoa, johon voidaan katsoa erilaisuuksistaan huolimatta sijoittuvan ainakin Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau ja John Rawls. Ks. Locken ja Rousseaun ajattelun perusteista esim. J. Tolonen 1989, s. 43–47 ja 54–60.

Ordoliberalistisessa ajattelussa korostuvat luontevasti yksilön toimintaedellytykset. Yksilöillä tulee olla mahdollisuus käyttää vapauksiaan sekä positiivisessa että negatiivisessa merkityksessä.[314] Taloudellisessa viitekehyksessä tämä tarkoittaa mahdollisuutta harjoittaa vaihdantaa ja tehdä yhteistyötä muiden toimijoiden kanssa. Yksilön vapauden toteutumisen edellytyksenä on se, että yksilöt eivät voi alistaa toisiaan tai muulla tavoin käyttää taloudellista valta-asemaansa hyväkseen. Vapaa yksilö voi toteuttaa itseään ihmisenä. Yksilöä ei nähdä vain laskelmoivana voittoa tavoittelevana taloudellisena toimijana vaan kokonaisvaltaisena ihmisenä.

Taloudellisten vapauksien käyttämisellä on yhteiskunnassa taloudellista hyvinvointia edistäviä vaikutuksia; vaihdannan seurauksena yhteiskunnallinen hyvinvointi lisääntyy. Tämä utilitarismin peruspostulaatti tunnistetaan ordoliberalistisessa ajattelussa. Kyse on yksilöiden vapauksien käyttämisen seurauksista. Vapauden suhde markkinoiden toimintaan ja samalla taloudelliseen tehokkuuteen nähdään harmonisena.

Ordoliberalistiseen maailmankuvaan kuuluu olennaisena seikkana ajatus talouden sääntelyn välttämättömyydestä.[315] Markkinoiden ei oleteta ainakaan järkevällä aikajänteellä poistavan taloudellisen vallan väärinkäytön mahdollisuuksia siten, että yksilöiden toimintavapaudet tulisivat asianmukaisella tavalla suojatuiksi. Yhteiskunnan ja erityisesti oikeudellisen sääntelyn tehtävänä on taloudellisen vallan kontrollointi, jotta yksilöt voivat käyttää oikeuksiaan ilman perusteettomia esteitä. Kilpailuoikeuden tehtävänä on edellytysten luominen kokonaisvaltaiselle kilpailulle. Kokonaisvaltaisella kilpailulla tarkoitetaan tilannetta, jossa yksikään toimija ei kykene rajoittamaan toisten toimijoiden vapautta markkinoilla.[316] Tällöin myös markkinat toimivat optimaalisesti ja tuottavat yhteiskunnallisesti arvioiden parhaan mahdollisen taloudellisen lopputuloksen.

Ordoliberalistisen ajattelun perusta ei ulotu yksinomaan yksilöiden oikeuksien käytön suojaamiseen. Taloudellisen ja poliittisen järjestyksen välillä nähdään olevan tiivis yhteys.[317] Taloudellisen vallan keskittyminen heijastuu helposti poliittisen järjestelmän toimintaan. Taloudellisesti voimakkaat toimijat voivat

---

[314] Ks. esim. Kasper – Streit, s. 76–77, ja Sally, s. 17.

[315] Ks. tältä osin esim. Eucken 1951a, s. 315. Ks. myös Lenel 1989, s. 21. Julkisen sääntelyn päämääränä on luoda kilpailuolosuhteet, joissa yritysten tulisi kilpailla kuten täydellisen kilpailun vallitessa. On mahdollista puhua ns. as-if -kilpailusta. Tällöin menestys markkinoilla perustuu toimijan taloudelliseen suorituskykyyn eikä pyrkimykseen väärinkäyttää taloudellista asemaansa. Arvioinnissa palataan lähelle suorituskilpailun käsitettä. Ks. tarkemmin esim. Gerber 1987, s. 69–70.

[316] Ks. Eucken 1951a, s. 269–270. Ks. myös Möschel 2003b, s. 184 av. 2.

[317] Ks. Eucken 1951a, s. 272–273. Perimmiltään sekä taloudellisessa että poliittisessa sääntelyssä ajatellaan olevan kyse samasta asiasta, vallankäytön sääntelystä. Möschel 2003b, s. 188. Ks. myös Streit, s. 690–691.

pyrkiä ohjaamaan poliittista päätöksentekoa itselleen edulliseen suuntaan. Taloudellisen vallan kontrollointi on siten välttämätöntä myös poliittisen järjestelmän toimintaedellytysten turvaamiseksi. Ordoliberalismin taustalla ovat tältä osin kokemukset Saksasta toisen maailmansodan ajalta ja sitä ennen.[318] Taloudellista ja poliittista järjestelmää on tarkasteltava kokonaisuutena.

Markkinoiden toimivuuden varmistaminen edellyttää kokonaisvaltaisen sääntelyasenteen omaksumista.[319] Ordoliberalistit puoltavat talouspolitiikkaa, joka ilmentää systemaattista tapaa talouden ohjaamiseen. Näin saavutetaan kestäviä tuloksia. Lisäksi talouden systemaattinen lähestymistapa luo edellytykset sääntelyn ennustettavuudelle. Talouden sääntelyn tulee ordoliberalistisen käsityksen mukaan perustua vakaisiin oikeusnormeihin, joiden soveltamisessa on ainoastaan rajoitettu liikkumavara.[320] Sääntelyn kohteina olevilla toimijoilla tulee olla mahdollisuus saattaa asiansa tuomioistuimen käsiteltäväksi. Taloudellisen sääntelyn soveltamisessa poliittisen harkinnan rooli kovertuu lähes olemattomaksi.

Oikeudellinen sääntely nähdään ordoliberalismissa pelisääntöjen asettamiseksi.[321] Ilman pelisääntöjä oikeudet kääntyvät itseään vastaan. Pelisääntöjen tulee kuitenkin olla sillä tavalla selkeitä, että yksilöt voivat varmistaa omassa toiminnassaan niiden noudattamisen.[322] Oikeudellisen sääntelyn tehtävänä ei ole taloudellisen toiminnan suora ohjaaminen. Päinvastoin liiallinen yhteiskunnallinen ohjaus nähdään yksilöiden oikeuksien kannalta vaaralliseksi ilmiöksi.[323] Pelisäännöt ohjaavat taloutta, mutta päätöksentekijöinä säilyvät yksilöt.

Kilpailuoikeudellisen sääntelyn tavoitteena voidaan todeta ordoliberalistisessa katsannossa olevan kilpailullisen markkinarakenteen ylläpitäminen.[324] Tähän malliin liittyy ajatus siitä, että yksilöillä on tosiasiassa vaihtoehtoja toimintansa järjestämisessä markkinoilla. Useiden toimijoiden läsnäolo on useimmiten kilpailullisten markkinoiden ominaispiirre.[325] Näin taataan osaltaan markkinoiden toiminnan kokonaisvaltaiset lopputulokset. Samalla huomio kiinnittyy kilpailuun yksilöiden välisenä kamppailuna, prosessina. Kilpailu edellyttää toimiakseen yksilöitä markkinoilla.

---

[318] Ks. esim. Eucken 1951a, s. 273, Nörr 1995b, s. 12–15, ja Gerber 1994a, s. 27–28.
[319] Ks. tarkemmin esim. Eucken 1989, s. 28–30.
[320] Möschel 2003b, s. 189.
[321] Ks. Streit, s. 679. Ks. myös Möschel 2003b, s. 187, Möschel 1989, s. 152, ja Gerber 1998, s. 252.
[322] Ks. myös Möschel 2003a, s. 288–289.
[323] Ks. myös Streit, s. 693, 696–697 ja Streit – Mussler, s. 114.
[324] Kilpailullisen markkinarakenteen voidaan katsoa seuraavan ordoliberalistisen ajattelun keskeisistä periaatteista ja lähtökohdista. Käytännössä ajatus kilpailullisesta markkinarakenteesta on heijastunut myös EUT-sopimuksen 102 artiklan tulkintaan.
[325] Ks. myös Pera – Aurricchio, s. 159–160.

Ordoliberalistisessa tarkastelussa taloudelliseen valtaan liittyy vastuu.[326] Taloudellista valtaa omaavan toimijan on varmistettava, ettei se tarpeettomasti haittaa muiden toimijoiden vapauksien käyttämistä markkinoilla. Ajatus erityisestä vastuusta on heijastunut myös EUT-sopimuksen 102 artiklan soveltamiseen.[327] Viimeaikaisessa keskustelussa on tosin käytetty puheenvuoroja, jotka ilmentävät ajattelutapojen mahdollista muutosta.[328] Määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen velvollisuudet suhteessa muihin yrityksiin pyrittäneen kytkemään aiempaa voimakkaammin menettelyn taloudellisiin vaikutuksiin.

Ordoliberalistista ajattelutapaa ei pidä tulkita siten, että yksilöiden toimintavapauksia ei voitaisi missään tilanteessa rajoittaa. Rajoitukset ovat mahdollisia, mutta niiden tulee perustua taloudelliseen etevämmyyteen. Ordoliberalismissa on tältä osin omaksuttu suorituskilpailun käsite.[329] Suorituskilpailu edellyttää yhteiskunnan asettamien pelisääntöjen noudattamista. Tällöin toteutuvat myös markkinoiden toimintaan perinteisesti liitetyt taloudelliset tavoitteet; yhteiskunnallisen hyvinvoinnin lisääminen ja jakaminen markkinamekanismin mukaisesti on mahdollista.[330]

3.3.4.4 Perusoikeudet

Perusoikeuskeskustelulla ja -tutkimuksella on useita leikkauspisteitä kilpailuoikeuden ja erityisesti sen arvo- ja tavoiteperustan ytimeen kuuluvan vapausperiaatteen kanssa. Markkinaliberalistisessa oikeusvaltiossa yksilön oikeuksilla on keskeinen asema. Perusoikeudet luovat pohjan yksilöiden toimintavapauksien käyttämiselle. Niitä voidaan tarkastella sekä poliittisessa että taloudellisessa viitekehyksessä. Poliittiset vapausoikeudet liittyvät yksilön mahdollisuuksiin osallistua yhteiskunnalliseen päätöksentekoon sekä tätä laajemmin vaikuttaa julkisen vallan legitimaatioperustaan ja organisointitapaan. Taloudelliset vapausoikeudet luovat yksilölle puolestaan mahdollisuuden osallistua vaihdantaan. Yksi-

---

[326] Möschel 2003b, s. 184.

[327] Ks. asia 6/72 Europemballage and Continental Can v. komissio, (1973) ECR 215, k. 25–29, jossa korostettiin määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen velvollisuutta pitää yllä markkinoiden kilpailullista rakennetta, mikä käytännössä johtaa velvollisuuteen olla tarpeettomasti rajoittamatta markkina-asemaltaan heikompien yritysten toimintaedellytyksiä. Ks. lisäksi asia 322/81 Michelin v. komissio, (1983) ECR 3461, k. 57, ja asia T-83/91 Tetra Pak v. komissio, (1994) ECR II 755, k. 122. Ks. myös esim. Gerber 1987, s. 103–104. Asetelma liittyy myös markkinoille pääsyn edellytysten turvaamiseen. Ks. myös Fox 2003, s. 157–158.

[328] Ks. esim. DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses ja Gual – Hellwig – Perrot – Polo – Rey – Schmidt – Stenbacka, passim.

[329] Ks. suorituskilpailusta esim. Kuoppamäki, 2003, s. 191–193. Suorituskilpailun ongelma on sen yleisyys, minkä vuoksi suorituskilpailun soveltamiseen käytännön tilanteissa liittyy haasteita.

[330] Ks. esim. Möschel 2003b, s. 4, Möschel 1989, s. 146, ja Müller-Armack, s. 85.

lö voi toteuttaa itseään taloudellisesti ja harjoittaa yhteistyötä muiden yksilöiden kanssa. Tällä toiminnalla on myös järjestelmätason vaikutuksia: markkinoiden toiminta perustuu yksilöiden menettelyiden yhteisvaikutukseen.[331]

> Poliittisten ja taloudellisten vapausoikeuksien välistä jaottelua ei tule tarpeettomasti alleviivata.[332] Päinvastoin poliittiset ja taloudelliset vapausoikeudet ovat keskenään vuorovaikutussuhteessa. Poliittiset vapausoikeudet ovat osa sitä oikeudellista infrastruktuuria, joka on välttämätön edellytys taloudellisten oikeuksien käyttämiselle ja yleisesti talouden toiminnalle. Vastaavasti poliittisten oikeuksien mielekäs käyttäminen edellyttää usein tosiasiallisesti erilaisten taloudellisten resurssien käytettävissä olemista. Kyse voi olla esimerkiksi siitä, että yksilöillä tai heidän muodostamillaan yhteenliittymillä on mahdollisuus saada näkemyksensä vaikuttavasti esille joukkoviestinnässä.

Yksilöt eivät käytä taloudellisia oikeuksiaan tyhjiössä. Asetelmaa voidaan tältä osin tarkastella sekä horisontaalisesti että vertikaalisesti. Yksilöt ovat keskenään vuorovaikutussuhteessa ja voivat näin hyödyntää taloudellisesti vapausoikeuksiaan. Oikeuksien käyttämisessä on otettava huomioon muut yksilöt ja heidän toimintamahdollisuutensa. Tämä asettaa rajoituksia oikeuksien käyttämiselle. Oikeudet ovat tässä mielessä suhteellisia. Yksilöiden toimintavapaudet edellyttävät liikkumavaraa julkiseen valtaan nähden. Julkinen valta ei saa tarpeettomasti rajoittaa yksilöiden oikeuksien käyttämistä. Julkisen vallan on siten kunnioitettava yksilöiden oikeuksia. Toisaalta julkisella vallalla on velvollisuus suojella yksilöiden oikeuksia, mikä voi tarkoittaa oikeuksien käytön sääntelyä horisontaalisella tasolla. Lisäksi julkinen valta voi ohjata yksilöiden oikeuksien käyttämistä erilaisten kollektiivisten hyvien suojaamiseksi.

Kilpailuoikeus muodostaa keskeisen yksilöiden taloudellisten vapausoikeuksien sääntelyvälineen. Kilpailuoikeudessa yhdistyvät horisontaalinen ja vertikaalinen sääntelynäkökulma. Kilpailuoikeuden perustava tehtävä liittyy markkinoiden toimivuuden varmistamiseen. Järjestelmätasoiset markkinoiden toiminnan hyvinvointivaikutuksia ja hyvinvoinnin jakautumista koskevat näkökohdat saavat arvioinnissa vahvan aseman. Markkinoiden toimivuus kytkeytyy myös yksilöiden oikeuksien käyttämiseen; kyse on yksilöiden oikeuksien käyttämisen mielekkäistä edellytyksistä. Tässä suhteessa kilpailuoikeudella on välitön yhteys yksilöiden oikeusasemien suojaamiseen taloudellisessa toimintaympäristössä. Kilpailuoikeudellisen sääntelyn toteuttamista ei tule nähdä vain vertikaalisena julkisen vallan ja toiminnan harjoittajan välisenä suhteena, vaan tarkasteluun on sisällytettävä merkitykselliset rinnakkaiset relaatiot.

---

[331] Ks. yksilönsuojan ja tehokkuuden välisistä suhteista esim. Kuoppamäki 2003, s. 384 ja 409 sekä Ehlermann – Laudati 1998, s. 339.
[332] Ks. myös Baquero Cruz, s. 38.

Yksilöiden toimintavapauksien suojaamisen relaatioita voidaan arvioida yhdeltä osin hyödyntämällä Wesley Newcomb Hohfeldin tunnettua oikeudellisten käsitteiden jaottelua.[333] Hohfeldin malli on pelkistetty. Malli on ansiokas siinä suhteessa, että sen avulla voidaan muodostaa kuva kilpailuoikeudellisen sääntelyn soveltamiskentästä. Soveltamiskenttää voidaan luonnehtia eräänlaiseksi verkoksi, jossa yksilöiden oikeusasemat ovat keskenään vuorovaikutussuhteessa. Hohfeldin peruspostulaatin mukaan käsitteillä on vastakohtia ja vastinpareja. Oikeuden vastinpari on velvollisuus.

Kilpailuoikeudellisessa tarkastelussa yksilötasolla eli tasolla 1 merkityksellisiä relaatioita on ainakin toiminnan harjoittajan sekä asiakkaiden, kilpailijoiden ja kuluttajien välillä. Kilpailuoikeudessa voidaan suojata esimerkiksi asiakkaan tai kilpailijan toimintavapautta (omaisuudensuoja ja elinkeinovapaus), mutta samalla vaikutetaan toiminnan harjoittajan oikeudelliseen asemaan (omaisuudensuoja ja elinkeinovapaus).[334] Kilpailuoikeudelliseen tarkasteluun ei siten ole perusteltua soveltaa pistemäistä tarkastelutapaa. Vastaavasti kuluttajan aseman kilpailuoikeudellinen suojaaminen (oikeus valita ostettavat tuotteet ja saada ne markkinahintaan) vaikuttaa toiminnan harjoittajan oikeudelliseen asemaan.[335]

Järjestelmätasolla eli tasolla 2 kilpailuoikeudellinen sääntely vaikuttaa markkinoiden toimivuuteen kokonaisuutenaan: arvioinnin polttopisteessä ovat toiminnan harjoittajan oikeusasema ja markkinoiden toimivuuteen liittyvät päämäärät (hyvinvoinnin lisääminen ja hyvinvoinnin jakautuminen markkinamekanismin mukaisesti).

Hohfeldin mallin pelkistettyisyydestä seuraa joitakin rajoituksia mallin mukaiseen tarkasteluun. Verkostomaisessa tilanteessa kaikki sääntelyn vaikutukset eivät välttämättä jää kahden osapuolen välisiksi, vaan niillä voi olla tätä laajempia vaikutuksia. Esimerkiksi kilpailijoiden oikeuksien suojaaminen voi heijastua toiminnan harjoittajan lisäksi kuluttajien asemaan. Vaikutukset kanavoituvat eri tavoin verkossa. Toiseksi ja ehkä tärkeimmäksi havainnoksi nousee kysymys edellä mainittujen relaatioiden sisällöllisestä ratkaisemisesta. Kyse on eri toimijoiden oikeusasemiin kiinnittyvästä harkinnasta. Tähän punnintaan ei Hohfeldin malli anna vastausta. Malli on tässä suhteessa neutraali. Vastausta on viime kädessä haettava käsillä olevan tutkimuksen aihepiirin osalta kilpailuoikeuden ja sopimusoikeuden kantavista periaatteista, jotka peilaavat kummakin oikeudenalan taustalla olevia arvoja ja tavoitteita.

Perusoikeusajattelun ja kilpailuoikeuden voidaan katsoa olevan keskinäisessä vuorovaikutussuhteessa. Perusoikeusajattelun keskeisen annin kilpailuoikeudelle voidaan nähdä kohdistuvan oikeuksien sääntelyn jäsentämiseen. Perusoikeusajattelu tuo jäntevyyttä kilpailuoikeudellisen harkinnan rakenteen hahmottamiseen. Oikeuskäytännössä kilpailuoikeudellista harkintaa on jäsennetty perusoikeusajattelun kaltaisista lähtökohdista.[336] Arvioinnin lähtökohtana ovat yksilöiden oikeudet, joita voidaan perustellusta syystä säännellä. Keskeisen mahdolli-

---

[333] Ks. tarkemmin Hohfeld, passim.

[334] Ks. tästä punninnasta Leary, s. 551.

[335] Toiminnan harjoittajalla on tältä osin velvollisuus olla rajoittamatta kilpailua. Ks. tarkemmin Kuoppamäki 2003, s. 119.

[336] Ks. EU:n kilpailuoikeuden soveltamiskäytännöstä tarkemmin asia T-170/06 Alrosa Company Ltd v. komissio, (2007) ECR II 2601, k. 86–158.

suuden sääntelyn systemaattiseen arviointiin tarjoavat perustuslakivaliokunnan käytäntöön perustuvat perusoikeuksien yleiset rajoitusedellytykset.[337] Perusoikeuksien yleisiä rajoitusedellytyksiä sovelletaan tässä tutkimuksessa yhtenä viitekehyksenä tarkasteltaessa sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden välisiä suhteita.

Kilpailuoikeus voi puolestaan auttaa avaamaan perusoikeusajattelua talouden suuntaan. Oikeusjärjestyksessä ja perusoikeusjärjestelmässä sen osana ohjataan talouden toimintaa monilla tavoin. Pelkkä käpertyminen oikeuden sisäiseen logiikkaan ei ole riittävää. On välttämätöntä, että oikeudellisessa harkinnassa tunnetaan sääntelykohteen ominaispiirteet.[338] Talouden oikeudellisessa ohjaamisessa ei ole kysymys vain yksilöllisten oikeuksien sääntelystä. Kilpailuoikeudellisessa harkinnassa joudutaan arvioimaan yksilöllisten oikeuksien lisäksi myös kollektiivisia hyviä. Tämä seikka ei vaaranna tarkastelun systemaattisuutta vaan päinvastoin vahvistaa sitä. Kilpailuoikeuden anti perusoikeuskeskusteluun voidaankin nähdä juuri tässä: taloustieteellinen aines voidaan ajaa normatiivisen harkinnan sisälle. Siirto markkinoiden toimivuuden nimeämiseksi kirjoittamattomaksi perusoikeudeksi ei ole tarpeellinen.[339] Talouden toimintaan liittyvät kollektiiviset hyvät eivät ole epämääräisiä kokonaisuuksia, joiden sisällön jäsentäminen jää oikeudellisen harkinnan ulkopuolelle. Ratkaisu ei voi perustua siihen, että oikeustieteen lisäksi tarvitaan muita tieteenaloja, kuten taloustiedettä, asetelman haltuun ottamiseksi. Tämä seikka ei luonnollisestikaan muuta kilpailuoikeudellisen harkinnan normatiivista luonnetta: ratkaisun perustelut ovat viime kädessä oikeudellisia.

---

[337] Ks. tarkemmin luku II.7.

[338] Perusoikeustutkimuksessa on vain rajallisesti käsitelty markkinoiden toimintaan liittyviä kysymyksiä. Kansallisessa keskustelussa merkittävän poikkeuksen muodostaa Juha Karhun teos Uusi varallisuusoikeus vuodelta 2000. Teoksessa on omaksuttu laaja tarkastelutapa, minkä vuoksi useiden yksittäisten kysymysten arviointi on luonnosmaista. Tämä havainto koskee myös kilpailun sisällön rakenteellista jäsentämistä. Ks. kuitenkin Aine 2001, s. 268–276. Kilpailun sisältöä ja syntymekanismia ei juuri ole tarkasteltu perusoikeuksien suunnasta. On uskaliasta sanoa, että perusoikeusajatteluun sisältyisi nimenomainen käsitys kilpailusta. Lähestymistavaltaan perusoikeusajattelussa on kuitenkin selviä yhtymäkohtia kilpailun prosessikäsitykseen, jossa kilpailu nähdään yksilöiden välisenä kamppailuna. Tässä katsannossa perusoikeusajattelu ja kilpailuoikeudellinen vapausperiaate ovat pitkälle samansuuntaisia; kummassakin viitekehyksessä tarkastelu lähtee yksilöstä.

[339] Ks. luku III.3.1.

3.3.5 Soveltaminen

3.3.5.1 Yleistä

Vapausperiaatteen operationalisointi muodostaa ilmeisen haasteen kilpailuoikeudessa. Vapausperiaatteen ideologisen taustan tiivis seuraaminen johtaisi helposti siihen, että kilpailuoikeuden keinoin voitaisiin puuttua kaikkiin yksilöiden toimintavapauksien rajoituksiin. Yksilön toimintavapauden rajoitus ja kilpailunrajoitus samastuisivat käsitteellisesti.[340] Kilpailuoikeus suojaisi tällöin yksilön toimintavapautta sellaisenaan: toimintavapauden suojalla olisi itseisarvoinen asema, ja kilpailuoikeudellinen tarkastelu lähtisi liikkeelle yksilötasolta. Tämä näkökulma ei ole ongelmaton, koska kilpailuoikeuden tehtävä markkinoiden toiminnan varmistajana saisi ainoastaan liitännäisen aseman.[341] Kysymys on viime kädessä kilpailuoikeudellisen sääntelyn yhteiskunnallista tehtävää koskevista linjauksista. Modernin kilpailuoikeuden perustavaksi tehtäväksi nähdään nimenomaan markkinoiden toimintaedellytysten turvaaminen. Samalla voidaan suojata yksilöä, mutta toimintaan puuttuminen edellyttää järjestelmätason vaikutuksia.[342] Yksilön asemaa peilataan näitä vaikutuksia vasten.

Kilpailuoikeuden tehtävän liittäminen markkinoiden toiminnan varmistamiseen voidaan nähdä yhteydessä klassisen ja neoklassisen taloustieteellisen ajattelun väliseen murrokseen.[343] Klassinen kilpailunäkemys johtaa arvioimaan kilpailua yksilöiden kautta. Tässä katsannossa kilpailunrajoitus kulminoituu yksilön toimintavapauden rajoittamiseen. Neoklassisessa tarkastelussa taloustieteellisen arvioinnin painopiste siirtyi yksilöiden suojaamisen sijaan kokonaisvaltaisten taloudellisten lopputulosten jäsentämiseen.[344] Tarkastelutapaa on edelleen jalostettu IO-tutkimussuuntauksessa.[345] Kilpailuoikeuden ensisijaiseksi tehtäväksi nähdään markkinoiden tehokkaan toiminnan ja samalla kuluttajien aseman suojaaminen. Neoklassinen ajattelutapa merkitsi taloustieteellisen paradigman muutosta: kilpailua tarkasteltiin yksilöiden välisen kamppailun sijaan lopputulosten suunnasta.

Neoklassista siirtoa voidaan käsitellä kilpailuoikeudessa eri tavoin. Siirtoa ei tarvitse viedä siinä suhteessa loppuun saakka, että yksilön toimintavapauden suojaaminen jäisi kokonaan kilpailuoikeuden tarkastelun ulkopuolelle. Yksilöiden toimintavapauden suojaamisella on kilpailuoikeudessa perustava sijansa. Toimintavapauden suojaa-

---

[340] Ks. tältä osin esim. Waelbroeck, s. 587.
[341] Leikkauspisteeksi voitaisiin nähdä yksilöiden menettelyiden ja markkinoiden toiminnan välinen yhteys; markkinoiden toiminta syntyy yksilöiden menettelyiden yhteisvaikutuksesta.
[342] Ks. myös Schaub, s. 124.
[343] Ks. myös Gerber 1998, s. 30. Ks. lisäksi Amato, s. 13. Ks. ajattelun kehityksestä myös Reinikainen, s. 12–15.
[344] Toisaalta yksilöiden ei nähty olevan irrallaan taustastaan: yksilö ei tehnyt yllättäviä päätöksiä, vaan ympäristö määritteli yksilön käyttäytymisen perusteet.
[345] Ks. arvioinnin lähtökohdista esim. Lipczynski – Wilson – Goddarad, s. 3–6.

minen täytyy sovittaa yhteen kilpailuoikeuden markkinoiden toimintaedellytyksiä turvaavan tehtävän kanssa. Vapauden suojaamisen sisällölle on toisin sanoen asetettava erityiset vaatimukset.

Yksilön toimintavapauksien suojaamista on kilpailuoikeudessa arvioitava markkinoiden muodostamassa viitekehyksessä. Markkinat voidaan nähdä eräänlaisena levähdystasona koko talouden ja yksilöiden välissä.[346] Samoille markkinoille sijoittuvat ne yksilöt, jotka ovat keskenään vuorovaikutussuhteessa. Talous puolestaan rakentuu useista toisistaan erillisistä tai keskenään yhteydessä olevista markkinoista. Kilpailuoikeudessa yksilöä ei tarkastella taustastaan erillisenä toimijana. Päinvastoin olennaista on se, miten yksilöiden toimintavapauden rajoitus vaikuttaa markkinoiden toimintaan. Tässä yhteydessä merkityksellinen on toimintavapauden rajoituksen perusta. On punnittava yhtäältä rajoituksen kohteen toimintavapauden ja toisaalta markkinoiden toimivuuden välistä suhdetta.[347] Lisäksi arvioinnissa on otettava huomioon markkinoiden toimintaan liittyvät relaatiot (toiminnan harjoittaja – kilpailija – asiakas – kuluttaja).

Asetelmaa on kilpailuoikeudessa hahmotettu erilaisin käsitteellisin jaotteluin. On mahdollista puhua sopimusvoimasta, markkinavoimasta ja monopolivoimasta.[348] Näiden käsitteiden avulla jäsennetään taloudellisen voiman alaa ja suuruutta. Keskeisenä kriteerinä on se, rajoittuuko voima yksittäiseen sopimussuhteeseen vai vaikuttaako voima sopimussuhteen ulkopuolella. *Sopimusvoima* liittyy asemaan, joka toimijalla on yksittäisessä sopimussuhteessa. Sopimusvoima voi olla peräisin esimerkiksi osapuolten sijoitusten erilaisesta liikuteltavuudesta ja tästä seuraavasta toisen osapuolen riippuvuudesta.[349] Tämä voima vaikuttaa tyypillisesti osapuolten asemaan sopimussuhdetta koskevissa neuvotteluissa; sopimusvoimaisen osapuolen kumppanin liikkumavara on tosiasiassa rajallinen. Sopimusvoima kohdistuu yksittäiseen sopimussuhteeseen. Se ei välttämättä kerro osapuolten tilanteesta markkinoilla yleisesti.

---

[346] Ks. tarkemmin M. Virtanen 1998, s. 19.

[347] Tyypillinen punnintatilanne koskee jakelijan toimintavapauden rajoitusten ja jakelujärjestelmän toimivuuden välistä suhdetta. Asetelma voidaan liittää osaltaan jaotteluun tuotemerkin sisäiseen ja tuotemerkkien välisen kilpailuun; markkinoiden toimivuuden kannalta voidaan sallia joitakin rajoituksia tuotemerkin sisäiseen kilpailuun, mikäli tuotemerkkien välinen kilpailu on toimivaa. Ks. tältä osin esim. Korah – O'Sullivan, s. 26–38.

[348] Ks. esim. Kuoppamäki 2003, s. 280–282. Toimijan aseman laajuutta on hahmotettu myös käsitteiden relatiivinen markkinavoima ja markkinavoima avulla. Relatiivinen markkinavoima kohdistuu yksittäiseen sopimussuhteeseen, kun markkinavoima liittyy puolestaan yrityksen asemaan markkinoilla kokonaisuudessaan.

[349] Sopimusvoiman lähteitä voidaan luokitella eri tavoin. Sopimusvoima voi olla seurausta esim. sopimussuhteen jatkumisen erilaisesta merkityksestä osapuolten kannalta. Ks. tältä osin esim. Williamson 1985, s. 52–61. Ks. myös Schulze Steinen, s. 68–75.

Markkinavoima kuvaa nimensä mukaisesti yksilön asemaa markkinoilla. Markkinavoimainen yritys voi vaikuttaa ainakin rajoitetussa määrin toimintaolosuhteisiinsa markkinoilla. Markkinavoimaa voi osoittaa toimijan korkea markkinaosuus. Se voi ilmetä kykynä hinnoitella hyödykkeet yli kilpaillun hintatason. Muina markkinavoimaa kuvaavina tekijöinä on pidetty ainakin asiakkaiden riippuvuutta ja kykyä strategisiin, kilpailijoiden toimintaa vaikeuttaviin menettelyihin.[350] Markkinavoiman erityisenä muotona voidaan pitää *monopolivoimaa*. Monopolivoima on markkinavoiman korkea aste.[351] Monopoliasemassa olevalle toimijalle on tyypillistä kyky toimia markkinoilla kilpailun paineista vapaana. Monopoliyritys voi asettaa lähtökohtaisesti oman toimintansa reunaehdot ja vaikuttaa markkinaolosuhteisiin tätä laajemminkin.

Suomalaisessa kilpailuoikeudellisessa tutkimuksessa yksittäisen sopimussuhteeseen kohdistuvan voiman ja markkinoilla laajemmin vaikuttavan voiman välisiä suhteita on erityisesti tutkinut Petra Schulze Steinen. Hänen käsitteistössään avainasemassa ovat kauppakumppanin mahti ja määräävä markkina-asema. Sculze Steinen rakentaa tarkastelunsa Helmut Ardntin kilpailumallin (Partnermacht/Marktmacht) ja Eric Hoppmanin kilpailuvapauden mallin varaan.[352] Schulze Steinen jaottelussa riippuvuuteen kauppakumppanista liittyy subjektiivinen ulottuvuus.[353] Määräävä markkina-asema vallitsee puolestaan markkinoilla yleisesti. Kauppakumppanin mahtiasemalla tai sen käyttämisellä ei välttämättä ole vaikutuksia markkinoilla. Kauppakumppanin mahdista ei voida vetää aukotonta johtopäätöstä määräävän markkina-aseman olemassaolosta.

Rajanvetoa yksittäisen sopimussuhteen ja markkinoiden välillä voidaan pitää merkityksellisenä kilpailuoikeuden ja sopimusoikeuden kannalta. Kilpailuoikeuden tähtäimessä ovat ensisijaisesti yksittäistä sopimussuhdetta laajemmat vaikutukset markkinoiden toimintaan. Kilpailuoikeudellinen sääntely luo osaltaan puitteita markkinoiden toimivuudelle. Kilpailuoikeudessa annetaan kuitenkin suojaa myös yksittäisille toimijoille. Tämä on perusteltua ensinnäkin yksilön oikeusasemaan liittyvien painavien arvonäkökohtien vuoksi. Vapaus yhteiskun-

---

[350] Ks. tarkemmin M. Virtanen 1998, s. 44–47, ja Kuoppamäki 2003, s. 242–245.

[351] Monopolivoiman määrittelyyn liittyy olennaisesti määräävän markkina-aseman käsite. Kilpailuoikeuden soveltamisen kannalta on riittävää, että toimijalla on määräävä markkina-asema, mikä ei välttämättä tarkoita ainoastaan yhden toimijan läsnäoloa markkinoilla. Määräävän markkina-aseman määrittely on jossain määrin liukuvaa. Joissakin tilanteissa on mahdollista puhua ns. superdominanssista, jolla on tarkoitettu monopolia lähenevää asemaa markkinoilla. Käsitteen otti käyttöön julkisasiamies Fennelly yhdistetyissä asioissa C-395/96 P ja C-396/96 P Compagnie Maritime Belge Transports SA, Compagnie maritime belge SA and Dafra-Lines A/S v. komissio, (2000) ECR I 1365, antamassaan ratkaisuehdotuksessa. Ks. asetelman arvioinnista ja kritiikistä O'Donoghue – Padilla, s. 166–168.

[352] Schulze Steinen, s. 23–29 ja 32–35.

[353] Ks. tarkemmin Schulze Steinen, s. 50.

nallisena arvona kuuluu kilpailuoikeuden arvo- ja tavoiteperustan ytimeen. Yksilöiden toimintavapauksien suojaaminen on tarpeellista markkinoiden toimivuuden varmistamiseksi; esimerkiksi yksilöiden toimintavapauksien suojaamisella ja dynaamiselle tehokkuudella voidaan katsoa olevan leikkauspisteitä.[354] Huomio kiinnittyy tällöin kilpailuun yksilöiden välisenä kamppailuna, prosessina.

Sopimusoikeuden lähtökohta poikkeaa kilpailuoikeudesta. Sopimusoikeudellisessa tarkastelussa lähdetään liikkeelle yksittäisestä sopimussuhteesta.[355] Sopimusoikeudellinen arviointi kiinnittyy usein ensisijaisesti sopimusosapuolten keskinäisten suhteiden järjestämiseen. Tarkastelussa ei kuitenkaan kokonaan sivuuteta yksittäisen sopimussuhteen rajat ylittäviä vaikutuksia.[356] Järjestelmätason näkökohdilla on oma sijansa sopimusoikeudellisessa harkinnassa.

Kilpailuoikeudellisen tarkastelun painottuminen ensisijaisesti markkinoiden toimintaan merkitsee käytännössä yksilöille kilpailuoikeudessa annettavan suojan kvalifioimista. Vain markkinoiden toimintaan vaikuttavat järjestelyt kuuluvat lähtökohtaisesti kilpailuoikeudellisen sääntelyn soveltamisalaan. Lähestymistapa on sinällään hyväksyttävä. On mahdollista ajatella, että relevanttien markkinoiden määrittely muodostaa kilpailuoikeudellisen yksilösuojan toteuttamisen ensimmäisen vaiheen. Haasteeksi voi kuitenkin osoittautua markkinamäärittelyn toteuttaminen. Ääritilanteessa suppea markkinamäärittely johtaisi kilpailuoikeudellisen tarkastelun kiinnittymiseen yksittäiseen sopimussuhteeseen. Tilanne on tällainen erityisesti silloin, kun markkinamäärittelyssä nousevat esille asiakkaaseen ja hänen toimintamahdollisuuksiinsa liittyvät näkökohdat.[357]

3.3.5.2 Relevanttien markkinoiden määrittäminen

Yksittäisen toimijan asemaa ja toimintamahdollisuuksia voidaan jäsentää eri tavoin. Relevantit eli merkitykselliset markkinat avaavat yhden mahdollisuuden tähän tarkasteluun. Toimijan aseman ja markkinoiden välillä voidaan nähdä olevan yhteys siten, että markkinaolosuhteet vaikuttavat yksilön toimintamahdolli-

---

[354] Ks. esim. Kuoppamäki 2003, s. 49, ja Amato, s. 110–111.

[355] Ks. luku II.5.2–5.3.

[356] Näkökulma on tarpeellinen esim. arvioitaessa sopimuksen vaikutuksia kolmannen oikeusasemaan tai vastuuta sopimusketjuissa.

[357] Kyse on lähtökohtaisesti siitä, että asiakkaalla ei ole mahdollisuuksia joko lainkaan tai taloudellisesti mielekkäällä tavalla korvata määrättyä hyödykettä toisella. Asetelma on tyypillisesti tällainen hyödykekohtaisten jälkimarkkinoiden osalta. Muina mahdollisina tilanteina voidaan pitää ainakin yrityskohtaisesta riippuvuudesta seuraavaa vaihtoehtojen puutetta, laillista yksinoikeutta tietyn tuotteen tai palvelun tarjoamiseen, yksinoikeutta informaatioon, avainaseman hallintaa sekä immateriaalioikeuksia. Ks. tarkemmin Kuoppamäki 2003, s. 652–653. Jaottelu on jossain määrin suhteellinen, koska asiakkaan toimintamahdollisuuksien rajallisuuden syyt voivat olla osittain päällekkäisiä.

suuksiin.[358] Tarkastelu on toimintaympäristösidonnaista. Toisaalta toimijalla saattaa olla sellaisia vahvuuksia, jotka eivät ole suoraan riippuvaisia markkinarakenteesta. Yrityskohtaisessa tarkastelussa korostuvat erilaiset resurssit, kyvykkyydet ja kapabiliteetit.[359]

Kilpailuoikeudessa on syytä yhdistää toimialakohtainen ja yrityskohtainen arviointitapa. Merkityksellisten markkinoiden määrittely on osa kokonaisvaltaista kilpailuoikeudellista tarkastelua. Tällä tavoin saadaan hahmotettua yrityksen toiminnallinen viitekehys ja samalla kilpailuoikeudellisen tarkastelun perusta.

Relevanttien markkinoiden määrittely on tarpeen sekä määräävän markkina-aseman väärinkäytön kiellon että kartellikiellon soveltamisessa.[360] Relevantit markkinat on vakiintuneesti määritelty tuotekohtaisesti, maantieteellisesti ja ajallisesti. Tuotekohtaisten markkinoiden määrittämisen tarkoituksena on rajata se joukko tuotteita, joiden katsotaan kilpailevan samoilla markkinoilla. Kyse ei ole tuotteiden fyysisestä vastaavuudesta vaan niiden kilpailullisesta korvaavuudesta.[361] Oikeuskäytännössä on kiinnitetty muun ohella huomiota kysynnän ja tarjonnan korvaavuuteen.[362] Kysynnän korvaavuudella tarkoitetaan sitä, miten asiakkaat kokevat tuotteiden keskinäisen korvaavuuden. Ilmiötä voidaan kuvata käsitteellä kysynnän ristijousto: ratkaisevaa on se, kuinka suhteellisen vähäinen hinnankorotus (+5–10 %) vaikuttaa asiakkaiden hankintakäyttäytymiseen ja siirtymiseen toisen hyödykkeen käyttäjäksi.[363] Jos vähäinen hinnankorostus johtaa kysynnän siirtymiseen, kuuluvat tuotteet lähtökohtaisesti samoille markkinoille. Tarjonnan korvaavuuden osalta pohditaan tuotteiden valmistajien mahdollisuuksia muuntaa omaa tuotantoaan kilpailevan hyödykkeen valmistuksen aloitta-

---

[358] Näkökulma on ollut esillä erityisesti SCP-paradigmaa soveltaneessa tutkimuksessa. Tutkimuksellista innovaatiota on merkinnyt ajatus, jonka mukaan yksittäiset toimijat eivät ainoastaan sopeudu markkinaolosuhteisiin, vaan toimijat voivat omilla menettelyillään pyrkiä muokkaamaan markkinaolosuhteita itselleen edullisiksi. Ks. tarkemmin esim. Lipczynski – Wilson – Goddard, s. 6–16. Ks. luku II.6.2.2.1.

[359] Ks. luku II.6.2.2.2.

[360] Relevanttien markkinoiden määrittäminen muodostaa apuvälineen markkinavoiman määrittelyssä. Markkinoiden määrittely ei ole välttämätöntä kaikissa tilanteissa. Kyse on tällöin lähinnä siitä, että markkinavoiman vahingollisuus tai vähäisyys voidaan arvioida ilman yksityiskohtaista markkinamäärittelyä. Ks. tarkemmin Oinonen, s. 267–271.

[361] Ks. esim. asia 31/80 L'Oreal / De Nieuwe AMCK, (1980) ECR 3775, k. 25, ja asia 322/81 Michelin v. komissio, (1983) ECR 3461, k. 37.

[362] Ks. esim. asia 27/76 United Brands v. komissio, (1978) ECR 207.

[363] Tarkastelussa on otettava huomioon hintatason lähtöpiste. Jos hintataso on kilpailunrajoituksen seurauksena kilpailtua tasoa korkeampi, ei hinnankorotukseen perustuva analyysi välttämättä anna luotettavaa tulosta. On mahdollista puhua ns. cellophane fallacy -tilanteesta. Ks. esim. Bishop – Walker 2002, k. 4.34–4. 43. Joissakin yhteyksissä on mahdollista oikaista tilanne konstruoimalla kilpailullinen hintataso. Ks. komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta, EYVL C 372, 9.12.1997, s. 5–13, k. 19. Ongelmaksi voi kuitenkin muodostua toimenpiteen vaatiman tiedon saatavuus. Ks. tarkemmin esim. DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, k. 15–16.

miseksi.[364] Jos tuotannon muuttaminen on helppoa, olemassa oleviin toimijoihin kohdistuu painetta potentiaalisten kilpailijoiden suunnalta, jolloin hyödykemarkkinat on perusteltua määritellä kattamaan sekä olemassa olevien toimijoiden että potentiaalisten toimijoiden hyödykkeet.

Maantieteellisten markkinoiden määrittämisellä pyritään rajaamaan kilpailuedellytyksiltään yhtenäinen alue, jolla hyödykettä myydään tai voitaisiin myydä.[365] Arvioinnissa voidaan ottaa huomioon kauppavirtojen koostumus ja kehitys sekä jakelujärjestelmien rakenne ja mahdolliset kaupan esteet. Merkityksellisiä tekijöitä voivat lisäksi olla esimerkiksi hyödykkeen ominaisuudet ja kuljetuskustannukset.

Markkinoiden ajallinen tarkastelu kohdistuu markkinatilanteen ajalliseen jatkuvuuteen.[366] Olennaista on markkinatilanteen mahdollinen alttius muutoksille: lyhytkestoiset markkinatilanteet eivät muodosta riittävää perustaa kilpailuoikeudelliselle tarkastelulle.

Kilpailuoikeudellisessa tarkastelussa markkinoiden määrittely muodostaa helposti akilleen kantapään.[367] Markkinoiden määrittely ohjaa merkittävästi kilpailuoikeudellisen harkinnan suuntaamista. Kysymys on siitä pelikentästä tai taustasta, jossa yrityksen taikka järjestelyn merkitystä jäsennetään. Erityisen kiinnostavaksi markkinoiden määrittely on noussut niin sanotussa jälkimarkkinatilanteessa, jolloin pohditaan varsinaiseen hyödykkeeseen nähden liitännäisen hyödykkeen asemaa. Tyypillisesti tällainen hyödyke voi olla esimerkiksi varaosa- tai huoltopalvelu, joka täyttää erityiset tekniset tai muut vastaavat vaatimukset.

Jälkimarkkinoiden määrittämistä omiksi markkinoikseen puoltaa asiakkaan näkökulma. Jos korvaavia hyödykkeitä ei teknisten seikkojen vuoksi ole saatavilla jälkimarkkinoilla, on hyödykkeen valmistaja asiakkaan kannalta monopoliasemassa jälkimarkkinoilla. Markkinoiden määrittely ohjautuu suppeaksi: yhden tuottajan hyödykkeet muodostavat relevantit markkinat. Kilpailuoikeus ohjaa suoraan kyseessä olevan toimijan toimintaedellytyksiä.

EUT-sopimuksen 102 artiklan osalta jälkimarkkinatilannetta on käsitelty klassisessa Hugin-ratkaisussa.[368] Tapaus koski Hugin-kassakoneiden huoltopalvelujen järjestämistä Lontoon alueella. Hugin kieltäytyi toimittamasta varaosia niitä tilanneelle huol-

---

[364] Ero voidaan tehdä olemassa olevan tuotannon sopeuttamisen ja kokonaan uuden tuotannon aloittamisen välillä. Merkityksellisiä tekijöitä ovat muun ohella tuotannon muuttamisen vaatimat tuotantokapasiteetin sopeuttamistoimenpiteet sekä erilaiset lisäinvestoinnit. Ks. komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta, EYVL C 372, 9.12.1997, s. 5–13, k. 23. Käytännön tilanteissa huomiota on lähtökohtaisen jaottelun sijaan kiinnitettävä tuotannon muuttamisen vaatimaan aikaan ja kustannuksiin.

[365] Ks. esim. asia 322/81 Michelin v. komissio, (1983) ECR 3461, ja asia 27/76 United Brands v. komissio, (1978) ECR 207.

[366] Ks. esim. asia 77/77 BP v. komissio, (1978) ECR 1513.

[367] Ks. myös Kuoppamäki 2003, s. 1293.

[368] Asia 22/78 Hugin Kassaregister AB ja Hugin Cash Registers Ltd v. komissio, (1979) ECR 1869.

topalveluyritykselle, joka saattoi asian komission käsiteltäväksi. EU:n tuomioistuin määritteli tapauksessa relevantit tuotemarkkinat koskemaan Hugin-kassakoneiden varaosia. EU:n tuomioistuin perusteli kantaansa sillä, että alkuperäisten varaosien lisäksi mitkään muut kassakoneiden varaosat eivät sopineet teknisten seikkojen vuoksi Hugin-kassakoneissa käytettäviksi. Asiakkaiden näkökulmasta Hugin-kassakoneiden varaosat muodostivat välttämättömän hyödykkeen. Ratkaisua on perustellusti arvosteltu.[369] On jopa katsottu, että kyseessä on eräänlainen kuriositeetti, josta ei voida vetää EU:n kilpailuoikeuden soveltamislinjaa koskevia johtopäätöksiä.[370] Ratkaisussa ei erikseen tarkasteltu markkinatilannetta kassakoneiden markkinoilla, vaan arviointi rajattiin teknisten syiden vuoksi koskemaan Hugin-kassakoneiden varaosia.

Samantyyppinen asetelma on ollut esillä myös muulloin EU:n kilpailuoikeuden soveltamiskäytännössä.[371] Esimerkkinä voidaan mainita Hilti-tapaus, jossa tarkasteltiin relevanttien markkinoiden määrittelyä yhtäältä erilaisten rakennusteknisten kiinnitysmenetelmien sekä toisaalta naulapyssyjen ja niiden käyttämiseen tarvittavien tarvikkeiden kannalta.[372] Jälkimmäisen kysymyksen osalta relevantit markkinat päädyttiin rajaamaan suppeasti, koska Hiltin valmistamissa naulapyssyissä oli käytettävä teknisten syiden vuoksi samaan tuoteperheeseen kuuluvia tarvikkeita. Ratkaisu perustui asiakkaiden vaihtoehtojen puuttumiseen. Tässä mielessä Hilti-tapaus jatkoi Hugin-ratkaisussa omaksuttua linjaa.

Jälkimarkkinoita koskeva problematiikka on ollut esillä myös Yhdysvaltain antitrust-lainsäädännön soveltamiskäytännössä. Kodak-tapauksessa käsiteltiin kopiokoneiden ja niiden varaosien keskinäistä suhdetta markkinamäärittelyn kannalta.[373] Kopiokonevalmistaja Kodakilla oli kohtuullisen heikko asema kopiokonemarkkinoilla (markkinaosuus n. 20–23 prosenttia). Kodakin valmistamien kopiokoneiden huoltotoimia suorittivat valmistajan oman organisaation lisäksi myös itsenäiset huoltoyritykset. Kodak asetti asiakkailleen kopiokoneiden varaosien toimittamisen ehdoksi sen, että Kodakin oma organisaatio hoitaa huoltotyöt. Itsenäiset huoltoyhtiöt esittivät asiassa väitteen Kodakin tarkoituksesta vyöryttää kopiokonemarkkinoilla olevaa markkinavoimaansa huoltomarkkinoille. Yhdysvaltain korkein oikeus rajasi varaosat

---

[369] Hildebrand 2002b, s. 296–299.

[370] Kuoppamäki 2003, s. 651–654.

[371] Ks. myös asia 26/75 General Motors v. komissio, (1975) ECR 1367, ja asia 226/84 British Leyland v. komissio, (1986) ECR 3263, joissa käsiteltiin yksityisille elinkeinonharjoittajille julkisoikeudellisesti annettua yksinoikeutta määrättyjen autojen maahantuontiin liittyneiden hyväksymispalveluiden palveluiden tuottamiseen. Suppean, yrityskohtaisen markkinamäärittelyn perustan muodosti asiakkaan vaihtoehtojen rajallisuus: auton maahantuonti edellytti hyväksymistodistuksen saamista, jonka antaminen oli de facto auton valmistajan organisaation yksinoikeus, eikä vaihtoehtoista reittiä hyväksymistodistuksen saamiseen käytännössä ollut. Asetelma eroaa edellä Hugin-tapauksessa käsitellystä, koska yksinoikeuden perusta on julkisoikeudellinen. Tulokulma markkinamäärittelyyn on kuitenkin samankaltainen: markkinamäärittely perustetaan asiakkaiden toimintamahdollisuuksien rajallisuuteen. General Motors- ja British Leyland -tapausten kilpailuoikeudellinen merkitys liittyy hyväksymispalveluiden vaikutuksiin jäsenvaltioiden välisen kaupan kannalta. Hyväksymispalveluiden tarjoamisen epäasianmukainen rajoittaminen johtaa tosiasiassa jäsenvaltioiden välisen kaupan rajoittumiseen.

[372] Ks. asia T-30/89 Hilti AG v. komissio, (1991) ECR II 1439, ja asia C-53/92 P, Hilti AG v. komissio, (1994) ECR I 667. Ks. myös Goyder, s. 276.

[373] Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., 504 U.S. 451, 112 S.Ct. 2072 (1992).

omiksi markkinoikseen. Päätös perustui keskeiseltä osin jälkimarkkinoiden kilpailutilanteeseen ja Kodakin mahdollisuuteen vaikuttaa markkinaolosuhteisiin jälkimarkkinoilla. Ratkaisu on herättänyt laajaa keskustelua, jossa kriittisillä äänenpainoilla on ollut merkittävä sijansa.[374]

Asetelmaa voidaan lähestyä monesta suunnasta. Tuotteen erityisyydestä johtuva tilanne voidaan nähdä vakavana esteenä asiakkaan toimintavapauden käyttämiselle, jolloin vapausperiaatteen mukaisesti kilpailuoikeudellinen puuttuminen olisi perusteltua. Toisaalta on mahdollista ajatella, että kyseessä on ennen kaikkea kahden toimijan välinen riippuvuustilanne, jolla ei ole yksittäistä sopimussuhdetta laajempia vaikutuksia markkinoiden toimintaan. Riippuvuustilanteisiin tulisi puuttua ensisijaisesti sopimusoikeuden tai muun oikeudellisen sääntelyn keinoin. Kilpailuoikeudellinen sääntely johtaisi tosiasiassa siihen, että ylämarkkinoilla kohtuullisen pienen toimijan katsottaisin omaavan määräävän markkina-aseman jälkimarkkinoilla ja joutuvan täten erityisten oikeudellisten velvollisuuksien alaiseksi. Kilpailuoikeudellinen sääntely olisi vaarassa muuttua talouden laajamittaiseksi regulaatioksi, mikä ei ole toivottavaa.

Jälkimarkkinoiden erillisyyden edellytykseksi on joissain yhteyksissä asetettu jälkihyödykkeen itsenäinen asema.[375] Pelkkä päätuotteen asiakkaiden hankintakäyttäytyminen ei riitä muodostamaan itsenäistä tuotemarkkinaa, vaan jälkituotteella on käytävä itsenäistä päätuotteen asiakkaista riippumatonta kauppaa. Kilpailuoikeudellisesti merkityksellinen markkina-asema voi syntyä vain tällaisilla markkinoilla. Muussa tapauksessa myyjän markkina-asemaa on tarkasteltava yhteydessä päätuotteen markkinoihin.

Lähestymistapa on perusteiltaan ymmärrettävä. Kilpailuoikeudellinen tarkastelu ei saa ilman vahvoja perusteita supistua käsittämään vain toimijan ja sen asiakkaan välisiä riippuvuussuhteita, vaan kilpailuoikeudessa on kiinnitettävä huomio markkinoiden toimintaan kokonaisuutena. Näkökannan voidaan katsoa tarkoittavan sitä, että toimijan ja asiakkaan keskinäiseen sopimusjärjestelyyn perustuvan lukkiutumisen on heijastuttava jollain tavoin yksittäistä sopimussuhdetta laajemmalle. Käytännössä lukkiintumisella voi olla vaikutuksia markkinoiden toimintaan esimerkiksi silloin, kun lukkiutuneiden asiakkaiden suuri määrä vaikeuttaa toimijan kilpailijoiden toimintaedellytyksiä markkinoilla.[376] Yksittäisen riippuvuussuhteen merkitys näyttäytyy kokonaisvaikutuksen kumuloituvana osana.

Tarkastelun sisältöä ohjaavat osaltaan valitut premissit. Vaatimus merkityksellisten markkinoiden itsenäisestä luonteesta voidaan yhdistää käytettäviin markkinavoiman mittareihin. Markkinavoima voidaan ymmärtää ensisijaisesti yrityksen kyvyksi nostaa voittotasoaan laskemalla myymiensä hyödykkeiden määrää.[377] Tämä katsanto joh-

[374] Ks. tarkemmin Posner 2001a, s. 236, O'Donoghue – Padilla, s. 173 ja 183, Bork, s. 436–439, ja Pera – Auricchio, s. 173–174.
[375] Ks. Hovenkamp 1999, s. 92–97.
[376] Ks. tarkemmin Shulze Steinen, s. 128–129.
[377] Ks. Hovenkamp 1999, s. 94.

taa riippuvuussuhteen sijasta painottamaan markkinavoimaan liittyvän hintavallan itsenäistä arviointia pää- ja jälkimarkkinoilla. Asetelma muuttuu, mikäli markkinavoiman yhdeksi mittariksi hyväksytään asiakkaiden riippuvuus.[378] Tällöin asiakkaiden riippuvuuden merkitys voidaan ottaa suoraan huomioon arvioinnissa, eikä tarkastelua tarvitse kuljettaa välittömien hintavaikutusten kautta. Toisaalta on muistettava, ettei asiakkaiden riippuvuus voi olla kilpailuoikeudellisen arvioinnin ainoa tekijä. Kyse on kokonaistarkastelusta, johon sisältyvät niin hintatasoon kuin asiakkaiden ja kilpailijoiden toimintamahdollisuuksiin liittyvät näkökohdat.

Jälkimarkkinoiden kilpailuoikeudellinen arviointi muodostaa haastavan asiakokonaisuuden. Taloustieteellisessä keskustelussa on esitetty perusteluja suppean markkinamäärittelyn hylkäämiselle. Chicagon koulukunnan omaksuman lähestymistavan mukaan arvioinnissa on olennaista ylä- ja alamarkkinoiden muodostama kokonaisuus.[379] Tämä tarkoittaa käytännössä sitä, että jälkituotteen hinnoittelussa on otettava huomioon vaikutukset päätuotteen kysyntään. Jos jälkituotteen hinnoittelu on kohtuutonta tai muuttuu kohtuuttomaksi, on seurauksena päätuotteen kysynnän väheneminen. Asiakkaat toisin sanoen vertailevat hyödykekokonaisuuksia keskenään. Vertailu edellyttää rationaalista harkintaa ja tietämystä hinnoittelun yksityiskohdista.

Taloustieteellisessä keskustelussa on 1990-luvulta alkaen esitetty kriittisiä arvioita Chicagon koulukunnan yhden monopolivoiton mahdollisuuteen liittyvistä teoreettisista ajatuksista. Eräänlaisena tienavaajana voidaan tältä osin pitää Michael D. Whinstonia.[380] Whinstonin kritiikin kärki kohdistuu siihen, että chicagolaisessa ajattelussa lähdetään perusteettomasti olettamasta jälkimarkkinoilla vallitsevasta kilpailullisesta markkinarakenteesta. Whinston tarkastelee esityksessään oligopolistisia jälkimarkkinoita. Tässä katsannossa markkinavoiman vyöryttäminen ja samalla useamman monopolivoiton saaminen on mahdollista. Keskustelua aihepiiristä on jatkettu Whinstonin esittämien tutkimustulosten jälkeen. Esimerkkinä voidaan mainita Choin ja Stefanadiksen tutkimus, jossa todetaan sitomisella voitavan estää kilpailijan markkinoille tulemista erityisesti silloin, kun investointipäätökseen sisältyy merkittäviä epävarmuustekijöitä.[381]

Kilpailuoikeudellinen harkinta vaatii jälkimarkkinatilanteessa herkkyyttä. Pelkkä pitäytyminen taloustieteellisten teorioiden avaamiin näkymiin ei ole riittävää, vaan on selvitettävä taloustieteen premissien realistisuus yksittäisessä soveltamistilanteessa.[382] On tutkittava, löytyykö ylä- ja alamarkkinoiden välille yhteys.

---

[378] Ks. tältä osin myös Kuoppamäki 2003, s. 1293.

[379] Arviointi perustuu olennaisesti käsitykseen kuluttajan rationaalisuudesta. Ks. esim. Posner 1992, s. 312–313, Bork, s. 365–372, ja Posner 2001a, s. 198–199, 236–237.

[380] Ks. tarkemmin Whinston, s. 837–859.

[381] Ks. tarkemmin Choi – Stefanadis, s. 52–71.

[382] Ks. esim. komission päätös vuodelta 1995 asiassa Pelikan / Kyocera, komission XXV kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, k. 87, jossa neoklassisen taloustieteellisen ajattelun osoittamien

Markkinoiden kilpailutilanne on purettava ikään kuin osiin. Tarkastelun on kohdistuttava sekä järjestelmä- että yksilötasolle. Järjestelmätasolla tulee arvioida ylämarkkinoiden kilpailutilanteen muutosten vaikutuksia jälkimarkkinoilla sekä mahdollisten aikaisempien jälkimarkkinoilla toteutettujen hinnankorotusten vaikutuksia päähyödykkeen kysyntään.[383] Lisäksi arvioinnissa on otettava huomioon potentiaalisen kilpailun merkitys. Olennaista on hahmottaa markkinoiden muutosalttiuteen vaikuttavat tekijät, jotka voivat luoda pidäkkeitä markkinavoiman vyöryttämiseen jälkimarkkinoille.[384]

Jälkimarkkinoiden määrittelyssä yksilötason tekijöillä on keskeinen asema. On selvitettävä, millaiset tosiasialliset edellytykset yksilöillä on ottaa huomioon pää- ja jälkituotteesta muodostuvan kokonaisuuden hinta hankintapäätöstä tehdessään. Mahdollisuuksiin voi tältä osin vaikuttaa asiakkaan tosiasiallisen tietämyksen taso ja samalla hänen tietämykselleen perustellusti asetettavien vaatimusten laajuus.[385] Hyödykekokonaisuuden moninaisuus voi olla vaikutuksellinen seikka arvioinnissa.[386] Asiakkaan vaihtoehtoisten toimintatapojen mahdollisuus heijastuu arviointiin. Kyse on siitä, millaisia vaihtoehtoja asiakkaalla on päähyödykkeen hankkimiseen. Lisäksi toimittajan hinnoittelu- ja sopimuskäytännöillä voi olla merkitystä, kun arvioidaan asiakkaan mahdollisuuksia ennakolta laskea hyödykekokonaisuuden kustannuksia. Tilanne on tällainen esimerkiksi silloin, kun toimittaja ennalta varoittamatta muuttaa hinnoittelukäytäntöään.

---

keskeisten muuttujien toteutumista testattiin käytännön tilanteessa. Tarkastelun suuntaaminen käytännön tilanteisiin ei tarkoita sitä, että Chicagon koulukunnan esittämät näkemykset olisi hyväksyttävä teoreettisesti. Päinvastoin myös teoreettisen kritiikin esittäminen on mahdollista. Ks. taloustieteellisestä kritiikistä tältä osin esim. Gual – Hellwig – Perrot – Polo – Rey – Schmidt – Stenbacka, s. 24–26.

[383] Erityisen mielenkiinnon kohteina ovat ylämarkkinoiden kilpailutilanteen muutosten vaikutukset jälkimarkkinoiden hintatasoon. Vaikutukset voivat olla kahdensuuntaisia: ylämarkkinoiden kilpailutilanteen kiristymisen voi heijastua jälkimarkkinoiden hintatasoon laskevasti ja vastaavasti ylämarkkinoiden kilpailutilanteen heikentyminen saattaa johtaa jälkimarkkinoiden hintatason kohoamiseen.

[384] Tässä arvioinnissa myyjän markkina-aseman vahvuudella ylämarkkinoilla on lähtökohtaisesti merkittävä sijansa.

[385] Velvollisuus käyttökustannusten määrittämiseen ennalta voi korostua esim. silloin, kun käyttökustannusten osuus tuotteen elinkaaren aikana on korkea päähyödykkeen arvoon nähden. Kuluttajille ja elinkeinonharjoittajille asetettavat vaatimukset voivat tältä osin eriytyä. Elinkeinonharjoittajien on lähtökohtaisesti pystyttävä määrittelemään kuluttajaa eritellymmin hankkimiensa hyödykkeiden käytöstä aiheutuvat kustannukset. Ks. esim. Pelikan / Kyocera, komission XXV kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, k. 87, jossa komissio perusteli laajaa markkinamäärittelyään muun ohella asiakkaiden tietoisuudella päätuotteen käyttöön liittyvien kulutustuotteiden hintatasosta.

[386] Asetelma liittyy tältä osin hankittavan hyödykkeen elinkaaren määrittelemiseen ja elinkaarikustannusten mahdollisten osien määrään.

Kilpailuoikeudellisessa harkinnassa ei voida yksinomaan pitäytyä hahmottamaan tilannetta uuden asiakkaan kannalta. Katse on käännettävä myös hankinnan jo tehneiden asemaan.[387] Tämä näkökulma voidaan perustaa yksin siihen seikkaan, että kilpailuoikeuden yhtenä tehtävänä on yksilön toimintavapauden suojaaminen. Kyse on tällöin riippuvuussuhteen vahvuudesta ja kääntäen sen purkamisen tosiasiallisista mahdollisuuksista. Riippuvuussuhteen perustana voivat olla korvaamiskustannuksiltaan huomattavat investoinnit. Riippuvuussuhteen purkaminen ei välttämättä ole taloudellisesti mielekästä joko suorien kustannusten tai liiketoimintaan kohdistuvien vaikutusten vuoksi.[388]

Arvioinnissa ei saa ohittaa aikatekijää. Riippuvuussuhteen purkaminen voi vaatia runsaasti aikaa, mikä on omiaan syventämään riippuvuussuhteen tosiasiallisia vaikutuksia sekä markkinoiden toimintaan että yksilön asemaan. Riippuvuussuhteen lujuutta ja samalla sääntelyn tarvetta voi osoittaa liitännäishyödykkeen hinnoittelun eriyttäminen uusien ja vanhojen asiakkaiden välillä.[389] Toisaalta arvioinnissa ei voida pysähtyä vain syntyneen riippuvuussuhteen arviointiin. Huomiota tulee kiinnittää myös siihen, millaisia tosiasiallisia keinoja asiakkailla on voinut olla esimerkiksi sopimusoikeudellisesti varautua riippuvuussuhteen seurausten voittamiseen tai lieventämiseen. Arviointi on luonteeltaan kokonaisvaltaista. Eri muuttujien sisällyttäminen arviointiin on välttämätöntä, koska markkinoiden toimintaa vaikeuttaviin seurauksiin ja samalla yksilön suojaamisen tarpeeseen vaikuttavat monet tekijät yhdessä.[390]

Relevanttien markkinoiden määrittelyssä on otettava huomioon kunkin tapauksen erityispiirteet.[391] Tämän vuoksi ehdottomien tulkintalinjojen asettaminen ennalta ei ole mahdollista eikä mielekästä. Kilpailuoikeuden ensisijainen tehtävä liittyy markkinatalouden toimivuuden varmistamiseen. Tästä näkökohdasta lähtien on mahdollista argumentoida, että sääntelyn viitekehyksen rajaami-

---

[387] Ks. myös DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, k. 247 ja 254.

[388] Suorat kustannukset voivat aiheutua uuden päätuotteen hankinnan kalleudesta tai siitä, ettei päätuotteen myyminen edelleen ole taloudellisesti järkevästi mahdollista (ns. uponneet kustannukset). Lisäksi merkityksellisiä voivat olla erityiset hyödykkeen käyttöön ottamista varten tehdyt investoinnit. Ks. tarkemmin DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, k. 248–249. Kokonaiskustannuksiin voi vaikuttaa myös hyödykkeen asema liiketoimintaprosessissa: jos hyödykkeen asema on keskeinen, pienikin haitta hyödykkeen käytössä johtaa helposti merkittäviin välillisiin vahinkoihin, mikä on omiaan voimistamaan riippuvuussuhteen merkitystä.

[389] Hyödykkeeseen sidottujen asiakkaiden epäsuotuisa kohtelu uusiin asiakkaisiin nähden voi kuvastaa toimittajalle avautuvia mahdollisuuksia hyödyntää riippuvuussuhdetta taloudellisesti ja samalla toimittajan tosiasiallisesti vahvaa asemaa vanhoihin asiakkaisiinsa nähden.

[390] Yksi tällainen tekijä liittyy asiakkaan mahdolliseen hyötymiseen pää- ja liitännäishyödykkeen muodostaman kokonaisuuden hinnasta verrattuna erikseen myytäviin hyödykkeisiin.

[391] Ks. myös komission XXV kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, k. 86.

sen vain yhteen yritykseen on oltava poikkeuksellista. Tällaiseen rajaamiseen pitää olla erityisiä perusteita. Tarkastelun dynamiikka edellyttää kokonaisvaltaista otetta. Impulssit yksittäisen sääntelykohteen ulkopuolelta on sisällytettävä tarkasteluun. Ne koskevat erityisesti kolmansien osapuolten ja kuluttajien asemaa. Tosiasialliseen regulaatioon johtavaa jäsentämistapaa on käytettävä varoen. Vaara on konkreettinen, mikäli suppeaa markkinamäärittelyä sovelletaan kattavasti yksittäisissä tapauksissa.

3.3.5.3 Vapausperiaatteen kilpailuoikeudellinen jäsentäminen

Vapausperiaatteen operationalisointi edellyttää systemaattisen tarkastelukehikon luomista. Tarkastelukehikko voidaan nähdä peitepiirroksena, joka ohjaa kiinnittämään huomiota vapausperiaatteen soveltamisen kannalta olennaisiin seikkoihin. Vapausperiaatteen soveltamisen perustava kysymys liittyy niihin kriteereihin, joiden täyttyminen on edellytys kilpailuoikeudellisen suojan antamiselle. Modernissa kilpailuoikeudessa yksilön toimintavapautta tarkastellaan yhteydessä markkinoihin. Yksilön toimintavapauksien rajoittamisen tulee olla jollakin tavalla merkityksellinen markkinoiden toiminnan kannalta, jotta rajoitukseen puuttuminen kilpailuoikeudellisesti on perusteltua. Pelkkä yksilön toimintavapauden rajoitus ei ole lähtökohtaisesti sellaisenaan merkityksellinen, vaan toimintavapauden rajoitus on nähtävä taloudellisessa yhteydessään.[392] Tämä tarkoittaa kilpailuoikeudellisen yksilösuojan *kvalifiointia*.

Markkinoiden toimintaa voidaan jäsentää ainakin kahdella rinnakkaisella tavalla, jotka ovat merkityksellisiä vapausperiaatteen soveltamisen kannalta.[393] Arviointi voi kohdistua markkinoiden toiminnan kokonaisvaltaisiin tuloksiin. Tällöin markkinatulosten syntymistapa (markkinaprosessi) ei ole ensisijaisen mielenkiinnon kohteena. Toimintavapauden rajoitus on merkityksellinen, mikäli sen seurauksena markkinoiden taloudellinen suorituskyky heikkenee. Arviointimittareina voidaan käyttää tehokkuuden eri muotoja (tuotannollinen, allokatiivinen ja dynaaminen tehokkuus). Lähestymistapa edellyttää kahden eri markkinatilanteen, toteutuneen ja kontrafaktuaalisen, välistä vertailua. Haasteeksi muodostuu usein vertailun suorittamiseksi tarvittavien tietojen saatavuus.[394]

---

[392] Muussa tapauksessa seurauksena voisi olla kilpailijoiden suojeleminen tehokkaammilta toimijoilta. Ks. myös Ks. myös Fox 2003, s. 163–165.

[393] Ks. tästä jaottelusta II.6.2.2.1–6.2.2.2.

[394] Ks. O'Donoghue – Padilla, s. 222–223. Käytettävät ekonometriset mallit on valittava huolella. Tämä on merkityksellistä erityisesti sen varmistamiseksi, ettei taloustieteellinen arviointi johda pistemäiseen hyvinvointivaikutusten arviointiin. Taloustieteellisten mittareiden avulla on voitava ottaa haltuun mahdolliset muutokset markkinoiden toiminnassa. Arviointiin on sisällyttävä dynaaminen ulottuvuus.

Vapausperiaatteen operationalisoinnissa ei voida pysähtyä yksinomaan jäsentämään menettelyiden kokonaisvaltaisia tehokkuusvaikutuksia, vaan on tarkasteltava markkinoiden toimintamekanismin ja yksilön toimintavapauden rajoituksen välistä suhdetta. Markkinoiden toiminnan ulkoisista mittareista on siirryttävä markkinaprosessin sisälle. Siirto järjestelmätasolta yksilötasolle on tarpeellinen edellä mainittujen ekonometristen menetelmien käyttöön liittyvien haasteiden lisäksi myös vapausperiaatteen peruslähtökohtien vuoksi. Yksilön toimintavapauden rajoitus on nähtävä yhteydessä toisten yksilöiden oikeudellisiin positioihin markkinoilla ja edelleen markkinoiden kokonaisvaltaiseen toimintaan. On selvitettävä, miten yksittäinen toimintavapauden rajoitus vaikuttaa markkinoiden toimintaprosessiin. Kilpailuoikeudellisten kriteerien määrittämiseksi on konstruoitava markkinatilanne ja sen eri ulottuvuudet. Pelkkä pitäytyminen kahden toimijan välisen suhteeseen ei ole riittävää. Arvioinnissa on kiinnitettävä huomiota ainakin järjestelyn ajalliseen, henkilölliseen ja asialliseen ulottuvuuteen. Toimintavapauden rajoitus asemoidaan näin markkinoille. Ratkaisevaa on edellä mainittujen ulottuvuuksien yhteisvaikutus.

Vapausperiaatteen soveltamiskriteerien jäsennystä koskeva esitys on luonnosmainen. Jäsennystä on mahdollista tarkentaa erilaisten kilpailunrajoitustyyppien osalta erikseen. Lisäksi harkinta täsmentyy kunkin tapauksen erityispiirteiden mukaan. Kyse on harkintaa ohjaavista suuntaviivoista.

3.3.5.3.1 Ajallinen ulottuvuus

Toimintavapauden rajoituksen tarkastelussa on otettava huomioon markkinoiden dynamiikkaan liittyvät ominaispiirteet. Markkinoiden toimintaan sisältyy tyypillisesti jatkuva mahdollisuus muutokseen. Markkinoita ei voida tarkastella pistemäisesti, vaan markkinat tulee nähdä prosessina, jonka kuluessa markkinoiden toiminta muotoutuu eri tavoin ja johon yksilöt omilla toimillaan osaltaan vaikuttavat. Tässä katsannossa on ilmeistä, että tarkastelussa ei ole perusteltua pysähtyä vain nykyiseen markkinatilanteeseen. Ei riitä, että selvitettäisiin, millaisia välittömiä vaikutuksia toimintavapauden rajoituksella on markkinoiden toimintaan.[395] On jäsennettävä, miten yksittäisen toimintavapauden rajoitukset vaikuttavat markkinoiden toimivuuteen lyhyttä aikaväliä pidemmällä aikajänteellä. Markkinatilanteen muutospotentiaali on sisällytettävä arviointiin, ja sen tarkastelun tulee olla dynaamista.[396]

Järjestelyn ajallisen merkityksen jäsentäminen takaa tarkastelun dynaamisuuden. Markkinoiden muutostendenssit on otettava mukaan harkintaan. Henkilölli-

[395] Tämä voisi tarkoittaa esimerkiksi keskittymistä markkinoiden allokatiiviseen tehokkuuteen lyhyellä aikajänteellä.
[396] Ks. markkinavoiman arvioinnin dynaamisuuden tarpeesta esim. Kuoppamäki 2003, s. 1319.

set ja asialliset tarkastelut on ajettava ajallisen analyysin lävitse. Kilpailunrajoituksen toimeenpanijan, sen kohteen ja muiden toimijoiden asemaa on jäsennettävä ajallisessa ulottuvuudessa. Riittävää ei ole yksinomaan kohteen nykyisen aseman ymmärtäminen, vaan on selvitettävä, miten toimintavapauden rajoitus estää kohdetta kehittymästä ja osallistumasta tulevan markkinatilanteen muovaamiseen.

Tarkastelun dynaamisuuden korostaminen johtaa yksittäisten markkinoiden toimintalogiikan lähteiden etsimiseen. On selvitettävä, miten kulloistenkin markkinoiden toimintakyvyn ydin muodostuu ja miten yksilön toimintavapaudet suhteutuvat tähän toimintakykyyn. Käytännössä tämä tarkoittaa arviointimittareiden moninaisuutta. Arvioinnissa on otettava huomioon markkinoiden suorituskyvyn eri muodot (tuotannollinen, allokatiivinen ja dynaaminen tehokkuus) kunkin markkinatilanteen ominaispiirteiden mukaisin painotuksin. Merkityksellistä on se, kuinka toimintavapauden rajoitus vaikuttaa ajallisessa jatkumossa markkinoiden suorituskyvyn eri osa-alueiden toteutumiseen. Yksilöt toimintavapautensa käyttäjinä hahmotetaan generaattoreiksi, jotka pitävät kilpailupainetta yllä markkinoilla. Lisäksi yksittäiset toimijat voidaan nähdä ainakin lyhyttä pidemmällä aikajänteellä potentiaalisina vaihtoehtoisten reittien luojina: markkinoiden kyky diversifioitua ja kehittyä perustuu yksittäisten toimijoiden menettelyihin.[397]

Oma kysymyksensä on luonnollisesti se, kuinka vahva merkitys yksittäisellä toimijalla on markkinaprosessin muodostumisen kannalta. Tältä osin tarvitaan yksittäistapauksellista harkintaa. Ei ole mahdollista ajatella yksiselitteisesti siten, että markkinoiden toimivuus edellyttää lähtökohtaisesti kaikissa tilanteissa määrältään lukuisten toimijoiden läsnäoloa markkinoilla. Tiukka sitoutuminen vaatimukseen useiden toimijoiden luomasta markkinarakenteesta ei ole perusteltua.[398] Toisaalta yksilöiden toimintavapauksiin liittyy muutospotentiaali ainakin muulla kuin lyhyellä aikajänteellä. Yksilöt avaavat toimillaan mahdollisuuksia muutokseen ja luovat siten edellytyksiä markkinoiden dynamiikalle.

Yksilön toimintavapauden ajallisessa tarkastelussa palataan helposti markkinoiden toimintaa koskeviin perustaviin kysymyksiin. Markkinoiden muutosalttius on sisälly-

[397] Ks. myös Hildebrand 2002a, s. 8.

[398] Tämä merkitsee irtaantumista ajatuksesta, jossa vaihtoehtojen nähdään takaavan yksilön toimintavapauksien olemassaolon. Markkinoiden toimivuus yhdistetään toisin sanoen atomistiseen markkinarakenteeseen. Ajattelussa on tältä osin havaittavissa ordoliberalistinen painotus. Ks. tarkemmin EU:n kilpailuoikeuden aiemmasta oikeuskäytännöstä esim. asia 6/72 Continental Can v. komissio, (1973) ECR 215, k. 26, jossa määräävässä markkina-asemassa olevalle toimijalle asetetaan velvollisuus olla vahingoittamatta yhteismarkkinoiden tosiasiallisia kilpailurakenteita, millä viitataan erityisesti määräävässä asemassa olevasta yrityksestä riippumattomien toimijoiden toimintaedellytyksiin.

tettävä analyysiin. On mahdollista puhua markkinoiden kypsyysasteesta.[399] Kypsillä markkinoilla kehitys on lähtökohtaisesti hidasta.[400] Tästä on seurauksena se, että vallitsevien markkina-asemien murtaminen on usein hankalaa. Tällaisissa olosuhteissa yksilöiden menettelyihin tai niiden väliseen yhteistoimintaan perustuvien innovaatioiden merkitys on rajallinen. Toinen keskeinen seikka koskee näkemystä markkinoille tulon esteistä.[401] Jos markkinoille tulon esteiden merkitys nähdään rajallisena, heijastuu tämä näkemys lähtökohtaisesti myös yksittäisen toimintavapauden rajoituksen asemaan: markkinoilla olevien kilpailijoiden toimintavapauden rajoittamisen kannattavuus rapautuu, mikäli markkinoille on jatkuvasti tulossa uusia kilpailijoita.[402] Potentiaalinen kilpailu luo painetta, joka muodostaa pidäkkeitä erilaisten toimintavapauden rajoitusten toteuttamiseen markkinoilla.[403] Kysymys markkinoille tulemisen vaikutuksista kilpailuprosessiin on luonteeltaan tyypillisesti sellainen, ettei sen ratkaiseminen yksin teoreettisista lähtökohdista ole perusteltua. Tältäkin osin tarvitaan yksittäistapauksellisten olosuhteiden analysointia.

Käytännössä toimintavapauden kilpailuoikeudellisen relevanssin yhtenä tärkeänä mittarina voidaan pitää rajoituksen ajallista kestoa.[404] Näkökulma on ollut erityisesti esillä sellaisten kilpailunrajoitusten yhteydessä, joiden avulla on pyrit-

---

[399] Kypsillä markkinoilla tarkoitetaan vakiintuneita markkinoita, joilla käytetyt toimintatavat ja tekniikat ovat yleisesti tunnettuja. Kypsille markkinoille on tyypillistä teknisen kehityksen verkkaisuus ja kysynnän vakaus. Ks. tarkemmin esim. komission tiedonanto Suuntaviivat vertikaalisista rajoituksista 19.5.2010, k. 118.

[400] Toisaalta on muistettava, että innovaatiot voivat muuttaa kypsien markkinoiden luonnetta. Luokittelu voi jäykistää ajattelua, vaikka luokittelulla on systemaattista merkitystä markkinatilanteiden jäsentämisessä.

[401] Markkinoille tulon esteiden sisällöstä on esitetty taloustieteessä toisistaan poikkeavia näkemyksiä. Erästä tiukimmista näkökannoista edustaa George Stigler. Ks. esim. Stigler 1968, s. 67, jonka mukaan merkityksellisenä markkinoille tulon esteenä voidaan pitää sellaista kulua, joka on välttämätön markkinoille tulevalle yritykselle mutta ei siellä jo olevalle toimijalle. Johtopäätöksenä on tällöin se, että tehokkaan yrityksen kannattaa tulla markkinoille, mikäli markkinoilla oleva toimija pyrkii nostamaan hintatason yli kokonaiskustannustason, johon sisältyvät markkinoille tulosta aiheutuneet kustannukset. Lähestymistapa tukee käsitystä markkinoiden itseohjautuvuudesta: markkinoille tulo muodostaa todellisen uhan markkinoilla oleville toimijoille. Näkemys on osaltaan vaikuttanut chicagolaisen ajattelun muotoutumiseen. Ks. myös Korah – O'Sullivan, s. 12. Esitetty näkökanta ei välttämättä ole riittävä kilpailuoikeudellisen arvioinnin kannalta, vaan kaikki todelliset markkinoille tulon esteet ovat kokonaisuudessaan merkityksellisiä eikä niitä voida jättää lähtökohtaisesti arvioinnin ulkopuolelle. Arvioinnissa on otettava huomioon yksittäistapaukselliset olosuhteet.

[402] Kuvaava esimerkki koskee saalistushinnoittelua, joka on kallis kilpailun rajoittamisen muoto. Markkinoilla olevien kilpailijoiden heikentäminen tai poistaminen markkinoilta ei ole taloudellisesti järkevää, mikäli markkinatilanne houkuttelee uusia kilpailijoita markkinoille. Saalistushinnoittelun käyttämisen strategisena tavoitteena on usein sellaisen maineen luominen, etteivät potentiaaliset kilpailijat katso perustelluksi pyrkiä markkinoille. Tällöin markkinoille tulemisen uhka voidaan torjua ilman jokaista kilpailijaa vastaan kohdistettua hinnoitteluoperaatiota. Ks. saalistushinnoittelusta esim. Posner 2001a, s. 207–212.

[403] Vastaavasti on mahdollista ajatella, että markkinoille tulemista koskevan kynnyksen mataluus pienentää yksittäistapauksellisen toimintavapauden rajoituksen kilpailuoikeudellista merkitystä.

[404] Ks. tältä osin esim. Odudu 2001b, s. 266, ja Kuoppamäki 2003, s. 313.

ty lukitsemaan vallitseva markkinatilanne sekä estämään tai haittaamaan kilpailijoiden tahi potentiaalisten kilpailijoiden operointia markkinoilla.[405] Jos kilpailijan tai potentiaalisen kilpailijan toimintavapauden rajoitus on ollut pitkäkestoinen, voidaan rajoitukseen liittää olettama sen kilpailuoikeudellisesta ongelmallisuudesta. Arviointiasteikko on tältäkin osin liukuva.[406] Arviointiin vaikuttavat rajoituksen ajallisen keston lisäksi sen henkilöllinen ja asiallinen ulottuvuus.

3.3.5.3.2 Henkilöllinen ulottuvuus

Vapausperiaatteen mukaisessa arvioinnissa on selvitettävä markkinoiden toiminnan kannalta merkitykselliset henkilörelaatiot. Niitä voidaan tarkastella sekä horisontaalisesti että vertikaalisesti. Horisontaaliseen ulottuvuuteen sijoittuvat toiminnan harjoittajan lisäksi kilpailijat ja potentiaaliset kilpailijat. Vertikaalisen ulottuvuuden muodostavat puolestaan sopimus- tai kauppakumppanit, asiakkaat ja kuluttajat. Relaatiot ja niiden merkitykset voivat näyttäytyä toisistaan poikkeavilla tavoilla eri kilpailunrajoitusten yhteydessä, mutta relaatioihin perustuva jäsennys avaa kuitenkin markkinoiden toiminnan synty- ja keskinäisiä vaikutusmekanismeja. Henkilörelaatioilla on täten tarkastelun asemoinnissa oma sijansa.

Horisontaalinen ja vertikaalinen ulottuvuus muodostavat kilpailuoikeudellisessa tarkastelussa yksilötason eli tason 1. Markkinoiden toiminnasta voidaan lisäksi erottaa järjestelmätaso (taso 2), joka koskee markkinoiden toimintaa kokonaisuudessaan, joukkomittaisena ilmiönä. Järjestelmätason voidaan katsoa luovan taustan, jonka avulla yksilötason relaatiot ovat kilpailuoikeudellisessa tarkastelussa nivottavissa yhteen.

Kilpailuoikeudellisessa tarkastelussa on lähdettävä liikkeelle toimintavapauden rajoituksen toteuttajan asemasta markkinoilla. Rajoituksen toteuttajan aseman tulee olla sellainen, että toimijan menettelyillä voi olla yksittäistä sopimus-

---

[405] Näkökulma nousee tyypillisesti esille yksinmyyntisopimusten ja EUT-sopimuksen 102 artiklan välistä suhdetta tarkasteltaessa. Markkinoiden sulkeutumista koskevassa kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa yhdistyvät luonteenomaisesti osapuolten asemaan ja rajoituksen kattavuuteen liittyvät seikat. EU:n kilpailuoikeudessa on perinteisesti suhtauduttu pidättyvästi määräävässä markkina-asemassa olevan toimijan mahdollisuuksiin soveltaa yksinmyyntiehtoja. Tämä on merkinnyt käytännössä sitä, ettei yksinmyyntiehdon ajalliseen kestoon ole tarvinnut kiinnittää huomiota. Ks. perinteisen ajattelutavan kritiikistä tältä osin DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, k. 149, ja O'Donoghue – Padilla, s. 366–367. Uuden ajattelutavan keskeisenä sisältönä on pyrkimys selvittää yksinmyyntiehdon todelliset vaikutukset markkinoilla. Tällöin on kiinnitettävä huomio myös rajoituksen kattavuuteen, johon vaikuttaa keskeisesti rajoituksen ajallinen kesto. Markkinoiden sulkevan vaikutuksen katsotaan voivan korjautua ainakin joissain tilanteissa, mikäli yksinmyyntiehto on kestoltaan rajallinen. Ks. aiemmasta oikeuskäytännöstä asia T-65/89 BPB Industries Plc ja British Gypsum Ltd v. komissio, (1993) ECR II 389, k. 73.

[406] Asetelmaa voidaan arvioida taloustieteellisesti eri tavoin. Esimerkiksi chicagolaisessa ajattelussa on korostunut näkemys, jonka mukaan olennaista on rajoituksen peruste eikä niinkään sen kesto.

suhdetta laajempia vaikutuksia markkinoilla. Perinteisessä tarkastelussa on kiinnitetty huomiota toiminnan harjoittajan *markkinavoimaan*, jonka katsotaan kuvastavan kykyä toimia kilpailun paineista vapaana ja vaikuttaa omilla menettelyillään markkinoiden toimintaan. Kilpailunrajoitustyypistä riippuen arvioinnin kohteena on yhden toimijan markkinavoima tai useamman toimijan yhteinen markkinavoima.[407]

> Kilpailuoikeudessa on varsin suoraviivaisesti lähdetty arvioimaan toimijan mahdollisuuksia markkinoiden toiminnan ohjaamiseen markkinaosuuden avulla. Lähestymistapa on omaksuttu muun ohella komission vähämerkityksellisiä kilpailunrajoituksia koskevassa tiedonannossa ja keskeisissä ryhmäpoikkeusasetuksissa.[408] Markkinaosuudet muodostavat käytännössä hyvän lähtökohdan markkinavoiman arvioimiseen. Markkinaosuuksien määrittämiseen ei useinkaan sisälly voittamattomia ongelmia, joten arviointitavan operatiivinen sovellettavuus on perusteiltaan kunnossa. Toisaalta on muistettava, että pelkkä markkinaosuuksiin kiinnittyvä tarkastelu voi johtaa vääristyneisiin arviointeihin. Tämä liittyy erityisesti markkinaosuuksien muutosalttiuteen. Markkinaosuuksien mahdollinen muutos luo labiliteettia toimijan asemaan markkinoilla ja rajoittaa toimijan toimintavapautta, koska muutoksen mahdollisuus on otettava toiminnan suunnittelussa huomioon.
>
> Toimintavapauden rajoituksen taustalla oleva markkinavoima muodostaa kilpailuoikeudessa eräänlaisen jatkumon. Lähtökohtaisesti toimintavapauden rajoituksiin suhtaudutaan sitä varauksellisemmin, mitä vahvempi asema rajoituksen toteuttajalla on markkinoilla. Eräänä kynnyksenä oikeudellisena viitekehyksessä voidaan pitää määräävää markkina-asemaa.[409] Eurooppalaisessa kilpailuoikeustraditiossa on perinteisesti asetettu määräävässä asemassa olevalle toimijalle *erityinen vastuu* markkinaolosuhteiden säilymisestä kilpailullisina ja edelleen toisten toimijoiden toimintava-

---

[407] Petri Kuoppamäen väitöskirjan perustava havainto liittyy siihen, että kartellien, määräävän markkina-aseman väärinkäytön ja yrityskauppojen kilpailuoikeudellisessa sääntelyssä on keskeisenä ja eri sääntelymuotoja yhdistävänä tekijänä markkinavoiman kontrollointi. Ks. tarkemmin Kuoppamäki 2003, s. 5.

[408] Vähämerkityksellisiä kilpailunrajoituksia koskevassa tiedonannossa (2001/ C 368 / 07) kilpailevien yritysten välisten sopimusten osalta on rajaksi asetettu sopimusosapuolten yhteenlaskettu 10 prosentin markkinaosuus sopimusjärjestelyn vaikutusalaan kuuluvilla merkityksellisillä markkinoilla ja muiden kuin kilpailevien yritysten välisten sopimusten osalta yksittäisen sopimusosapuolen 15 prosentin markkinaosuus merkityksellisillä markkinoilla. Vertikaalisia rajoituksia koskevassa ryhmäpoikkeusasetuksessa (EU 330/2010) on asetuksen soveltamisedellytykseksi asetettu pääsääntöisesti vaatimus siitä, ettei toimittajan markkinaosuus saa ylittää 30 prosentin kynnysarvoa. Vastaavasti erikoistumissopimuksia koskevan ryhmäpoikkeusasetuksen (EU 1218/2010) soveltaminen edellyttää, ettei osallistuvien yritysten yhteenlaskettu markkinaosuus merkityksellisillä markkinoilla ylitä 20 prosenttia.

[409] Määräävää markkina-asemaa voimakkaampana markkinoiden hallinnan muotona voidaan pitää ns. superdominanssia, jonka on katsottu edellyttävän noin 90 prosentin markkinaosuutta. Ks. tarkemmin julkisasiamies Fennellyn ratkaisuehdotus yhdistetyissä asioissa C-395/96 P ja C-396/96 Compagnie Maritime Belge NV ja Dafra-Lines A/S, (2000) ECR I 1365. Tyypillistä superdominanssille on markkinatilanteen läheneminen tosiasiallista monopolia markkinoilla.

pauksien ylläpitämisestä.[410] Lähestymistavassa näkyy voimakkaasti ordoliberalistisen ajattelun vaikutus: valtaan liitetään vastuu. Nykyaikaisessa kilpailuoikeudellisessa keskustelussa on havaittavissa merkkejä suoraviivaisen lähestymistavan murtumisesta.[411] Määräävässä markkina-asemassa olevan toimijan menettelyistä voi seurata toimintavapauksien rajoitusten lisäksi markkinoiden toimivuutta edistäviä vaikutuksia. Tämä edellyttää rajoituksen tosiasiallisten vaikutusten arviointia eikä pelkkää ennakollisiin olettamiin pitäytymistä.

Toiminnan harjoittajan markkina-asema ei sellaisenaan useinkaan anna riittävää kuvaa markkinoiden toimintamekanismista. Toimintavapauden merkityksen jäsentämisessä on otettava huomioon sekä horisontaalinen että vertikaalinen markkinatilanne. Horisontaalisesti toimintavapauden rajoittajan asema on suhteutettava *kilpailijoihin* ja *potentiaalisiin kilpailijoihin*.[412] Toimintavapauden rajoittajan markkinaosuutta on verrattava keskeisten kilpailijoiden markkinaosuuksiin.[413] Lisäksi on selvitettävä, kuinka *keskittyneet* markkinat kokonaisuudessaan ovat.[414] Tällä tavoin voidaan muodostaa kokonaisvaltainen käsitys merkityksellisten markkinoiden horisontaalisista kilpailuolosuhteista, jota vasten toimintavapauden rajoittajan menettelymahdollisuuksia voidaan arvioida. Asetelma kuvastaa toimijalla olevaa liikkumavaraa toimintavapauden rajoitusten toteuttamiseen.

---

[410] Ks. tarkemmin asia 322/81 NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. komissio, (1983) ECR 3461, k. 57. Ks. myös asia T-83/91 Tetra Pak International SA v. komissio, (1994) ECR II 755, k. 122, ja asia C-333/94 P Tetra Pak International SA v. komissio, (1996) ECR I 5951. Käytännössä mielenkiintoinen kysymys koskee erityisen velvollisuuden sisältöä. Oikeuskäytännössä on viitattu erityisen velvollisuuden osalta siihen, että määräävässä markkina-asemassa olevalta yritykseltä voidaan kieltää menettelytapoja, jotka ovat oikeutettuja muille yrityksille. Ks. yhdistetyt asiat T-191/98, T-212/98–T-214/98 Atlantic Container Lines AB ym. v. komissio, (2003) ECR II 3275, k. 1460. Vaarana on tällöin se, että erityinen velvollisuus jää yleiseksi ja riippumaan kunkin tapauksen erityisistä olosuhteista. Arviointiin peilautuu erityisen velvollisuuden sisältöä laajempi keskustelu siitä, tulisiko yritysten menettelyitä arvioida niiden todellisten vaikutusten perusteella vai onko erilaisten toiminnan sisältöä ja osapuolten asemaa koskevien olettamien käyttäminen mahdollista markkinavaikutusten arvioinnissa. Ks. eurooppalaisen ja yhdysvaltalaisen ajattelun eroista McDonald, s. 2–4, jossa käytetään termejä karjapaimenkapitalismi ja herrasmieskilpailija kuvaamaan erilaisia lähestymistapoja. Asetelma tiivistyy kysymykseen yksittäisten yritysten toimintavapauden suojaamisen ja kuluttajien edun toteuttamisesta kilpailuoikeudellisessa harkinnassa.

[411] Ks. keskustelusta esim. EUT-sopimuksen 102 artiklan uudistamiseen liittyvä DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, k. 54–60.

[412] Ks. tarkemmin oikeuskäytännöstä esim. asia 27/76 United Brands v. komissio, (1978) ECR 207, k. 110–129, ja asia 51/75 EMI Records v. CBS United Kingdom, (1976) ECR 811, k. 36.

[413] Markkinaosuuksien avulla voidaan muodostaa alustava kilpailuoikeudellinen tilannekuva. Tämä ei kuitenkaan yksin riitä, vaan tilannekuvan muodostamisen perustaa on laajennettava.

[414] Lähestymistapaa on sovellettu esim. kilpailijoiden välisen yhteistyön arviointiin. Ks. tältä osin esim. komission suuntaviivat EY:n perustamissopimuksen 81 artiklan soveltamisesta horisontaalista yhteistyötä koskeviin sopimuksiin (2001/C 3/ 02), k. 96–99.

Toimintavapauden rajoitukset voivat kohdistua horisontaalisesti ja vertikaalisesti. Kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa on keskeistä jäsentää toimintavapauden rajoituksen *kohteen asema markkinoilla*. Voimakas toimija voi muodostaa vastavoiman toimintavapauden rajoituksen toteuttajalle, jolloin toimintavapauden rajoituksen vaikutukset voivat neutraloitua tai ainakin vähentyä yksilö- ja järjestelmätasolla.[415] Tarkastelua on tarpeen mukaan eriytettävä henkilöllisessä ulottuvuudessa: toimintavapauden rajoituksen seuraukset voivat näyttäytyä eri tavoin toimijasta riippuen.[416] Toimintavapauden kohteen asemaa on tarkasteltava dynaamisesti. Toimintavapauden kohteen nykyisen aseman lisäksi arvioinnissa on otettava huomioon myös sellaiset markkinaolosuhteet, jotka mahdollistavat toimintavapauden rajoitusten vaikutusten kiertämisen. Toimintavapauden rajoituksen piirissä olevilla tahoilla voi olla näissä olosuhteissa kyky omilla menettelyillään tasapainottaa toimintavapauden rajoituksia.[417]

Toimintavapauden rajoituksen vaikutusten jäsentämisessä on otettava huomioon *rajoituksen kohteena olevien toimijoiden merkitys markkinoiden toiminnalle*. Ensinnäkin on selvitettävä, millainen asema toimintavapauden kohteella on markkinaprosessin kannalta.[418] Tarkastelun keskiössä on se, kuinka rajoituksen kohteen poistaminen vaikuttaisi markkinoiden toimintaan. Jos toimintavapauden rajoitus johtaa yhden merkittävän kilpailijan eliminoitumiseen ja samalla markkinoiden nykyisen tai tulevan suorituskyvyn heikkenemiseen, on kilpailuoikeudellinen puuttuminen usein perusteltua.[419] Kohteen toiminnan estämisen tai

---

[415] Ks. toimintavapauden rajoituksen kohteen taloudellisen vallan ja rajoituksen toteuttajan taloudellisen vallan välisestä suhteesta esim. yhdistetyt asiat T-68/89, T-77/89 ja T-78/89 Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA ja PPG Vernante Peniitali SpA v. komissio, (1992) ECR II 1403, k. 366. Kysymys voi olla esim. ostajien vahvan markkina-aseman vertikaalisia toimintavapauden rajoituksia tasapainottavasta vaikutuksesta. Keskeisiä seikkoja ovat muun ohella ostajien keskittymisaste ja sopimussuhteen vaihtamisesta aiheutuvat kustannukset ostajille ja toimittajalle, millä seikalla on merkitystä vaihtoehtoisten toimituskanavien löytymiseen. Ks. tarkemmin O'Donoghue – Padilla, s. 129–131.

[416] Mahdollista on myös se, että useat kooltaan pienet toimijat harjoittavat yhteistyötä ja muodostavat yhdessä vastapainon voimakkaalle toimijalle, millä seikalla voi olla markkinoiden toimintaa edistäviä vaikutuksia. Ks. esim. asia C-250/92 Gottrup-Klim e.a. Grovvareforeninger v. Dansk Landbrugs Grovvareselskab AmbA, (1994) ECR I 5641, k. 32.

[417] Kysymys voi olla esim. markkinoille tulemiseen tarvittavan kapasiteetin ostamisesta tai kokonaan uuden kapasiteetin luomisesta. Ks. esimerkiksi asia C-234/89 Stergios Delimitis v. Henninger Bräu AG, (1991) ECR I 935, k. 21.

[418] Ks. tältä osin esim. DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, k. 222, jossa tarkastellaan yksittäiseen toimijaan kohdistuvan toimituksista kieltäytymisen vaikutuksia markkinoiden toimivuuden kannalta. Arvioinnissa korostuu toimituksista kieltäytymisen vaikutus niille markkinoille, joilla kilpailunrajoituksen kohde toimii. Merkityksellisiä seikkoja ovat muun ohella markkinoilla vallitseva kilpailutilanne mukaan luettuna kilpailijoiden lukumäärä ja kohteen aktiviteetin taso kyseisillä markkinoilla.

[419] Kilpailijaan kohdistetun toimintavapauden rajoituksen merkitystä erityisesti kuluttajien kannalta voidaan arvioida markkinoiden toimivuuden suunnalta siten, että kiinnitetään huomio rajoituk-

vaikeuttamisen vaikutukset voivat ilmetä sekä horisontaalisesti että vertikaalisesti.[420]

Toiseksi toimintavapauden rajoituksen merkitystä on punnittava *verkostovaikutuksien* kannalta.[421] Toimintavapauksien rajoitusten kumuloituminen on erityisen relevanttia kilpailuoikeuden näkökulmasta: toimintavapauksien käytön laajamittainen rajoittaminen johtaa helposti markkinoiden lukkiutumiseen. Toimintavapauksien rajoituksien olennaisin seuraus vertikaalisissa suhteissa ei koske niinkään rajoitusten välitöntä kohdetta eli asiakasta vaan rajoituksen toteuttajan kilpailijoita: rajoitusten tarkoituksena on kilpailijoiden markkina-asemien vahvistamisen vaikeuttaminen, mikä on haitallista markkinoiden dynamiikan kannalta.[422] Sulkeutumisvaikutuksen arvioinnissa on olennaista sopimusjärjestelyllä sidotun markkinaosuuden suuruus.[423]

Toimintavapauden rajoituksen kohteen aseman tarkastelussa on keskeistä, millä tavoin markkinoiden toimintamekanismi hahmotetaan. On jäsennettävä toimintavapauden arvioinnin konteksti.[424] Kuvaava esimerkki liittyy inter brand

---

sen kohteen aseman lisäksi rajoituksen sisältöön ja markkinatilanteeseen. Kilpailijan on oltava sillä tavalla tärkeä, että hänen toimintansa vaikuttaa kuluttajien asemaan lyhyellä aikajänteellä. Rajoituksella tulee olla merkittävä vaikutus kilpailijan tehokkaisiin toimintaedellytyksiin. Markkinoille tuleminen ei voi korvata lyhytaikaista haittaa kilpailulle. Kyse on siis kokonaisarvioinnista. Ks. tarkemmin Pera – Aurricchio, s. 163. Arvioinnissa on syytä korostaa sen dynaamisuutta: toimijan asemaa ei ole perusteltua tarkastella vain nykyisessä markkinatilanteessa. Erityisen haitallisia ovat sellaiset toimintavapauden rajoitukset, jotka estävät kilpailijaa vahvistamasta asemaansa tulevassa markkinatilanteesta ja näin vauhdittamasta markkinoiden toimintaa.

[420] Horisontaalinen vaikutus koskee suoraan toiminnan harjoittajan kilpailijoita ja edelleen markkinoiden toimivuudesta riippuvaisia kuluttajia. Vertikaalinen vaikutus puolestaan liittyy alamarkkinoiden kilpailuedellytyksiin; kilpailumahdollisuuksien eriytyminen voi vaikuttaa alamarkkinoiden toimivuuteen.

[421] Tämä näkökulma on ollut erityisesti esillä vertikaalisia jakelujärjestelmiä koskevien sopimusten kilpailuoikeudellisen arvioinnin yhteydessä esillä. Ks. mm. asia 23/67 SA Brasserie de Haecht v. Consorts Wilkin- Jansen, (1967) ECR 407, asia C-234/89 Stergois Delimitis v. Henniger Bräu AG, (1991) ECR I 935, ja T-7/93 Lagnese Iglo GmbH v. komissio, (1995) ECR II 1533, ja asia C-279/95 P Lagnese Iglo GmbH v. komissio, (1998) ECR I 5609.

[422] Ks. esim. asia T-7/93 Lagnese Iglo GmbH v. komissio, (1995) ECR II 1533, k. 102, ja asia C-279/95 P Lagnese Iglo GmbH v. komissio, (1998) ECR I 5609.

[423] Arviointitapa perustuu toimintavapauden rajoituksen todellisten vaikutusten selvittämiseen. Arviointi on luonteeltaan kokonaisvaltaista, minkä vuoksi sidotun markkinaosuuden suuruus muodostaa vain yhden, vaikkakin keskeisen arviointimittarin. Arviointiin on sisällytettävä kulloistenkin markkinoiden toimintadynamiikkaan liittyvät markkinoille tuloa vaikeuttavat tekijät, jollaisia voivat olla esim. jakelurakenteen pirstoutuneisuus, sopimusjärjestelyiden pituus ja asiakkaiden tosiasialliset mahdollisuudet rinnakkaisten jakelusopimusten ylläpitämiseen. Ks. esim. T-7/93 Lagnese Iglo GmbH v. komissio, (1995) ECR II 1533, k. 106–111, ja asia C-279/95 P Lagnese Iglo GmbH v. komissio, (1998) ECR I 5609.

[424] Toimintavapauksien rajoituksien vaikutukset eivät välttämättä kohdistu vain niille markkinoille, joilla rajoitukset ensisijaisesti toteutetaan. Arvioinnissa on otettava huomioon mahdolliset vaikutukset muilla markkinoilla. Tilanne on tyypillisesti tällainen vertikaalisten rajoitusten osalta, jolloin toimittajan ja asiakkaan välisen rajoituksen vaikutukset kanavoituvat alamarkkinoiden kil-

ja intra brand -kilpailuun. Jos markkinoiden toimivuuden mittariksi asetetaan mahdollisuus tuotemerkin sisäiseen kilpailuun, on yksittäisen jakelijan toimintavapauden rajoituksen relevanssi erilainen verrattuna tuotemerkkien välistä kilpailua painottavaan näkökulmaan. Asetelmaan liittyy vahva taloustieteellinen ulottuvuus.[425] Oikeudellisessa tarkastelussa on ymmärrettävä sääntelykohteen ominaispiirteet, vaikka sääntelyllä on normatiivinen tehtävänsä.

3.3.5.3.3 Asiallinen ulottuvuus

Vapausperiaatteen soveltamisen olennaisen osan muodostaa toimintavapauden rajoitusten sisällöllinen jäsentäminen. Kilpailuoikeudellisen sääntelyn perustavana tehtävänä on markkinoiden toimivuuden varmistaminen. Yksilöiden vapaudet ja niiden rajoitukset nähdään taloudellisessa yhteydessään. Toimintavapauden rajoituksella on oltava jollain tavalla markkinoiden toimintaa haittaavia vaikutuksia, jotta kilpailuoikeudellinen interventio on perusteltu.

Kilpailuoikeudellisen vapausperiaatteen soveltamisen erityinen haaste liittyy yhteyksien löytämiseen yksilön toimintavapauksien rajoitusten ja markkinoiden toimivuuden välille. Näiden markkinavaikutusten arviointiin heijastuvat erilaiset käsitykset kilpailusta. Toimintavapauksien rajoitusten kilpailuoikeudellisessa tarkastelussa on sovitettava yhteen sekä lopputulosta että prosessia painottavat lähestymistavat. Erilaiset arviointilähtökohdat ovat suodattuneet osaksi kilpailuoikeudellista harkintaa. Niiden keskinäiseen painoarvoon vaikuttavat yksittäistapaukselliset olosuhteet, joista voidaan esimerkkinä mainita kulloinenkin kilpailunrajoitustyyppi.

> Neoklassiseen ajatteluun perustuvassa arvioinnissa kiinnitetään huomio ensisijaisesti markkinoiden mitattavissa oleviin tehokkuusvaikutuksiin. Arviointimittareina toimivat tuotannollinen ja allokatiivinen tehokkuus. Toimintavapauden rajoitukseen voidaan puuttua, mikäli rajoituksesta seuraa periaatteessa mitattavissa olevia tehokkuustappioita. Näitä tehokkuustappioita on tarkasteltava kokonaisvaltaisesti. Tämä tarkoit-

---

pailuolosuhteisiin. Ks. tarkemmin esim. Komission tiedonanto Suuntaviivat vertikaalisista rajoituksista, k. 194–195. Toimintavapauden rajoitusten markkinarajat ylittävät heijastusvaikutukset voivat koskea myös määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä, jonka osalta kuvaavana esimerkkinä voidaan pitää saalistushinnoittelulla luotavaa mainetta halukkuudesta ryhtyä kustannukset alittavaan hinnoitteluun. Ks. tältä osin tarkemmin esim. O'Donoghue – Padilla, s. 243–244.

[425] Vertikaalisten rajoitusten tarkastelu voidaan kiinnittää tuotannon määrän vaihteluihin markkinoilla. Näistä lähtökohdista on mahdollista korostaa tuotemerkkien välisen kilpailun ensisijaista merkitystä. Tuotemerkin sisäinen kilpailu nähdään toissijaisena, koska sillä ei katsota olevan välittömiä vaikutuksia tuotannon määrään markkinoilla. Ks. esim. Bork, s. 288–291, ja Posner 1992, s. 297. Tämä näkemys on osaltaan heijastunut vertikaalisten kilpailunrajoitusten aseman uudelleenarviointiin EU:n kilpailuoikeudessa. Keskeistä on tältä osin vertikaalisten rajoitusten todellisten markkinavaikutusten tunnistaminen. Ajattelutavan uudistaminen on samalla merkinnyt yhteismarkkinoiden yhtenäisyyden turvaamiseen liittyvän päämäärän aseman suhteellistumista EU:n kilpailuoikeudessa. Ks. tästä integraatiotavoitteesta luku III.3.4.

taa sitä, että arviointiin on sisällytettävä tehokkuuden eri muodot sekä tehokkuusvaikutuksien ajallinen kaari.

Kilpailun prosessinäkemyksen mukaisessa tarkastelussa pohditaan puolestaan toimintavapauden rajoitusten vaikutuksia markkinamekanismin toimivuuteen. Kilpailun nähdään syntyvän yksittäisten toimijoiden menettelyiden yhteisvaikutuksesta, jolloin yksittäinen toimintavapauden rajoitus voi prosessin osana vaikuttaa sen lopputulokseen.[426] Yksilöillä ja heidän suojatuilla oikeusasemillaan on keskeinen merkitys markkinaprosessin toimivuuden kannalta. Yksilöiden vapauksien käyttämisestä syntyy kilpailupainetta, joka luo kannustimia resurssien tehokkaaseen käyttämiseen. Samalla yksilöiden toiminta mahdollistaa markkinoiden dynaamisuuden; markkinaprosessi voi muovautua yhä uudelleen ja johtaa uusiin, aiempaa tehokkaampiin asetelmiin markkinoilla. Tällä tavoin muodostuu yhteys yksilöiden toimintavapauksien oikeudellisen suojaamiseen ja markkinoiden järjestelmätasoisten hyvinvointitavoitteiden välille. Toimintavapauden rajoitus on tässä katsannossa haitallinen, mikäli se vähentää kilpailupainetta markkinoilla. Kilpailupaineen vähentyminen heikentää ainakin lyhyellä aikajänteellä markkinoiden suorituskykyä ja edelleen kuluttajien asemaa.[427]

Kilpailuoikeudellinen sääntely vaikuttaa monella tavoin yksilöiden oikeusasemiin markkinoilla. Vapausperiaatteen asiallista ulottuvuutta on tämän vuoksi perusteltua tarkastella myös yksilöiden ja yksilöllisten oikeuksien näkökulmasta. Vaihdantaan osallistuminen avaa yksilöille mahdollisuuden hyödyntää vapauksiaan ja oikeuksiaan taloudellisesti. Yksilöt eivät kuitenkaan käytä oikeuksiaan markkinoilla tyhjiössä, vaan vaihdantaan osallistumisesta seuraa tosiasiassa erilaisia rajoituksia oikeuksien käyttämiselle. Kilpailuoikeudellisen suojan toteuttamisen kannalta on olennaista tunnistaa toimintavapauden rajoituksen sisällöllinen perustelu. Yksilön toimintavapauksien käyttömahdollisuudet voivat rajoittua kilpailun seurauksena. Rajoitukset on hyväksyttävä. Ne kuuluvat markkinatalouden peruslogiikkaan.

Toisten oikeuksien tehokasta käyttämistä on toisin sanoen ainakin kilpailuoikeuden näkökulmasta arvioiden siedettävä. Kyse on määrätynlaisesta vastavuoroisuudesta. Kun yksilöllä on mahdollisuus käyttää itse vastaavia kilpailukeinoja sekä hyötyä niistä ja markkinoiden toimivuuden tarjoamista mielekkäistä olosuhteista oikeuksiensa käyttämiselle, on samasta perusteesta kumpuavat toimintavapauden rajoitukset hyväksyttävä omien oikeuksien osalta. Lisäksi toimintavapauden rajoituksia voidaan tässä yhteydessä perustella järjestelmätasoisilla

---

[426] Ks. myös Reinikainen, s. 22. Toisaalta on muistettava, että yksilöä ei voida eristää taustastaan. Tausta voi vaikuttaa yksilön toimintaedellytyksiin ja vastaavasti yksilö voi vaikuttaa toiminnalliseen taustaansa. Yksilö- ja järjestelmätaso nivoutuvat toisiinsa.

[427] Markkinoiden dynamiikka voi korjata toimijoiden toimintavapauksien rajoituksien vaikutuksia. Kyse voi olla esim. markkinoille tulemisen merkityksestä kilpailupaineen syntymiseen. Tämän vaikutuksen arvioinnissa on kuitenkin otettava huomioon korjaavan vaikutuksen vaatima aika. Pelkkä muutoksen mahdollisuus ei siten ole riittävä, vaan markkinapaineen on palauduttava järkevällä aikajänteellä.

hyvinvointivaikutuksilla. Markkinoiden toimivuus on keskeinen edellytys yhteiskunnallisen hyvinvoinnin lisääntymiselle ja asianmukaiselle jakaantumiselle. Markkinoiden toimintaa edistävistä menettelyistä seuraavat rajoitukset ovat lähtökohtaisesti legitiimejä.[428]

Tarkastelu voidaan myös kääntää koskemaan toimintavapauden rajoituksen toteuttajaa. On selvitettävä, onko olemassa hyväksyttäviä perusteita toiminnan harjoittajan vapauksien käytön rajoittamiselle. Rajoittamisen perusteet jäävät ohuiksi, mikäli toiminnalla on markkinoiden toimintaa tukevia vaikutuksia. Yksilön on voitava käyttää oikeuksiaan, mikäli tämä edistää markkinoiden toimintaa.[429] Hyväksyttäviä perusteita vapauksien käytön kilpailuoikeudelliseen sääntelyyn ei tällöin lähtökohtaisesti ole olemassa. Tässä yhteydessä on muistettava, että markkinoiden toimintaa on arvioitava kokonaisvaltaisesti. Pelkkä pitäytyminen lyhytaikaisiin tehokkuusvaikutuksiin ei ole riittävää, vaan arvioinnissa on kiinnitettävä huomiota markkinoiden dynamiikan kestävän perustan varmistamiseen. Hyväksyttävä peruste toimintavapauden rajoittamiseen voi kummuta tarpeesta suojata markkinoiden tulevia toimintaedellytyksiä.

Sääntelytilanne muuttuu edellä käsitellystä, kun siirrytään tarkastelemaan toimintavapauden rajoituksia, joita ei voida perustella taloudellisesti hyödyllisillä vaikutuksilla. Hyväksyttävät syyt toimintavapauden rajoituksen toteuttamiseen putoavat pois. Perustetta toiminnan harjoittajan vapauden oikeudelliseen suojaamiseen ei taloudellisesta näkökulmasta ole olemassa. Arviointia on mahdollista tältä osin laajentaa myös markkinoiden toiminnan yhteiskunnallisen hyväksyttävyyden suuntaan. Markkinaprosessin legitiimisyyden kannalta on keskeistä, että yksilöillä on oikeus saada suojaa perusteettomilta rajoituksilta. Kilpailuoikeudellisin keinoin varmistetaan mielekkäät olosuhteet yksilöiden oikeuksien käyttämiselle, jolla on, kuten aiemmin on todettu, taloudellinen ulottuvuutensa. Näin luodaan edellytyksiä markkinoiden tehokkaalle toiminnalle ja markkinoiden toimintaan liittyvien hyvinvointia koskevien päämäärien saavuttamiselle, joihin

---

[428] Yhden tavan yhteiskunnallisesti suotavaksi katsotun ja samalla sallitun kilpailun määrittelemiseen tarjoaa ordoliberalistinen tutkimus, jossa on käytetty suorituskilpailun käsitettä. Suorituskilpailulla viitataan ensisijaisesti elinkeinonharjoittajan pyrkimykseen tarjota asiakkailleen aiempaa parempia hyödykkeitä entistä edullisemmin ehdoin. Suorituskilpailulla on toisin sanoen hyvinvointia edistäviä vaikutuksia. Ks. suorituskilpailusta tarkemmin Kuoppamäki 2003, s. 765–770, ja P. Virtanen 2001, s. 392–394. Suorituskilpailun käsite on sisällöltään yleinen. Se kuvastaa eräänlaista perustavaa markkinatoimien arviointia koskevaa lähestymistapaa. Haasteeksi muodostuu suorituskilpailun operationalisointi. Ratkaisu ei voi olla yksittäisen toimenpiteen katsominen perustaltaan yleisesti suorituskilpailun mukaiseksi tai sen vastaiseksi, vaan arvioinnissa on mentävä yksittäisten kilpailun toimivuuteen vaikuttavien tekijöiden tasolle. Näin voidaan taata tarkastelun systemaattisuus. Ks. EUT-sopimuksen 102 artiklan osalta esim. O'Donoghue – Padilla, s. 514–517, jossa EUT-sopimuksen 102 artiklan soveltamiseen liittyviä seikkoja on tarkasteltu jäsentyneesti rule of reason -harkinnaksi nimetyn arviointitavan mukaisesti.

[429] Samalla tämä toimija osallistuu hyvinvoinnin kokonaisvaltaiseen lisäämiseen yhteiskunnassa.

liittyy keskeisesti markkinoiden muuntautumiskyvyn ja avoimuuden ylläpitäminen.

Vapausperiaatteen operationalisoinnin erään kulminaatiopisteen muodostaa yksilön toimintavapauksien rajoituksen hyväksyttävyyden tai hylättävyyden määrittely. Tässä arvioinnissa toiminnan osoitettavissa olevilla päämäärillä ja vaikutuksilla on keskeinen sija. Arviointi palautuu mitattavissa olevien tehokkuusvaikutuksien lisäksi markkinatilanteen hahmottamiseen ja yksilön aseman suhteuttamiseen tähän tilanteeseen. Toimintavapauden rajoitusten ajallinen ja henkilöllinen ulottuvuus ovat tällöin tärkeässä asemassa. Arviointi merkitsee usein eri näkökohtien keskinäistä *punnintaa*. Toimintavapauden rajoituksen merkitys on suhteutettava toiminnan harjoittajan oikeudelliseen asemaan ja toiminnan tehokkuusvaikutuksiin. Tarkastelussa on lisäksi jäsennettävä tavoiteltavien päämäärien ja käytettävien keinojen välinen suhde.

Kilpailuoikeuden soveltamiskäytännössä on omaksuttu pääpiirteissään kaksi rinnakkaista tapaa kilpailunrajoitusten ja samalla toimintavapauden rajoitusten tarkasteluun. Arviointikriteerit ovat osin sekä laadullisia että määrällisiä. Joihinkin rajoitustyyppeihin on liitetty vahva olettama niiden haitallisuudesta. Haitalliset vaikutukset on ikään kuin presumoitu, jolloin yksittäistapauksellista näyttöä rajoitusten haitallisista vaikutuksista markkinoiden toiminnan kannalta ei tarvitse esittää. Muiden rajoitustyyppien osalta on konkreettisesti näytettävä, että yksittäisellä toimintavapauden rajoituksella on markkinoiden toimintaa haittaavia vaikutuksia.

> EUT-sopimuksen 101(1) artiklan osalta jaottelu voidaan perustaa artiklan sanamuotoon. Siinä todetaan kielletyiksi sopimukset, yritysten yhteenliittymien päätökset tahi yritysten yhdenmukaistetut menettelyt, joiden *tarkoituksena* on kilpailun rajoittaminen tai joista *seuraa* kilpailun rajoittuminen. EUT-sopimuksen 101(1) artiklan soveltamiskäytännössä on kilpailunrajoitusten arviointi muodostunut kaksiportaiseksi riippuen siitä, voidaanko järjestelyn tarkoituksena katsoa olevan kilpailun rajoittaminen vai onko järjestelyn seurauksena kilpailun rajoittuminen markkinoilla.[430] Mikäli järjestelyn tarkoituksen voidaan katsoa olevan kilpailun rajoittaminen, ei ole tarvetta siirtyä järjestelyn yksittäistapauksellisten vaikutusten arviointiin. On kuitenkin huomattava, että kilpailunrajoituksesta seuraavat vahingolliset vaikutukset markkinoiden toimintaan voivat olla merkityksellisiä sakkojen tai seuraamusmaksujen suuruutta määrättäessä.
>
> EUT-sopimuksen 102 artiklan sanamuotoon ei voida yhdistää vastaavantyyppistä jaottelua kilpailua rajoittavan tarkoituksen ja kilpailua rajoittavien vaikutusten välille. Soveltamiskäytännössä on kuitenkin katsottu joidenkin määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen toiminnan muotojen luovan sellaisenaan olettaman 102 artik-

[430] Ks. oikeuskäytännöstä esim. asia 56/65 Société Technique Miniere v. Maschinenbau Ulm GmbH, (1966) ECR 235, ja yhdistetyt asiat 56 ja 58/64 Établissements Consten SáRL ja Grundig-Verkaufs-GmbH v. komissio, (1966) ECR 299.

lan vastaisuudesta, jolloin yksittäistapauksellista näyttöä toiminnan kilpailua rajoittavasta luonteesta ei ole tarpeen esittää.[431]

Kilpailunrajoituksia on jaoteltu edellä kuvatun kaltaisella tavalla myös Yhdysvaltain antitrust-lainsäädännön soveltamistoiminnassa. Sherman Actin 1 artiklan kartellikielto koskee sanamuotonsa mukaisesti kaikkia kaupan rajoituksia. Sen sisältö on täsmentynyt oikeuskäytännössä. Kilpailunrajoitustyypit on oikeuskäytännössä katsottu joko suoraan kielletyiksi (per se) tai mahdollisesti kielletyiksi, jolloin on kussakin yksittäistapauksessa arvioitava järjestelyn kilpailua rajoittavia vaikutuksia (rule of reason).[432] Jaottelua on kuvattu sääntöjen ja standardien välisenä erona.[433] Per se -arvioinnissa huomio kiinnittyy joihinkin tosiseikkoihin, joista tehdään oikeudellisesti merkityksellisiä johtopäätöksiä. Vastaavasti rule of reason -harkinta edellyttää erilaisten tosiseikkojen laajaa punnintaa, jonka lopputulos on riippuvainen kunkin tapauksen olosuhteista. Yhdysvaltain antitrust-lainsäädännön soveltamisessa mainitulla jaottelulla on ollut erityinen merkitys, koska Sherman Actin kartellikieltoon ei liity nimenomaista EUT-sopimuksen 101(3) artiklan kaltaista poikkeussäännöstä, vaan järjestelyn mahdollisten kilpailua edistävien vaikutusten arviointi on tältä osin suoritettava oikeuskäytännössä määriteltyjen kriteerien mukaisesti kieltosäännöksen sisällä. Tämän vuoksi suhtautuminen erilaisten järjestelyiden kilpailuoikeudelliseen hyväksyttävyyteen on kehittynyt yhtäältä per se -arvioinnin ja rule of reason -tarkastelun välisen jakolinjan sekä toisaalta rule of reason -harkinnan sisällön muotoutumisen kautta.

Rajoituksen katsominen selvästi haitalliseksi johtaa käytännössä siihen, että markkinaolosuhteiden tosiasiallinen tarkastelu jää usein rajalliseen asemaan.[434] Toimintavapauden rajoituksesta seuraavia haitallisia vaikutuksia markkinoiden toimintaan ei tarvitse erikseen todentaa, vaan niiden olemassaolo voidaan vahvoin perustein olettaa.[435] Lähestymistavan taustalta voidaan löytää kahdenlaisia tekijöitä. Menettelyiden hylättävyys perustuu joko niiden todennäköisiin seurauksiin tai periaatteelliseen epäsopivuuteen markkinatalouden toiminnan kannalta. On mahdollista lähteä siitä, että kyseisillä rajoituksilla on varsin todennäköisiä haitallisia vaikutuksia markkinoiden toimintaan. Suuri todennäköisyys luo perusteen toiminnan kieltämiseen.[436]

---

[431] Kuvaavana esimerkkinä voidaan tältä osin mainita suhtautuminen hinnoittelun eriyttämiseen kansallisuuden perusteella. Ks. esim. asia 27/76 United Brands v. komissio, (1978) ECR 207. Asetelman taustalla on pyrkimys suojella yhteismarkkinoiden yhtenäisyyttä. Muina esimerkkeinä voidaan tältä osin mainita suhtautuminen uskollisuus- ja tavoitealennuksiin.

[432] Ks. Sherman Actin soveltamiskäytännöstä esim. klassiset tapaukset United States v. Transmissouri Freight Association, 166 U.S. 290 (1897), Northern Pacific Railway Co. v. United States, 356 U.S. 1 (1958), ja Klor's, Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc., 359 U.S. 207 (1959).

[433] Ks. tarkemmin Posner 2001a, s. 39.

[434] Tämä merkitsee esim. sitä, että toiminnan harjoittajan markkina-asemaa ei ole lähtökohtaisesti tarpeen arvioida.

[435] Kyse on olettamasta, josta voidaan yksittäistapauksessa poiketa.

[436] Per se / rule of reason -jaottelulla on oma merkityksensä säännöksen soveltamista koskevan todistustaakan osalta. Järjestelyn katsominen sellaisenaan lähtökohtaisesti kilpailua rajoittavaksi

Arvioinnissa voi korostua laadullinen elementti. Joidenkin kilpailunrajoitusten nähdään olevan ristiriidassa markkinatalouden oikeudellisten reunaehtojen kannalta. Rajoitusten seuraukset kohdistuvat syvälle yksilöiden oikeusasemiin ja vaikuttavat yksilöiden mahdollisuuksiin operoida markkinoilla ilman, että rajoituksille voidaan esittää markkinoiden toimivuutta tukevia perusteita.

Kilpailuoikeuden soveltamiskäytännössä on vakiintuneesti katsottu määrättyjen kilpailunrajoitustyyppien olevan perusteiltaan vahingollisia markkinoiden toiminnan kannalta. On mahdollista puhua niin sanotuista paljaista tai alastomista kilpailunrajoituksista. Tällaiset rajoitukset voivat koskea sekä yritysten välistä kilpailua rajoittavaa yhteistyötä että määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä. Tyypillisesti puhtaat kilpailunrajoitukset liittyvät kilpailijoiden väliseen yhteistyöhön, jossa sovitaan käytettävistä hinnoista, tuotantomääristä taikka asiakkaiden tai alueiden jakamisesta.[437] Vertikaalisissa suhteissa ilmeisen haitallisiksi katsotut rajoitukset estävät hyödykkeiden ostajaa hinnoittelemasta hyödykkeitä haluamallaan tavalla tai myymästä hyödykkeitä edelleen haluamilleen asiakkaille.[438] EUT-sopimuksen 101 artiklan soveltamista vertikaalisiin kilpailunrajoituksiin koskevassa ryhmäpoikkeusasetuksessa on määritelty sellaisia ehtotyyppejä, jotka estävät joko kokonaan tai osittain ryhmäpoikkeuksen soveltumisen.[439] Yksittäispoikkeuksen soveltuminen on mahdollista, joskin useimmiten hyvin epätodennäköistä.

EUT-sopimuksen 102 artiklan soveltamiskäytännössä on esitetty toimintatapoja, joiden katsotaan sellaisenaan lähtökohtaisesti merkitsevän määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä. Hyvänä esimerkkinä voidaan pitää hyödykkeen tuottamisen muuttuvat kustannukset alittavaa hinnoittelua.[440] Kyse on saalistushinnoittelusta paljaassa muodossaan. Arvioinnin voidaan katsoa lähtevän siitä, ettei normaaliolosuhteissa ole liiketaloudellisesti kannattavia perusteita käyttää muuttuvat kustannukset alittavaa hinnoittelua. Tällaisen hinnoittelun mahdollisten syiden nähdään liittyvän

---

asettaa toiminnan harjoittajalle välittömän velvollisuuden kilpailua edistävien vaikutusten toteen näyttämisestä. Rule of reason -tyyppisessä harkinnassa edellä mainittua velvollisuutta edeltää kilpailuviranomaisen tai muun kieltosäännökseen vetoavan tahon velvollisuus tuoda esille järjestelyn kilpailua rajoittavat vaikutukset.

[437] Ks. oikeuskäytännöstä esim. asia 41/69 ACF Chemiefarma NV v. komissio, (1970) ECR 661, k. 110–116, ja asia T-224/00 Archer Daniels Midland Company ja Archer Daniels Midland Ingredients Ltd v. komissio, (2003) ECR II 2597, k. 120, ja asia C-397/03 P Archer Daniels Midland Company Co. ja Archer Daniels Midland Ingredients Ltd v. komissio, (2006) ECR I 4429.

[438] Ks. oikeuskäytännöstä esim. asia 19/77 Miller International Schallplatten GmbH v. komissio, (1978) ECR 131, k. 7, ja yhdistetyt asiat 32/78 ja 36–82/78 BMW Belgium SA yms. v. komissio, (1979) ECR 2435, k. 31, ja asia 319/82 Société de Vente de Ciments et Bétons de l'Est SA v. Kerpen & Kerpen GmbH und Co. KG, (1983) ECR 4173, k. 9.

[439] Tällaisina rajoituksina on vertikaalisia kilpailunrajoituksia koskevan ryhmäpoikkeusasetuksen (EU 330 / 2010) 4 artiklassa mainittu jälleenmyyntihinnan määrääminen (a-alakohta), myyntialueiden tai asiakkaiden rajoittaminen (b-alakohta), valikoivan jakelujärjestelmän jäsenten aktiivisen tai passiivisen myynnin rajoittaminen loppukäyttäjille (c-alakohta), valtuutettujen jälleenmyyjien välisten ristiin toimitusten rajoittaminen valikoivassa jakelujärjestelmässä (d-alakohta) sekä komponenttien toimittajan myyntirajoitukset (e-alakohta).

[440] Ks. tarkemmin asia C-62/86 AKZO Chemie BV v. komissio, (1991) ECR I 3359, k. 71.

ensisijaisesti kilpailua rajoittaviin pyrkimyksiin.[441] Kysymykseen palataan jäljempänä, kun tarkastellaan määräävässä markkina-asemassa olevan toimijan mahdollisuuksia vedota erilaisiin oikeuttamisperusteisiin.[442]

Kilpailuoikeudessa omaksuttu tapa katsoa jotkin rajoitustyypit lähtökohtaisesti kielletyksi muodostaa kaksiteräisen miekan. Arviointi luo osaltaan edellytyksiä kilpailuoikeuden tehokkaalle soveltamiselle. Soveltamistyössä ei tarvitse mennä usein varsin moniulotteisiin tarkasteluihin rajoitusten yksittäistapauksellisista vaikutuksista, vaan arviointi voidaan keskittää perusteiltaan selvien tunnusmerkistöjen täyttymisen jäsentämiseen. Tämä helpottaa kilpailuoikeudellisen sääntelyn soveltamista viranomaisissa ja tuomioistuimissa. Toisaalta vaarana on luokittelun jäykkyys, jolloin markkinoiden toimintaa edistävät järjestelyt voivat tulla perusteetta kielletyiksi. Asetelma on kilpailuoikeudellisesti haastava. Kilpailuoikeuden soveltamisjärjestelmän toimivuuden takaamiseksi on jossain määrin perusteltua liittää erikseen määriteltyihin toimintarajoitusten muotoihin lähtökohtainen olettama niiden haitallisuudesta.[443] Paljaiden tai puhtaiden kilpailunrajoitustyyppien luokka ei kuitenkaan saa olla sisällöltään suljettu. Päinvastoin kilpailuoikeudessa on käytävä jatkuvaa keskustelua kilpailunrajoitusten sisällöllisestä arvioinnista; tässä arvioinnissa on otettava huomioon taloustieteellisen teorianmuodostuksen mahdollinen kehittyminen.[444] Kilpailuoikeudellisen arvioinnin on oltava tältäkin osin dynaamista, jolloin tarkastelutavan muutokset ovat mahdollisia.

Muiden kuin ilmeisen haitallisiksi katsottujen rajoitusten osalta on selvitettävä niiden tosiasialliset vaikutukset markkinoiden toimintaan. Tämä edellyttää toimintavapauden rajoituksen sijoittamista toimintaympäristöönsä; tosiasiallisia

---

[441] Ks. tämän näkökannan kriittisestä arvioinnista esim. Bishop – Walker 2002, k. 6.98–6.101.

[442] Ks. tarkemmin luku IV.2.5.

[443] Olettama ei saa kuitenkaan lukita harkintaa: on voitava esittää näyttöä yksittäisen järjestelyn tapauskohtaisista markkinoiden toiminta edistävistä vaikutuksista. Kilpailuoikeudellisella jäsennyksellä on tällöin kuitenkin tosiasiassa näyttötaakan kääntävä vaikutus: rajoituksen hyödyllisiin vaikutuksiin vetoavan on näytettävä nämä vaikutukset toteen. Tätä seikkaa voidaan pitää per se / rule of reason -keskustelun prosessuaalisena ulottuvuutena. Ks. myös Odudu 2001c, s. 386–388.

[444] Hyvänä esimerkkinä voidaan mainita edellä käsitelty määräävässä markkina-asemassa olevan toimijan hinnoittelu, joka alittaa muuttuvat kustannukset. Kilpailuoikeudellisissa keskusteluissa on oikeuskäytännön suoraviivaisuutta kritisoitu muun ohella sen vuoksi, että joissakin tilanteissa määräävässä markkina-asemassa olevalla yrityksellä voi olla hyväksyttävät syyt hinnoitella muuttuvien kustannusten alle. Ks. tarkemmin DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, k. 131–132, ja O'Donoghue – Padilla, s. 285–302. Nämä syyt voivat liittyä esim. varaston kuranttiusongelmiin. Lähestymistapa kuvaa hyvin kilpailuoikeudellisen ajattelun muutosvirtauksia: yleisenä pyrkimyksenä on ollut kilpailunrajoitusten todellisten vaikutusten painottaminen harkinnassa kaavamaisten kilpailunrajoitustyyppien jaotteluiden sijaan. Suuntaus on heijastunut sekä kartellikiellon että määräävän markkina-aseman väärinkäytön kiellon soveltamisalueille.

vaikutuksia ei ole mahdollista arvioida vain yleisesti, vaan on siirryttävä tapauskohtaisten seikkojen tasolle.[445] Arviointi tulee kiinnittää markkinoiden toiminnan tehokkuusvaikutuksiin ja markkinaprosessin muotoutumista ohjaaviin tekijöihin.[446] Markkinoiden toimintaa koskevat vaikutukset voivat olla luonteeltaan positiivisia taikka negatiivisia. Yksilöiden toimintavapauden rajoitukset on suhteutettava markkinoiden toimintaa haittaaviin ja niitä edistäviin vaikutuksiin.

Määräävässä markkina-asemassa olevalle toimijalle voidaan asettaa joissakin tilanteissa velvollisuus tarjota omistamaansa hyödykettä asiakkaille. On mahdollista yhdeltä osin puhua essential facility -tilanteesta.[447] Oikeuskäytännössä on asetettu varsin tiukat rajat sopimuksentekovelvollisuudelle. Hyödykkeen on oltava välttämätön asiakkaiden liiketoiminnan harjoittamisen kannalta. Tämä tarkoittaa sitä, ettei tosiasiallisesti taikka mahdollisesti korvaavia hyödykkeitä ole olemassa. Hyödykkeen toimittamisvelvollisuutta voidaan perustella asiakkaiden toimintamahdollisuuksien suojaamisella: kieltäytymisen seurauksena uuden, itsenäisen tuotteen syntyminen estyisi. Asiakkaiden toimintamahdollisuuksien voidaan katsoa vaikuttavan seurannaismarkkinoiden toimintaedellytyksiin. Kieltäytyminen johtaisi siihen, että päähyödykkeen haltija tosiasiassa varaisi seurannaismarkkinat itselleen ja estäisi kilpailijoiden pääsyn markkinoille. Lisäksi edellytetään sitä, ettei kieltäytymiselle ole objektiivista, hyväksyttävää syytä.

Asetettujen kriteerien tiukkuutta voidaan pitää perusteltuna, vaikka kieltäytyminen vaikuttaa asiakkaiden toimintamahdollisuuksiin ja edelleen seurannaismarkkinoiden toimintaedellytyksiin. Velvollisuus omien hyödykkeiden toimittamiseen heijastuu hyödykkeiden kehittämisen kannustimiin. Halukkuus uusien hyödykkeiden kehittämiseen laskee, jos toimittamisvelvollisuus muodostuu laajaksi. Vastaavasti kilpailijoiden panostukset kehittämistyöhön voivat merkittävästi vähentyä, mikäli väylä keskeisiin resursseihin avautuu oikeudellisen sääntelyn kautta. Kyse on osaltaan siitä, millä aikajänteellä kilpailun muodostumista arvioidaan. Lyhyellä aikajänteellä kilpailijoiden toimintaedellytysten rajautuminen heikentää kilpailumahdollisuuksia seurannaishyödykkeiden osalta, mutta toisaalta kannustimien pienentyminen voi johtaa markkinoiden dynaamisen suorituskyvyn heikkenemiseen. Kannustimien suojaaminen on

---

[445] Ks. harkinnan tarpeesta ja rakenteesta esim. asia C-234/89 Stergios Delimitis v. Henninger Bräu AG, (1991) ECR I 935, k. 13–24.

[446] Markkinoiden toimivuuteen vaikuttaviin tekijöihin sisältyy myös toimintaa harjoittavan tahon oikeudellinen asema, koska toiminnan harjoittamisella voi olla markkinoiden toimivuutta edistäviä vaikutuksia.

[447] Ks. oikeuskäytännöstä yhdistetyt asiat C-241/91 P ja C-242/91 P Radio Telefis Eireann (RTE) ja Independent Television Publications Ltd (ITP), (1995) ECR I 743, k. 50–56, asia T-504/93 Tiercé Ladbroke SA v. komissio, (1997) ECR II 923, k. 126–133, ja asia C-7/97 Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG ja Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG, (1998) ECR I 7791, k. 40–46. Ks. myös Mylly 2010, s. 506–515.

otettu nimenomaisesti huomioon oikeuskäytännössä.[448] Asetelma kuvastaa hyvin sitä, että kilpailuoikeudellisessa harkinnassa yksilöiden oikeusasemia ei voida tarkastella irrallisesti ja erillään niiden taloudellisista ulottuvuuksista.

Markkinoiden toimintaan kohdistuvia vaikutuksia voidaan jäsentää yksilötasolla vertaamalla toiminnan harjoittajan ja toiminnanrajoituksen kohteen tehokkuutta keskenään.[449] Tämä edellyttää kustannus- tai muiden vastaavien tietojen käytettävissä olemista.[450] Toimijan katsotaan testin peruspostulaatin mukaan rajoittavan markkinoiden toimintaa, mikäli se estää itseään tehokkaamman toimijan pääsemisen markkinoille. Tehokkaamman kilpailijan rajautuminen pois markkinoilta johtaa tehokkuustappioon, joka on testin avulla mitattava keskeinen muuttuja.[451] Testin lähtökohta on sinällään perusteltu, koska testi avaa pelkistettyisyydestään huolimatta mahdollisuuden yksilötason toiminnan arvioimiseen markkinoiden toimivuuden kannalta. Testin soveltamiseen liittyy kuitenkin määrättyjä rajoitteita. Testin suoraviivainen soveltaminen johtaa helposti markkinoiden toiminnan yksinkertaistettuun jäsentämiseen. Tehokkuusvaikutuksia arvioidaan ajallisesti lyhyellä aikajänteellä. Testinmukaista tarkastelua on hajautettava ajallisesti: kilpailuoikeudellisesti merkityksellistä on lyhyen aikavälin markkinavaikutusten lisäksi markkinoiden tulevien toimintamahdollisuuksien suojaaminen.[452] Yksilötasolla tämä merkitsee sitä, että yksittäisen toimijan vallitseva ja tuleva merkitys markkinaprosessille on otettava arvioinnissa huomioon. Kyse on yksittäiseen toimijaan liittyvästä potentiaalista markkinoiden toiminnan kannalta. Siirto monimutkaistaa arviointia, mutta se on välttämätöntä testin luotettavuuden varmistamiseksi.

Asiallisen ulottuvuuden tarkastelussa huomattavan aseman saavat niin sanotut harmaan alueen kilpailunrajoitukset. Tällöin toiminnan kohteen toimintavapauksien rajoittamisen vastapainoksi voidaan esittää erilaisia tehokkuusperusteluja. Arvioinnissa on jäsennettävä tehokkuusperusteluiden lisäksi niiden saavuttamiseksi käytettävät keinot. Kyse voi olla esimerkiksi tehokkaan toiminnan vaatimista sopimusjärjestelyistä, jotka edellyttävät yksittäisten toimijoiden toimintamahdollisuuksien rajaamista.[453] Tällöin sopimusoikeudellisia näkökohtia on verrattava välittömiin tehokkuusvaikutuksiin ja toimintavapauden rajoituksiin.

Joissakin yhteyksissä sopimusoikeudelliset näkökohdat voivat ylittää kilpailuoikeudelliset perusteet. Toimintaa, joka muussa yhteydessä katsottaisiin markki-

---

[448] Ks. tarkemmin julkisasiamies Jacobsin ratkaisuehdotus asiassa C-7/97 Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG and others, (1998) ECR I 7791, k. 57–58.

[449] Ks. lähestymistavan perusteista Posner 2001a, s. 194–197.

[450] Ks. tarkemmin DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, k. 63, ja O'Donoghue – Padilla, s. 189.

[451] Tehokkuustappion suuruuden määrittämiseen voi liittyä erilaisia haasteita. Arvioinnissa on otettava huomioon tehottomampien kilpailijoiden merkitys kuluttajille kanavoituvan hyvinvoinnin lisäyksen kannalta. Kyse ei siis ole yksinomaan hyvinvoinnin kokonaismäärästä vaan myös sen jakautumismekanismin toimivuudesta. Ks. esim. Armstrong – Vickers, passim.

[452] O'Donoghue – Padilla, s. 365.

[453] Ks. tältä osin esim. Pera – Aurricchio, s. 162–163.

noiden toimintaa haittaavaksi toimintavapauden rajoitukseksi, voidaan toimintaympäristön erityispiirteiden taikka toiminnan luonteen vuoksi pitää hyväksyttävänä. Kyse on punnintatilanteesta, jossa on otettava huomioon sopimusjärjestelyyn liittyvien seikkojen lisäksi vaikutukset kolmansiin osapuoliin ja markkinoihin yleisemminkin. Vapausperiaatteen painoarvo on suhteutettava kilpailuoikeuden muihin kantaviin periaatteisiin ja mahdollisiin muihin relevantteihin oikeusperiaatteisiin.

Toimintavapauden rajoitusten eri ulottuvuuksien arviointi on saatettava oikeudellisen sääntelykehikon sisälle. Punninnan mittarit ovat oikeudellisia: arviointi palautuu viime kädessä EUT-sopimuksen 101 ja 102 artiklan sekä kilpailunrajoituslain 4–6 §:n soveltamiskriteerien jäsentämiseen. Kartellikiellon soveltamisessa on ensinnäkin arvioitava sitä, onko toimintavapauden rajoituksella sellaisia haitallisia vaikutuksia, että kartellikieltoa tulisi soveltaa rajoitukseen. Toiseksi voidaan pohtia, onko kartellikiellosta poikkeaminen mahdollista järjestelyn tehokkuutta edistävien vaikutusten vuoksi. Määräävän markkina-aseman väärinkäytön kiellon osalta on selvitettävä toiminnan mahdollisten hyväksyttävien perusteiden olemassaolo. Hyväksyttävät perusteet voivat liittyä toiminnan tehokkuutta edistäviin vaikutuksiin, toimenpiteiden välttämättömyyteen taikka kilpailuun vastaamiseen. Kilpailuvaikutusten oikeudellisten punnintainstrumenttien soveltamiseen palataan tässä esityksessä jäljempänä.[454]

3.3.6 Yhteenveto

Vapausperiaatteen soveltaminen ja samalla kilpailuoikeudellisen yksilösuojan toteuttaminen muodostavat monitahoisen kokonaisuuden. Kilpailua rajoittavan toiminnan kohteen on voitava saada tehokasta suojaa itselleen. Tämä on välttämätöntä myös markkinoiden toimintaedellytysten varmistamiseksi. Toisaalta kilpailuoikeudellisen yksilösuojan antaminen ei saa johtaa tehokkaiden ja siten markkinoiden toimintaa edistävien menettelyiden kieltämiseen. Kilpailuoikeudellinen sääntely ei voi olla kilpi, jolla yksittäiset toimijat suojautuvat itseään tehokkaampien kilpailijoiden toimilta. Arvioinnissa palataan tältä osin helposti kilpailuoikeuden perustaviin kysymyksiin.

Asetelmaa voidaan lähestyä sekä oikeudellisesta että taloudellisesta suunnasta. Puhtaasti oikeudellisesta näkökulmasta on keskeistä hahmottaa kilpailuoikeuden asema oikeusjärjestyksen muodostaman kokonaisuuden osana. Kilpailuoikeus ei ole ainoa keino puuttua yksilöiden toimintavapauden rajoituksiin markkinoilla. Markkinoiden toimivuuden edellytyksiä ja samalla yksilöiden toiminta-

[454] Ks. luku IV.2.

vapauden toteutumista voidaan tukea erityissääntelyllä. Tämä sääntely voi koskea erikseen määriteltyä toimialaa taikka tilanteita, joissa yksilön toimintavapauksien suojaamiseen on erityisiä tarpeita.[455] Erityissääntelyn tulisi päälinjoiltaan olla yhdenmukainen kilpailuoikeudellisen sääntelyn kanssa. Toisaalta erityissääntelyn avulla voidaan puuttua tilanteisiin, jotka eivät vaikuta markkinoiden toimintaan ja joiden ei tulisi ylittää kilpailuoikeuden soveltamiskynnystä. Erityissääntelyn käyttöön ottaminen edellyttää poliittista harkintaa, jossa yksilön toimintavapauksien suojalla on tyypillisesti painava merkitys. Erityissääntelyllä luodaan edellytykset kilpailuoikeudellisen tarkastelun fokuksen johdonmukaisuudelle, minkä vuoksi erityissääntelyyn ei pidä suhtautua yksinomaan varauksellisesti.

Kilpailuoikeudella on leikkauspisteitä usean oikeudenalan kanssa.[456] Tässä tutkimuksessa kilpailuoikeuden keskeisen vastinparin muodostaa sopimusoikeus. Sopimusoikeudellisin keinoin voidaan säädellä monia sellaisia yksilön toimintavapauden rajoituksiin liittyviä tilanteita, joiden ratkaiseminen kilpailuoikeudessa on haasteellista.[457] Esimerkkinä voidaan mainita yksittäisten toimijoiden väliset riippuvuussuhteet, joihin voidaan puuttua sopimusoikeudellisin instrumentein. Oikeusjärjestyksen muodostaman kokonaisuuden hahmottaminen mahdollistaa sen, ettei kilpailuoikeuden soveltamisalaa tarvitse keinotekoisesti laajentaa. Tutkimuksellisesti haasteellista on se, kuinka hyvin kilpailuoikeuden ja sopimusoikeuden leikkauspinnoille sijoittuvat oikeudelliset ongelmat tunnistetaan ja yhteensovittaminen toteutetaan. Jatkossa tarkastellaan kilpailuoikeuden ja sopimusoikeuden leikkauspisteitä, jolloin edellä mainitut yhteensovittamisongelmat ja niiden ratkaisukeinot nousevat keskeiseen asemaan.[458]

---

[455] Erityissääntelyä on perinteisesti käytetty toimialoilla, jotka on vapautettu voimakkaasta julkisesta sääntelystä. Tällaisia toimialoja ovat esim. sähkö- ja maakaasumarkkinat. Erityissääntelyn tarve liittyy sääntelyn purkamista seuranneeseen markkinoiden erityiseen kehitysvaiheeseen. Tavoitteena on usein erityissääntelystä luopuminen markkinakehityksen edetessä. Ks. asetelmasta yleisesti tarkemmin esim. Basedow 2002, s. 14–18.

Yritysten välisiin sopimussuhteisiin liittyvä erityissääntely on katsottu tarpeelliseksi mm. Saksassa. Kilpailuoikeudellisesti mielenkiintoista on riippuvuustilanteita koskeva sääntely, jossa muulle kuin määräävässä markkina-asemassa olevalle yritykselle asetetaan erityisiä velvollisuuksia sopimuskumppaninsa tai muun vastaavan toimijan toimintavapauksien huomioon ottamiseen. Sääntely on tältä osin ulotettu määräävässä markkina-asemassa olevien yritysten piiriä laajemmalle. Sääntelyn perusteena on yritys- tai merkkikohtainen riippuvuus eikä markkinoiden keskittyneisyys sellaisenaan. Ks. tarkemmin P. Virtanen 2001, s. 282 ja 313, sekä Schulze Steinen, s. 210–223.

[456] Ks. myös Kuoppamäki 2003, s. 1341–1344.

[457] Ks. myös Ehlermann – Laudati 1998, s. 345.

[458] Ks. luku IV.

3.4 INTEGRAATIOPERIAATE

3.4.1 Yleistä

Euroopan integraatiolla on taloudellinen ydin. EU:n juuret ovat Euroopan hiili- ja teräsyhteisössä sekä Euroopan talousyhteisössä, joiden keskeisenä tavoitteena on ollut jäsenvaltioiden välisen kaupan esteiden poistaminen ja samalla kansallisten markkinoiden avaaminen kilpailulle. Integraatio ja yhteismarkkinoiden toteuttaminen ovat kulkeneet varsin pitkälle rinnakkain. Integraatioprosessi on kuitenkin muuttanut jossain määrin muotoaan: integraatio on viimeisten vuosikymmenien aikana laajentunut tärkeällä tavalla käsittämään talouden ulkopuolisia sektoreita.[459] Kehityksen toistaiseksi viimeisimmän vaiheen muodostaa 13.12.2007 allekirjoitettu Lissabonin sopimus, jolla muutettiin EU:sta tehtyä sopimusta ja EY:n perustamissopimusta.

Oikeudellisessa viitekehyksessä mielenkiintoista on sääntelyn unionitasoinen laajeneminen ja syveneminen. Tässä kehityskulusta voidaan mainita esimerkkinä EU:n perusoikeuskirjan hyväksyminen, mikä on nähtävissä monellakin tavalla merkittävänä askeleena integraatioprosessissa; EU-oikeus on kietoutumassa yhteen Euroopan ihmisoikeussopimuksen kanssa.[460] Kyse ei siten ole yksinomaan taloudellisesta sääntelystä, vaan yksilön oikeusasemien suojaamisesta riippumatta niiden kulloisestakin käyttöyhteydestä.

Euroopan integraatio edellyttää liikkeessä pysyäkseen yhteismarkkinoiden toimivuutta. Kilpailua voidaan pitää tässä katsannossa integraation moottorina.[461] EU-oikeudessa on jo Rooman sopimuksesta lähtien luotu oikeudelliset mekanismit, joiden tehtävänä on yhteismarkkinoiden toimivuuden varmistaminen. Tässä tehtävässä kilpailuoikeudella ja vapaan liikkuvuuden säännöksillä on keskeinen sijansa. Perinteisessä jaottelussa kilpailuoikeuden keinoin on puututtu yksittäisten toimijoiden yhteismarkkinoiden toimintaa vaarantamiin toimiin, kun taas vapaan liikkuvuuden säännöksillä on pyritty turvaamaan yksilöiden toimintamahdollisuudet suhteessa julkisen vallan asettamiin markkinoiden toiminnan esteisiin. Jaottelu on sinällään perusteltu, vaikka kilpailuoikeudella ja vapaan liikkuvuuden säännöksillä on keskinäisiä leikkauspisteitä.[462]

---

[459] Tällaisina sektorina voidaan mainita mm. yhteistyö sisä- ja poliisiasioissa.

[460] EU:n tuomioistuin on oikeuskäytännössään tunnustanut ihmisoikeuksien merkityksen yleisinä oikeusperiaatteina ja jäsenvaltioiden kansallisten oikeusjärjestyksien olennaisena osana, mutta EU:n liittyminen Euroopan ihmisoikeussopimukseen luo kokonaan uutta systematiikkaa keskustelulle unionikontekstissa. Ks. tarkemmin esim. Ojanen 1998, s. 107–113.

[461] Ks. myös Gerber 1998, s. 435.

[462] Ks. tarkemmin Baquero Cruz, s. 122–123.

Euroopan integraation taloudellinen ulottuvuus liittyy ennen kaikkea yhteismarkkinoihin. Yhteismarkkinoiden keskeisenä ideana on jäsenvaltioiden kansallisten markkinoiden avaaminen ja hyödykkeiden vapaan liikkuvuuden esteiden poistaminen. EU:n kilpailuoikeuden kannalta integraatiotausta on tarkoittanut erityisesti sitä, että kilpailuoikeuden keskeiseksi tehtäväksi on asetettu puuttuminen sellaisiin järjestelyihin, jotka vaarantavat hyödykkeiden siirtymisen jäsenvaltiosta toiseen ja samalla yhteismarkkinoiden yhtenäisyyden.[463] Kyse on EU:n kilpailuoikeuden erityispiirteestä, joka liittyy sen liittovaltiolliseen luonteeseen. Vastaavankaltaisia tavoitteita on asetettu osaltaan myös Yhdysvaltain kilpailuoikeudelliselle sääntelylle. Markkinoiden toimintaa tarkastellaan integraatioprosessin näkökulmasta eikä pelkästään taloudellisen tehokkuuden kannalta, vaikka näillä katsantotavoilla on keskinäisiä yhtymäkohtia. Integraation edistäminen nousee kilpailuoikeudellisessa harkinnassa tärkeään asemaan.

Lähtökohdan integraatioperiaatteelle muodostavat EU- ja EUT-sopimusten säännökset, mutta periaate on kehittynyt voimakkaasti komission ja EU:n tuomioistuimen ratkaisukäytännöissä. Teleologisen tulkinnan keinoin on pyritty soveltamaan EU:n kilpailuoikeuden säännöksiä siten, että yhteismarkkinoiden toiminnan kannalta haitallisiin järjestelyihin on ollut mahdollista tehokkaasti puuttua.[464] EU:n kilpailuoikeutta on käytetty integraation vauhdittajana silloinkin, kun poliittinen päätöksentekomekanismi on syystä tai toisesta ollut liikkeissään jähmeä. Erityisesti integraatioprosessin alkuvaiheissa oli laajalti tarvetta raivata esteitä hyödykkeiden vapaan liikkuvuuden tieltä. Tämä on heijastunut myös EU:n kilpailuoikeuden säännösten soveltamiseen ja tulkintaan.

3.4.2 Sisällöllinen perustelu

Integraatioperiaate kytkee EU:n kilpailuoikeuden osaksi yhteismarkkinoiden toteuttamista ja siten myös eurooppalaista yhdentymisprosessia. Kilpailuoikeudellinen välineistö ohjataan kohdistumaan sellaisiin menettelyihin, jotka estävät hyödykkeiden vapaan liikkuvuuden ja vaarantavat samalla yhteismarkkinoiden yhtenäisyyden. Kilpailuoikeuden tehtävänä on osaltaan pitää yhteismarkkinat toimintakykyisinä. Tälle tehtävälle voidaan löytää ainakin kolmenlaisia sisällöllisiä perusteluita.

Yhteismarkkinoiden toiminnan perustavana pontimena on ollut kansallisten markkinoiden avaaminen yhteisönlaajuiselle kilpailulle. Tavoitteella on talou-

---

[463] Ks. tältä osin esim. komission 9. kilpailupoliittinen raportti, s. 9, 12. kilpailupoliittinen raportti, s. 12, 25. kilpailupoliittinen raportti, s. 15, ja 26. kilpailupoliittinen raportti, s. 7. Ks. myös Forrester, s. 362.

[464] Ks. tältä osin esim. Goyder, s. 535, ja Gerber 1994c, s. 110–112.

dellinen perustelunsa.[465] Eurooppalaiset yritykset voivat laajentaa toimintaansa kansallisten markkinoiden ulkopuolelle ja vastata aiempaa paremmin kansainväliseen kilpailuun. Yritysten toimintamahdollisuuksien laajentuminen kasvattaa taloudellisen toiminnan mittakaavaa. Seurauksena on mitä oletettavimmin eurooppalaisten markkinoiden suorituskyvyn paraneminen. Kuluttajien voidaan katsoa lähtökohtaisesti hyötyvän voimistuneesta kilpailusta: yhteismarkkinoiden tehokkaalla toiminnalla on kuluttajien hyvinvointia lisääviä vaikutuksia.

Taloudelliselta perustaltaan integraatioperiaate liukuu lähelle kilpailuoikeudellista tehokkuusperiaatetta. Molempien periaatteiden osalta markkinoiden suorituskyvyllä sen eri muodoissa on tärkeä sijansa. Kumpaakin periaatetta voidaan sisällöllisesti perustella hyvinvointivaikutuksilla ja hyvinvoinnin jakautumiseen liittyvillä näkökohdilla. Tehokkuusperiaatteen nimenomaisena syväjustifikaationa on hyvinvoinnin lisääntyminen ja jakautuminen markkinamekanismin mukaisesti, kun puolestaan integraatioperiaatteen tarjoama näkökulma hyvinvointivaikutusten arviointiin on jossain määrin edellä mainittua karkeampi.[466] Integraatioperiaatteen mukaan markkinarajojen poistamisen katsotaan johtavan markkinoiden suorituskyvyn paranemiseen ilman, että tehokkuusvaikutuksia analysoitaisiin yksityiskohtaisesti esimerkiksi taloustieteellisten teorioiden valossa. Kyse on eräänlaisesta markkinoiden toimintaa koskevasta perustavasta olettamasta. Tässä suhteessa integraatioperiaate tarjoaa yleisen lähestymistavan eikä tarkkoja mittareita tehokkuusvaikutusten arviointiin.[467]

Integraatioperiaatteen merkitystä voidaan arvioida yksilötason näkökulmasta. EU:n kilpailuoikeus luo edellytyksiä yksilöiden oikeuksien mielekkäälle käyttämiselle. Tässä katsannossa ovat perinteisesti korostuneet erityisesti yksilöiden EU-oikeuteen kiinnittyvät perusvapaudet. EU:n kilpailuoikeus muodostaa eräänlaisen vastinparin vapaan liikkuvuuden säännöksille.[468] Kilpailuoikeudellisella sääntelyllä varmistetaan osaltaan se, että yksilöt voivat hyödyntää heille EU-oikeudessa annettuja oikeuksia (tavaroiden, palveluiden, työvoiman ja pääomien vapaa liikkuvuus) ilman toisten yksilöiden asettamia perusteettomia rajoituksia. Nykyisin tarkastelukulmaa ei ole perusteltua rajata koskemaan yksinomaan perusvapauksia, vaan arvioinnissa on otettava huomioon perus- ja ihmisoikeudet. Perusvapauksien lisäksi perus- ja ihmisoikeudet suojaavat yksilöiden toiminta-

---

[465] Ks. esim. Gerber 1998, s. 348.

[466] Euroopan integraatioprosessin taustalta voidaan löytää ajatus, jonka mukaan jäsenvaltioiden kansallisten markkinoiden yhdistäminen sisämarkkinoiksi on omiaan lisäämään taloudellista tehokkuutta ja parantamaan kilpailun toteutumisen edellytyksiä.

[467] Integraatioperiaatteella on tässä katsannossa eräänlaisen taustaperiaatteen ominaisuuksia. Ks. kilpailuoikeudellisten periaatteiden jaottelusta Schaub, s. 119–128.

[468] Ks. esim. Bellamy – Child, s. 41–42, ja Ritter – Braun, s. 6. Ks. myös Kuoppamäki 2003, s. 60–61.

mahdollisuuksia yhteismarkkinoilla ja tukevat samalla yhteismarkkinoiden toimintaedellytyksiä. Olennaista on se, että kilpailuoikeudellista integraatioperiaatetta voidaan perustella sisällöllisesti myös yksilötason näkökohdilla.

Integraatioperiaatteen mukaisessa tarkastelussa yksilön oikeuksilla on voimakas taloudellinen kytkentä: yksilöiden oikeuksien merkitys jäsentyy myös taloudellisessa ulottuvuudessa, jolloin oikeuksia arvioidaan suhteessa niiden yhteismarkkinoiden toimintaa edistäviin vaikutuksiin.[469] Vapaan liikkuvuuden säännösten antama suoja luo yksilöille edellytyksiä kansallisten rajojen ylittämiseen liiketoiminnassa ja samalla jäsenvaltioiden välisen kaupan vahvistamiseen. Yksilöiden toimintamahdollisuuksien tulee olla jäsenvaltiosta riippumattomia. Tällä tavoin voidaan keskeisesti estää kansallisuuteen perustuvaa syrjintää: yksilöä ei voida asettaa epäsuotuisaan asemaan pelkästään kansallisuutensa perusteella.[470]

Euroopan integraatiolla on sen voimakkaasta taloudellisesta luonteesta huolimatta ollut alusta alkaen painava poliittinen sisältönsä.[471] Asetelma liittyy tältä osin erityisesti kysymykseen taloudellisten siteiden luomisesta jäsenvaltioiden välille. Integraation alkutaipaleella taloudellisten siteiden luominen keskittyi joillekin strategisesti keskeisille teollisuuden aloille, kuten hiilen ja teräksen tuotantoon, mutta sen jälkeen integraatio on laajentunut koskemaan yhä laajempia talouden sektoreita. Taloudellisten siteiden voidaan katsoa vahvistavan jäsenvaltioiden rauhanomaisen rinnakkaiselon edellytyksiä. Viime kädessä taloudellinen yhteistyö voi estää sodan syttymisen yksittäisten jäsenvaltioiden välille.[472]

Yksittäisissä ratkaisutilanteissa ei voida lähteä mielekkäästi argumentoimaan suoraan integraatioperiaatteen poliittisilla perusteluilla. Argumentaatiotasojen voidaan katsoa poikkeavan tältä osin toisistaan. Integraatioperiaatteen poliittisen ulottuvuuden hahmottaminen auttaa kuitenkin jäsentämään yhteismarkkinoiden yhtenäisyyden suojaamispäämäärien yhteiskunnallista asemaa ja merkitystä. Tätä kautta voi löytyä argumentatiivista tukea sille, miksi EU:n kilpailuoikeuden soveltamiskäytännössä on sen eri vaiheissa painotettu yhteismarkkinoiden yhtenäisyyteen liittyviä seikkoja.

---

469 Ks. Baquero Cruz, s. 118. Ks. myös Sauter, s. 32.

470 Tämä ilmentää osaltaan yhdenvertaisuusperiaatetta, jota voidaan pitää kantavana periaatteena EU-oikeudessa. Yksilöillä on kansallisuudesta riippumatta kohdeltava yhdenmukaisella tavalla, ellei hyväksyttäviä perusteita muuhun ole. Ks. tarkemmin Tridimas, s. 118–119. Ks. syrjintäkiellon ja EU:n kilpailuoikeuden historiallisista juurista myös Goyder, s. 23.

471 Ks. Schaub, s. 126–127.

472 Tässä suhteessa EU:n laajentumisella voidaan nähdä olevan keskeisiä Euroopan vakautta lisääviä vaikutuksia. Keskinäinen taloudellinen riippuvuus nostaa useimmiten kynnystä poliittisen ja sotilaallisen painostuksen käyttämiseen. Ks. Baquero Cruz, s. 43, ja Gerber 1998, s. 343.

3.4.3 Soveltamistilanteita

Integraatioperiaatteen sisältö ja käytännön merkitys on pitkälti hioutunut EU:n kilpailuoikeuden soveltamistoiminnassa. Erityisesti integraation alkuvaiheissa EU:n tuomioistuimella oli keskeinen asema yhdentymiskehityksen vauhdittajana. Tämän kehityskulun osana EUT-sopimuksen 101 ja 102 artiklaa on tulkittu siten, että näiden säännösten avulla voidaan tehokkaasti puuttua yhteismarkkinoiden yhtenäisyyttä vaarantaviin menettelyihin.[473] Tämä on ilmennyt joidenkin kilpailunrajoitustyyppien varsin suoraviivaisena arvioimisena. Esimerkkeinä voidaan mainita vertikaaliset kilpailunrajoitukset ja kansallisuuteen perustuva syrjintä. Mikäli kilpailunrajoituksen katsotaan vaarantavan yhteismarkkinoiden yhtenäisyyden, on näyttöä kilpailunrajoituksen haitallisista vaikutuksista ollut tarpeen esittää vain rajoitetusti.[474]

Vertikaaliset kilpailunrajoitukset muodostavat klassisen EU:n kilpailuoikeuden soveltamiskohteen, jonka arvioinnissa integraatioperiaatteeseen liittyvillä näkökohdilla (yhteismarkkinoiden yhtenäisyys) on ollut merkittävä vaikutuksensa. Keskeiset soveltamiskysymykset nousivat esille yhdistetyissä asioissa 56/64 ja 58/64 Consten ja Grundig v. komissio.[475] Tapauksessa oli pitkälti kyse niistä edellytyksistä, joilla valmistaja saattoi estää tuotteidensa rinnakkaistuonnin virallisten jakelukanavien ohi jäsenvaltiosta toiseen.[476] EU:n tuomioistuin omaksui ratkaisussaan kannan, jossa korostettiin yksittäiseen jakelujärjestelmään kuuluneen toimijan myyntimahdollisuuksien merkitystä yhteismarkkinoiden toiminnan kannalta. Painopiste oli toisin sanoen tuotemerkin sisäisten kilpailuedellytysten varmistamisessa. Mikäli jakelujärjestelmään kuuluvilla kauppiailla ei ole mahdollisuuksia myydä hankkimiaan tuotteita vapaasti eteenpäin, katsottiin seurauksena olevan tavaroiden liikkuvuuden estyminen ja kansallisten markkinarajojen keinotekoinen ylläpitäminen.

Consten ja Grundig -ratkaisua on arvioitava sen antamishetken olosuhteiden mukaisesti. 1960-luvulla yhteismarkkinoiden yhtenäisyyden aste oli monellakin tavalla heikompi kuin nykypäivänä.[477] Yhteismarkkinoiden toteuttamisessa on 1960-luvun jälkeen edistytty olennaisesti sekä oikeudellisesti että tosiasiallisesti. 1960-luvun markkinaolosuhteissa saattoi olla perusteltua painottaa jakelujärjes-

---

[473] Ks. tarkemmin esim. Goyder, s. 535, jossa puhutaan EU:n tuomioistuimen roolista ”mahdollisuuksien ikkunan” avaajana integraatioprosessille.
[474] Ks. myös Amato, s. 114.
[475] Ks. tarkemmin yhdistetyt asiat 56/64 ja 58/64 Établissements Consten SARL ja Grundig-Verkaufs-GmbH v. komissio, (1966) ECR 299.
[476] Tämä tapahtui kieltäytymällä toimituksista ja asettamalla asiakkaille vientikieltoja sekä rekisteröimällä viennin estämiseksi rinnakkainen tuotemerkki.
[477] Ks. esim. Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy, COM (96) 721 final, k. 226–232.

telmään kuuluneiden yksilöiden toimintamahdollisuuksien merkitystä yhteismarkkinoiden toiminnan kannalta. Lisäksi kilpailuoikeuden soveltamiseen vaikuttava taloustieteellinen ajattelu on kehittynyt suuresti mainittuna ajanjaksona. Markkinoiden toimintaa ei jäsennetä nykyisin enää yksin tuotemerkin sisäisestä näkökulmasta, vaan markkinaprosessin toimivuuden voidaan katsoa perustuvan keskeisesti tuotemerkkien väliseen kilpailuun. Tuotemerkkien välisestä kilpailusta syntyy painetta, joka ohjaa myös tuotemerkin sisäisten järjestelyiden toteuttamista.[478] Tuotemerkin sisäiset yksilöiden toimintavapauden rajoitukset voivat olla perusteltuja, mikäli niillä on tuotemerkkien välistä kilpailua vahvistavia vaikutuksia.[479]

Markkinaolosuhteiden ja taloustieteellisen ajattelun muutosten muodostamaa taustaa vasten on ymmärrettävää, että vertikaalisten kilpailunrajoitusten arviointi on hioutunut voimakkaasti EU:n kilpailuoikeudessa. Muuttunutta tarkastelutapaa ilmentävät selkeästi vertikaalisia kilpailunrajoituksia koskeva ryhmäpoikkeusasetus sekä siihen liittyvät valmistelu- ja soveltamisasiakirjat.[480] Asetus edeltäjineen merkitsee kansainvälisen konvergenssin huomattavaa lisääntymistä vertikaalisten kilpailunrajoitusten arvioinnissa.[481] Muutos on perusteltu, mutta se ei sinällään poista yhteismarkkinoiden yhtenäisyyteen liittyvien näkökohtien merkitystä vertikaalisten kilpailunrajoitusten arvioinnissa. Kyse on ennen kaikkea näiden näkökohtien arviointitavasta.[482]

Määräävässä markkina-asemassa oleva yritys voi eri tavoin pyrkiä toiminnassaan käyttämään hyväksi asiakkaita ja markkinoita koskevia kansallisia eroja.

---

[478] Ks. myös komission 26. kilpailupoliittinen raportti, s. 31.

[479] Tällaisia ongelmia voivat olla esim. vapaamatkustus ja kaksinkertaisen marginalisaatio. Ks. esim. Korah – O'Sullivan, s. 27–38. Toisaalta on muistettava, että jakelujärjestelmän osana olevien yksilöiden toimintavapauksilla on edelleen merkitystä markkinoiden toimintavapauden kannalta. Tämän vuoksi mm. passiivisen myynnin rajoitukset on nykyisinkin kielletty. Ks. vertikaalisia kilpailunrajoituksia koskevan ryhmäpoikkeusasetuksen (330/2010) 4 artiklan b-alakohta.

[480] Komission asetus N:o 330/2010 EUT-sopimuksen 101(3) artiklan soveltamisesta tiettyihin vertikaalisten sopimusten ja yhdenmukaistettujen menettelytapojen ryhmiin ja Komission tiedontanto Suuntaviivat vertikaalisista rajoituksista (19.5.2010, OSC 130). Ks. myös Goyder, s. 540–543.

[481] Vertikaalisten kilpailunrajoitusten arvioinnin muutoksen voidaan katsoa toimineen eräänlaisena airuena EU:n kilpailuoikeuden soveltamisen uudistamisessa. Muutoksen keskeisenä tekijänä voidaan pitää painopisteen siirtymistä muodollisista seikoista tosiasiallisiin vaikutuksiin kilpailunrajoitusten arvioinnissa. Vertikaalisten rajoitusten jälkeen komissio on täsmentänyt horisontaalisten kilpailunrajoitusten arviointia. Sen jälkeen on ollut käynnissä määräävän markkina-aseman väärinkäyttömuotojen kriittinen tarkastelu. Jokaisella muutosprosessilla on omat yhteiskunnalliset taustansa. EU:n kilpailuoikeuden materiaalisen tulkinnan muutos on tosiasiassa johtanut eurooppalaisen ja yhdysvaltalaisen tulkintalinjan lähenemiseen. Muutos ei ole yksinomaan poliittinen, vaan siihen liittyy voimakkaasti taloustieteellisen ajattelun yhtenäistymistendenssi. Ks. tarkemmin esim. Korah – O'Sullivan , s. 17–21.

[482] Ks. esim. Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy (COM (96) 721 final), k. 80–81.

Kyse voi olla puhtaasta kansallisuuteen perustuvasta syrjinnästä tai toimista, joilla kansallisia eroja yhteismarkkinoilla ylläpidetään ja hyödynnetään. Pelkistetyimmillään kansallisuuteen perustuva syrjintä voi ilmetä esimerkiksi siten, että yhteistoimintaa harjoitetaan vain määrätystä jäsenvaltiosta kotoisin olevien toimijoiden kanssa.[483] Syrjintä voi olla sillä tavoin välillistä, että hinnoittelua tai alennuskäytäntöjä on eriytetty kansallisuuden perusteella.[484] EUT-sopimuksen 18 artiklassa kielletään yksilöiden kansallisuuteen perustuva syrjintä. Tässä oikeudellisessa viitekehyksessä on ilmeistä, että EU:n kilpailuoikeuden soveltamiskäytännössä on suhtauduttu tiukasti sellaisiin järjestelyihin, jotka merkitsevät tosiasiassa yksilöiden erilaista kohtelua kansallisuuden perusteella.[485] Lähestymistapaa voidaan perustella myös yhteismarkkinoiden toimintaedellytysten turvaamisella: yksilöiden on voitava harjoittaa taloudellista toimintaa esteettömästi oman jäsenvaltionsa ulkopuolella, jotta kansalliset markkinat voivat yhdentyä ja yhteismarkkinoista saatavat edut toteutua.

EUT-sopimuksen 102 artiklan soveltaminen voi tulla arvioitavaksi myös silloin, kun määräävässä markkina-asemassa oleva yritys eriyttää hinnoitteluaan jäsenvaltiokohtaisesti ja pyrkii hyötymään vallitsevista markkinaolosuhteista. Tältä osin suhtautuminen on ollut puhdasta kansallisuuteen perustuvaa syrjintää lievempää, koska menettelylle voi olla olemassa hyväksyttäviä perusteita.[486] Määräävässä markkina-asemassa olevalla yrityksellä on oikeus eriyttää hinnoitteluaan, mikäli markkinaolosuhteet sitä vaativat.[487] Hinnoittelun eriyttämisellä voi sinällään olla hyvinvointia lisääviä vaikutuksia.[488] Kielletyn toiminnan puolelle siirrytään kuitenkin silloin, kun määräävässä markkina-asemassa oleva yritys omilla toimillaan keinotekoisesti luo tai ylläpitää toisistaan poikkeavaa hintatasoa yhteismarkkinoiden eri osissa. Järjestely voidaan toteuttaa esimerkiksi

---

[483] Ks. tältä osin esim. asia 7/82 GVL v. komissio, (1983) ECR 483, jossa saksalainen monopoliasemassa ollut tekijänoikeusjärjestö solmi sopimuksia ainoastaan saksalaisten taiteilijoiden kanssa. Menettely esti tosiasiassa muiden kuin Saksan kansalaisten tai Saksassa kotipaikan omaavien henkilöiden oikeuksien hyödyntämisen Saksan markkinoilla. Ks. samantyyppisestä asetelmasta myös asia 22/79 SACEM v. Société des éditions Labrador, (1979) ECR 3275.

[484] Ks. esim. asia C-18/93 Corsica Ferries Italia Srl v. Corpo dei piloti del porto di Genova, (1994) ECR I 1783, k. 86, asia T-229/94 Deutsche Bahn AG v. komissio, (1997) ECR II 1689, ja asia C-163/99 Portuguese Republic v. komissio, (2001) ECR I 2613.

[485] Ks. EUT-sopimuksen 102 artiklan soveltamiskäytännöstä tarkemmin esim. komission päätös 20.7.1999 asiassa IV/36.888 vuoden 1998 jalkapallon maailmanmestaruuskilpailut, k. 100, jossa lähdettiin siitä, ettei 102 artiklan soveltaminen kansallisuuteen perustuvaan syrjintään edellytä konkreettisista näyttöä järjestelyn vaikutuksista markkinoiden kilpailurakenteeseen, vaan toiminnan haitallisuus voidaan arvioida sen luonteen perusteella.

[486] Ks. myös asia C-249/88 Komissio v. Belgia, (1991) ECR I 1275, k. 20.

[487] Tällainen tekijä on tyypillisesti kustannusten eroavaisuus eri markkinoilla. Ks. esim. asia T-83/91 Tetra Pak International SA v. komissio (II), (1994) ECR II 755, k. 167.

[488] Ks. esim. Motta, s. 23.

asettamalla tuotteille vientikieltoja.[489] Tällaiset järjestelyt ovat omiaan vaikeuttamaan hintatason tasoittumista yhteismarkkinoilla ja edelleen kuluttajien hyötymistä yhteismarkkinoiden toiminnasta.[490]

EUT-sopimuksen 102 artiklan soveltamisen uudistaminen toiminnan todellisten vaikutusten jäsentämisen suuntaan asettaa joitakin haasteita myös kansallisiin eroihin liittyvien kilpailunrajoitusten arvioinnille. Lähtökohtana voidaan edelleenkin pitää kansallisuuteen perustuvaan syrjintään johtavien menettelyiden hylättävyyttä, mutta toisaalta arvioinnissa on aiempaa laajemmin kyettävä tuomaan esille syrjinnästä aiheutuvia markkinoiden toimintaa haittaavia seurauksia; tarvittaessa näitä vaikutuksia on punnittava mahdollisten tehokkuutta lisäävien vaikutusten kanssa.[491] Tämä koskee erityisesti muita kuin puhtaita syrjintätapauksia, joissa kansallisten markkinoiden eroavaisuuksia pidetään keinotekoisesti yllä. Oikeudellisen luokittelun yleisen merkityksen väheneminen EUT-sopimuksen 102 artiklan soveltamisessa heijastuu täten kansallisuuteen perustuvan syrjinnän arviointiin, vaikka perusajatus mainitun toiminnan lähtökohtaisesta hylättävyydestä ei sinällään ole muuttunutkaan.

3.4.4 Yhteenveto

Integraatioperiaate muodostaa keskeisen osan EU:n kilpailuoikeuden arvo- ja tavoiteperustaa. Integraatioperiaate ilmentää osaltaan sitä federalistisille kilpailuoikeusjärjestelmille omaleimaista lähtökohtaa, joka Euroopan taloudellisessa integraatioprosessissa on 1950-luvulta alkaen omaksuttu. Tässä suhteessa yhteismarkkinoiden yhtenäisyyteen liittyvien näkökohtien huomioon ottaminen 101 ja 102 artiklan soveltamisessa tuo vivahteen eurooppalaisen kilpailuoikeuskulttuurin erityispiirteistä. Mainittu lähtökohta ei kuitenkaan tarkoita sitä, että integraatioperiaatteen asema näyttäytyisi yhdenmukaisella tavalla yhdentymiskehityksen eri vaiheissa. Integraatioperiaatteen, kuten muunkin oikeudellisen sääntelyn, soveltamisessa ei voida sivuuttaa sääntelykohteen muutoksia.

Yhteismarkkinoiden toteuttaminen ja jäsenvaltioiden talouksien yhdentyminen on edennyt varsin pitkälle 2000-luvulle tultaessa. Oikeudellisessa mielessä yhteismarkkinat saatiin luotua valmiiksi Euroopan yhtenäisasiakirjalla vuonna 1992. Yhteismarkkinoiden toteuttamisessa on edelleen monia tosiasiallisia haasteita. Eräänä keskeisenä tekijänä voidaan tältä osin pitää uusien jäsenvaltioiden

---

[489] Ks. tältä osin esim. asia 27/76 United Brands v. komissio, (1978) ECR 207, k. 232, ja asia T-198/98 Micro Leader Business v. komissio, (1999) ECR II 3989, k. 53–59.
[490] Ks. myös asia 226/84 British Leyland v. komissio, (1986) 3263.
[491] Ks. myös Motta, s. 23.

liittymistä EU:iin. Yhteismarkkinoiden yhtenäisyyttä vahvistavia toimia tarvitaan edelleen.[492]

Integraatioperiaatteen asema EU:n kilpailuoikeuden soveltamisessa on suhteutettava kilpailuoikeuden muihin kantaviin periaatteisiin.[493] Pyrkimys kiinnittää huomiota kilpailunrajoitusten todellisiin vaikutuksiin heijastuu myös osaltaan yhteismarkkinoiden yhtenäisyyteen liittyvien argumenttien käyttämisen tapaan argumentoinnissa: yksinomainen vetoaminen yhteismarkkinoiden yhtenäisyyttä heikentäviin seurauksiin ei ole mahdollista samalla tavoin kuin aiemmin, ellei näitä seurauksia voida riittävällä tavalla todentaa. Integraatioperiaatteen edustamille näkökohdille on pyrittävä määrittämään aiempaa tarkemmin yksittäistapaukselliset painoarvot, jotka ovat verrattavissa kilpailuoikeuden muiden kantavien periaatteiden painoarvoihin. Kyse on punninnasta, jossa kilpailuoikeuden arvo- ja tavoiteperustaa jäsennetään kokonaisvaltaisesti.

3.5 REILUUSPERIAATE

3.5.1 Yleistä

Kilpailu markkinoilla voi johtaa yksilön kannalta toisistaan varsin jyrkästi poikkeaviin seurauksiin. Yksilö voi hyötyä markkinoiden tarjoamista mahdollisuuksista ja menestyä kilpailussa. Toisaalta yksilö voi kärsiä kilpailun seurauksena merkittäviä tappioita ja viime kädessä ajautua pois markkinoilta. Yksilötasolla nämä tilanteet voivat näyttäytyä kohtuuttomina: yksilön panostukset vaihdantaan ja vaihdannan lopputulos eivät välttämättä kohtaa. Kilpailuoikeudellisesti mielenkiintoisen kysymyksen muodostaa se, tulisiko markkinoiden toimintaan puuttua kilpailuoikeuden keinoin, jotta kohtuuttomaksi katsotuilta seurauksilta voitaisiin yleisesti ja erityisesti yksittäistapauksissa välttyä.

Kilpailuoikeuden yhteiskunnallisista tehtävistä on käyty eri vaiheissa vilkasta keskustelua. Kyse on perusteiltaan siitä, millaisten arvojen ja tavoitteiden varaan kilpailuoikeudellisen sääntelyn tulisi rakentua. Utilitaristiseen ajatteluun perustuvissa teorioissa annetaan yksinomainen merkitys markkinoiden toiminnalle yhteiskunnallisen hyvinvoinnin luojana.[494] Kilpailuoikeudellisen sääntelyn tehtävänä on, siltä osin kuin markkinat eivät kykene itse säätelemään toimintaansa,

---

[492] Ks. myös Gerber 1998, s. 389.

[493] Ks. tältä osin komission Valkoinen kirja EY:n perustamissopimuksen 85 ja 86 artiklan soveltamissääntöjen uudistamisesta (99/027), k. 8, jossa komissio toteaa toimintansa painopisteen siirtyneen integraatioprosessin etenemisen myötä yhteismarkkinoiden yhtenäisyyttä vaarantaneista toimista yhteismarkkinoiden tehokkuutta haittaaviin järjestelyihin.

[494] Ks. esim. Motta, s. 30, ja Bork, s. 51.

varmistaa, että markkinat voivat tuottaa hyvinvointia optimaalisella tavalla. Kohtuusnäkökohdille ei jää sijaa kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa.

Kilpailuoikeuden arvo- ja tavoiteperustaa voidaan kuitenkin lähestyä edellä mainittua laajemmasta, pluralistisesta näkökulmasta. Tällöin on pidetty mahdollisena sisällyttää oikeudenmukaisuuselementti osaksi kilpailuoikeudellista tarkastelua. Petri Kuoppamäki sijoittaa oikeudenmukaisuuden kilpailuoikeuden arvo- ja tavoiteperustaan yhdessä tehokkuuden ja vapauden kanssa.[495] Oikeudenmukaisuusnäkökohtiin ovat omassa tuotannossaan viitanneet myös Martti Virtanen ja Pekka Timonen.[496] Komissio on puolestaan katsonut oikeudenmukaisuusnäkökohdilla olevan merkitystä EU:n kilpailuoikeuden soveltamisessa.[497]

Kilpailuoikeudellisessa tarkastelussa on eri yhteyksissä tunnistettu oikeudenmukaisuuteen liittyvien seikkojen asema. On kestävästi argumentoitavissa, että reiluusperiaatteella on oma sijansa kilpailuoikeuden kantavien periaatteiden joukossa. Reiluusperiaatteen sisällön ja merkityksen arvioinnissa on kuitenkin otettava huomioon kilpailuoikeuden erityispiirteet. Kilpailuoikeus ei voi muuttua yritysten kuluttajansuojaksi. Reiluusperiaatetta on arvioitava yhteydessä kilpailuoikeuden muihin kantaviin periaatteisiin.

3.5.2 Sisällöllinen perustelu

Reiluusperiaatteen syväjustifikaationa voidaan pitää oikeudenmukaisuutta yhteiskunnallisena arvona. Oikeudenmukaisuus on laaja ja moniulotteinen käsite. Reiluusperiaatteen jäsentäminen edellyttää sen hahmottamista, mitä oikeudenmukaisuudella tarkoitetaan. Perustava jaottelu voidaan tehdä materiaalisen ja menettelyllisen oikeudenmukaisuuden välille. Käsiteparin tarkastelussa voidaan hyödyntää oikeudenmukaisuuskäsitteen sisällöstä ja toteuttamisesta käytyä yhteiskunnallista keskustelua.[498]

> Materiaalinen oikeudenmukaisuuskäsitys lähtee liikkeelle säännön, instituution tai yhteiskunnan perusrakenteen soveltamisen lopputuloksen kohtuullisuudesta. Lopputuloksen tulee täyttää oikeudenmukaisuuskriteerit, jotka ovat itse menettelystä riippu-

---

[495] Ks. tarkemmin Kuoppamäki 2003, s. 47–48.

[496] Ks. tarkemmin M. Virtanen 1998, s. 347–348, ja Timonen 1997, s. 222–223.

[497] Ks. tarkemmin komission 1. kilpailupoliittinen raportti, s. 13, 9. kilpailupoliittinen raportti, s. 9 ja 13, 14. kilpailupoliittinen raportti, k. 22, ja 27. kilpailupoliittinen raportti, s. 19.

[498] Tässä keskustelussa on keskeisen aseman saanut John Rawls. Hän jaottelee oikeudenmukaisuuden yksittäisiä sääntöjä, instituutioita ja yhteiskunnan perusrakennetta koskeviin osiin. Ks. tarkemmin Rawls 1988, s. 44. Taloutta voidaan pitää yhtenä yhteiskunnan perusinstituutiona. Toisaalta talouden järjestämisessä tehdyt oikeudenmukaisuusvalinnat heijastelevat koko yhteiskunnan perusrakenteen osalta tehtyjä oikeudenmukaisuusvalintoja. Rajanveto on täten suhteellinen.

mattomia.[499] Riippumaton mittapuu arvioinnille voidaan muodostaa eri tavoin. Rawls muotoilee omassa teoriassaan kaksiportaisen arviointimallin, jonka ensimmäisessä osassa tuodaan yhtäältä esille lähtökohta yksilön perusvapauksien kantavasta merkityksestä ja toisaalta näiden perusvapauksien suojaamisesta siten, että muiden yksilöiden vastaavat perusvapaudet tulevat asianmukaisella tavalla huomioon otetuiksi. Toisessa vaiheessa muodostetaan kriteerit eriarvoisuuksien jakamisesta oikeudenmukaisella tavalla yhteiskunnassa.[500] Rawlsin omaksuma materiaalinen oikeudenmukaisuuskäsitys perustuu näkemykseen yksilön itseisarvoisesta asemasta yhteiskunnassa; yksilön perustavia oikeuksia ei voida uhrata yhteisen hyvinvoinnin edistämiseksi. Rawlsin teorian kehittely voidaan nähdä pyrkimykseksi sovittaa yhteen nämä kaksi perustavaa yhteiskunnallista lähtökohtaa (oikea ja hyvä).

Menettelyllinen oikeudenmukaisuus liittyy yksilöiden toimintamahdollisuuksien yhdenmukaisuuteen. Menettelyllinen oikeudenmukaisuus nähdään reiluna pelinä, jossa yksilöillä on oltava asianmukaiset mahdollisuudet tavoitteidensa toteuttamiseen.[501] Yksilöitä tulee tässä suhteessa kohdella yhdenmukaisella tavalla. Puhtaan menettelyllisen oikeudenmukaisuuskäsityksen mukaan menettelyn lopputuloksella ei ole merkitystä, mikäli menettelylliset kriteerit täyttyvät. Toisaalta on muistettava, että reilun pelin sääntöjen noudattamiseen voidaan liittää perusteltu odotus lopputuloksen oikeudenmukaisuudesta.

Kilpailuoikeudellinen sääntely on perinteisesti nähty pelisääntöjen asettamisena yksilöiden ja samalla markkinoiden toiminnalle.[502] Kilpailuoikeus eroaa tässä suhteessa markkinoiden suorasta regulaatiosta, jolla voidaan puuttua yksilöiden välisten suhteiden materiaaliseen sisältöön ja asettaa toimintaa koskevia välittömiä velvoitteita. Asetelmaan liittyy tiiviisti ajatus kilpailuoikeudellisesta sääntelystä ensisijaisesti markkinoiden eikä yksittäisten sopimussuhteiden ohjaajana. Kilpailuoikeuden tehtävänä voi siten tästä näkökulmasta arvioiden olla markkinoiden menettelyllisen oikeudenmukaisuuden suojaaminen.[503]

Kilpailuoikeuden tehtävä markkinoiden menettelyllisen oikeudenmukaisuuden turvaajana voidaan nähdä liittyvän kilpailuedellytysten yhdenmukaisuuteen: yksilöillä on oltava lähtökohtaisesti reilut mahdollisuudet oikeuksien käyttämiseen markkinoilla.[504] Tämä voi tarkoittaa esimerkiksi yksilöille annettavaa suojaa silloin, kun markkinoille pääsylle on asetettu keinotekoisia esteitä. Puhtaassa reiluusperiaatteen mukaisessa arvioinnissa korostuu oikeudenmukaisuuden asema yhteiskunnallisena arvona, jolloin taloudellisen toiminnan tehokkaimmalla

---

[499] Ks. tarkemmin Rawls 1988, s. 59.

[500] Vaatimus voi koskea esimerkiksi sitä, että kaikkien on voitava hyötyä tehtävistä ratkaisuista. Ks. tarkemmin Rawls 1988, s. 46–47.

[501] Ks. tarkemmin Rawls 1988, s. 52 ja 59.

[502] Näkökulma on korostunut erityisesti ordoliberalistisessa tutkimuksessa. Ks. tarkemmin esim. Möschel 1989, s. 152.

[503] Ks. myös Motta, s. 26.

[504] Ks. myös komission 1. kilpailupoliittinen raportti, s. 13.

järjestämistavalla ei ole yksin ratkaisevaa merkitystä harkinnassa. Vastaavasti yksityisille toimijoille ja julkiselle vallalle voidaan asettaa velvollisuus olla ilman hyväksyttävää syytä vaikuttamatta markkinaolosuhteiden muodostumiseen epäasianmukaisiksi. Viime kädessä on kysymys taloudellisen mielivallan estämisestä.

Yksilön toimintamahdollisuudet voivat rajoittua markkinoilla eri syistä. Kilpailu voi johtaa yksilön toimintaedellytyksien heikentymiseen, mikä on sinällään markkinaprosessille ominaista. Kilpailuoikeudellisen sääntelyn keinoin ei tule puuttua sellaisiin järjestelyihin, jotka tukevat markkinoiden toimivuutta. Markkinoiden toimivuuden arvioinnissa on omaksuttava laaja-alainen lähestymistapa; arvioinnin on perustuttava kaikkiin kilpailuoikeuden kantaviin periaatteisiin. Reiluusperiaatteen mukaisen arvoperustan merkitys on nähtävä yhteydessä kilpailuoikeuden muiden kantavien periaatteiden edustamiin arvo- ja tavoiteperustoihin.

Kilpailuoikeudellinen puuttumiskynnys määrittyy olennaisilta osin sääntelyn perustavan tehtävän, markkinoiden toimivuuden turvaamisen, mukaisesti.[505] Yksilön menettelyllisten mahdollisuuksien rajautumisen ja markkinoiden toiminnan häiriintymisen välille on löydyttävä yhteys, jotta kilpailuoikeudellinen interventio on perusteltu.[506] Arvioitavalla toimenpiteellä on jollakin tavoin oltava yksittäisen sopimussuhteen tai järjestelyn ylittäviä vaikutuksia. Lähtökohdasta seuraa, että yksilön on saatava kilpailuoikeudellista suojaa silloin, kun toimintaedellytysten eriyttämistä ei voida perustella hyväksyttävillä syillä. Kyse on käytettävien kilpailukeinojen legitimiteetistä ja oikeasuhtaisuudesta. Tässä harkinnassa järjestelyn tehokkuusvaikutuksilla on tärkeä asema.[507] Arviointi on luon-

---

[505] Lähestymistapa ei sulje pois sitä mahdollisuutta, että oikeudellisen sääntelyn muilla lohkoilla omaksuttaisiin poikkeavia arviointiperusteita yksilösuojan antamiselle. Markkinaolosuhteiden reiluutta voidaan suojata esim. vilpillisen kilpailun estämiseksi annetulla sääntelyllä. Ks. sääntelykriteereistä tältä osin tarkemmin esim. P. Virtanen 2008, s. 854–855.

[506] Tarkastelun keskiössä ovat tältä osin yksilön toimintamahdollisuuksien ja markkinaprosessin toiminnan väliset vaikutussuhteet. On selvitettävä, millä tavoin yksilön reilujen toimintamahdollisuuksien heikentäminen vaikuttaa markkinaprosessiin. Yksilön aseman ja markkinoiden kilpailurakenteen välille on löydettävä yhteys. Ks. tältä osin asia 27/76 United Brands v. komissio, (1978) ECR 207, k. 183–193, ja Amato, s. 70.

[507] Ks. myös M. Virtanen 1998, s. 348. Arviointimittarina on eri yhteyksissä käytetty suorituskilpailun käsitettä. Ks. tarkemmin Kuoppamäki 2003, s. 47 ja 62. Ajatus on tältä osin perusteltu: yksilön on hyväksyttävä toimintamahdollisuuksiensa eriyttäminen, mikäli tämä eriyttäminen on seurausta pyrinnästä kohti asiakkaiden ja kuluttajien tarpeita aiempaa paremmin vastaavia hyödykkeitä. Suorituskilpailun haaste on tässäkin yhteydessä sen operationalisointi. Suorituskilpailun käsitteestä ei ole vaikeuksitta johdettavissa välineitä konkreettisten tilanteiden arviointiin.

teeltaan kokonaisvaltaista, jolloin kilpailuoikeuden kantavien periaatteiden edustamat näkökohdat on suhteutettava toisiinsa.[508]

Reiluusperiaatteeseen voidaan yhdistää omana kokonaisuutenaan kysymys tulonjaon asemasta kilpailuoikeuden soveltamisessa.[509] Vaihdantaan laajassa merkityksessä osallistuvilla yksilöillä (muun muassa työntekijät) ja yhteiskunnan jäsenillä (kuluttajat) tulisi olla mahdollisuus hyötyä markkinoiden tuottamasta taloudellisesta hyvinvoinnista.[510] Tulonjakoon liittyviä kysymyksiä on jo aiemmin käsitelty tehokkuusperiaatteen osalta. Reiluusperiaatteen voidaan katsoa osaltaan vahvistavan sitä lähtökohtaa, että kilpailuoikeudellisesti merkityksellistä on hyvinvoinnin määrän lisäksi sen jakautuminen markkinamekanismin mukaisesti. Kilpailuoikeuden tehtävänä ei ole puuttua hyvinvoinnin jakautumisen lopputulokseen, jos jakautumista ohjaava menettely on oikeudenmukainen. Tällöin yksilöillä on mahdollisuus osallistua vaihdantaan ja käyttää kykyjään markkinapositionsa vahventamiseen. Resurssien jakautuminen perustuu yksilöiden kyvykkyyteen, millä on yhteiskunnan hyvinvointia kokonaisuudessaan edistäviä vaikutuksia.

3.5.3 Soveltamistilanteita

Reiluusperiaate on näyttäytynyt kilpailuoikeuden soveltamisessa lähinnä silloin, kun on arvioitu pkt-yritysten toimia markkinoilla.[511] Pkt-yritystoiminta ilmentää perustavalla tavalla yksilöiden mahdollisuuksia hyödyntää omia kykyjään markkinoilla, mikä on katsottu yhteiskunnallisesti tärkeäksi taloudellisen toiminnan muodoksi. Jokaisella tulisi olla mahdollisuus vaihdantaan osallistumiseen. Yrittäjyyden yhteiskunnallisia vaikutuksia on pidetty monella tavoin hyödyllisinä (muun muassa työllisyyden edistäminen). Yhteismarkkinoiden kontekstissa pkt-yritysten erityinen asema liittyy integraation seurauksena muuttuneisiin markkinaolosuhteisiin: kansallisten markkinoiden avautuminen kasvattaa kilpailupai-

---

[508] Reiluusperiaatteen mukaiseksi lähtökohdaksi on otettava yksilön mahdollisuus käyttää oikeuksiaan yhdenmukaisissa markkinaolosuhteissa kilpailijoidensa kanssa. Yksilön toimintamahdollisuuksien eriytyminen on tyypillisesti seurausta määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen toimista. Määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen on tuotava esille ne tehokkuushyödyt, joihin se oman toimintansa perustaksi vetoaa. Tämä ei ole kuitenkaan yksinomaan riittävää. Harkintaan on sisällytettävä myös käytettyjen keinojen ja tavoiteltavien päämäärien välinen punninta. Käytettyjen keinojen on oltava oikeasuhtaisia; asiakkaiden tai kilpailijoiden toimintaedellytyksiä ei saa rajoittaa laajemmin kuin on välttämätöntä hyväksyttävän tavoitteen saavuttamiseksi.

[509] Ks. esim. M. Virtanen 1998, s. 348, ja Kuoppamäki 2003, s. 47.

[510] Ks. myös komission 9. kilpailupoliittinen raportti, s. 9–11, ja Sauter, s. 121 av. 40, sekä Gerber 1998, s. 419.

[511] Ks. esim. komission 1. kilpailupoliittinen raportti, s. 10.

netta ja luo konkreettisia haasteita pkt-yritysten selviämiselle voimistuvassa kilpailussa.[512]

Pkt-yritysten aseman arviointi avaa helposti väylän kilpailuoikeudellisen sääntelyn huojuvaan soveltamiseen. Kilpailuoikeus on vaarassa muuttua välineeksi suojella yksittäisiä yrityksiä kilpailulta. Kilpailuoikeudellisen suhtautumisen erilaisiin markkinatoimintojen muotoihin tulisi kuitenkin olla neutraalia: markkinarakenteen muotoutuminen perustuu ensisijaisesti markkinamekanismin toimintaan eikä kilpailuviranomaisen suunnitteluun. Kilpailuoikeuden keinot suojata pkt-yritysten oikeuksia toimintansa harjoittamiseen (oikeus myydä ja pysyä markkinoilla) ovat rajoitetut. Perustellut syyt pkt-yritysten suojaamiseen liittyvät tilanteisiin, joissa markkinaolosuhteiden keskittyminen voidaan nähdä haitalliseksi markkinaprosessin toiminnan kannalta.[513] Lisäksi pkt-yritysten välisen yhteistyön sallittavuutta voi puoltaa se seikka, ettei markkinavoimaltaan vähäisten yritysten järjestelyiden seurauksena useinkaan ole markkinoiden toimintaa haittaavia vaikutuksia.

Julkinen valta voi eri tavoin vaikuttaa markkinaolosuhteiden muotoutumiseen.[514] Kilpailuoikeuden keinoin tulee puuttua sellaisiin toimiin, jotka ilman asianmukaista perustetta johtavat yksilöiden välisten kilpailuedellytysten eriytymiseen. Kilpailuoikeudelliseen välineistöön kuuluu tältä osin julkisia yrityksiä koskeva erityissääntely EUT-sopimuksen 106 artiklassa. Laajassa katsannossa myös valtiontukien sääntely voidaan lukea osaksi tätä keinovalikoimaa. Molempien edellä mainittujen sääntelykeinojen käyttöä voidaan perustella pyrkimyksellä taata kilpailuolosuhteiden yhdenmukaisuus ja samalla reiluus. Julkisen vallan toimilla ei saa eriyttää kilpailuolosuhteita esimerkiksi suosimalla oman jäsenvaltion yrityksiä.[515] Näiden sääntelymuotojen soveltamista voidaan siten perustella myös reiluusperiaatteen mukaisin argumentein.

3.5.4 Yhteenveto

Reiluusperiaate avaa mielenkiintoisen tulokulman kilpailuoikeuden arvo- ja tavoiteperustaan, koska reiluusperiaate yhdistää kilpailuoikeuden ja oikeudenmukaisuuden yhteiskunnallisena arvona. Siirto on tärkeä, kun otetaan huomioon

---

[512] Ks. esim. Gerber 1998, s. 419.
[513] Ks. esim. Gerber 1987, s. 102–104.
[514] Ks. myös komission 1. kilpailupoliittinen raportti, s. 13, ja 9. kilpailupoliittinen raportti, s. 10 sekä Forrester, s. 377–378.
[515] Näkökulmalla on läheinen yhteys integraatioperiaatteeseen.

oikeudenmukaisuusnäkökohtien perustava yhteiskunnallinen merkitys.[516] Reiluusperiaate vahvistaa kilpailuoikeuden yhteyksiä oikeusjärjestyksen muodostamaan kokonaisuuteen. Reiluusperiaatteeseen sisältyvä pyrkimys kilpailuedellytysten yhtenäisyyden varmistamiseen ei ole kilpailuoikeudellisesti vieras, vaan se on liitettävissä aiemmin käsiteltyihin kilpailuoikeuden kantaviin periaatteisiin. Reiluusperiaatteella on tältä osin leikkauspisteitä vapaus- ja integraatioperiaatteiden sekä katsantokannasta riippuen myös tehokkuusperiaatteen kanssa.[517]

Reiluusperiaatteen edustamien näkökohtien välitön merkitys kilpailuoikeuden soveltamisessa on jäänyt vähäiseksi. Viime aikoina Euroopassa vallinnut pyrkimys korostaa tehokkuusperustelujen asemaa kilpailuoikeudessa tuskin jatkossakaan vahvistaa reiluusperiaatteen lähtökohtaista merkitystä. Reiluusperiaatteella on kuitenkin oma sijansa kilpailuoikeuden kantavien periaatteiden joukossa. Se voi tuoda tärkeän vivahteen kilpailuoikeuden soveltamiseen. Haasteena on erityisesti reiluusperiaatteen ja muiden kantavien periaatteiden keskinäisten yhteyksien jäsentäminen soveltamistilanteissa. Perustaltaan kokonaisvaltaisessa tarkastelussa tämä ei ole poissuljettua.

3.6 KILPAILUOIKEUDEN SUHDE MUIHIN YHTEISKUNNALLISIIN ARVOIHIN JA TAVOITTEISIIN

3.6.1 Yleistä

Tässä tutkimuksessa on omaksuttu lähtökohta, jonka mukaan kantavat periaatteet edustavat kilpailuoikeuden arvo- ja tavoiteperustaa. Kilpailuoikeuden kantaviksi periaatteiksi on edellä määritelty tehokkuusperiaate, vapausperiaate, integraatioperiaate ja reiluusperiaate. Ne muodostavat kilpailuoikeudellisen sääntelyn syväjustifikaation ja luovat sisällöllisen perustelun kilpailuoikeudelliselle sääntelylle. Kantavien periaatteiden kautta välittyy käsitys siitä, mikä on olennaista kilpailuoikeudessa. Kilpailuoikeuden kantavia periaatteita on tarkasteltava kokonaisuutena. Yksittäisessä ratkaisutilanteessa voidaan harvoin soveltaa vain yhtä

---

[516] Oikeudenmukaisuus on yksi perusoikeusjärjestelmän ja myös oikeusjärjestyksen keskeisistä tausta-arvoista. Ks. oikeudenmukaisuuden merkityksestä perustuslain 1.2 §:n osalta Scheinin, s. 228–229.

[517] Reiluusperiaatteella voidaan katsoa olevan yhteyksiä tehokkuuden toteuttamiseen, mikäli tehokkuusnäkökohdat vaikuttavat reiluusperiaatteen soveltamiseen. Näin on joissakin yhteyksissä tulkittu olevan esim. John Rawlsin omaksuman eroperiaatteen kohdalla, kun yhteiskunnallisen hyvinvoinnin jakautumisessa on olennaista heikompien yhteiskuntaryhmien aseman turvaaminen. Samalla voi myös vahvimpien yhteiskuntaryhmien hyvinvointi lisääntyä.

periaatetta; arvioinnissa on tyypillisesti sovitettava yhteen useiden kantavien periaatteiden ilmentämiä näkökohtia. Oikeustieteen tehtävä on systematisoida kantavien periaatteiden sisältöä ja luoda suuntaviivoja kantavien periaatteiden keskinäisten suhteiden määrittämiseen.

Kantavien periaatteiden kautta muodostuva kuva kilpailuoikeuden sisällöstä on mahdollista haastaa kysymällä, mikä on kilpailuoikeuden suhde muihin yhteiskunnallisiin arvoihin ja tavoitteisiin sekä oikeusjärjestyksen muodostamaan kokonaisuuteen. Esitetty jaottelu on siten suhteellistettavissa.[518] Arvioinnissa nousee tällöin esille ainakin kahdentyyppisiä kysymyksiä, jotka koskevat yhtäältä kilpailuoikeudellisen sääntelyn omien päämäärien sisältöä (sisäinen ulottuvuus) ja toisaalta näiden päämäärien suhdetta muun oikeudellisen sääntelyn taustalla oleviin päämääriin (ulkoinen ulottuvuus).

Aika ajoin on esitetty, että kilpailuoikeudellisen sääntelyn keinoin tulisi pyrkiä toteuttamaan muita kuin edellä käsiteltyjä kantavien periaatteiden mukaisia päämääriä. Kilpailuoikeudellisen sääntelyn tavoitteiden joukkoa tulisi toisin sanoen laventaa. Tällaisina seikkoina on mainittu muun ohella inflaation vastainen toiminta ja sosiaalisen koheesion edistäminen.[519] Omana kokonaisuutenaan nousevat esille teollisuuspoliittiset päämäärät, joiden merkitys korostuu erityisesti yrityskauppavalvonnan yhteydessä.[520] Kyse on tällöin eurooppalaisten yritysten kansainvälisen kilpailukyvyn turvaamisesta. Voidaan puhua kansallisista mestareista (national champion), millä tarkoitetaan yritysten kansallisten tai yhteismarkkinoiden laajuisten toimintaedellytysten vahvistamista siten, että menestyminen kilpailussa esimerkiksi yhdysvaltalaisten tai japanilaisten yritysten kanssa olisi mahdollista.[521]

> EU-oikeudellisessa kontekstissa on käyty keskustelua kilpailuoikeuden ja tätä yleisemminkin integraation erilaisista mahdollisista päämääristä. Mielenkiintoisen puheenvuoron tähän keskusteluun ovat tuoneet ordoliberalistista näkemystä edustavat tutkijat. Ordoliberalistisessa arvioinnissa korostuu EU:n asema liberalistisen talousjärjestyksen ylläpitäjänä. Julkisen vallan tulee luoda puitteet markkinoiden toiminnalle ja varmistaa markkinoiden toimivuus ennen muuta kilpailuoikeuden keinoin. Julkisen vallan on pidättäydyttävä sääntelemästä suoraan markkinaprosessin lopputuloksia.
>
> Ordoliberalistit näkevät kilpailuoikeuden ja vapaan liikkuvuuden säännösten muodostavan yhteismarkkinoiden oikeudellisen ytimen. Tätä taustaa vasten on ymmärrettävää, että he ovat suhtautuneet pidättyvästi integraation laajentumiseen EU:n piirissä.

---

[518] Ks. esim. Mylly 2010, s. 26–31.

[519] Ks. sosiaalisen koheesion edistämisen osalta esim. komission 16. kilpailupoliittinen raportti, s. 14. Ks. inflaationvastaisesta taistelusta kilpailuoikeuden keinoin esim. Gerber 1998, s. 419.

[520] Ks. tarkemmin esim. Timonen 1997, s. 223–224, ja Forrester, s. 374–376.

[521] Ks. tarkemmin kansallisesta keskustelusta tältä osin esim. Oker-Blom – Huhtaniska, s. 187–199. Ks. myös komission 12. kilpailupoliittinen raportti, s. 13.

Keskeinen ongelmakohta liittyy EU:n kilpailuoikeuden ja teollisuuspolitiikan välisiin suhteisiin. Ordoliberalistit uskovat alhaaltapäin rakentuvaan integraatioon. Teollisuuspolitiikka edustaa heille ylhäältäpäin suoritettavaa puuttumista markkinoiden toimintaan, jolloin vaarana on markkinoiden ominaispiirteiden sivuuttaminen ja julkisen vallan mahdollisuus yksittäisten yritysten keinotekoiseen suosimiseen.[522]

Ordoliberalistisesta näkökulmasta on huolestuttavaa EY:n perustamissopimuksen ja myöhemmin EU- ja EUT-sopimusten rakenteen muuttaminen siten, että yhteisön päämääriä on laajennettu perinteisen yhteismarkkinaviitekehyksen ulkopuolelle ja teollisuuspolitiikka on tuotu osaksi yhteisön keinovalikoimaa kilpailuoikeuden rinnalle. EUT-sopimuksen 3–6 artiklan mukaan unionille asetettujen tavoitteiden toteuttamiseksi käytetään keinoja, joihin kuuluu myös teollisuuspolitiikka. Kilpailupoliittisten ja teollisuuspoliittisten instrumenttien voidaan katsoa sijoittuvan samalle tasolle. Ordoliberalistisessa katsannossa vaaraksi nähdään se, että kilpailuoikeus muuttuu osaksi teollisuuspoliittista harkintaa, jolloin yksittäistapaukselliset interventionistiset intressit voisivat turmella kilpailuoikeuden luonteen markkinaprosessin perusedellytysten turvaajana.[523]

Ordoliberalistinen ajattelu vaikuttaa lähtevän siitä olettamasta, että EU:n kilpailuoikeudelle ja vapaan liikkuvuuden säännöksille tulisi antaa erityinen asema, jotta yhteismarkkinoiden toimivuus voidaan taata.[524] Esitetty huoli markkinoiden toimivuuden edellytysten turvaamisesta on sinällään aiheellinen. Kokonaan toinen asia on kuitenkin se, millaisia oikeudellisia mahdollisuuksia tällaisen tulkinnan kestävään esittämiseen on.[525] Perustellumpaa on hakea kilpailupolitiikalle ja teollisuuspolitiikan välille yhtymäkohtia sekä pyrkiä näin sovittamaan kumpikin politiikanlohko mahdollisuuksien mukaan yhdensuuntaiseksi.[526]

Kilpailuoikeudellisella sääntelyllä voi olla konkreettisia leikkauspisteitä sellaisten oikeudellisten sektoreiden kanssa, jotka eivät sinällään koske erityisesti tai

---

[522] Ordoliberalistisen ajattelun mukaan markkinoiden regulaatiota voidaan toteuttaa ainoastaan sellaisessa oikeusjärjestyksessä, jolla on demokraattista katetta. EU ei demokratiavajeineen täytä näitä kriteereitä. Ks. tarkemmin Sauter, s. 40–41. Ks. lisäksi EU:n kilpailuoikeuden ja teollisuuspolitiikan suhteiden historiallisesta kehityksestä Gerber 1995, s. 47–50.

[523] Ks. myös Gerber 1995, s. 55–57, Gerber – Azarnia, s. 42–44, ja Streit – Mussler, s. 132. Asetelmaa voidaan edelleen monimutkaistaa viittaamalla EUT-sopimuksen 11, 12, 168 ja 169 artikloihin, jonka mukaan sopimuksen 3 artiklassa tarkoitettujen keinojen, kuten kilpailuoikeuden, soveltamisessa on otettava huomioon ympäristönsuojelun, kansanterveyden ja kuluttajansuojan vaatimukset. Tämän seikan voidaan katsoa osaltaan kaventavan liikkumavaraa EU:n kilpailuoikeuden soveltamisessa.

[524] Ks. esim. Sauter, s. 32. Ks. myös Baquero Cruz, s. 78–81.

[525] Ks. esim. Vedder, s. 70, Gerber 1998, s. 371, ja P. Virtanen 2001, s. 211. Vrt. kuit. Baquero Cruz, s. 72.

[526] Ks. esim. Schaub, s. 123, ja Amato, s. 116. Kyse on osaltaan kilpailupoliittisen ja teollisuuspoliittisen ajattelun mahdollisista yhtäläisyyksistä. Sauter korostaa teollisuuspolitiikan keinojen muuttuneen 1990-luvun aikana: teollisuuspolitiikalle on nykyisin tyypillistä yksittäistapauksellisten interventionististen keinojen sijaan pyrkimys vahvistaa markkinoiden rakenteellista toimivuutta. Sauter pitää mahdollisena jäsentää kilpailupolitiikka ja teollisuuspolitiikka kokonaisuutena, jonka päämäärät ovat monelta osin yhteneväiset tai ainakin yhteen sovitettavissa. Ks. tarkemmin Sauter, s. 227–229.

yksinomaan markkinoiden toimintaa. Tämä on seurausta siitä, että markkinoiden toimivuudella on usein laajoja yhteiskunnallisia heijastusvaikutuksia. Kilpailuoikeus on sovitettava yhteen muun oikeusjärjestyksen kanssa. Kyse on siitä, miten kilpailuoikeudellinen sääntely suhteutuu oikeusjärjestyksen muodostamaan kokonaisuuteen ja siinä esille tuleviin rinnakkaisiin sääntelykokonaisuuksiin. Leikkauspisteitä voi olla oikeusjärjestyksen perustan, kuten perus- ja ihmisoikeussääntelyn, kanssa.[527] Esimerkkinä voidaan mainita markkinoiden keskittymisen ja sananvapauden turvaamisen välinen yhteys. Toiseksi leikkauspisteitä voi olla olemassa kilpailuoikeuden ja alakohtaisen erityissääntelyn välillä. Merkittävänä sektorina voidaan tässä yhteydessä mainita ympäristönsuojelun toteuttamiseen liittyvät kysymykset.[528]

3.6.2 Sisäinen ja ulkoinen ulottuvuus

Kilpailuoikeuden normatiivista sisältöä on kuvattu edellä kantavien periaatteiden avulla; kilpailuoikeudessa toteutetaan kantavien periaatteiden määrittelemiä sisällöllisiä lähtökohtia. Ratkaisu perustuu kantavien periaatteiden edustamien sisällöllisten näkökohtien yhteiskunnalliseen merkitykseen sekä näiden periaatteiden oikeusjärjestyksessä saamaan institutionaaliseen tukeen. Lisäksi ratkaisuun on vaikuttanut oikeustieteellisen tutkimuksen traditiosidonnaisuus: oikeustieteelle on tyypillistä tutkimuksen lähtökohtien perustuminen aiemman tutkimuksen varaan. Edellä lausuttu ei kuitenkaan poista sitä seikkaa, että tarvittaessa tutkimuksessa voidaan ja pitää hypätä tradition ylitse.

Kilpailuoikeuden arvo- ja tavoiteperustan ydin tulee määritellä siten, että siihen kuuluvat arvot ja tavoitteet voivat muodostaa koherentin kokonaisuuden. Tämä on keskeinen edellytys kilpailuoikeudellisen sääntelyn operationaaliselle käytettävyydelle. Ytimeen voi sisältyä erilaisen sääntelylogiikan mukaan järjestyviä arvoja ja tavoitteita, mutta niiden on oltava riittävässä yhteydessä keskenään, jotta koherenssin ja samalla operationalisoinnin vaatimukset ovat täytettävissä. Kilpailuoikeuden kantavilla periaatteilla on välitön yhteys markkinoiden

---

[527] Asetelmaa voidaan tarkastella myös EU:n perusoikeuskirjan suunnasta, koska perusoikeuskirjan hyväksyminen jäntevöittää perus- ja ihmisoikeuksien asemaa unionikokonaisuudessa. Tässä mielessä kilpailuoikeuteen peilattava institutionalisoitu arvo- ja tavoitepohja täsmentyy ja vahvistuu aiemmasta. Ks. kysymyksenasettelusta Weatherill 2004, s. 209–210.

[528] Ympäristönsuojeluun liittyvät näkökohdat voidaan palauttaa aina perus- ja ihmisoikeustasolle saakka. Ympäristönsuojelutavoitteiden toteuttamiseksi on kuitenkin omaksuttu laajaa erityissääntelyä, mikä oikeuttaa tässä yhteydessä käyttämään ympäristöoikeutta esimerkkinä tärkeästä kilpailuoikeuden ja erityissääntelyn leikkauspisteestä. Ks. tarkemmin tästä suhteesta Vedder, s. 57–62. Ks. myös Forrester, s. 372.

toimintaan. Ne edustavat markkinoiden toiminnan kannalta keskeisiä seikkoja, vaikka periaatteiden mukaiset sisällölliset lähtökohdat poikkeavat toisistaan.

Kilpailuoikeudellisessa keskustelussa on esitetty sääntelyn päämäärien laajentamista koskemaan muun ohella teollisuuspoliittisia, sosiaaliseen koheesioon sekä inflaation torjuntaan liittyviä tavoitteita. Nämä päämäärät eroavat kantavista periaatteista siinä tärkeässä mielessä, että niiden suhde markkinoiden toimintaan on kantavia periaatteita välillisempi. Markkinoiden toimivuus heijastuu osaltaan mainittujen päämäärien toteutumiseen, mutta itse markkinaprosessin muotoutumisen kannalta päämäärät eivät ole keskiössä. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että nämä päämäärät olisivat kokonaan vailla merkitystä kilpailuoikeuden soveltamisessa. Ne voivat tulla otetuiksi huomioon – ja ovat tulleetkin – kilpailuoikeudellisessa harkinnassa.[529] Kilpailuoikeuden arvo- ja tavoiteperustan ytimeen ne eivät kuitenkaan yllä.

Kilpailuoikeuden arvo- ja tavoiteperustan ytimen rajaaminen ei saa johtaa siihen, että kilpailuoikeus muodostuisi suljetuksi saarekkeeksi, jossa muiden arvo- ja tavoitenäkökohtien huomioon ottaminen ei olisi mahdollista. Päinvastoin kilpailuoikeus on nähtävä avoimena sääntelykokonaisuutena suhteessa oikeusjärjestykseen ja sen eri osiin. Konkreettisissa soveltamistilanteissa on kilpailuoikeuden kantavia periaatteita kyettävä vertaamaan muihin merkityksellisiin periaatteisiin. Tämä voi tarkoittaa kahdentyyppisten harkintatilanteiden olemassaoloa. Voidaan puhua kilpailuoikeuden soveltamisalan laajuudesta ja kilpailuoikeuden toimintaympäristösidonnaisesta soveltamisesta.

Kilpailuoikeudellinen sääntely soveltuu pääsääntöisesti kaikkeen taloudelliseen toimintaan. Lähtökohta on perusteltu, koska näin varmistetaan osaltaan edellytykset markkinoiden asianmukaiselle toiminnalle. Kilpailuoikeus ei kuitenkaan ole ainoa yhteiskunnallisen sääntelyn muoto, jolla on yhtymäkohtia vaihdantaan tai yksilöiden väliseen taloudelliseen toimintaan. Vaihdantaan sen tietyissä erityisissä muodoissa voi kytkeytyä sellaisia arvo- ja tavoitenäkökohtia, jotka eivät tule asianmukaisella tavalla huomioon otetuiksi kilpailuoikeudellisessa sääntelyssä. Näiden päämäärien toteuttaminen voi edellyttää kilpailuoikeudellisen sääntelyn soveltamisalan rajaamista. Rajaaminen voi perustua joko nimenomaiseen säännökseen tai oikeuskäytännössä omaksuttuihin kriteereihin. Olen-

---

[529] Ks. aluepoliittisten ja työllisyyden edistämistä koskevien näkökohtien merkityksen osalta oikeuskäytännöstä tarkemmin esim. asia T-17/93 Matra Hachette v. komissio, (1994) ECR II 595. Ks. lisäksi Amato, s. 58–63. Ks. yleisesti edellä mainittujen seikkojen asemasta kilpailuoikeudellisessa harkinnassa Kuoppamäki 2003, s. 1242–1243. Ks. työllisyysnäkökohtien huomioon ottamisesta lisäksi asia 26/76 Metro SB-Grossmärkte GmbH & Co. KG v. komissio, (1977) ECR 1875, k. 43, asia 42/84 Remia BV ym. v. komissio, (1985) ECR 2535, k. 42, ja asia T-12/93 Comité central d'entreprise de la société anonyme Vittel et Comité d'établissement de Pierval ja Fédération générale agroalimentaire v. komissio, (1995) ECR II 1247, k. 40.

naista on rajaamisen kriteerien riittävän tarkka määrittely ja niiden systemaattinen soveltaminen.

Kilpailunrajoituslain 2 §:n mukaan lakia ei sovelleta työmarkkinoita koskeviin sopimuksiin tai järjestelyihin. Lisäksi kilpailunrajoituslain 2 §:ssä rajataan maataloustuottajien tai heidän yhteisöjensä tekemät maataloustuotteiden alkutuotantoa koskevat sopimukset ja muut järjestelyt lain soveltamisalan ulkopuolelle silloin, kun ne edistävät maatalouden tuottavuuden lisäämistä, markkinoiden toimivuutta, elintarvikkeiden saatavuutta ja kohtuullisten kuluttajahintojen saavuttamista sekä alentavat kustannustasoa.[530] Alkutuotantoa koskevaa rajoitusta on perusteltu lainvalmistelutöiden yhteydessä suppeasti.[531] Rajauksen sisältöä on 2.3 §:ssä kvalifioitu. Rajauksen ulkopuolelle jäävät sellaiset järjestelyt, jotka merkittävässä määrin estävät terveen ja toimivan kilpailun maataloustuotteiden markkinoilla tai johtavat määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön. Rajauksen täsmennys on periaatteellisesti tärkeä. Kilpailunrajoituslain soveltamisalan rajauksen avulla ei ole mahdollista kiertää markkinoiden toimivuuden pelisääntöjä ehdoitta. Rajoituksen toteuttamiseen liittyvien keinojen on oltava perusteltuja suhteessa tavoiteltaviin hyötyihin.

EU:n tuomioistuin on paljon julkista mielenkiintoa saaneessa Albany-tapauksessa käsitellyt EU:n kilpailuoikeuden ja työmarkkinoiden toimintaa sääntelevien kollektiivisten sopimusten välistä suhdetta.[532] EU:n tuomioistuin rajasi työmarkkinaosapuolten solmimat kollektiiviset sopimukset määrätyin ehdoin yhteisön kilpailuoikeuden soveltamisalan ulkopuolelle. EU:n tuomioistuin totesi, että yhteisön päämääräksi on perustamissopimuksessa määritelty talouden sopusuhtaisen kehityksen lisäksi myös työllisyyden ja sosiaalisen suojelun korkea taso. EUT-sopimuksen mukaiseen arsenaaliin kuuluu kilpailuoikeuden lisäksi sosiaalipolitiikka. Tältä osin päätöksessä tunnistettiin erilaisten päämäärien rinnakkainen asema EU-oikeudessa. EU:n tuomioistuin ei lähtenyt arvottamaan näitä päämääriä yleisesti keskenään, vaan tuomioistuin tarkasteli päämäärien toteuttamisen mahdollisuuksia yhdessä ja erikseen. Kollektiivisilla työmarkkinoita sääntelevillä sopimuksilla, joiden solmimista EU-oikeudessa pyritään edistämään, on luonnostaan kilpailua rajoittavia vaikutuksia. Kollektiivisten sopimusten taustalla olevat sosiaaliset päämäärät vaarantuisivat kuitenkin vakavasti, mikäli kilpailuoikeuden säännöksiä sovellettaisiin näihin sopimuksiin.

EU:n tuomioistuimen ratkaisu on lähtökohdiltaan selkeä. Työvoima- ja sosiaalipoliittisten päämäärien toteutuminen ei ole kestävästi mahdollista ilman EU:n kilpailu-

---

[530] Ks. maatalouden ja erityisesti EU:n kilpailuoikeuden keskinäisistä suhteista Silaskivi, passim.

[531] Viimeisempien lainuudistusten yhteydessä on lähinnä näytetty viittaavan rajauksen vakiintuneeseen luonteeseen, eikä rajoituksen perustetta ole arvioitu kattavasti. Ks. tarkemmin HE 162/1991 vp, s. 2, ja HE 148/1987 vp, s. 14–15. Johto rajauksen perusteisiin on haettava aina vuoden 1973 kilpailunedistämislain esitöistä, joissa korostetaan rajauksen perusteena olevan sanotunlaiselle alkutuotannolle oloissamme tyypillisen tuotantoyksiköiden lukuisuuden, pienuuden ja hajanaisuuden. Ks. tarkemmin HE 212/1972 vp, s. 2.

[532] Asia C-67/96 Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, (1999) ECR I 5751 sekä yhdistetyt asiat C-115/97, C-116/97 ja C-117/97 Brentjens' Handelsonderneming BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen, (1999) ECR I 6025, ja asia C-219/97 Maatschappij Drijvende Bokken BV v. Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven, (1999) ECR I 6121.

oikeuden soveltamisalan rajaamista. Työvoima- ja sosiaalipoliittiset näkökohdat, joihin voidaan lukea osaltaan työntekijöiden perus- ja ihmisoikeudet, edellyttävät näissä yhteyksissä kilpailuoikeuden soveltamisalan rajaamista. Harkinnan tulee olla tällöin systemaattista siten, että siinä käytetyt kriteerit on jaoteltu asianmukaisella tarkkuudella ja että kriteerit kattavat punninnan kannalta olennaiset seikat.[533] Albany-tapauksessa käytettyjä kriteereitä olisi mahdollista edelleen tarkentaa joiltakin osin.[534] EU:n tuomioistuimen ratkaisu muodostaa yhden esimerkin siitä, kuinka oikeusjärjestyksen eri osien väliset yhteensovittamisongelmat ovat ratkaistavissa. Arviointi ei useinkaan ole helppoa, koska sääntelylohkojen taustalla olevat arvot ja tavoitteet voivat poiketa toisistaan merkittävästi. Tällöin tarvitaan kykyä oikeusjärjestyksen kokonaisuuden hahmottamiseen. Albany-tapauksessa omaksuttuja kriteereitä voidaan pyrkiä hyödyntämään myös muissa kuin kilpailuoikeuden sekä työ- ja sosiaalioikeuden leikkauspisteissä.[535]

Kilpailuoikeus luo yleiset pelisäännöt markkinoiden toiminnalle. Laajojen poikkeusten tekeminen vaarantaa viime kädessä sääntelyn yhtenäisyyden ja vaikeuttaa yksilöiden toimintamahdollisuuksia markkinoilla. Kilpailuoikeuden soveltamisalan rajaamiselle on kyettävä esittämään perusteltuja yhteiskunnallisia syitä. Kyseessä on punnintatilanne, jossa on verrattava sääntelyn yhtenäisyyteen ja yksittäisten sektoreiden erityispiirteisiin liittyviä seikkoja keskenään. Harkinnassa on lisäksi otettava kantaa käytettävien keinojen ja tavoiteltavien päämäärien väliseen suhteeseen.[536] Käytännössä tämä merkitsee sen selvittämistä, onko oikeusjärjestyksessä tunnustettujen hyväksyttävien päämäärien toteuttamiseksi rajattava kilpailuoikeuden soveltamisalaa vai onko mahdollista käyttää tätä lievempää keinovalikoimaa.

---

[533] Ks. omaksuttujen kriteerien soveltamisesta työehtosopimuksilla sovittuihin työntekijöiden sairausvakuutusjärjestelyihin asia C-222/98 Hendrik van der Woude v. Stichting Beatrixoord, (2000) ECR I 7111, k. 22–27. Ks. vapaiden ammatinharjoittajien eläkekassan pakollista jäsenyyttä koskevan päätöksen ja EUT-sopimuksen 101(1) artiklan soveltamisalan suhteesta yhdistetyt asiat C-180/98–C-184/98 Pavel Pavlov v. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, (2000) ECR I 6451, k. 67–71. Ks. Albany-tapauksessa omaksuttujen kriteerien tulkinnasta myös Bruun – Hellsten, s. 53–58.

[534] Julkisasiamies Jacobs lähti asiassa antamassaan ratkaisuehdotuksessa siitä, että kilpailulainsäädännön soveltamisalan rajaaminen edellyttää poikkeuksen ulottamista koskemaan vain sellaisia sopimuksia, joiden osalta poikkeaminen on täysin välttämätöntä. Järjestelyiden on koskettava kollektiivisen sopimisen ytimeen kuuluvia asioita, kuten palkkoja ja työolosuhteita. Tällaisilla sopimuksilla ei ole suoria vaikutuksia kolmansiin osapuoliin ja markkinoihin. Ks. tarkemmin julkisasiamies Jacobsin ratkaisuehdotus, k. 193. EU:n tuomioistuin ei kuitenkaan sisällyttänyt julkisasiamies Jacobsin esittämän kriteeristön viimeistä osaa harkintakehikkoonsa. Asetelman kehittyminen jää oikeuskäytännön varaan. Ks. tältä osin asia C-222/98 Hendrik van der Woude v. Stichting Beatrixoord, (2000) ECR I 7111, k. 20.

[535] Ks. tarkemmin Vedder, s. 72.

[536] Ks. oikeuskäytännöstä mm. yhdistetyt asiat 41–44/70 NV International Fruit Company ym. v. komissio, (1971) ECR 411, k. 64, ja asia 139/79 Maizena GmbH v. neuvosto, (1980) ECR 3393, k. 25.

Mikäli perusteita kilpailuoikeuden soveltamisalan rajaamiseen ei ole olemassa, on selvitettävä, miten kilpailuoikeuden arvo- ja tavoiteperustan ulkoiset seikat voidaan sisällyttää kilpailuoikeudelliseen harkintaan. Kilpailuoikeuden säännöksiä ei sovelleta tyhjiössä. Sääntelykohteen erityispiirteet on kyettävä ottamaan kilpailuoikeuden soveltamisessa huomioon. Tämä tarkoittaa sääntelykohteen erityispiirteiden punnitsemista kilpailuoikeuden säännösten sisällä.[537] Harkinnan rajat asettuvat säännösten soveltamiskriteerien mukaisesti.

EU:n kilpailuoikeuden oikeuskäytännössä on mielenkiintoisella tavalla käyty keskustelua sääntelykohteen erityispiirteiden huomioon ottamisen mahdollisuuksista EUT-sopimuksen 101 ja 102 artiklan soveltamisessa. Wouters-tapauksessa käsiteltiin asianajajille asetettavien ammatillisten ja taloudellisten vaatimuksien kilpailua rajoittavien seurausten sekä 101 artiklan välistä suhdetta.[538] Kyse oli säännöksistä, jotka rajoittivat asianajotoiminnan ja tilintarkastustoiminnan harjoittamista samassa yhteisössä. Yksittäisen asianajajan toimintavapautta rajoittaneet määräykset asetettiin toimintaympäristöönsä, jolloin rajoituksia voitiin tarkastella kokonaisvaltaisesti. EU:n tuomioistuin peilasi muodostunutta taustaa vasten järjestelyn tavoitteita ja niiden toteuttamiseksi käytettyjen keinojen oikeasuhtaisuutta. Tuomioistuin viittasi siihen, että asianajajien organisointia ja ammattietiikkaa koskevilla säännöksillä pyritään varmistamaan tasapuolisella tavalla toimintaa harjoittavien henkilöiden riippumattomuus, jotta asiakkaiden asema ja oikeudenhoidon asianmukainen järjestäminen voidaan turvata. Tällaisiin järjestelyihin sisältyy välttämättömiä kilpailua rajoittavia vaikutuksia. Rajoitusten ei kuitenkaan katsottu menevän pidemmälle kuin on välttämätöntä asianajajien ammatin harjoittamiseen liittyvien perustavien vaatimusten toteuttamiseksi. Tämän vuoksi EUT-sopimuksen 101(1) artikla ei soveltunut järjestelyihin.

Meca Medina -tapauksessa EU:n tuomioistuin tarkasteli EUT-sopimuksen 101 ja 102 artiklan soveltamista kansainvälisiin antidopingsäännöstöihin.[539] Tuomioistuin omaksui tapauksessa kilpailunrajoitusten toimintaympäristösidonnaisen arviointitavan. Tarkastelu vietiin EUT-sopimuksen 101(1) ja 102 artiklan sisälle. Antidopingsäännöstön tavoitteet katsottiin yleisesti hyväksyttäviksi (urheilukilpailujen yhdenmukaisten olosuhteiden varmistaminen, urheilijoiden terveyden suojaaminen, kilpailujen asianmukaisuus sekä urheilun eettiset arvot). Antidopingsäännöstön soveltamisesta seuraavat kilpailunrajoitukset liittyvät erottamattomasti urheilukilpailujen järjestämiseen ja niiden asianmukaiseen toteuttamiseen. Säännöstön soveltamiseen liittyvien toimintavapauden rajoitusten on oltava välttämättömiä hyväksyttävien tavoitteiden saavuttamiseksi. EU:n tuomioistuin totesi, etteivät rajoitukset menneet pidem-

[537] Ks. arviointitavan yhteyksistä tältä osin edellä käsiteltyyn Albany-oikeuskäytäntöön Baquero Cruz, s. 153.

[538] Ks. asia C-309/99 J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh ja Price Waterhouse Belastingadviseurs BV v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap, (2002) ECR I 1577.

[539] Ks. asia C-519/04 P David Meca-Medina ja Igor Majcen v. komissio, (2006) ECR I 6991.

mälle kuin on tarpeen urheilukilpailujen asianmukaisen toteuttamisen varmistamiseksi.[540] Näin ollen EUT-sopimuksen 101(1) artikla ei soveltunut järjestelyyn.

EU:n tuomioistuimen oikeuskäytäntö osoittaa, että toimintaympäristön erityispiirteiden jäsentäminen osaksi kilpailusäännösten soveltamiskriteerien mukaista harkintaa on sujuvasti mahdollista. EUT-sopimuksen 101(1) artiklan soveltamiskriteerien ei katsota täyttyvän eikä järjestelyllä katsota olevan kilpailua rajoittavia vaikutuksia, mikäli hyväksyttävän tavoitteen toteuttamiseen pyritään oikeasuhtaisin keinoin. Omaksuttu lähestymistapa on tärkeä, sillä se joustavoittaa kilpailuoikeuden soveltamista eri toimintaympäristöissä entisestään. Vastaavalla tavalla kulloisenkin toimintaympäristön erityispiirteet voidaan sisällyttää 101(3) artiklan poikkeusharkintaan ja 102 artiklan soveltamisen liittyviin oikeuttamisperusteisiin.[541] Tähän tematiikkaan palataan jäljempänä, kun tarkastellaan kilpailuoikeuden ja sopimusoikeuden keskinäisten suhteiden jäsentämistä.

Kilpailuoikeuden säännösten joustavuus on tärkeä ominaisuus, joka mahdollistaa yksittäistapauksellisten vaikutusten asianmukaisen arvioinnin kilpailuoikeudellisessa harkinnassa. Toisaalta arvioinnissa liu'utaan helposti keskusteluun siitä, kuinka laajasti sääntelykohteen ominaispiirteiden hahmottaminen kilpailuoikeudessa on perusteltua. Kilpailuoikeuden säännösten institutionaaliset puitteet asettavat soveltamiselle rajat, joiden ylittäminen ei ole normatiivisesti mahdollista. Näissä tilanteissa joudutaan harkitsemaan kilpailuoikeuden soveltamisalan rajaamista.

Kilpailuoikeuden sekä muiden yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden välinen yhteys muodostaa laajan ja monitahoisen kokonaisuuden. Viime kädessä on kysymys siitä, millaisessa talousjärjestyksessä ja yhteiskunnassa haluamme elää.[542] Kilpailuoikeus avaa vain yhden näkökulman asiaan. Asetelmaa voidaan perustellusti lähestyä eri tavoin. Yhteiskunnalliselle arvioinnille on tyypillistä alttius muutokseen. Tarvitaan keskustelua, jotta kilpailuoikeuden kantavien periaatteiden sekä muiden yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden välisten suuntaviivojen hahmottaminen on mahdollista. Tässä teoksessa keskustelua käydään ennen kaikkea kilpailuoikeuden ja sopimusoikeuden keskinäisistä suhteista.

---

[540] Tässä tapauksessa konkreettinen soveltamiskriteeri koski nandrolonin raja-arvoa, jonka ylittäminen merkitsee dopingia. Asiassa ei käsitelty erikseen dopingin käytöstä asetettujen seuraamusten oikeasuhtaisuutta, koska kantajat eivät olleet esittäneet tätä kysymystä koskevaa väitettä.

[541] Ks. EUT-sopimuksen 101(3) ja työllisyysnäkökohtien yhteensovittamisesta esim. Bellamy – Child, s. 212.

[542] Ks. myös Mylly 2010, s. 617–619.

4 Kantavat periaatteet: kokonaiskuva

4.1 YLEISTÄ

Kokonaisvaltaisen kuvan muodostamiseksi sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden keskinäisistä suhteista ei ole riittävää tarkastella yksinomaan oikeudellisen sääntelyn yksityiskohtia. Arvioinnissa on mentävä oikeuden pintatasoa syvemmälle ja saatava ote *kantavista ideoista*, joiden varaan yhtäältä sopimusoikeudellinen ja toisaalta kilpailuoikeudellinen sääntely rakentuvat. Tämä edellyttää oikeudellisen sääntelyn taustalla olevien arvojen ja tavoitteiden jäsentämistä. Oikeusperiaatteet tarjoavat arviointiin oivan välineen.

Oikeudenalan kantavat periaatteet muodostavat taustan, jonka varaan oikeudellinen sääntely voidaan sisällöllisesti perustaa. Oikeustieteellisen tutkimuksen tehtävä ei voi kuitenkaan pysähtyä sisällöllisten lähtöpisteiden tunnistamiseen. Systemaattisen tarkastelun on ulotuttava sisällöllisten lähtökohtien keskinäisten suhteiden arviointiin. On kyettävä jäsentämään kantavien periaatteiden keskinäisiä suhteita.

Kantavien periaatteiden välisten suhteiden systemaattiseen jäsentämiseen liittyy monia haastavia kysymyksiä. Sisällöllisen johdonmukaisuuden saavuttaminen ei ole yksinkertaista silloin, kun perustavat sääntelyideat poikkeavat huomattavasti toisistaan.[543] Eri periaatteiden yhteensovittamisen voidaan katsoa edellyttävän kokonaisvaltaisella tasolla erillisen teorian muodostamista.[544] Teoria määrittää eri periaatteiden keskinäisen lähtökohtaisen järjestyksen. Toisaalta on muistettava, että oikeustieteen mahdollisuudet eri periaatteiden keskinäisten suhteiden jäsentämisessä rajoittuvat usein suuntaviivojen asettamiseen; yksittäistapaukselliselle harkinnalle jää periaatteiden soveltamisessa vääjäämättä oma sijansa. Tässä yhteydessä lähdetään sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden välisten suhteiden tarkastelussa liikkeelle kummankin oikeudenalan perustavien lähtökohtien eroista ja yhtäläisyyksistä. Näin saadaan avain sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden välisten suhteiden jäsentämiseen. Kyse on alustavasta piirroksesta, jonka rajat on hahmoteltu karkealla piirtimellä. Johtopäätöksiin palataan

[543] Tuori on viitannut lokaaliseen koherenssiin, joka voisi toteutua lähinnä yksittäisen oikeudenalan sisällä. Tuori näkee tätä laajemman koherenssin saavuttamisen mahdollisuudet hyvin rajallisina. Ks. tarkemmin Tuori 2004, s. 1213–1214 ja 1220.
[544] Ks. tarkemmin H. Tolonen 1988, s. 191.

vasta sen jälkeen, kun omassa jaksossaan on ensin arvioitu sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden konkreettisia leikkauspisteitä.

Oikeudellisen sääntelyn perusrakenteeseen vaikuttaa laajalti se näkökulma, jonka kautta sääntelykohdetta lähestytään. Omaksuttu lähestymistapa heijastuu sääntelykohdetta koskeviin normatiivisiin kannanottoihin. Kyse on osaltaan siitä, mitä pidetään olennaisena oikeudellisen sääntelyn toteuttamisen kannalta. Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden välillä voidaan tältä osin havaita olevan ilmeinen jännite. Se liittyy yksilö- ja järjestelmätasojen keskinäiseen suhteeseen. Sopimusoikeudellinen tarkastelu lähtee perinteisesti liikkeelle *kahden sopimusosapuolen välisestä suhteesta*. Arvioinnin fokuksessa on sopimuskumppaneiden välinen relaatio. Edellä lausuttu ei tarkoita, että tarkastelu lukkiutuisi yksinomaan sopimusosapuolten väliseen suhteeseen. Olennaista on kuitenkin se, että sopimuskumppaneiden asema muodostaa lähtöpisteen sopimusoikeudelliselle arvioinnille.[545] Tarkastelu on perusteiltaan yksilötasoinen. Vasta tämän lähtökohdan laajentaminen tuo harkintaan järjestelmätasoisia elementtejä.

Kilpailuoikeudellisen tarkastelun on edellä todettu keskittyvän markkinoiden toimivuuden edellytysten varmistamiseen.[546] Markkinoiden toimivuuden voidaan katsoa muodostavan eräänlaisen sateenvarjon, jonka alle kilpailuoikeuden erilaiset sisällölliset lähtökohdat voidaan sijoittaa ja jota vasten niitä voidaan kokonaisuudessaan tarkastella. Kilpailuoikeudessa lähestytään sääntelykohdetta kokonaisvaltaisesti, yksittäisen sopimussuhteen rajat jo lähtötilanteessa ylittäen. Olennaisia ovat vaikutukset *markkinoiden toimintaan kokonaisuudessaan*, eivät ensisijaisesti vaikutukset yksittäisen toimijan kannalta. Kilpailuoikeudellisen sääntelyn lähtöpiste on järjestelmätasolla.

Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden keskinäisten suhteiden tarkastelussa on haasteena ylittää sääntelykohteen jäsentämisen perustava näkökulmaero ja siitä seuraava jännite. Osittain jännite on laukaistavissa kummakin oikeudenalan sisäisin keinoin; yksilö- ja järjestelmätason näkökulmat limittyvät toisiinsa jo sopimusoikeudellisessa ja kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa. Yhteensovittaminen ei kuitenkaan onnistu ilman rinnakkaisten sääntelyjärjestelmien välisten jännitteiden purkamista tai ainakin keskinäistä konvertoimista. Tämä edellyttää kummakin oikeudenalan taustalla olevien arvojen ja tavoitteiden sekä niiden sisältämien sääntelylogiikoiden keskinäistä vertaamista.

---

[545] Ks. tarkemmin luku II.5.
[546] Ks. tarkemmin III.3.

4.2 SOPIMUSOIKEUDEN JA KILPAILUOIKEUDEN SISÄLLÖLLISIÄ LEIKKAUSPISTEITÄ

Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden taustalta voidaan löytää ainakin kolmenlaisia sisällöllisiä leikkauspisteitä. *Yksilön toimintavapaudella* on sekä sopimusoikeudessa että kilpailuoikeudessa vakiintunut merkityksensä. On mahdollista ajatella, että yksilön tahdonvapauden suojaamisella on sopimusoikeudessa ainakin historiallisessa mielessä perustava asema. Sopimus luo mahdollisuuksia toimintavapauden käyttämiselle: sopimus on instrumentti yksilön vapauden toteuttamiseen taloudessa. Kilpailuoikeudessa yksilön toimintamahdollisuuksien suojaamista arvioidaan puolestaan markkinoiden muodostamaa taustaa vasten. Yksilön suojaaminen edellyttää, että toimintavapauden rajoituksella on vaikutuksia markkinoiden toimintaan.

Toisena keskeisenä sisällöllisenä leikkauspisteenä voidaan ottaa esille *markkinoiden toimintaan* liittyvät näkökohdat. Kilpailuoikeuden perustavana tehtävänä voidaan pitää markkinoiden toiminnan tehokkuuden varmistamista. Markkinoiden toiminnan tehokkuus on edellytys yhteiskunnallisen hyvinvoinnin lisääntymiselle ja jakautumiselle markkinamekanismin mukaisesti. Sopimusoikeudellisessa tarkastelussa tunnistetaan myös markkinoiden toiminnan yhteiskunnallinen merkitys. Kyse on siitä, että sopimuksiin perustuva vaihdanta voi toimia kitkatta. Sopimusoikeudellinen sääntely voi tukea osaltaan markkinoiden toimivuutta.

Kolmantena sisällöllisenä leikkauspisteenä voidaan pitää erilaisia talouden toimintaa koskevia *oikeudenmukaisuuskäsityksiä*. Kohtuusperiaate yhtenä sopimusoikeuden kantavana periaatteena ilmentää käsitystä, jonka mukaan sopimustoiminnan tulisi olla luonteeltaan sellaista, että oikeudenmukaisten lopputulosten saavuttaminen olisi mahdollista. Kilpailuoikeudellinen reiluusperiaate ohjaa puolestaan kiinnittämään huomiota yksilöiden toimintamahdollisuuksien yhdenmukaisuuteen ja samalla markkinaprosessin reiluuteen.

Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden keskinäisten suhteiden tarkastelun kannalta ei ole riittävää, että tunnistetaan sääntelyn perustavien lähtökohtien samankaltaiset piirteet.[547] Pelkkä otsikkotasolla liikkuminen ei juuri paranna kokonaisvaltaisen arvioinnin edellytyksiä. Toisaalta uppoutuminen erilaisten sopimusoikeudellisten ja kilpailuoikeudellisten keskusteluiden yksityiskohtien syövereihin johtaa helposti tarkastelun pirstaloitumiseen. Tarvitaan kokoava näkemys oikeudenalojen sääntelylogiikkojen keskeisistä piirteistä ja niiden välisistä suhteista. Tässä teoksessa on omaksuttu pluralistinen arviointitapa sekä sopimusoikeuden että kilpailuoikeuden sisällöllisten lähtökohtien jäsentämisessä. Oikeudellinen

[547] Ks. myös Kuoppamäki 2003, s. 40–42.

sääntely rakentuu erilaisten, jopa osittain ristikkäisten arvojen ja tavoitteiden varaan; nämä arvot ja tavoitteet voivat saada konkreettisissa soveltamistilanteissa erilaisia painoarvoja. Jatkossa arvo- ja tavoiteperustan jäsentäminen kiinnitetään niihin näkökohtiin, joita on aiemmin kantavien periaatteiden määrittelyn yhteydessä omaksuttu. Tällä tavoin saavutetaan tutkimustehtävän toteuttamiseksi riittävä kokonaiskuva sääntelyn sisällöllisistä lähtökohdista.

4.2.1 Vapaus

Yksilön tahdonvapauden suojaamisella on sopimusoikeudessa keskeinen asema. Yksilön vapautta sopimusten solmimiseen voidaan pitää sopimusoikeuden olennaisena lähtökohtana. Sopimus nähdään yksilön välineenä hyödyntää vapauttaan taloudellisesti. Näkemyksen taustalla on perustava tapa hahmottaa yhteiskuntaa ja oikeusjärjestystä: yksilö vapaan tahdon kantajana on yhteisön ja samalla oikeusjärjestyksen perusyksikkö. Lähestymistapa on yhdistettävissä liberalistiseen yhteiskuntanäkemykseen. Yhteiskunta on yksilöiden valtakunta.

Tarkastelumalliin sisältyy joitakin lähtökohtaisia olettamia. Yksilön nähdään itse tietävän, mikä hänelle on parasta. Lisäksi yksilöllä katsotaan olevan kyky toimia omien intressiensä mukaisesti. Julkisen vallan tulee pidättäytyä tarpeettomasti sääntelemästä yksilöiden toimintaa. Sopimus syntyy vapaiden yksilöiden itsenäisen harkinnan perusteella. Tahtoperiaatteen mukaisesti hahmotettua sopimusta on onnistuneesti kuvattu vapaiden tahtojen yhtymäksi. Sopimus syntyy, kun itsenäiseen harkintaan kykenevät yksilöt katsovat etunsa sitä rationaalisen harkinnan perusteella vaativan.

Tahtoperiaatteen jäsentämälle tarkastelulle on tyypillistä yksilökeskeisyys. Yksilö oletetaan rationaaliseksi toimijaksi, joka kykenee toteuttamaan omia intressejään. Olennaisia ovat omaan etuun liittyvät näkökohdat: toisten toimijoiden asemalla on lähtökohtaisesti vain rajallinen merkitys yksilöiden oikeuksien käyttämisen kannalta. Tarkastelu avautuu kuitenkin järjestelmätasolle siten, että yksilöiden menettelyiden katsotaan kanavoituvan markkinoiden toiminnaksi. Vapaus nähdään markkinoiden toiminnan perusedellytykseksi. Markkinat toimivat, jos yksilöt saavat vapaasti järjestää keskinäiset suhteensa. Markkinamekanismin katsotaan sovittavan yhteen yksilöiden keskinäiset intressit. Arviointitapaa edustaa klassisessa muodossaan Adam Smithin ajatus markkinoiden näkymättömästä kädestä. Julkisen sääntelyn rooli markkinoiden toimivuuden takaajana on rajallinen. Markkinoiden itseohjautuvuudella on arvioinnissa keskeinen sija.[548]

---

[548] Näkemys yksilön vapauden seurauksista markkinoiden toimintaan voidaan yhdistää klassisiin markkinataloutta koskeviin ajatuksiin. Ks. tarkemmin luku II.4.2.1.

Oikeudellisen sääntelyn tehtävänä on luoda puitteet yksilöiden tahdon käyttämiselle. Oikeudellisen sääntely varmistaa osaltaan sen, että yksilöiden tahdonvapaus ja intressit voivat toteutua mahdollisimman täydellisesti. Sopimus luo vakautta osapuolten väliseen suhteeseen. Sopimusoikeudellisessa arvioinnissa on pyrittävä toteuttamaan sopimus sen osapuolten todellisen tahdon mukaisesti. Oikeusjärjestyksen tehtävänä ei ole ensisijaisesti ottaa kantaa yksilöiden välisen toiminnan sisällöllisiin kysymyksiin. Oikeusjärjestyksen tulee kuitenkin taata tahdonmuodostuksen säilyminen vapaana. Oikeudellisen sääntelyn keinoin on siten perusteltua puuttua esimerkiksi pakon käyttämiseen sopimustoiminnassa, koska sopimuksen syntyminen ei perustu vapaaseen tahtoon. Oikeusjärjestyksen tehtävänä on myös varmistaa, että vapaan tahdon käyttämisen seuraukset toteutetaan. Oikeusjärjestys varmistaa viime kädessä sopimusten täytäntöönpanon. Tämä on tahdonvapauden kääntöpuoli: vapauteen liittyy vastuu tahdonvapauden käyttämisen seurauksista.

Sopimusoikeuden tahdonvapauden merkitystä korostaneet klassiset lähtökohdat ovat jalostuneet eri vaiheissa. Muutosimpulssit ovat tulleet sekä sopimustoiminnan suunnalta että sopimusoikeudellisen ajattelun sisältä.[549] Tahtoperiaatteen piirtämä kuva vaihdannasta ei välttämättä vastaa nykyistä tilannetta markkinoilla. Sopimussuhteiden ajallinen kesto on monesti pidentynyt. Tahtoperiaatteen mukainen käsitys sopimustoiminnasta perustui pitkälle irtaimen kauppasopimuksen varaan. Pitkäkestoistumisesta seuraa, ettei sopimusta ole perusteltua arvioida yksinomaan ajallisesti rajoittuneena hetkenä, vaan sopimus on pikemminkin prosessi, joka kehittyy ajan kuluessa. Sopimussuhteiden ajallisen keston pidentyminen on tuonut sopimusoikeudelliseen keskusteluun kysymyksen riskien hallinnasta. Tarkastelun painopiste on aiempaa enemmän olosuhteiden muutoksen ja samalla sopimussuhteen sisällön kehittämisen arvioinnissa. Lisäksi vaihdanta on joukkomittaistunut siten, että yksilöllisesti neuvoteltujen sopimusten asema on pienentynyt erilaisiin vakiosopimuspohjaisiin järjestelyihin verrattuna. Yksilön mahdollisuudet vaikuttaa sopimussuhteen ehtojen sisältöön ovat usein tosiasiassa kaventuneet.

Tahtoperiaate on rakentunut ajatukselle itsenäisistä yksilöistä, jotka kykenevät itse parhaiten huolehtimaan omista eduistaan ja päättämään sitoutumisesta sopimussuhteisiin. Perustaviksi lähtökohdiksi voidaan tiivistää yksilön riippumattomuus ja harkintakyky. Markkinoiden kehityksen myötä näiden olettamien painoarvo on suhteellistunut.[550] Yksilötasolla on mahdollista havaita sopimustoimijoi-

---

[549] Impulssien kehittyminen ei ole ollut yksisuuntaista, vaan sopimusoikeus ja sen sääntelykohde, talous, ovat keskinäisessä vuorovaikutussuhteessa. Ks. luku II.3.2.

[550] Sopimustoiminnan muutokset asettavat haasteita oikeudelliselle sääntelylle. Sääntelytarpeen kehittymistä voidaan kuvata oikeuksien jaottelun avulla: pidättäytyminen oikeudellisen tai muodollisen vapauden varmistamiseen ei ole riittävää, mikäli yksilöillä ei ole tosiasiassa mielekkäällä

den ryhmän hajaantuminen. Kuluttajien mahdollisuudet omien intressiensä toteuttamiseen voidaan nähdä elinkeinonharjoittajia rajallisemmiksi. Yksilöiden kyky ei monilta osin vastaa tahtoperiaatteen mukaisia olettamia. Markkinoilla voi myös muodostua erilaisia riippuvuussuhteita, jolloin yksilöiden liikkumavara päättää oikeuksiensa käyttämisestä on usein rajallinen.

Tahtoperiaatteen mukaisten lähtökohtien muovautumiseen johtavien impulssien taustalla on osaltaan käsitys sopimustoiminnan yhteisöllisyydestä. Yksilöt eivät ole atomistisia toimijoita vaan keskinäisen vuorovaikutussuhteen osapuolia. Pidättäytyminen yksilökeskeiseen tarkastelutapaan ei anna riittävää kuvaa sopimustoiminnan olennaisista piirteistä; vaarana on tarkastelun pirstaloituminen. Arvioinnissa on kiinnitettävä huomiota sopimusjärjestelyiden vaikutuksiin toisten osapuolten ja markkinoiden toiminnan kannalta. Perinteisesti tämä on merkinnyt sopimusosapuolten välisten intressien vertaamista. Esimerkiksi sopimusten sovittelussa on punnittava keskenään sopimuksen sitovuuden taustalla olevia tahtoperiaatteen mukaisia tekijöitä sekä osapuolen erityisen suojantarpeeseen liittyviä oikeudenmukaisuusnäkökohtia.

Oikeustieteellinen tutkimus peilaa osaltaan oikeuden sääntelykohteen, tässä tapauksessa talouden, muutoksia. Asetelmaa on suomalaisessa sopimusoikeudellisessa keskustelussa tarkastellut systemaattisimmin Juha Karhu. Hänen vuonna 1988 julkaistun väitöskirjansa keskeinen teema liittyi tahdonvapauden ja tahtoperiaatteen aseman horjumiseen sopimusoikeuden perustavana lähtökohtana. Karhu kritisoi väitöskirjassaan sopimuksen sitovuuden yhdistämistä suoraan tahdonvapauteen: sopimuksen sitovuuden syväjustifikaationa pidettiin yksilön mahdollisuutta tahtonsa vapaaseen käyttämiseen. Karhu tunnisti sopimusoikeuden arvo- ja tavoiteperustaan kuuluviksi tahdonvapauden lisäksi myös luottamusta ja oikeudenmukaisuutta koskevat näkökohdat. Karhun väitöskirjan olennainen innovaatio liittyy siten sopimustoiminnan normatiivisen kuvan laajentamiseen. Karhu on valinnut väitöskirjansa lähtökohdaksi yhteisöllisen käytännön sopimusmallin. Sopimustoiminnan tulee perustua oikeudenmukaisiin yhteiskunnallisiin käytäntöihin. Näin voidaan varmistaa sopimustoiminnan yhteiskunnallinen hyväksyttävyys. Karhun omaksuman teoreettisen mallinnuksen mukaan sopimusoikeuden arvo- ja tavoiteperustan sisäinen jännite tulee ratkaista johtavan periaatteen avulla, mikä Karhun mallinnuksessa edellyttää kohtuusperiaatteen asettamista lähtökohtaisesti prima facie -asemaan suhteessa tahto- ja luottamusperiaatteisiin.

Suomalaisessa sopimusoikeuden keskustelussa tahtoperiaatteen asemaa on merkittävällä tavalla kritisoitu myös sosiaalisen sopimusoikeuden tai sosiaalisen siviilioi-

---

tavalla mahdollisuuksia käyttää vapauksiaan. Oikeudellisen sääntelyn tehtävänä voidaan nähdä olevan yksilöiden toimintamahdollisuuksien tukeminen. Oikeudellinen sääntely muodostaa eräänlaisen turvaverkon, jonka avulla vaihdantaa koskevat olettamat voivat toteutua. Näkökulma on ollut innovatiivisesti esillä Juha Häyhän tuotannossa. Ks. esim. Häyhä 1996b, s. 62–64. Arviointi perustuu keskeisiltä osin havaintoon sopimustoiminnan joukkomittaistumisesta. Vaihdanta soljuu aiempaa voimakkaammin markkinoilla vakiintuneiden käytäntöjen mukaisesti, jolloin yksilön mahdollisuudet omien yksilöllisten preferenssiensä toteuttamiseen ovat rajatut.

keuden edustajien käyttämissä puheenvuoroissa. Thomas Wilhelmsson on rakentanut oman teoriansa ajatukselle sopimustoiminnan eriytymisestä ja tästä kehityskulusta aiheutuvista seurauksista sopimusoikeudelliselle sääntelylle.[551] Perustava siirto liittyy tältä osin erilaisten sopimusoikeudellisten roolien jäsentämiseen: yksilöiden tarvitseman oikeudellisen suojan sisältö riippuu olennaisesti siitä asemasta, jonka mukaisesti yksilö osallistuu vaihdantaan. Erityistä suojaa tarvitsevana ryhmänä pidetään kuluttajia, joiden mahdollisuudet huolehtia etujensa toteutumisesta nähdään tosiasiassa rajoittuneiksi. Kuluttajia on suojattava oikeudellisesti, jotta vaihdanta voi täyttää yhteiskunnallisen hyväksyttävyyden vaatimukset. Wilhelmssonin avaamaan keskusteluun liittyy käytännöllisten kysymysten lisäksi voimakas ideologinen vivahde. Oikeustiede nähdään keinoksi muuttaa yhteiskuntaa suotavaksi katsottavaan suuntaan.[552] Kyse on solidaarisuuden toteuttamisesta sen eri muodoissa.

Tämän teoksen kannalta erityisen merkityksen saavat yksittäisen sopimussuhteen rajat ylittävät järjestelmätasoiset, markkinoiden toimintaan liittyvät seikat. Kilpailunrajoituksessa on tyypillisesti kysymys järjestelyistä, joilla vaikutetaan toisten yksilöiden oikeuksien lisäksi markkinoiden toimintaan. Sopimustoimintaan liittyvät ulkoisvaikutukset eli eksternaliteetit muodostavat keskeisen perusteen oikeudelliselle sääntelylle. Oma kysymyksensä on puolestaan se, milloin oikeudellisen sääntelyn soveltamiskynnys täyttyy. Sääntelykynnyksen määrittämiseen vaikuttaa olennaisesti käsitys markkinoiden itseohjautuvuuden asteesta. Tässä harkinnassa olennaisen aseman saa taloustiede; oikeustieteen keinot arvioinnin kokonaisvaltaiseen suorittamiseen ovat rajatut. Jatkossa on mielenkiintoista tarkastella, miten sopimusoikeudellisin instrumentein voidaan puuttua markkinoiden toimintaa vaarantaviin järjestelyihin. Arvioinnissa tarvitaan kokonaisvaltaista näkemystä: sopimusoikeudelliseen harkintaan voidaan hakea kiinnekohtia niin kilpailuoikeudesta kuin taloustieteestäkin.

Tahtoperiaatteen edustamat näkökohdat eivät ole poistuneet sopimusoikeudesta. On tosin mahdollista argumentoida, että tahtoperiaate on pudonnut aiemmalta jalustaltaan sopimusoikeuden kantavien periaatteiden joukkoon yhdessä luottamusperiaatteen, kohtuusperiaatteen ja heikomman suojaamisen periaatteen kanssa. Asetelma kuvaa hyvin sopimusoikeuden murrosta. Tahtoperiaatteen mukaisista selkeistä olettamista on siirrytty eriytyneeseen tarkasteluun, jossa on otettava huomioon kunkin soveltamistilanteen erityispiirteet. Tämä edellyttää viime kädessä sopimusoikeuden kantavien periaatteiden välistä punnintaa. Oikeustieteessä voidaan pyrkiä pitämään yllä oikeusjärjestyksen systematiikkaa jäsentämällä kantavien periaatteiden keskinäisiin suhteisiin vaikuttavia tekijöitä

---

[551] Ks. tarkemmin Wilhelmsson 1987, s. 46–47.

[552] Wilhelmssonin teosta Senmodern ansvarsrätt voidaan tässä yhteydessä pitää vastauksena muuttuneisiin yhteiskunnallisiin olosuhteisiin. Muutos liittyy muun ohella yhteiskunnan markkinaistumiseen. Keinot mukautuvat, mutta päämäärät säilyvät pitkälti entisinä. Ks. tarkemmin Wilhelmsson 2001, s. 30–32.

eri toimintaympäristöissä. Yleisistä olettamista on siirrytty kontekstisidonnaiseen tarkasteluun.

Yksilön toimintavapauden suojaaminen muodostaa monitahoisen kysymyksen kilpailuoikeudessa. Asetelman arviointiin vaikuttaa kiinteästi se, millainen lähestymistapa kilpailun ja markkinoiden toimivuuteen omaksutaan. Keskeinen jaottelu voidaan eurooppalaisessa kilpailuoikeustraditiossa tehdä aiemmin esillä olleiden kilpailun rakennelähtöisen tarkastelun ja yksilön asemaa painottavien arviointitapojen välille. Kumpaankin lähestymistapaan sisältyy olennaisia markkinoiden toimintaa ja yksilön asemaa koskevia olettamia. Tässä yhteydessä ei ole mahdollista mennä teorioiden yksityiskohtien tasolle, vaan keskeisten piirteiden jäsentäminen on tarkastelun toteuttamiseksi riittävää.

Kilpailun rakennelähtöinen lähestymistapa on laajalti omaksuttu kilpailun taloustieteessä ja kilpailuoikeudellisessa tutkimuksessa. On mahdollista luonnehtia, että rakennelähtöinen tarkastelu on edustanut tutkimuksen valtavirtaa. Kilpailua arvioidaan sen lopputulosten kautta. Tarkastelussa kiinnitetään muun ohella huomiota markkinarakenteen ja markkinoiden toiminnan lopputulosten välisiin yhteyksiin.[553] Erilaisten tasapainotilojen avulla arvioidaan markkinoiden toiminnan tulosten optimaalisuutta. Rakenteellinen tarkastelu edustaa piilotettua yksilöllisyyttä. Markkinoiden toiminnan tulokset ovat arvioinnissa ensisijaisia. Yksilön asema ei nouse erityisesti esiin tarkastelussa, vaan yksilöt sijoittuvat taustaansa osaksi markkinoita. Yksilön toimintamahdollisuudet jäsentyvät markkinatilanteen kautta. Oikeudellisen sääntelyn tarve perustuu järjestelmätasoisiin seikkoihin. Ensisijaisen sääntelytarpeen toteuttamiseksi suoritetuilla toimilla voi samalla olla yksilön toimintamahdollisuuksia suojaavia vaikutuksia, mutta näiden vaikutusten katsotaan olevan merkitykseltään toissijaisia.

Rakenneperustaista tarkastelussa yksilö hahmotetaan utilitaristisen maailmankuvan mukaisesti. Yksilö nähdään oman etunsa tavoittelijana, joka pyrkii maksimoimaan hyvinvointinsa. Yksilöllä on pääsääntöisesti edellytykset rationaaliseen harkintaan ja intressiensä toteuttamiseen. Yksilöllisillä ominaisuuksilla ei ole erityistä asemaa tarkastelussa. Yksilön asema nähdään kokonaisuudelle alisteiseksi. Yksilön asemaan puuttuminen on mahdollista, mikäli se parantaa hyvinvoinnin kokonaismäärää. Omaksuttu näkemys vaikuttaa osaltaan yksilön saaman kilpailuoikeudellisen suojan sisältöön ja toteuttamiseen.

Yksilön asema on eurooppalaisessa kilpailuoikeuskeskustelussa ollut erityisesti esillä ordoliberalistisessa tutkimuksessa. Ordoliberalismi perustuu rakenteellisen tarkasteluun verrattuna erilaisten taloutta, yhteiskuntaa ja yksilöä kos-

---

[553] Markkinoiden tehokkuusvaikutuksia voidaan arvioida vertaamalla eri markkinatilanteita, kuten täydellistä kilpailua, monopolia, oligopolia ja monopolistista kilpailua, keskenään. Ks. luku II.6.2.2.1.

kevien olettamusten varaan. Yksilöiden vapauden lisäksi ordoliberalismin keskiöön kuuluvat ajatukset taloudellisen ja poliittisen järjestelmän välisistä yhteyksistä.[554] Ordoliberalismin taustalta voidaan löytää yhteyksiä yhteiskuntasopimusajatteluun: lähtöpisteenä on yksilöiden asema yhteiskunnassa.[555] Yksilöitä ei nähdä vain tuotannontekijöinä, vaan yksilöillä on itseisarvoinen asemansa, jota oikeusjärjestyksen tulee suojata.

Ordoliberalismiin sisältyy keskeisesti ajatus yhteiskunnallisesta sääntelystä yksilöiden oikeusasemien suojaajana. Oikeudellinen sääntely luo yksilöille mahdollisuuksia oikeuksiensa merkitykselliseen käyttämiseen. Taloudellista kilpailua lähestytään tästä samasta suunnasta. On mahdollista puhua kokonaisvaltaisesta kilpailusta kilpailuoikeudellisen sääntelyn tavoitteena. Kokonaisvaltaisella kilpailulla tarkoitetaan tilannetta, jossa yksilöt ovat mahdollisimman vapaita toteuttamaan omia tavoitteitaan ilman keinotekoisia rajoitteita.[556]

Ordoliberalismissa tunnistetaan oikeuksien käyttämisen yhteisöllisyys: oikeuksien käyttömahdollisuudet voivat rajoittua toimivan kilpailun seurauksena. Tässä yhteydessä arviointi liittyy suorituskilpailun käsitteeseen. Olennaista on rajoituksen perustuminen taloudellisen etevämmyyteen. Suorituskilpailulla viitataan toimiin, joilla yksilöt pyrkivät tarjoamaan asiakkaille ja kuluttajille näiden tarpeita aiempaa paremmin palvelevia hyödykkeitä ja samalla parantamaan asemaansa markkinoilla.[557] Ordoliberalismin yksilökeskeinen painopiste suhteellistuu siltä osin, kun tarkastelussa tunnistetaan oikeuksien käyttämisen järjestelmätasoiset vaikutukset. Yksilöiden mahdollisuudet oikeuksiensa käyttämiseen luovat edellytykset hyvinvoinnin yhteiskunnalliselle lisääntymiselle. Tarkastelulle on tyypillistä sen kokonaisvaltaisuus: yksilö- ja järjestelmätason näkökohdat limittyvät mielenkiintoisella tavalla toisiinsa.

Ordoliberalismi eroaa rakenneperusteisesta, erityisesti chicagolaisperäisesti värittyneestä, tarkastelusta ihmiskäsityksensä lisäksi myös oikeudellisen sääntelyn soveltamistarpeen määrittämisen osalta. Yhteiskuntasopimusperustaiselle teorialle tyypillisellä tavalla ordoliberalistisessa ajattelussa korostuu oikeudellisen sääntelyn asema markkinoiden toimivuuden takaajana.[558] Ajattelussa nousevat esille markkinoiden itseohjautuvuuden rajoitukset. Oikeudellinen ja erityisesti kilpailuoikeudellinen sääntely on perustava edellytys markkinoiden toimi-

---

[554] Taloudellisesti vahvat toimijat voivat pyrkiä vaikuttamaan poliittiseen päätöksentekoon. Taloudellisen vallan kontrollointi on välttämätöntä markkinoiden toimintaan liittyvien näkökohtien lisäksi myös poliittisen päätöksentekojärjestelmän turvaamiseksi.

[555] Ajattelu on tältä osin mahdollista palauttaa aina Immanuel Kantiin saakka.

[556] Ks. tarkemmin esim. Koch, s. 269–271.

[557] Suorituskilpailun käsitteen ongelma on sen yleisyys. Suorituskilpailun käsite on haasteellinen operationalisoitavaksi. Sen voidaan katsoa paremminkin edustavan yleistä ideaa tai lähestymistapaa. Ks. myös P. Virtanen 2001, s. 233–238.

[558] Ks. jaottelusta intentionalismi / evolutionarismi Page, s. 6–8.

vuudelle. Pelkkä pitäytyminen omaisuudensuojan ja yksityisoikeuden muiden perusinstituutioiden oikeudellisessa asettamisessa ei riitä, vaan tarvitaan erillistä markkinoiden toimintaa koskevaa sääntelyä. Oikeudet voivat kääntyä itseään vastaan. Oikeudellisen sääntelyn keinoin tulee asettaa pelisäännöt vaihdannalle. Tämä tarkoittaa käytännössä muun ohella taloudellisesti voimakkaiden toimijoiden menettelyiden kontrollointia. Muussa tapauksessa yksilöiden oikeusasemat vaarantuvat, eivätkä markkinat voi täyttää niille asetettua tehtävää hyvinvoinnin tuottajana ja taloudellisen vallan säätelijänä.

Oikeudellisen sääntelyn rajat muodostavat jatkuvan haasteen oikeudelliselle ajattelulle. Ääritilanteessa oikeudellinen sääntely muuttuu utopiaksi ja kääntyy samalla yksilön oikeuksien vastaiseksi. Ordoliberalistisessa ajattelussa vastausta sääntelyn laajuuden ongelmaan haetaan oikeusjärjestyksen sisältä. Talouden järjestämiseen liittyvät ratkaisut rinnastuvat yhteiskunnan perusrakennetta koskeviin päätöksiin. Asetetut periaatteet ohjaavat kattavasti talouden sääntelyä. Markkinoiden toiminnan ohjaamisen tulee olla oikeudellisesti kontrolloitua ja yksittäisen päätöksentekijän harkintavallan rajattua. Sääntelyn sisäisellä johdonmukaisuudella ja tuomioistuinkontrollilla on tässä asetelmassa erityinen merkityksensä.[559] Omaksuttu lähestymistapa poikkeaa merkittävällä tavalla kilpailun rakenteellisesta tarkastelusta, jossa vastausta sääntelytason määrittämiseen haetaan pääsääntöisesti suoremmin taloudellisin arviointiperustein.[560] Tämä ei kuitenkaan poista sääntelyasteen määrittämiseen liittyvien ratkaisujen viimekätistä yhteyttä yhteiskunnallisiin arvoihin ja tavoitteisiin. Taloustieteen premissit vaikuttavat harkinnan muotoutumiseen, eikä kyse ole siten arvovapaasta valintatilanteesta. Toisaalta sääntelyratkaisujen vieminen korostetusti oikeusjärjestyksen sisälle voi vaarantaa sääntelyn hyväksyttävyyden ainakin siltä osin, kun sääntelykohde muovautuu ja kehittyy. Kestävien ratkaisujen saavuttaminen edellyttää oikeudellisen sääntelyn ja sen kohteen välisen yhteyden säilyttämistä.

Kilpailuoikeuden vapaustarkastelussa on suodatettava erilaiset perusperiaatteet ja -teoriat yhteen. Tämä edellyttää kokonaisvaltaisen tarkastelukulman omaksumista. Tässä teoksessa on aiemmin määritelty markkinoiden toimivuuden varmistaminen kilpailuoikeudellista sääntelyä ja sen sisällöllisiä lähtökohtia yhdistäväksi tekijäksi. Kyse on eräänlaisesti sateenvarjosta, joka kokoaa kilpailuoikeuden perustavat arvot ja tavoitteet alleen. Omaksuttu lähtökohta merkitsee kilpailuoikeudellisen tarkastelukulman hahmottamista perusteiltaan järjestelmätasoiseksi. Tutkimusongelmaa lähestytään kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa

[559] Harkinta etenee oikeudellisesti määrittyneissä puitteissa. Tuomioistuimet toimivat puolestaan järjestelmän johdonmukaisuuden viimesijaisina vartijoina. Ks. esim. Mestmäcker 1975, s. 386–394.

[560] Taloustiede vaikuttaa osaltaan taloutta ohjaavien oikeudellisten periaatteiden muodostamiseen.

ensisijaisesti järjestelmätasolta, markkinoiden toimintaedellytyksiin suhteuttaen. Tämä tarkoittaa sitä, että yksiön toimintamahdollisuuksien suojaaminen on nähtävä yhteydessä markkinoiden toimintaan. Arvioinnin keskiössä ei ole prima facie kahden osapuolen A – B välinen suhde, vaan järjestelyn vaikutukset markkinoiden toimintaan kokonaisuudessaan.

Kilpailuoikeudellisen tarkastelun järjestelmätasoisen perusluonteen tunnistaminen ei tarkoita sitä, että yksilöiden toimintamahdollisuuksien suojaamiseen liittyvät seikat putoaisivat pois kilpailuoikeuden agendalta. Kilpailuoikeudessa ei sivuuteta yksilön oikeusasemiin liittyviä näkökohtia. Kilpailuoikeuden arvoja tavoiteperustasta voidaan löytää ainesosia, jotka tukevat yksilön toimintavapauksien suojaamiseen liittyviä näkökohtia.

Vapausperiaate on yksi kilpailuoikeuden kantavista periaatteista. Suojattavalle vapaudelle on kuitenkin annettava kilpailuoikeudellisesti mielekäs sisältö. Yksittäisiä rajoituksia on tarkasteltava kontekstisidonnaisesti. Yksilön toimintavapauden rajoituksen ja markkinoiden toiminnan välille on kyettävä löytämään yhteys. Tämä merkitsee suojattavan vapauden kvalifioimista. Merkitykselliseen asemaan nousevat yksilön toimintavapauden suojaamisen edellytykset. Niitä on tarkasteltu edellä henkilöllisen, asiallisen ja ajallisen ulottuvuuden avulla.[561] Yksilöiden toimintavapauden kilpailuoikeudellisen suojan määrittämisen yhteydessä on muistettava, että oikeusjärjestys muodostaa kokonaisuuden. Yksilöiden toimintavapautta voidaan suojata sekä kilpailuoikeudellisesti että sopimusoikeudellisesti. Näiden suojamuotojen välille muodostuu rajapinta, jonka sijaintiin kilpailuoikeuden ja sopimusoikeuden välillä vaikuttavat kummallakin oikeudenalalla muotoutuneet käsitykset toimintavapauden suojaamisen sisällöstä.

Yksilön toimintavapauden suojaamisella on keskeinen asema sekä sopimusoikeudessa että kilpailuoikeudessa. On kuitenkin huomattava, että kummallakin oikeudenalalla vallitsee toisistaan poikkeavia käsityksiä yksilön toimintavapauden suojaamisen keinoista ja kriteereistä. Ei ole mahdollista puhua yhtenäisestä vapauskäsityksestä kummankaan oikeudenalan osalta. Jännitteitä lisää osaltaan yksilön toimintavapautta koskevien lähestymistapojen lähtökohtien eriytyminen sopimusoikeudessa ja kilpailuoikeudessa. Toimintavapauden suojaa arvioidaan sopimusoikeudessa lähtökohtaisesti yksilötason näkökulmasta. Kilpailuoikeudessa puolestaan tarkastellaan yksilön toimintavapautta ensisijaisesti markkinoiden muodostamaa taustaa vasten. Kokonaisvaltaisessa tarkastelussa on ylitettävä yksilö- ja järjestelmätasojen väliset rajat. Vain tällä tavoin voidaan luoda kantava perusta oikeudenalarajat ylittävien ongelmien ratkaisemiselle.

---

[561] Ks. tarkemmin luku III.3.3.5.

4.2.2 Markkinoiden toimivuus

Markkinoiden toimivuuteen liittyvät näkökohdat muodostavat toisen yhteyden kilpailuoikeuden ja sopimusoikeuden arvo- ja tavoiteperustojen välille.[562] Kilpailuoikeudellisessa keskustelussa markkinoiden toimivuutta voidaan pitää eräänlaisena yläkäsitteenä. Tässä teoksessa markkinoiden toimivuus on määritelty kilpailuoikeuden kantavia periaatteita kokoavaksi käsitteeksi, jonka avulla kantavien periaatteiden välisten suhteiden jäsentäminen on mahdollista. Erityisessä ja tässä yhteydessä käytettävässä merkityksessä markkinoiden toimivuudella voidaan katsoa tarkoitettavan markkinoiden tehtävää yhteiskunnallisen hyvinvoinnin tuottajana ja jakajana. Tämä näkökulma on tullut aiemmassa tarkastelussa esille kilpailuoikeuden kantaviin periaatteisiin kuuluvan tehokkuusperiaatteen muodossa. Vastaavasti sopimusoikeudessa on tunnistettu sopimustoiminnan, vaihdannan ja markkinoiden toimivuuden välinen yhteys. Markkinoiden toimintaan liittyvät hyvinvointinäkökohdat tulevat osaksi sopimusoikeudellista keskustelua erityisesti luottamusperiaatteen mutta samalla myös muiden kantavien periaatteiden kautta. Yhteinen sisällöllinen leikkauspiste kilpailuoikeuden ja sopimusoikeuden välillä on siten tunnistettavissa, vaikka lähestymistapojen välille voidaan löytää joitakin keskeisiä eroja.

Markkinoiden toiminnan hyvinvointivaikutusten varmistamisella on perustava asemansa kilpailuoikeudessa.[563] Markkinat ovat yhteiskunnan taloudellisen hyvinvoinnin lähde, ja kilpailu on markkinoiden toimintaa pyörittävä voima. Kilpailu ohjaa taloudellista päätöksentekoa. Päätökset taloudellisen toiminnan suuntaamisesta syntyvät markkinoilla eivätkä keskussuunnittelijan pöydällä. Taloudellinen kilpailu luo myös yksilöille kannustimia järjestää toimintansa mahdollisimman tehokkaalla tavalla: yksilön menestyminen markkinoilla edellyttää kykyä pärjätä kilpailussa toisia toimijoita vastaan. Markkinamekanismi kanavoi lähtökohtaisesti yksityisen yritteliäisyyden siten, että yhteiskunnallisen hyvinvoinnin lisääminen on mahdollista. Kilpailuoikeudellisen sääntelyn tehtävänä on luoda puitteet markkinoiden toiminnalle. Markkinoiden toimivuuden mittarina ovat kokonaisvaltaiset hyvinvointivaikutukset. Tässä suhteessa arviointi on perusteiltaan järjestelmätasoista. Näkökulma on korostunut erityisesti kilpailun rakenteellisessa tarkastelussa.

Kilpailuoikeuden tehokkuusperiaatteella on leimallisen utilitaristiset juuret. Arviointi keskittyy markkinoiden tehokkuusvaikutuksiin. Markkinoiden toimivuuden tarkastelussa voidaan kiinnittää huomiota niin allokatiiviseen, tuotannol-

---

[562] Koska markkinoiden toimivuudella voidaan viitata toisistaan poikkeaviin merkityssisältöihin, on käytetyn termin sisältö täsmennettävä.

[563] Ks. tarkemmin luku III.3.2.3.

liseen kuin dynaamiseen tehokkuuteen.[564] Arviointivälineet haetaan taloustieteestä. Taloustiede jäntevöittää kilpailuoikeudellista harkintaa ja tuo siihen mukaan systemaattisia elementtejä. Toisaalta esille nousee kysymys tehokkuuden eri muotojen sovittamisesta yhteen. Omaksumani kannan mukaisesti olennaista on tehokkuuden eri muotojen yhteisvaikutus, jolloin lähtökohtaisesti vain yhden tehokkuuden muodon painottaminen ja muiden tehokkuusvaikutusten ohittaminen ei ole perusteltua. Tehokkuusvaikutusten keskinäiseen jäsentämiseen vaikuttavat yksittäistapaukselliset olosuhteet, kuten toimintaympäristön erityispiirteet.

Taloustiede on markkinoiden ominaispiirteiden arvioinnissa välttämätön kumppani kilpailuoikeudelle.[565] Kilpailuoikeuden säännökset saavat mielekkään sisältönsä osaltaan sääntelykohteen ominaispiirteitä kuvaavista taloustieteellisistä teorioista. Taloustiede on kuitenkin sidottu lähtökohtiinsa. Perustavat arvo- ja tavoitevalinnat vaikuttavat taloustieteen premissien asettamiseen. Premissit ohjaavat ratkaisevasti taloutta koskevan kuvan muodostamista. Premissien on oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa läpäistävä normatiivinen seula: taloustieteen teorioiden oikeudellinen relevanttius perustuu keskeisesti teorioiden lähtökohtien normatiiviseen hyväksyttävyyteen.[566] Normatiivisessa harkinnassa vaikuttavat eräänlaisina pidäkkeinä lainsäädännössä ja oikeuskäytännössä omaksutut ratkaisut. Niillä asetetaan puitteet ja samalla osaltaan ohjataan oikeudellista argumentointia, mutta ne eivät saa toisaalta muodostua oikeudellisen ajattelun kehittämisen esteiksi.

Kilpailuoikeuden tehokkuusperiaatteen utilitaristista lähtökohtaa muovaa jo aiemmin esillä ollut oikeudellisesti relevantti käsitys tulonjakovaikutusten yhteiskunnallisesta merkityksestä.[567] Pelkkä hyvinvoinnin kokonaismäärän kasvattaminen ei ole riittävä markkinoiden toiminnan päämääräksi. Markkinoiden toiminnan tehtävänä on varmistaa hyvinvoinnin jakautuminen siten, että kuluttajat saavat kohtuullisen osuuden markkinoiden tuottamasta hyvinvoinnista. Valinta on perusteiltaan normatiivinen, eikä sen sivuuttaminen oikeudellisessa harkinnassa ole taloustieteellisin argumentein mahdollista.[568]

Tehokkuusperiaate johtaa markkinoiden toimivuuden järjestelmätasoiseen tarkasteluun. Ensisijaisessa asemassa ovat markkinoiden kokonaisvaltaiset hyvinvointivaikutukset. Yksilön asema jäsentyy arvioinnissa näiden vaikutusten

---

564 Ks. luku III.3.2.3.

565 Sääntelykohteesta voidaan saada tietoa muullakin tavoin. Ks. tältä osin Castells, s. 77–79 ja 207–209, ja Ogus, s. 29–46.

566 On ilmeistä, että taloustieteessä joudutaan tekemään joitakin olettamia ja osin yksinkertaistamaan taloudesta muodostettavaa kuvaa. Olennaista on taloustieteellisten teorioiden perustan pitävyys siten, että teoriat ovat selitysarvoltaan luotettavia.

567 Ks. luku III.3.2.3.

568 Kritiikin mahdollisuus on aina olemassa.

kautta. Yksilö nähdään osana markkinoiden muodostamaa kokonaisuutta. Perinteisessä katsannossa yksilöt samastetaan toimijoiksi, jotka pyrkivät toimillaan maksimoimaan oman hyvinvointinsa. Yksilöiden oletetaan olevan lähtökohtaisesti kykeneviä toteuttamaan intressejään. Yksilöiden toimintamahdollisuuksien muotoutumiseen vaikuttavat rakenteelliset tekijät, vaikka yksilöillä nähdään olevan mahdollisuuksia myös jossain määrin vaikuttaa omaan taloudelliseen toimintaympäristöönsä. Tässä yhteydessä mielenkiintoisen lisän kilpailuoikeudelliseen ajatteluun tuo kilpailun resurssipohjainen arviointitapa.[569] Yksilöiden kilpailumahdollisuuksien katsotaan rakentuvan heidän resurssiensa mukaisesti.[570] Resurssit voivat olla erilaisia kapabiliteetteja tai kompetensseja. Kilpailun nähdään muodostuvan resursseiltaan yksilöllisten toimijoiden menettelyiden yhteisvaikutuksesta. Kilpailuoikeudellista tarkastelua on tarkennettava jäsentämään toimijakohtaiset resurssit. Vain tällä tavoin menetellen voidaan varmistaa tehokkuusvaikutuksien toteutuminen. Kilpailun lopputulos on osatekijöidensä summa. Osatekijät tai niiden keskeiset piirteet on tunnistettava kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa.

Tehokkuusperiaatteen peruspostulaatin mukaan kilpailuoikeudellisen sääntelyn tehtävänä on luoda puitteet markkinoiden toiminnalle ja siten varmistaa, että markkinat voivat toimia mahdollisimman tehokkaasti ja tuottaa hyvinvointia yhteiskuntaan. Markkinoiden kilpailuoikeudellinen sääntely on luonteeltaan epäsuoraa. Sen tarkoituksena ei ole ensisijaisesti puuttua yksittäisen vaihdantasuhteen sisältöön. Sääntelyn sisällöllinen toteuttaminen linkittyy käsityksiin sääntelykohteen eli talouden ominaispiirteistä. Perustava kysymys koskee markkinoiden itseohjautuvuuden astetta. Markkinoiden voidaan joko nähdä ensisijaisesti poistavan toimintansa häiriöt tai toisaalta markkinoiden toiminnan voidaan katsoa edellyttävän kattavaa yhteiskunnallista ohjausta. Jaottelu voidaan tältä osin tehdä Pagen määrittelemällä tavalla evolutionaarisen ja intentionaalisen lähestymistavan välillä.[571]

Markkinoiden toimivuus muodostaa tärkeän osan sopimusoikeudellista tarkastelua.[572] Markkinoiden toimivuuteen liittyvät näkökohdat voidaan ensisijaisesti sisällyttää osaksi sopimusoikeudellista luottamusperiaatetta. Näkökulma poikkeaa joiltakin osin kilpailuoikeuden tehokkuusperiaatteen mukaisesta arvioinnista. Luottamusperiaatteen keskiössä on sopimustoimintaa koskevien pe-

---

[569] Kilpailuedut voivat perustua markkinaolosuhteisiin, yksilöllisiin ominaisuuksiin tai yhteiskunnalliseen sääntelyyn. Ks. luku II.6.2.2.2.

[570] Yksilön ominaisuudet ja kyvyt ohjaavat yhdessä markkinaolosuhteiden kanssa yksilöiden menestymismahdollisuuksia markkinoilla.

[571] Ks. tarkemmin Page, s. 6–8.

[572] Ks. myös Komission tiedonanto Euroopan sopimusoikeuden yhtenäistämisestä (2003/C 63/01).

rusteltujen odotusten suojaaminen.[573] Näiden odotusten suojaaminen nähdään edellytykseksi vaihdannan sujuvuudelle ja edelleen markkinoiden toimivuudelle. Tällä tavoin voidaan tunnistaa yhteys yksittäisen sopimussuhteeseen liittyvien seikkojen ja järjestelmätasoisten tekijöiden välillä: yksittäisistä sopimussuhteista heijastuu kumuloiva vaikutus järjestelmätasolle.

Luottamusperiaate merkitsee eräänlaista perustavaa siirtoa tahtoperiaatteen mukaiseen yksilökeskeiseen arviointitapaan verrattuna. Lähtöpisteenä on markkinoiden toimivuus ja siitä seuraavat sopimustoimintaa koskevat vaatimukset, joihin yksittäisen sopimussuhteen tarkastelu kiinnitetään. Eräänlainen perustava havainto koskee sopimustoiminnan yhteisöllisyyttä.[574] Yksilöt eivät solmi sopimuksia tyhjiössä, vaan yksilöt ovat vuorovaikutussuhteessa toisiin toimijoihin markkinoilla. Muiden yksilöiden toimet vaikuttavat yksilön omaan toimintaan ja vastaavasti omilla toimilla on vaikutuksia toisten toimintamahdollisuuksiin. Näissä olosuhteissa sopimustoimintaa ei ole perusteltua arvioida pistemäisesti, keskittyen vain yhden osapuolen asemaan. Sopimustoiminta hahmotetaan erilaisiin käytäntöihin osallistumisena. Sopimustoiminta on perusluonteeltaan yhteisöllistä.

Sopimusoikeudellisen sääntelyn tehtävänä on muodostaa puitteet vaihdannan sujuvuudelle ja samalla markkinoiden toimivuudelle. Sopimustoimintaan liittyy erilaisia sekä yksilötasoisia että järjestelmätasoisia epävarmuustekijöitä. Sopimusoikeudellisen sääntelyn avulla voidaan luoda yksilöille mahdollisuuksia operoida tehokkaasti markkinoilla. Sopimusoikeudellinen sääntely voidaan nähdä eräänlaisena turvaverkkona, joka poistaa esteitä vaihdannan sujuvuudelta. Se edellyttää sopimustoimintaan sisältyvien epävarmuustekijöiden hallitsemista. Epävarmuutta voidaan hallita oikeudellisesti suojaamalla sopimustoimintaan liittyviä perusteltuja odotuksia. Perustellut odotukset voivat koskea joko toisten toimijoiden käyttäytymistä tai markkinoiden toimintaa kokonaisuudessaan.[575]

Suojaamalla perusteltuja odotuksia sopimusoikeudellinen sääntely tuottaa vakautta markkinoille. Sopimusoikeudellinen sääntely muodostaa perustan, jonka varaan yksilöt voivat oman menettelynsä markkinoilla rakentaa. Toisaalta markkinoiden toimivuudelle on tyypillistä muutoksen mahdollisuus. Luottamusperiaatteen mukaista tarkastelua ei tule nähdä staattisena, vallitsevan markkinatilanteen ylläpitämiseen pyrkivänä ajattelutapana. Luottamusperiaatteen voidaan nähdä myös antavan välineitä muutoksen toteuttamiseen. Kyse on keskeisesti markkinoiden toiminnasta kumpuavan muutoksen hallinnan keinoista.

---

[573] Ks. tarkemmin luku III.2.3.3.
[574] Ks. tältä osin esim. Taxell 1979, s. 487
[575] Ks. tarkemmin luku III.2.3.3.

Luottamusperiaatteen taustalla on havainto vaihdannan yhteiskunnallisesta hyödyllisyydestä. Sopimus on väline, jonka avulla yksilöt voivat hyödyntää oikeuksiaan taloudellisesti ja harjoittaa keskinäistä yhteistyötä. Yksilöiden välinen yhteistyö on edellytys taloudellisen hyvinvoinnin lisääntymiselle. Markkinamekanismin tehtävänä on sovittaa yhteen yksilöiden toiminta. Tässä mielessä luottamusperiaatteella ja kilpailuoikeuden tehokkuusperiaatteella on yhteinen perusta, jolla on vahvat utilitaristiset juuret. Toisaalta lähestymistavoissa on myös eroavaisuuksia.

Luottamusperiaatteen kantava ajatus liittyy markkinoiden toimivuuden perustumiseen yksilöiden väliseen yhteistyöhön. Sopimus nähdään osapuolten välisen yhteistyön muodoksi.[576] Yhteistoiminnan onnistumiseksi voidaan sopimusosapuolten edellyttää ainakin kohtuullisessa määrin ottavan huomioon toistensa intressit. Ajattelutapaa ilmentää sopimusoikeudellinen lojaliteettiperiaate, jolla on keskeinen sija luottamusperiaatteen mukaisessa tarkastelussa.[577] Kyse on vaihdannan vastavuoroisuudesta. Luottamusperiaatteeseen voidaan katsoa sisältyvän käsitys yksilöstä, joka harjoittaa vastavuoroista yhteistyötä muiden yksilöiden kanssa. Näkemys poikkeaa tältä osin utilitaristisesta, leimallisesti oman taloudellisen edun tavoitteluun yhdistyvästä ihmiskuvasta.

Sopimusoikeudellinen jäsennys markkinoiden toimivuudesta on joiltain osin erilainen kuin kilpailuoikeudellinen arviointitapa. Kilpailuoikeudelliselle tarkastelulle on tyypillistä erilaisten taloustieteellisten teorioiden hyödyntäminen. Analyysin perustana ovat vakiintuneesti taloustieteelliset teoriat, joita voidaan edelleen jalostaa ja kehittää oikeudellisen ratkaisutoiminnan asettamien vaatimusten mukaisesti.[578] Tämä tuo tarkasteluun oman systematiikkansa. Sopimusoikeudellisen arvioinnin perustana ovat erilaiset vaihdantaa ja markkinoiden toimintaa koskevat olettamat. Puhtailla taloustieteellisillä teorioilla on ainakin toistaiseksi ollut rajallinen merkityksensä tarkastelussa.[579] Keskeisenä arviointimittana on käytetty toimintojen vakiintumista markkinoilla.[580] Vakiintuminen luo perustan normatiivisten havaintojen tekemiselle. Yksilöillä voidaan katsoa olevan ainakin jossain määrin oikeus luottaa vakiintuneiden toimintamallien pysyvyyteen ja samalla perustaa oma toimintansa niitä koskevien odotusten va-

---

[576] Ks. esim. Taxell 1972, s. 81.
[577] Ks. esim. Taxell 1977, s. 148–150.
[578] Asetelma on heijastunut esimerkiksi yksittäisten kilpailunrajoitusten oikeudellisen arvioinnin jakautumisena per se- ja vaikutusanalyysin mukaisiin osiin.
[579] Sinällään ei ole estettä kehittää sopimusoikeudellista tarkastelua siten, että suoran taloustieteellisen argumentoinnin merkitys korostuisi. Ks. tältä osin kotimaisesta keskustelusta esim. Häyhä 1996a, s. 174–186.
[580] Oikeudellista perustaa ei siten haeta ensisijaisesti esim. pyrkimällä määrittämään vilpittömän mielen muotoutumiseen vaikuttavia tekijöitä.

raan. Arviointi on välttämättömästi luonteeltaan toimintaympäristösidonnaista. Suojattavien odotusten sisältö on määriteltävä toimintaympäristöittäin.[581]

Luottamusperiaatteen mukaiseen arviointiin sisältyy voimakas arvoulottuvuus. Sopimusoikeudellisesti suojataan vain perusteltuja odotuksia. Odotusten perustelluisuuteen vaikuttavat kiinteästi sisällölliset seikat. Vain sisällöllisesti hyväksyttyihin menettelyihin markkinoilla voi kiinnittyä perusteltuja odotuksia. Toiminnan sisältö voi vaikuttaa osaltaan odotusten perustelluisuuden asteeseen. Tämä merkitsee sitä, että sopimusoikeudellisessa tarkastelussa on otettava kantaa vaihdannan sisältöön. On muodostettava kuva yhteiskunnallisesti suotavasta ja siten tavoiteltavasta vaihdannan sisällöstä.[582] Voidaan puhua esimerkiksi rehellisestä ja kunniallisesta vaihdannasta.[583]

Sopimusoikeuden keinoin pyritään tukemaan yhteiskunnallisesti hyväksyttäviksi katsottavia käytäntöjä markkinoilla. Tässä katsannossa sopimusoikeudellinen tarkastelu poikkeaa kilpailuoikeuden tehokkuusperiaatteen mukaisesta jäsentämistavasta. Kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa ovat keskeisesti esillä markkinoiden toiminnan analysoidut tehokkuusvaikutukset. Kilpailukeinojen sisältöön ei muilla perusteilla juurikaan oteta kantaa.[584] Näkökulma voi tulla joidenkin muiden periaatteiden, kuten erityisesti reiluusperiaatteen, kautta, mutta tehokkuusperiaatteen kannalta arvoulottuvuuden merkitys on vain välillinen.

Sopimusoikeudella ja kilpailuoikeudella on markkinoiden toimivuuden osalta useita yhtäläisyyksiä. Toisaalta omaksutut arviointitavat poikkeavat toisistaan monilta osin. Tästä huolimatta on mahdollista luonnehtia, että markkinoiden toimivuus muodostaa ilmeisen leikkauspisteen kummakin oikeudenalan arvo- ja tavoiteperustan välille. Kyse on varsin pitkälle siitä, että samaa leikkauspistettä lähestytään eri suunnista ja osin eri tavoin. Yhteinen idea on kuitenkin löydettävissä. Tämä mahdollistaa keskusteluyhteyden avaamisen sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden välille.

---

[581] Sopimusoikeudellisen tutkimuksen tehtävä on luoda suuntaviivoja, jotka auttavat jäsentämään odotusten perusteltuisuuteen vaikuttavia tekijöitä. Arvioinnille on tyypillistä sen asteittaisuus. Erilaiset tekijät on sovitettava yhteen. Tapauskohtaiselle harkinnalle jää vääjäämättä oma sijansa. Oikeustieteen keinoin voidaan luoda suuntaviivoja, jotka helpottavat punninnan toteuttamista.

[582] Impulssit harkintaan tulevat taloudesta, vaikka harkinta on viime kädessä normatiivista.

[583] Rehellisen ja kunniallisen vaihdannan vaatimus voidaan kiinnittää osaltaan oikeustoimilain 33 §:ään. Ks. esineoikeudellisesta keskustelusta Tammi-Salminen 2001, s. 242.

[584] Kilpailunrajoituslain 1 §:stä voidaan kuitenkin löytää joitakin kiinnekohtia arvopohjaiselle arvioinnille. Kilpailunrajoituslain 1 §:ssä ilmaistaan lain yleiseksi tavoitteeksi terveen ja toimivan taloudellisen kilpailun turvaaminen vahingollisilta kilpailunrajoituksilta. Elinkeinonharjoittajien soveltamia kilpailukeinoja voidaan arvioida myös hyvän liiketavan kannalta. Ks. tarkemmin HE 148/1997 vp, s. 13. Määritelmä on sisällöltään varsin avoin. Kriteeristö on tältä osin jäänyt soveltamistoiminnassa täsmentymättömäksi.

4.2.3 Oikeudenmukaisuus

Oikeudenmukaisuusnäkökohdilla on perustava asemansa yhteiskunnassa ja samalla oikeusjärjestyksessä. Tätä taustaa vasten on ilmeistä, että oikeudenmukaisuuskysymykset ovat esillä sekä sopimusoikeudessa että kilpailuoikeudessa. Oikeudenmukaisuuskysymyksistä käytävän keskustelun täsmällisyyttä heikentää erilaisten käsitteiden osittain päällekkäinen käyttäminen. Keskustelussa puhutaan helposti ristiin sen seurauksena, ettei kulloinkin käytettäviä oikeudenmukaisuuskäsitteitä ole riittävän tarkasti yksilöity. Vastausta käsitteiden selkiyttämistarpeeseen ja käsitteiden soveltamiskriteerien määrittämiseen voidaan hakea oikeudenmukaisuusteorioista. Tässä yhteydessä on tarpeen jaotella oikeudenmukaisuuskäsitteet niiden pääasiallisen sisällön perusteella.[585] On mahdollista puhua materiaalisesta oikeudenmukaisuudesta, jolla viitataan lopputuloksen sisällölliseen hyväksyttävyyteen. Menettelyllinen oikeudenmukaisuus liittyy puolestaan yksilöiden yhdenmukaisiin mahdollisuuksiin käyttää oikeuksiaan markkinoilla tai yhteiskunnassa yleisesti. Jaottelun perusteella voidaan löytää perustavia eroja sopimusoikeudellisen ja kilpailuoikeudellisen oikeudenmukaisuuskäsityksen välillä.

Oikeudenmukaisuuskysymykset nivoutuvat osaksi sopimusoikeudellista harkintaa kohtuusperiaatteen kautta.[586] Kohtuusperiaatteen mukaisessa tarkastelussa painottuu voimakkaasti materiaalisen oikeudenmukaisuuden merkitys. Sopimusoikeudellisen sääntelyn tehtävänä on varmistaa, että sopimusosapuolten suoritukset ovat kohtuullisessa tasapainossa keskenään. Idea sopimustasapainosta kuuluu kohtuusperiaatteen ytimeen. Pyrkimys sopimustasapainon löytämiseen ja ylläpitämiseen voi toteutua eri tavoin. Keskeisen instrumentin sopimustasapainon palauttamiseen muodostaa oikeustoimilain 36 §. Kohtuusperiaatteen mukainen oikeudenmukaisuus on leimallisesti yksittäistapauksessa toteutettavaa materiaalista oikeudenmukaisuutta. Oikeustoimilain 36 §:n avulla voidaan poistaa epätasapaino yksittäisestä sopimussuhteesta.

> Sopimustoiminnan oikeudenmukaisuutta voidaan arvioida sovittelua laajemmasta näkökulmasta: sopimustoiminnan oikeudellisen hyväksyttävyyden perustaksi asetetaan sen sisällöllinen oikeudenmukaisuus. Tästä seuraa yleinen sopimustoimintaa koskeva oikeudenmukaisuuden vaatimus: oikeudenmukaisuus nousee sopimusoikeuden kantavaksi arvoksi.[587] Sopimustoimintaa arvioidaan oikeudellisesti ensisijaisesti tämän lähtökohdan kautta. Käytännössä tämän voidaan katsoa tarkoittavan sitä, että vain sisällöltään kohtuulliset sopimukset voivat saada oikeudellista suojaa.

---

585 Ks. tarkemmin Rawls 1988, s. 59.
586 Ks. luku III.2.4.
587 Ks. tarkemmin Pöyhönen 1988, s. 170.

Sisällölliseen oikeudenmukaisuuteen liittyvien näkökohtien vahvistumiseen sopimusoikeudellisessa keskustelussa on vaikuttanut usea tekijä. Keskeisen sijan saa yleinen hyvinvointivaltiollinen kehitys.[588] Lisäksi sopimustoiminnan joukkomittaistuminen on heijastunut arviointiin. Ajattelun keskeisenä lähteenä voidaan pitää yksilön oikeusjärjestyksestä saaman tosiasiallisen suojan merkityksen korostamista. Ei ole yksinomaan riittävää tunnustaa yksilöiden toimintavapaudet suhteessa julkiseen valtaan, vaan julkisen vallan on suojattava yksilöitä heidän keskinäisissä suhteissaan. Yksilöillä on oikeusjärjestyksessä perustava asema. Tämä merkitsee selvästi rinnakkaista tapaa utilitaristisiin malleihin verrattuna. Oikea ja hyvä erotetaan käsitteellisesti toisistaan.

Materiaalisen oikeudenmukaisuuden toteuttaminen riippuu kohtuusperiaatteen suhteesta sopimusoikeuden muihin kantaviin periaatteisiin. Sovittelussa on otettava huomioon sekä sen puolesta että sitä vastaan puhuvat seikat. Sopimusoikeuden kantavat periaatteet tarjoavat välineitä arvioinnin suorittamiseen.[589] Esimerkiksi tahtoperiaatteen mukaiset näkökohdat voivat puoltaa sopimuksen toteuttamista sisältönsä mukaisesti, vaikka kohtuusperiaatteeseen liittyvät näkökohdat vaatisivat sopimuksen sovittelua. Oikeustieteen tehtävä on luoda systematiikkaa tähän punnintaan.

Kohtuusperiaatteen soveltamiselle on tyypillistä toimintaympäristösidonnaisuus. Suojan tarve on lähtökohtaisesti voimakkain kuluttajien ja muiden rajalliset toimintamahdollisuudet omaavien toimijoiden kohdalla, vaikka myös elinkeinonharjoittajien välisten sopimusten sovittelu on sinällään mahdollista. Kohtuusperiaatteen soveltamisen painopiste sijoittuu kuitenkin ensiksi mainituille sektoreille. Lähestymistapa on linjassa yleisten kuluttajien suojaamisen tarvetta korostavien käsitysten kanssa. Toimintaympäristö vaikuttaa osaltaan myös siihen, millaista epäsuhtaa osapuolten suoritusten välillä pidetään merkityksellisenä. Kuluttajasuhteissa sovitteluherkkyys on lähtökohtaisesti korkeampi yritysten välisiin sopimussuhteisiin verrattuna. Omaksuttu näkökohta on perusteltu, kun otetaan huomioon kuluttajien ja elinkeinonharjoittajien väliset lähtökohtaiset erot mahdollisuuksissa selvittää sopimussuhteisiin liittyviä riskejä ja kantaa niitä.

Markkinoiden toimintaan liittyvät oikeudenmukaisuusnäkökohdat muodostavat kilpailuoikeudessa varsin kiistellyn kokonaisuuden. Asetelma on ymmärrettävä, kun muistetaan kilpailuoikeuden vahvat utilitaristiset juuret. Keskustelun valtavirran neoklassisista tarkastelutapaa seuraten päädytään helposti johtopäätökseen, jonka mukaan vain taloudelliseen tehokkuuteen liittyvillä seikoilla tuli-

[588] Ks. tarkemmin Wilhelmsson 1987, s. 33–35.
[589] Ks. tarkemmin Pöyhönen 1988, s. 259–261.

si olla merkitystä kilpailuoikeudellisessa harkinnassa.[590] Tässä esityksessä on aiemmin käsitellyillä perusteilla omaksuttu kilpailuoikeuden arvo- ja tavoiteperustaa koskeva pluralistinen lähestymistapa. Tehokkuusperiaatteen lisäksi kilpailuoikeuden arvo- ja tavoiteperustaan kuuluvat vapaus-, integraatio- ja kohtuusperiaatteet. Näkökulma on kokonaisvaltainen, mutta se ei vielä kerro kantavien periaatteiden keskinäisistä suhteista.

Edellä on omassa kokonaisuudessaan perusteltu kilpailuoikeudellisen tarkastelun järjestelmätasoista luonnetta; kilpailuoikeus ei ole primaaristi yksittäisen sopimussuhteen ohjaaja, vaan harkinnan keskiössä ovat vaikutukset markkinoilla kokonaisuudessaan. Tämä seikka heijastuu myös kohtuusperiaatteen jäsentämiseen. Kilpailuoikeudellisessa tarkastelussa oikeusmukaisuusnäkökohdat liittyvät ensisijaisesti markkinaprosessin oikeudenmukaisuuteen.[591] Kaikilla toimijoilla tulee olla lähtökohtaisesti yhdenmukaiset mahdollisuudet osallistua vaihdantaan. Kyse on kilpailuolosuhteiden neutraalisuudesta: kilpailuolosuhteet eivät saa ilman hyväksyttävää syytä suosia joitakin toimijoita toisten kustannuksella. Toimijoilla tulee lähtökohtaisesti olla yhtäläiset mahdollisuudet edistää omia intressejään markkinoilla. Tämä asettaa vaatimuksia käytettävien kilpailukeinojen legitimiteetille ja oikeasuhtaisuudelle.

Kilpailuoikeudellinen sääntely luo edellä mainituin tavoin edellytyksiä markkinoiden toimivuudelle ja yksilöiden oikeuksien mielekkäälle käyttämiselle. Kilpailuoikeudellinen sääntely toimii pelisääntöjen asettajana eikä niinkään yksittäisten sopimussuhteiden sääntelijänä. Eräänlaisen poikkeuksen muodostaa mahdollisuus puuttua määräävässä markkina-asemassa olevan toimijan käyttämiin kohtuuttomiin sopimusehtoihin. Puuttumismahdollisuutta voidaan pitää varaventtiilinä, jonka käyttö on mahdollista poikkeuksellisissa tilanteissa, toisin sanoen silloin, kun markkinamekanismi ei toimi normaalisti ja määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen sopimuskumppani on erityisen suojan tarpeessa. Oikeuskäytännössä puuttumiskynnys on näissä tilanteissa nostettu ilmeisen korkealle.[592] EUT-sopimuksen 102 artiklan soveltamiskäytäntö on jäänyt tältä osin niukaksi. Asetelma kuvaa hyvin halua välttää suoraa puuttumista yksittäisen yrityksen hinnoitteluvapauteen kilpailuoikeuden keinoin. Markkinoiden itseohjautuvuuden tukeminen on kilpailuoikeudellisessa ajattelussa ensisijainen vaihtoehto.

Markkinoiden reiluuteen liittyvillä näkökohdilla on oma vakiintunut asemansa kilpailuoikeudellisessa tarkastelussa. Havaintoa ei horjuta se seikka, että kil-

---

[590] Ks. tarkemmin esim. Posner 2001a, s. 2.
[591] Käytännön esimerkkeinä on pidetty suhtautumista pkt-yritysten asemaan markkinoilla ja valtiontukien käyttämiseen. Ks. luku III.3.5.
[592] Ks. tarkemmin esim. O'Donoghue – Padilla, s. 603–605.

pailuoikeudellisen tarkastelun painopiste on mitä ilmeisimmin muiden kantavien periaatteiden alueella. Reiluusperiaate kohdistaa oikeudellisen mielenkiinnon markkinoiden menettelyllisen oikeudenmukaisuuteen. Kyse on eräänlaisesta järjestelmätasoisesta oikeudenmukaisuudesta. Materiaalisen oikeudenmukaisuuskäsityksen mukainen lopputulos voi seurata yksittäistapauksessa markkinoiden reiluudesta, vaikka tällä seikalla ei olisi arvioinnissa ensisijaista asemaa. Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden välisissä keskusteluissa oikeudenmukaisuuskäsitteiden erilaiset painotukset muodostavat ilmeisen haasteen. Erilaiset arviointitavat ovat osaltaan peräisin toisistaan poikkeavista oikeudellisen sääntelyn asemaa koskevista käsityksistä (suora / epäsuora sääntely). Lähestymistapaerojen kurominen umpeen systemaattisessa kokonaistarkastelussa ei ole helppoa. Joissakin yhteyksissä voi kuitenkin jo erilaisten arviointitapojen jäsentäminen olla sellaisenaan hyödyllistä ja avata mahdollisuuksia jatkotarkasteluihin.

IV

SOPIMUSOIKEUDEN JA KILPAILUOIKEUDEN RAJAPINTOJA

1 Johdanto

Oikeustieteellisessä tutkimuksessa on mahdollista lähestyä tutkimuskysymyksiä eri suunnista. Tarkastelu voidaan rajata käsittämään vain oikeuden pintatasolla olevien säännösten tulkintaan ja soveltamiseen liittyvät kysymykset. Toisaalta arviointi voidaan kohdentaa oikeudenalojen yleisiin sisällöllisiin ja käsitteellisiin lähtökohtiin. Tässä tutkimuksessa on omaksuttu jälkimmäinen lähestymistapa. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että oikeuden pintatason leikkauspisteet sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden välillä olisi perusteltua unohtaa. Päinvastoin konkreettisten leikkauspisteiden kautta voidaan täsmentää kummankin oikeudenalan yleisistä lähtökohdista kumpuavia impulsseja ja samalla ikään kuin testata näin muodostuvien suuntaviivojen toteutumista konkreettisissa soveltamistilanteissa.

Oikeudenalarajat ylittävälle tutkimukselle on luontaista kokonaisvaltaisuus. Yhteistä rajapintaa on syytä lähestyä sekä kilpailuoikeuden että sopimusoikeuden suunnasta. On löydettävä sellaisia oikeudellisia instrumentteja tai mekanismeja, jotka mahdollistavat rinnakkaiselta oikeudenalalta tulevien impulssien välittymisen oikeudelliseen harkintaan. Nämä instrumentit tai mekanismit toimivat konkreettisina välittäjinä oikeudenalojen välisissä suhteissa ja luovat siten edellytyksiä oikeusjärjestyksen systemaattisuudelle.

Instrumenttien jälkeen on suunnattava arvioimaan sellaisia tapauksia, joissa sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden yhteensovittamisongelmat tyypillisesti konkretisoituvat. Tapaukset on valittu siten, että ne kuvaavat mahdollisimman kattavalla tavalla sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden leikkauspisteitä. Kyse ei ole yksityiskohtaisesta tarkastelusta vaan siitä, että voidaan jäsentää yhteensovittamisharkinnan tunnusomaiset piirteet ja samalla tunnistaa kokonaisvaltaisen harkinnan käytännön merkitys. Sopimustyyppikohtainen arviointi jää tulevien tutkimusten varaan.

2 Kilpailuoikeus

2.1 YLEISTÄ

Sopimusoikeudella ja kilpailuoikeudella on lukuisia leikkauspisteitä. Tutkimustehtävän toteuttamiseksi ei ole käytännössä mahdollista eikä tarpeenkaan pyrkiä tarkastelemaan laajasti yksittäisiä leikkauspisteitä. Olennaista on sitä vastoin jäsentää ne arviointitavat, joiden avulla sopimusjärjestelyiden taustalla olevat liiketoimintaideat tai liiketaloudelliset perusteet on mahdollista ottaa huomioon kilpailuoikeuden soveltamisessa. Mekanismit ja niiden mukaiset lähestymistavat ovat tässä yhteydessä yksityiskohtia tärkeämpiä.

Kilpailuoikeuden soveltamisjärjestelmästä voidaan tunnistaa neljä keskeistä väylää, joiden kautta sopimustoimintaan liittyvien intressien jäsentäminen osaksi kilpailuoikeudellista harkintaa on mahdollista. EUT-sopimuksen 101(1) artiklan soveltaminen edellyttää sen varmistamista, että järjestelyllä on todellisia vaikutuksia markkinoiden toimintaan. Pelkkä toisen osapuolen toimintavapauden rajoittaminen ei ole riittävää 101(1) artiklan soveltamiseksi. Asetettu soveltamiskriteeri kvalifioi niitä perusteita, joiden mukaan sopimustoimintaan voidaan kilpailuoikeudellisen perustein puuttua. Se luo pohjan kilpailuoikeudellisen relevanssin määrittämiselle.

Toinen väylä liittyy puolestaan niihin mahdollisuuksiin, joita 101(1) artiklan soveltamisessa on sopimusjärjestelyn hyväksyttävien tavoitteiden ja siitä seuraavien kilpailunrajoitusten välisen suhteen jäsentämiseen. Keskustelua näiden mahdollisuuksien olemassaolosta ja laajuudesta voidaan viedä eri suuntiin. Yksi vaihtoehto on puhua rule of reason -tyyppisen harkinnan soveltamisen edellytyksistä tai esteistä.[1] Harkinnan luokittelua olennaisempaa on lähtökohtaisesti sen tunnistaminen, miten sopimusjärjestelyyn liittyviä argumentteja voidaan punnita osana EUT-sopimuksen 101(1) artiklan soveltamista.

EUT-sopimuksen 101(3) artikla muodostaa säännöksen, jonka perusteella 101(1) artiklan kiellosta voidaan poiketa. Poikkeuksen soveltumiseksi on määriteltävä järjestelystä seuraavat tehokkuushyödyt. Näinä tehokkuushyötyinä voivat tulla kyseeseen erilaiset sopimustoimintaa koskevat seikat. EUT-sopimuksen 101(3) artiklan soveltuminen edellyttää edelleen tehokkuushyötyjen kanavoitumista kuluttajille ja tehokkuushyötyjen saavuttamiseen käytettävien keinojen

[1] Ks. keskustelusta tarkemmin esim. Whish, s. 124–127.

oikeasuhtaisuutta. Lisäksi kilpailu ei saa järjestelyn seurauksena merkittävästi heikentyä.

EUT-sopimuksen 102 artiklassa asetetaan määräävässä markkina-asemassa olevalle yritykselle erilaisia velvollisuuksia. Nämä velvollisuudet voivat ohjata määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen sopimustoiminnan järjestämistä. Vaikka 102 artiklassa ei ole erityistä poikkeamissäännöstä, voidaan sopimustoimintaan liittyviä näkökohtia sisällyttää 102 artiklan soveltamisharkintaan. Sopimustoimintaa koskevilla seikoilla on merkitystä 102 artiklan kieltosäännöksen soveltamiskriteerien täyttymisen arvioinnissa. Määräävässä markkina-asemassa oleva yritys voi vedota erityiseen perusteeseen (kilpailuun vastaaminen, objektiivinen välttämättömyys ja tehokkuuspuolustus) oikeuttaakseen menettelynsä markkinoilla. Sopimusoikeudelliset seikat tulevat myös tätä kautta osaksi 102 artiklan soveltamisharkintaa.

Tutkimuksellisesti on mielenkiintoista tunnistaa sellaisia yhteisiä 101 ja 102 artiklan soveltamiseen liittyviä seikkoja, jotka ovat merkityksellisiä sopimusoikeudellisten argumenttien huomioon ottamisen kannalta. Kyse on eräänlaisista yleisistä suuntaviivaluonteisista reunaehdoista, joiden mukaan sopimusoikeudelliset näkökohdat voivat saada merkitystä kilpailuoikeuden soveltamisessa. Yhteisten piirteiden löytäminen auttaa osaltaan jäsentämään kokonaisvaltaisesti sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden keskinäisiä suhteita.

2.2 KILPAILUA RAJOITTAVA VAIKUTUS EUT-SOPIMUKSEN 101(1) ARTIKLASSA

Kilpailuoikeuden perustavana tehtävänä on markkinoiden toiminnan edellytysten turvaaminen. Markkinoiden toimivuus voidaan nähdä eräänlaisena yläkäsitteenä, jonka alle sijoittuvat kilpailuoikeuden kantavien periaatteiden mukaiset arvot ja tavoitteet. Kilpailuoikeudellisen tarkastelukulman rajaaminen vaikuttaa osaltaan erilaisten sopimustoimintaa koskevien seikkojen relevanssiin kilpailuoikeuden soveltamisessa. Kilpailuoikeuden peruslähtökohdasta seuraa osaltaan se, että kilpailuoikeudellinen puuttuminen sopimusjärjestelyihin on perusteltua vain silloin, kun järjestelyillä on vaikutuksia markkinoiden toimintaan. Vastaavasti kilpailuoikeudellisen suojan antaminen edellyttää, että järjestely ei ainoastaan rajoita yksilön toimintamahdollisuuksia, vaan menettelyn vaikutusten tulee ylittää yksittäisen sopimussuhteen rajat ja kohdistua yksilön taloudelliseen toimintaympäristöön eli markkinoihin. Kilpailuoikeuden perustehtävä toisin sanoen kvalifioi niin kilpailuoikeudellisen intervention kuin suojakeinojen käyttämisen edellytyksiä.

Kilpailuoikeudessa on perinteisesti arvioitu markkinoiden toimintaa haittaavien vaikutusten olemassaoloa käsitteellisen jaottelun kilpailua rajoittava tarkoi-

tus – kilpailua rajoittavat vaikutukset avulla.[2] Kilpailunrajoitusten määrittäminen etenee kaksiportaisesti. Kilpailuoikeudellinen keihäänkärki kohdistuu ensimmäisessä vaiheessa perustellusti tarkoitukseltaan kilpailua rajoittaviin järjestelyihin, koska niiden voidaan katsoa olevan yhteiskunnallisesti kaikkein haitallisimpia. Tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavien järjestelyiden luokan määrittäminen on perustunut taloustieteellisiin ja kokemusperäisiin havaintoihin määrättyjen järjestelytyyppien vahingollisuudesta.[3] Tähän luokkaan kuuluvat muun ohella järjestelyt, joilla sovitaan hinnoista, tuotantomääristä tai markkinoiden jakamisesta.[4] Tarkoituksen määrittely pohjautuu sopimuksen ehtojen sisältöön tai osapuolten niille tosiasiassa antamaan merkityssisältöön.[5]

Kilpailuoikeuden soveltamisprosessien toimivuutta tukee joidenkin rajoitustyyppien määrittäminen tarkoitukseltaan kilpailua rajoittaviksi, koska tällöin ei lähtökohtaisesti ole tarvetta esittää erillistä näyttöä järjestelyiden markkinoiden toimintaan kohdistuvista vaikutuksista.[6] Asian kääntöpuoli liittyy siihen, että tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavien järjestelyiden luokkaan saatetaan sijoittaa menettelyjä, joiden haitallisuus markkinoiden toiminnan kannalta voi olla tulkinnanvarainen tai epäselvä.[7] Asetelma linkittyy keskeisesti tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavien sopimusjärjestelyjen luokan laajuuteen. Kilpailuoikeuden soveltamisjärjestelmän toimivuutta edistää osaltaan sopimusjärjestelyjen muodon perusteella arvioitavien kilpailunrajoitustyyppien kattavuus, mutta samalla kilpailuoikeudellisen sääntelyn soveltamisen osumatarkkuus saattaa kärsiä. Vaarana on liian laaja puuttuminen sellaisiin järjestelyihin, jotka eivät vaaranna markkinoiden toimivuutta.

EUT-sopimuksen 101(1) artiklan tulkinnan kehityksessä voidaan löytää erilaisia vaiheita. EUT-sopimuksen 101(1) artiklan soveltamiskäytännössä on aiem-

---

[2] Ks. jaottelun perusteista esim. asia 56/65 Société Technique Miniere v. Maschinenbau Ulm, (1966) ECR 235.

[3] Ks. tarkemmin esim. komission tiedonanto Suuntaviivat perustamissopimuksen 81(3) artiklan soveltamisesta, k. 21, ja Goyder, s. 96.

[4] Ks. oikeuskäytännöstä esim. yhdistetyt asiat T-374/94, T-375/94 ja T-388/94 European Night Services et al v. komissio, (1998) ECR II 3141, k. 136. Ks. myös komission tiedonanto vähämerkityksellisistä sopimuksista, k. 11, ja Whish, s. 114.

[5] Sopimuksen todellisilla vaikutuksilla on arvioinnissa olennainen merkitys: sopimuksen sanamuoto ei ole yksin ratkaiseva, vaan huomiota on kiinnitettävä sopimuksen soveltamisen tosiasiallisiin seurauksiin. Ks. oikeuskäytännöstä esim. asia T-175/95 BASF v. komissio, (1999) ECR II 1581, k. 54–63. Ks. myös komission tiedonanto Suuntaviivat perustamissopimuksen 81(3) artiklan soveltamisesta, k. 22.

[6] Ks. oikeuskäytännöstä esim. yhdistetyt asiat 56/64 ja 58/64 Consten and Grundig v. komissio, (1966) ECR 299. Ks. myös asia C-235/92 P Montecatini SpA v. komissio, (1999) ECR I 4539, k. 132–133.

[7] EUT-sopimuksen 101(3) artiklan mukainen poikkeaminen on periaatteessa mahdollista näidenkin sopimustyyppien osalta, mutta käytännössä poikkeaminen on monissa yhteyksissä epätodennäköistä. Ks. asia T-148/89 Tréfilunion v. komissio, (1995) ECR II 1063, k. 109.

min tyypillisesti arvioitu ilman tapauskohtaista vaikutusanalyysiä markkinakäyttäytymisen koordinointia tarkoittavien sopimusten lisäksi järjestelyitä, joiden on katsottu olleen haitallisia yhteismarkkinoiden yhtenäisyyden kannalta.[8] Tulkinta on ollut perusteiltaan muodollista. Joissakin yhteyksissä EUT-sopimuksen 101(1) artiklan muodollinen tulkinta on liittynyt myös toisen sopimusosapuolen tai muiden yksilöiden toimintavapauden suojaamiseen.[9]

EU:n kilpailuoikeuden kehityksenä on viimeisten vuosien aikana ollut pyrkimys täsmentää tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavien sopimusjärjestelyiden luokan sisältöä ja kiinnittää aiempaa enemmän huomiota järjestelyiden todellisiin vaikutuksiin markkinoiden toiminnan kannalta. Uudistus lähti liikkeelle vertikaalisten kilpailunrajoitusten arvioinnista ja kohdistui sen jälkeen horisontaalisten kilpailunrajoitusten tarkasteluun.[10] Muutoksen taustalta voidaan löytää siirtymä taloudellisessa ajattelussa. Muutokseen on vaikuttanut myös osaltaan taloudellisten olosuhteiden kehittyminen. Erityisesti vertikaalisten kilpailunrajoitusten arviointiasenteen muutoksen lähteenä voidaan pitää kilpailuoikeudellisen tarkastelukulman avartumista tuotemerkin sisäisistä kilpailuolosuhteista tuotemerkkien väliseen kilpailuun.[11] Samalla tarkastelun painopiste on liikkunut yhteismarkkinoiden yhtenäisyyden varmistamisesta kohti tehokkuusperiaatteen mukaisen taloudellisen analyysin merkityksen voimistumista. Suuntausta voidaan pitää sopimussuhteiden taustalla olevien liiketoiminnallisten näkökohtien toteuttamisen kannalta suotavana. Yksilöillä tulee olla mahdollisuus järjestää keskinäiset suhteensa haluamallaan tavalla, ellei ole olemassa hyväksyttäviä markkinoiden toimintaan liittyviä syitä puuttua järjestelyihin kilpailuoikeudellisesti. Arvioinnin tulee ensisijaisesti perustua yksittäistapaukselliseen analyysiin eikä yleisiin olettamiin.

---

[8] Yhdistetyissä asioissa 56/64 ja 58/64 Consten and Grundig v. komissio, (1966) ECR 299, käytiin keskustelua vertikaalisten kilpailunrajoitusten arvioinnin perusteista. Asianosaiset ja julkisasiamies päätyivät kannattamaan näkökantaa, jonka mukaan analyysin tulisi perustua todellisiin vaikutuksiin markkinoilla, jolloin muun ohella tuotemerkkien välinen kilpailu voisi tasapainottaa tuotemerkin sisäisen kilpailun rajoituksia. EU:n tuomioistuin omaksui kuitenkin edellä mainittua tiukemman linjan ja katsoi jakelijoiden toimintavapauksien rajoittamisen vahingolliseksi hyödykkeiden rajat ylittävän liikkuvuuden ja siten yhteismarkkinoiden toiminnan kannalta. Aika ei vielä ollut kypsä vertikaalisten järjestelyiden arviointiin niiden tapauskohtaisten tehokkuusvaikutusten perusteella. Keskeisenä rajoittavana tekijänä voidaan pitää pyrkimystä yhteismarkkinoiden yhtenäisyyden ylläpitämiseen. Ks. asetelmaa koskevasta keskustelusta esim. Amato, s. 48–49.

[9] Ks. tarkemmin esim. Whish, s. 117, Bellamy – Child, s. 154, ja Monti 2002, s. 1060 av. 14. Ks. toimintavapauden suojaamisen asemasta viimeaikaisen oikeuskäytännön osalta asia T-168/01 ClaxoSmithKline v. komissio, (2006) ECR II 2969, k. 171.

[10] Nyttemmin uudelleenarvioinnin kohteena on ollut EUT-sopimuksen 102 artiklan soveltaminen. Ks. tarkemmin DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses.

[11] Ks. tarkemmin esim. Korah – O'Sullivan, s. 9–10 ja 26.

Mikäli järjestelyn tarkoituksena ei voida katsoa olleen kilpailun rajoittaminen, on siirryttävä tarkastelemaan järjestelyn kilpailua rajoittavia vaikutuksia. Tämä merkitsee vaatimusta konkreettisen kilpailuanalyysin suorittamisesta. Tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavien järjestelyiden yleisen tason päättelystä on siirryttävä yksittäisen tapauksen tosiseikkojen arvioimiseen.[12] Oikeuskäytännön perusteella voidaan määrittää joitakin ominaispiirteitä kilpailuanalyysin toteuttamiselle. Arvioinnissa on hahmotettava se *konteksti*, johon sopimus tai muu järjestely sijoittuu.[13] Tämä edellyttää relevanttien markkinoiden määrittämistä.[14] Kyse on arvioinnin viitekehyksen rajaamisesta.

Kilpailuanalyysin toteuttaminen voidaan jakaa systemaattisessa katsannossa kahteen osaan. Ensimmäisessä vaiheessa on relevanttien markkinoiden määrittelyn lisäksi tunnistettava arvioinnin kohteena olevan sopimuksen päämäärät. On selvitettävä, mihin sopimuksella pyritään.[15] Lisäksi on määriteltävä, ovatko sopimuksella tavoitellut päämäärät yleisesti hyväksyttäviä markkinoiden toiminnan kannalta. Kyse on päämäärien kilpailuoikeudellisesta relevanssista. Sopimuksen tavoitteet voivat liittyä esimerkiksi kustannussäästöjen toteuttamiseen taikka markkinoiden toimintaan liittyvien kapeikkojen ohittamiseen ja siten markkinoiden toimintaedellytysten tukemiseen.[16] Ratkaisevassa asemassa ei ole yksinomaan sopimusteksti, vaan huomiota on kiinnitettävä sopimuksen todellisiin vaikutuksiin.[17] On ymmärrettävä, mistä sopimuksessa on tosiasiassa kysymys. Toisaalta on jäsennettävä, millaisia ongelmia sopimusjärjestelyyn voi markki-

---

[12] Ks. myös luku III.3.3.5.

[13] Ks. esim. asia 56/65 Société Technique Miniere v. Maschinenbau Ulm, (1966) ECR 235, asia 22/71 Beguelin v. SAGL, (1971) ECR 949, k. 13, ja asia C-399/93 Oude Luttikhuis, (1995) ECR I 4515, s. 10.

[14] Ks. asia C-234/89 Stergios Delimitis v. Henninger Bräu, (1991) ECR I 935, k. 16–18. Ks. markkinoiden määrittelystä tarkemmin luku III.3.3.5.2.

[15] Ks. asia C-234/89 Stergios Delimitis v. Henninger Bräu, (1991) ECR I 935, k. 10–12.

[16] Vertikaalisten sopimusten osalta esille voivat nousta pyrkimykset suojata investointeja ja rajoittaa investointia tekemättömien tahojen mahdollisuuksia hyötyä näistä investoinneista. Ks. tästä ns. vapaamatkustusongelmasta vertikaalisten sopimusjärjestelyiden osalta esim. Korah – O'Sullivan, s. 28–29.

[17] Tältä osin lähestymistapaa voidaan pitää yleisen kilpailuoikeudellisen tulkintaperiaatteen mukaisena, jolloin ratkaisevaa ei ole järjestelyn muoto vaan sen todelliset vaikutukset markkinoilla.

noiden toiminnan kannalta tyypillisesti liittyä.[18] Arviointi on alustavaa ja se auttaa suuntaamaan kilpailuanalyysia relevantteihin seikkoihin.[19]

Kilpailuanalyysin ytimessä on sopimusjärjestelyn todellisten kilpailuvaikutusten jäsentäminen. Kilpailuanalyysin alustavan suuntaamisen jälkeen on siirryttävä tarkastelemaan yksittäistapauksellisia olosuhteita. Sopimusjärjestely on asetettava taustaansa ja tutkittava, miten analyysin ensimmäisessä vaiheessa tunnistetut markkinoiden toimintaedellytyksiä tukevat ja sitä heikentävät vaikutukset toteutuvat.[20] Samassa yhteydessä on otettava kantaa markkinoiden toimintaa koskevan vaikutuksen voimakkuuteen. Oikeuskäytännössä omaksutun linjauksen mukaisesti markkinoiden toimintaan kohdistuvan vaikutuksen tulee olla muu kuin vähäinen.[21] Vähämerkitykselliset kilpailunrajoitukset jäävät sellaisinaan EUT-sopimuksen 101(1) artiklan soveltamisalan ulkopuolelle.

> Markkina-analyysin lähtökohtana on vakiintuneesti pidetty sopimusosapuolten markkinaosuuksia. Markkinaosuudet antavat lähtökohtaisen kuvan sopimusosapuolten asemasta ja samalla toiminnan vaikutusmahdollisuuksista markkinoilla. Tämä näkökulma on omaksuttu esimerkiksi komission de minimis -tiedonannossa.[22] Valittu lähestymistapa on perusteiltaan käyttökelpoinen, koska sen soveltaminen on käytännössä kohtuullisen suoraviivaista. Toisaalta markkinaosuutta voidaan pitää vain yhtenä toimijan markkinavoimaa indikoivana tekijänä. Markkinavoimaa voidaan mitata

---

[18] Tarkastelun etenemiseen vaikuttaa sopimusjärjestelyn sisältö. Samalla tuotannon tasolla toimivien yritysten välinen yhteistyö koskee tyypillisesti tuotekehitystä ja tuotannon yhdistämistä. Tuotekehitysyhteistyötä voidaan perustella pyrkimyksellä saada aikaan kustannussäästöjä ja tehostaa innovointia. Ks. esim. Motta, s. 203–204. Näiden hyväksyttävien päämäärien kääntöpuolena voi olla innovaatiotoiminnan toteuttamisen muotojen rajoittuminen ja osapuolten kilpailukäyttäytymisen koordinoituminen. Vertikaalisella sopimusjärjestelyllä voidaan edistää toimijoiden mahdollisuuksia päästä uusille markkinoille. Ks. myös Komission tiedontanto Suuntaviivat vertikaalisista rajoituksista, k. 106–109. Lisäksi vertikaaliset rajoitukset voivat olla tarpeellisia sopimusjärjestelyn toimivuuden tukemiseksi (esim. investointien suojaaminen). Toisaalta vertikaalisten rajoitusten seurauksena voivat markkinat sulkeutua ja tuotemerkin sisäiset kilpailuedellytykset heiketä.

[19] Mahdollista on myös se, että alustavan analyysin perusteella todetaan sopimusjärjestelyn jäävän EUT-sopimuksen 101(1) artiklan soveltamisalan ulkopuolelle. Ks. myös Venit 1998, s. 574.

[20] Markkina-analyysin toteuttaminen voi perustua erilaisiin tarpeisiin. Kilpailuoikeuden yksittäisten soveltamistilanteiden lisäksi mielenkiinto voi kohdistua markkinoiden toiminnan kokonaisvaltaiseen arvioimiseen. Ks. kilpailuseurannasta esim. Björkroth – Koponen – Pohjola – Virtanen, s. 29–33. Edellä mainitussa teoksessa markkinoiden ja samalla kilpailun toimivuuden arviointi on jaettu staattiseen ja dynaamiseen osaan. Statiikkaa tarkastellaan keskittymisasteen ja hintatason avulla. Dynamiikka kuvaavat puolestaan muun ohella alalle tulo ja sieltä poistuminen sekä markkinaosuuksien ja keskittymisasteen muutokset. Olennaista arvioinnissa on sen jatkuvuus. Arviointi ei voi keskittyä pysäytyskuvanomaisesti yhteen tilanteeseen, vaan arvioinnissa tulee kyetä jäsentämään markkinoiden muutokset.

[21] Ks. tarkemmin asia 5/69 Völk v. Vervaecke, (1969) ECR 295, k. 7. Ks. myös yhdistetyt asiat C-215/96 ja C-216/96 Bagnasco et al v. komissio, (1999) ECR I 135, k. 34–35.

[22] Komission tiedonanto vähämerkityksellisistä kilpailunrajoituksista, k. 7. Ks. myös asia 19/77 Miller v. komissio, (1978) ECR 131.

muillakin muuttujilla.[23] Näiden muuttujien käyttämiseen voi kuitenkin liittyä erilaisia käytännön haasteita. Markkinoiden toimivuuden kannalta olennaista on se, millaiselle tasolle kilpailuvaikutusten relevanssin määrittävät markkinaosuusrajat asetetaan. Rajojen sisälle voidaan laskea erilaisia varmuuskertoimia, jolloin riski perusteettomasta puuttumisesta lähtökohtaisesti vähenee. Lisäksi markkinaosuusrajoihin liittyvä oletettama kilpailunrajoituksen olemassaolosta voi olla yksittäistapauksellisesti kumottavissa.[24]

Kilpailuanalyysissä on kartoitettava tilanne relevanteilla markkinoilla. Tämä edellyttää suuntaamaan huomiota markkinatilanteen muodostumiseen vaikuttaviin muuttujiin ja niiden keskinäisiin suhteisiin. On löydettävä markkinaprosessin toimintaan vaikuttavat tekijät, joita on tarkasteltava sekä horisontaalisesti että vertikaalisesti. Luontevan lähtöpisteen arvioinnille muodostavat sopimuskumppaneiden ulkopuoliset toimijat markkinoilla. Kilpailijoiden asema ja resurssit on jäsennettävä osaksi analyysiä, koska kilpailijat luovat osaltaan painetta toisille toimijoille ja ohjaavat sopimusosapuolten menettelyjä markkinoilla. Asiakkaiden toimintamahdollisuudet voivat myös vaikuttaa tasapainottavasti sopimusosapuolten liikkumavaraan ja samalla sopimuksen kilpailuvaikutuksiin markkinoilla.

Markkina-analyysissä ei ole keskeistä hahmottaa yksinomaan yksittäisten toimijoiden positioita markkinoilla, vaan huomiota tulee kiinnittää markkinoiden dynamiikkaan kokonaisuudessaan. Kilpailutilanteeseen vaikuttavat osaltaan esimerkiksi mahdolliset markkinoille tulon esteet, jotka voivat olla luonteeltaan taloudellisia, teknisiä tai oikeudellisia.[25]

Kilpailupaineen muodostumisen kannalta tärkeässä asemassa on myös markkinoille tulon vaatima aika. Tällä tavoin saadaan kuva potentiaalisen kilpailun merkityksestä markkinoilla. Markkinoiden muilla ominaispiirteillä on oma sijansa analyysissä. Merkityksellisiä seikkoja liittyy esimerkiksi markkinoiden kehitysvaiheeseen (kasvavat vai vakaat markkinat) ja hyödykkeiden ominaisuuksiin (homogeenisyys / heterogeenisyys).

Kontekstisidonnaiseen tarkasteluun sisältyy keskeisesti ajatus yksittäisen sopimuksen arvioimisesta markkinoiden muodostamassa taustassa. Sopimuksella voi olla markkinoiden toimintaa rajoittavia vaikutuksia paitsi yksin myös yhdessä muiden samantyyppisten sopimusten kanssa. Näkökulma on ollut esillä erityisesti vertikaalisten sopimusten osalta. Sulkeva vaikutus voi kumuloitua markkinoilla, mikäli useat toimittajat käyttävät samantyyppisiä ehtoja jakelusopimuksissaan.[26]

---

[23] Markkinavoiman mittaamisessa on kiinnitettävä markkinaosuuden lisäksi huomiota markkinoiden dynamiikkaan sekä edelleen markkinoiden keskittymisasteeseen, markkinoille tulemisen mahdollisiin esteisiin ja tuotteiden sisältöön. Rakenteellisten seikkojen ohella markkinavoimaa voidaan mitata tarkastelemalla yrityksen hinnoittelumahdollisuuksia, kykyä strategiseen käyttäytymiseen sekä asiakkaiden riippuvuutta. Ks. Kuoppamäki 2003, s. 242. Lisäksi merkityksellinen seikka liittyy yrityksen kilpailuetuihin. Ks. tarkemmin M.Virtanen 1998, s. 101–106.

[24] Ks. komission tiedonanto vähämerkityksellisistä kilpailunrajoituksista, k. 2.

[25] Ks. markkinoille tulemisen esteistä esim. Tirole, s. 305–307.

[26] Ks. tarkemmin asia C-234/89 Stergios Delimitis v. Henninger Bräu, (1991) ECR I 935, k. 14–19.

Yksittäistä sopimusta on arvioitava tällöin verkoston osana. Keskeinen seikka on verkoston sitoman markkinaosuuden suuruus. Toisaalta yksittäisellä sopimuksella tulee olla merkittävä asema kumulatiivisen vaikutuksen syntymisen kannalta, jotta 101(1) artiklaa sovelletaan tähän sopimukseen.[27] Yksittäisen toimijan sopimuskantaa voidaan ainakin poikkeuksellisissa tilanteissa eritellä sen sisällön ja samalla kilpailuvaikutusten kannalta.[28] Tämän voidaan katsoa edelleen parantavan taloudellisen analyysin tarkkuutta.

Kilpailuanalyysi antaa perusteet muodostaa kuvan sopimusjärjestelyn vaikutuksista markkinoilla. Kuvaa on verrattava tilanteeseen, joka markkinoilla vallitsisi ilman järjestelyn toteuttamista. EUT-sopimuksen 101(1) artiklan soveltaminen edellyttää siten kahden markkinatilanteen (toteutuneen ja toteutumattoman) vertaamista keskenään.[29] Oikeuskäytännössä on viime aikoina korostettu tämän analyysin merkitystä myös horisontaalisten sopimusjärjestelyiden osalta.

European Night Services v. komissio -tapauksessa tarkasteltiin rautatieliikennettä harjoittavan yhteisyrityksen perustamiseen liittyvien sopimusjärjestelyiden asemaa EUT-sopimuksen 101(1) artiklan kannalta.[30] Komissio myönsi yhteisyritykselle poikkeusluvan, mutta asetti sille ehtoja. Komission ilmaisevat huolenaiheet jakautuivat kolmeen osaan (osakkaiden keskinäiset rajoitukset, rajoitukset suhteessa kolmansiin osapuoliin ja yhteisyritysten verkostosta aiheutuvat rajoitukset). EU:n yleinen tuomioistuin totesi, ettei asiassa ollut suoritettu riittävää kilpailuanalyysiä eikä siten osoitettu järjestelyllä olevan EUT-sopimuksen 101(1) artiklassa tarkoitettuja kilpailua rajoittavia vaikutuksia. Osakkaiden keskinäisten rajoitusten osalta tuomioistuin viittasi muun ohella siihen, ettei komission päätöksessä ollut analysoitu yksittäisten osakkaiden taloudellisia tai kaupallisia mahdollisuuksia harjoittaa yksin tai tytäryhtiöidensä kautta yhteisyritykseen nähden korvaavaa toimintaa. Kyse oli markkinoille tulemisen edellytyksistä erityisesti vaadittavia resursseja ja mittakaavoja silmällä pitäen. Kilpailijoihin kohdistuvien vaikutusten osalta analyysi suuntautui yhteisyrityksen hallinnoiman kapasiteetin välttämättömyyteen uusille markkinoille pääsemiseksi ja siten olennaisia toimintaedellytyksiä koskevan opin soveltamiseen.[31] Komission päätöksen kolmas peruste yhteisyritysten verkoston olemassaolosta osoittautui spekulatiiviseksi väitteeksi, jota ei ollut mahdollista kiinnittää markkinatilanteeseen.

---

[27] Ks. tarkemmin esim asia C-234/89 Stergios Delimitis v. Henninger Bräu, (1991) ECR I 935, k. 24–25, asia T-9/93 Schöller v. komissio, (1995) ECR II 1611, k. 76, ja asia T-77/94 VGB v. komissio, (1997) ECR II 759, k. 140.

[28] Asia C-214/99 Neste Markkinointi v. Yötuuli, (2000) ECR I 11121, k. 36–38.

[29] Ks. tarkemmin asia 56/65 Société Technique Miniere v. Maschinenbau Ulm, (1966) ECR 235, asia 42/84 Remia v. komissio, (1985) ECR 2545, k. 18, ja asia C-7/95 P John Deere v. komissio, (1998) ECR I 3111, k. 76.

[30] Yhdistetyt asiat T-374/94, T-375/94 ja T-388/94 European Night Services et al v. komissio, (1998) ECR II 3141.

[31] Ks. tuomion kohdat 210–215. Ks. olennaisista toimintaedellytyksistä esim. yhdistetyt asiat C-241/91 P ja C-242/91 P RTE ja ITP v. komissio, (1995) ECR I 743, k. 53–54.

O2-tapauksessa tarkasteltiin kansallisen verkkovierailun vaikutuksia 3G-markkinoiden kilpailuolosuhteisiin.[32] Komissio katsoi päätöksessään, että kansallinen verkkovierailu rajoittaa lähtökohtaisesti sitä käyttävän operaattorin toimintamahdollisuuksia (oman verkon käyttäminen, omien tuotteiden muodostaminen ja hinnoitteleminen) ja vaikuttaa siten haitallisesti markkinoiden toimintaan. EU:n yleisen tuomioistuimen käsittelyssä keskeiseksi seikaksi muodostui tältä osin kontrafaktuaalin markkinatilanteen määrittäminen, toisin sanoen, millainen tilanne markkinoilla vallitsisi ilman verkkovierailusopimuksen solmimista. Komissio lähti analyysissään yleisistä kansallista verkkovierailua koskevista olettamista eikä esimerkiksi analysoinut sitä, olisiko O2-operaattorin ollut mahdollista tulla lainkaan 3G-markkinoille ilman verkkovierailusopimusta. EU:n yleinen tuomioistuin kumosi komission päätöksen markkina-analyysin puutteellisuuden vuoksi ja totesi, ettei asiassa ollut esitetty selvitystä perustamissopimuksen 101(1) artiklan soveltamiskriteerien täyttymisestä.

Sopimusjärjestelyn kilpailua rajoittavien vaikutusten arviointi ei ole useinkaan yksinkertainen tehtävä. Kilpailuoikeudessa omaksuttu kehityssuunta tarkentaa tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavien sopimustyyppien luokkaa ja samalla laajentaa vaatimusta yksittäisen sopimusjärjestelyn kilpailua rajoittavien vaikutusten todentamisesta. EUT-sopimuksen 101(1) artiklaan vetoavan tahon on kyettävä määrittelemään konkreettinen markkinatilanne ja asettamaan sopimusjärjestely tähän taustaan. Sopimusjärjestelyn päämäärillä on arvioinnissa tärkeä asema. Päämäärät on suhteutettava markkinatilanteeseen ja osapuolten asemaan markkinoilla. Näin on mahdollista muodostaa realistinen käsitys sopimusjärjestelyn mahdollisista kilpailua rajoittavista vaikutuksista. Tämä on omiaan estämään tarpeetonta puuttumista liiketoiminnan sekä markkinoiden toimivuuden kannalta hyväksyttäviin järjestelyihin.[33]

2.3 KILPAILUA RAJOITTAVIEN JA SITÄ EDISTÄVIEN TEKIJÖIDEN KESKINÄINEN ARVIOINTI EUT-SOPIMUKSEN 101(1) ARTIKLASSA

EUT-sopimuksen 101(1) artiklan tulkinta muodostaa sopimustoimintaan liittyvien seikkojen jäsentämisen osalta kolmiosaisen kokonaisuuden. Edellä käsiteltiin kilpailua rajoittavan vaikutuksen määrittämistä EUT-sopimuksen 101(1) artiklassa ja sopimustoimintaan liittyvien seikkojen asemaa tässä harkinnassa. Sopimustoimintaan liittyvät näkökohdat tulee sisällyttää markkina-analyysiin. On ymmärrettävä, millaisten tavoitteiden toteuttamiseksi sopimusta käytetään. Tavoitteet on konvertoitava osaksi kilpailuoikeudellista harkintaa. Harkinnan

---

[32] Asia T-328/03 O2 (Germany) v. komissio, (2006) ECR II 1231.
[33] Ks. myös Bellamy – Child, s. 144–145.

seuraavassa ja nyt tarkasteltavassa vaiheessa on selvitettävä, kuinka sopimusjärjestelyn kilpailua edistävät vaikutukset voidaan suhteuttaa järjestelyn kilpailua rajoittaviin vaikutuksiin 101(1) artiklassa. Harkinnan kohde muuttuu osaltaan aiempaan vaiheeseen verrattuna; lähtökohtana on käsitys siitä, että järjestelyllä on kilpailua rajoittavia vaikutuksia.

EU:n kilpailuoikeudessa on käyty eri yhteyksissä laajaa keskustelua 101(1) artiklan soveltamisen sisällöstä.[34] Kysymys liittyy olennaisesti 101(1) artiklassa suoritettavan harkinnan rajoihin. EUT-sopimuksen 101(1) artikla voidaan nähdä ensisijaisesti toimivaltasäännöksenä, jonka soveltamisessa ei tule kiinnittää erityistä huomiota kilpailua edistävien seikkojen jäsentämiseen.[35] Kieltosäännöksen nähdään kattavan laajasti erilaiset kilpailuoikeuden tavoitteiden kannalta haitalliset sopimusperusteiset rajoitukset markkinoilla. Kilpailua edistävien ja sitä rajoittavien tekijöiden välinen punninta ohjautuu suoritettavaksi 101(3) artiklassa. Punninnalle asetetaan tällöin jo perustamissopimustasolla selkeät puitteet. Kilpailua rajoittavan sopimuksen on täytettävä 101(3) artiklan mukaiset tehokkuuskriteerit, jotka takaavat tehokkuushyötyjen kanavoitumisen kuluttajille ilman tarpeettoman laajoja ja markkinamekanismin toimivuutta vaarantavia rajoituksia.

Rinnakkaisen näkemyksen mukaan 101(1) artiklan soveltaminen edellyttää sitä, että järjestelyllä on markkinoiden toimintaan kohdistuvia todellisia vaikutuksia, jotka ylittävät järjestelystä mahdollisesti seuraavat hyödyt. Puhtaimmilleen vietynä tämä tarkoittaa kilpailua rajoittavien ja sitä edistävien vaikutusten täysimääräistä punnintaa 101(1) artiklassa. Sopimusjärjestely tulisi kielletyksi ainoastaan, mikäli sen kilpailua rajoittavat seuraukset ylittävät kilpailua edistävät vaikutukset. On mahdollista puhua rule of reason -periaatteen soveltamisesta 101(1) artiklan yhteydessä.[36]

EUT-sopimuksen 101(1) artiklan tulkintaa koskevaa keskustelua on vaivannut jonkinasteinen käsitteellinen epämääräisyys.[37] Keskustelussa on laitettu paljon painoarvoa sille, voitaisiinko 101(1) artiklan tulkinnan katsoa ilmentävän rule of reason -periaatetta. Puheenvuoroja asiasta on käytetty eri foorumeilla. EU:n yleinen tuomioistuin on joissakin yhteyksissä nimenomaisesti todennut, että rule of reason -periaatteen soveltaminen ei ole mahdollista 101(1) artiklan osalta.[38] Rat-

---

[34] Ks. keskustelun varhaisista vaiheista tarkemmin esim. Joliet, s. 116–123.
[35] Ks. tarkemmin esim. Goyder, s. 91.
[36] Ks. esim. julkisasiamies Légerin ratkaisuehdotus asiassa C-309/99 Wouters, (2002) ECR I 1577, k. 103, ja Bellamy – Child 1993, s. 68–69.
[37] Ks. esim. julkisasiamies Légerin ratkaisuehdotus asiassa C-309/99 Wouters, (2002) ECR I 1577, k. 102, ja Whish, s. 124.
[38] Ks. tarkemmin asia T-112/99 Métropole télévision (M6) v. komissio, (2001) ECR II 2459, k. 76.

kaisu on perustunut keskeisesti 101 artiklan rakenteeseen, johon kuuluvat erilliset kielto- ja poikkeussäännökset. Toisissa puheenvuoroissa on puolestaan pidetty mahdollisena ainakin sovelletun rule of reason -periaatteen sisältymistä tosiasiassa 101(1) artiklaan.[39]

Keskustelun eteneminen edellyttää käytettävien käsitteiden täsmentämistä. On ilmeistä, että 101 artikla ja Yhdysvaltain kilpailuoikeuteen sisältyvä kartellikielto (Sherman Actin 1 kohta) poikkeavat rakenteellisesti toisistaan. Samalla tavoin kilpailuoikeudellisen sääntelyn päämäärien välillä on EU:n ja Yhdysvaltain kilpailuoikeudellisissa järjestelmissä eroavaisuuksia. Tätä taustaa vasten on selvää, että Yhdysvaltain kilpailuoikeuteen sisältyvä rule of reason -periaate ei voi tulla sovellettavaksi sellaisenaan 101(1) artiklan osalta.[40] Tutkimuksellisesti on kuitenkin mielenkiintoista tarkastella, millä tavoin sopimusjärjestelyn kilpailua edistävät vaikutukset voidaan suhteuttaa kilpailua rajoittaviin vaikutuksiin 101(1) artiklan soveltamisessa. Kysymykseen saadaan ainakin osittain vastauksia 101(1) artiklan soveltamiskäytännön avulla.

EU:n kilpailuoikeuden ratkaisukäytännössä on käytetty rinnakkain termejä rule of reason -harkinta ja liitännäisrajoitusharkinta.[41] Käsitteiden ero on lähtökohtaisesti merkitsevä. Rule of reason -harkinta edellyttää sopimusjärjestelyn kilpailua edistävien ja sitä rajoittavien vaikutusten arvioimista markkinoiden muodostamassa taustassa.[42] On selvitettävä, johtaako sopimusjärjestely markkinoiden toiminnan kannalta kokonaisuudessaan kilpailua edistävään vai sitä rajoittavaan lopputulokseen. Arvioinnissa on edellisessä jaksossa kuvatun markkina-analyysin kaltaisia piirteitä, vaikka tarkastelun kohde on jossain määrin erilainen kilpailua rajoittavan vaikutuksen määrittämiseen verrattuna. Liitännäisrajoitusten arviointikehikon muodostaa yksittäinen sopimus. Tarkastelussa jäsennetään hyväksyttävän päämäärän toteuttamiseksi tehdyn sopimusjärjestelyn ja siihen välittömästi liittyvän kilpailua rajoittavan ehdon muodostamaa kokonaisuutta.[43] Kilpailuoikeudellisesti voidaan sallia sellaiset kilpailua rajoittavat ehdot, jotka ovat välttämättömiä sopimusjärjestelyn toteuttamiseksi. Tarkastelussa ei tällöin lähtökohtaisesti ylitetä sopimusjärjestelyn ja markkinoiden välistä rajapintaa.

---

[39] Ks. esim. Bellamy – Child, s. 144.
[40] Ks. myös Goyder, s. 91–92.
[41] Ks. julkisasiamies Légerin ratkaisuehdotus asiassa C-309/99 Wouters, (2002) ECR I 1577, k. 104.
[42] Ks. esim. Jones – Sufrin, s. 268–269.
[43] Ks. tarkemmin esim. komission tiedonanto Suuntaviivat perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan soveltamisesta, k. 29–31.

Liitännäisrajoituksia koskevalla opilla on vakiintunut asema 101(1) artiklan soveltamiskäytännössä.[44] Oppia on sovellettu erilaisissa yhteyksissä. Samalla ovat muodostuneet käsitykset kilpailuoikeuden kannalta hyväksyttävistä sopimusjärjestelyihin liittyvistä tavoitteista ja niiden toteuttamisen kannalta välttämättömistä keinoista.

Luvakesopimukset muodostavat liitännäisrajoitusopin keskeisen soveltamissektorin.[45] Luvakesopimuksia pidetään markkinoiden toiminnan kannalta hyödyllisinä järjestelyinä, koska näiden sopimusten avulla voidaan tehostaa hyödykkeiden jakelua ja mahdollistaa uusien toimijoiden tuleminen markkinoille ilman laajoja investointeja. Luvakesopimusjärjestelmä vaatii toimiakseen joitakin luvakkeensaajan toimintavapautta rajoittavia ehtoja. Luvakkeenantajalla on perusteltu syy odottaa, että yhteistyöhön sisältyvä taitotieto ei siirry luvakkeenantajan kilpailijoille. Välttämättöminä rajoituksina voidaan tältä osin pitää luvakkeensaajalle asetettua kieltoa perustaa kilpailevaa liikettä tai luovuttaa liikettä kolmannelle taholle.

Luvakejärjestelyihin liittyy usein pyrkimys varmistaa jakeluverkon yhtenäisyys. Tällä seikalla on merkitystä jakelujärjestelmän maineen ja identiteetin toteuttamisen kannalta. Jakelujärjestelmän yhtenäistäminen voi edellyttää erilaisia luvakkeensaajalle asetettavia vaatimuksia. Kilpailu syntyy itsenäisten jakeluketjujen välille. Osana jakeluketjun ohjausta luvakkeenantaja voi myös esittää myytäviä hyödykkeitä koskevia hintasuosituksia. Suositukset eivät kuitenkaan saa merkitä tuotemerkin sisäisen hintakilpailun poistumista. Jälleenmyyntihintojen asettamista tarkoittavia toimia ei ole pidetty välttämättöminä rajoituksina luvakejärjestelyiden toteuttamiseksi.

Luvakesopimusten lisäksi liitännäisrajoitusoppia on sovellettu myös muiden sopimusjärjestelyiden osalta. Metro-tapauksessa tarkasteltiin valikoivan jakelujärjestelmän toteuttamiseen liittyviä rajoituksia.[46] EU:n tuomioistuin hyväksyi valikoivan jakelujärjestelmän käyttämisen, mikäli jakelijoiden valinta toteutetaan objektiivisin perustein. Ratkaisu pohjautui ajatukselle, jonka mukaan jakelujärjestelmät voivat rakentua erilaisten liikeideoiden varaan. Joidenkin tuotteiden kohdalla kilpailu perustuu muihin seikkoihin kuin puhtaasti hintaan. Laadulliset tekijät on voitava ottaa huomioon, kun päätetään jakelujärjestelmän rakenteesta ja yksittäisten toimijoiden mahdollisuudesta osallistua jakelujärjestelmän toimintaan.

Liitännäisrajoitusarviointi voi tulla sovellettavaksi erilaisten yksinoikeusehtojen kohdalla.[47] Nämä ehdot voivat olla välttämättömiä esimerkiksi uuden teknologian ja samalla sen kehittämiseen liittyvien kannustimien suojaamiseksi. Ehtojen arvioinnin yhteydessä on otettava huomioon kolmansien osapuolten asema. Yksinoikeuslausekkeita voidaan käyttää myös erilaisten immateriaalioikeuksia koskevien näkökohtien turvaamiseksi.[48]

---

[44] Ks. myös Monti 2007, s. 33 – 35.
[45] Ks. asia 161/84 Pronuptia, (1986) ECR 353, k. 14–27.
[46] Ks. tarkemmin asia 26/76 Metro v. komissio, (1977) ECR 1875, k. 20–22.
[47] Ks. tarkemmin asia 258/78 Nungesser, (1982) ECR 2015, k. 54–58.
[48] Ks. asia 27/87 SPRL Louis Erauw-Jacquery v. La Hesbignonne SC, (1988) ECR 1919, k. 10–11, ja asia 262/81 Coditel, (1982) ECR 3381, k. 20.

Merkittävänä liitännäisrajoitusharkinnan alueena voidaan pitää yritysjärjestelyihin sisältyviä kilpailukieltoehtoja.[49] Yrityskaupan taloudellisen toteuttamisen mielekkyys edellyttää keskeisesti sitä, että siirtyvän yrityskokonaisuuden elinkelpoisuus voidaan taata. Yritysjärjestelyn toteuttamiseksi on voitava rajoittaa myyjän toimintamahdollisuuksia samoilla markkinoilla. Näiden rajoitusten tulee kuitenkin olla välttämättömiä hyväksyttävän syyn eli yritysjärjestelyn toteuttamisen kannalta. Kilpailukieltoehtoja on arvioitava ainakin asiallisessa, henkilöllisessä, ajallisessa ja maantieteellisessä ulottuvuudessa.

Liitännäisrajoitusoppia on sovellettu mielenkiintoisella tavalla taloudellista toimintaa harjoittavien yhteisöjen (yhdistys ja osuuskunta) jäsenyysvelvoitteiden arviointiin.[50] Näissä ehdoissa on tyypillisesti rajoitettu jäsenten vapautta omien liiketoimiensa järjestämiseen suhteessa yhteisön kilpailijoihin. Rajoituksia on perusteltu yhteisön toimintamahdollisuuksia markkinoilla koskevien edellytysten turvaamisella. Jäsenyysperusteisten rajoitusten tulee olla välttämättömiä hyväksyttävän tavoitteen saavuttamisen kannalta. Arvioinnissa on jäsennetty yhtäältä jäsenyysrajoituksen vaikutuksia jäsenten itsensä ja yhteisön kilpailijoiden kannalta sekä toisaalta suhteessa yhteisön asemaan markkinoilla. Mahdollisena on pidetty esimerkiksi kaksoisjäsenyyden kieltämistä, mikäli tämä vahvistaa yhteisön neuvotteluvoimaa ja samalla toimintamahdollisuuksia markkinoilla.

Liitännäisrajoitusoppi avaa mielenkiintoisen ja tärkeän mahdollisuuden sopimusjärjestelyihin liittyvien seikkojen jäsentämiseen osaksi kilpailuoikeudellista harkintaa. Edellä käsitellyissä tapauksissa on punninta suoritettu yksittäisen sopimus- tai muun vastaavan järjestelyn toteuttamisen ja siihen sisältyvien rajoitusten välillä. Tämä sektori muodostaa liitännäisrajoitusopin ytimen. Liitännäisrajoitusoppia on oikeuskäytännössä laajennettu myös erilaisten järjestelmätasoisten seikkojen suuntaan. Samalla liitännäisrajoitusopin yhteys erilaisiin hyväksyttäviin taloudellisiin päämääriin on ainakin osittain väljentynyt.

EU:n tuomioistuimen paljon huomiota herättäneessä Wouters-ratkaisussa tarkasteltiin 101(1) artiklan näkökulmasta Alankomaiden asianajajajärjestön sääntöjä, joiden mukaan asianajo- ja tilintarkastustoiminnan harjoittaminen samassa taloudellisessa yksikössä oli kiellettyä.[51] Säännön katsottiin rajoittavan kilpailua, koska se esti liiketoiminnallisten kokonaisuuksien koon kasvattamisen ja samalla mahdollisesti uusien palvelukonseptien toteuttamisen. Säännön perusteena pidettiin pyrkimystä asianajajien riippumattomuuden varmistamiseen. Riippumattomuus voi vaarantua, mikäli samassa liiketoiminnallisessa kokonaisuudessa yhdistyvät erilaisen aseman ja päämäärät omaavat taloudellisen toiminnan muodot. Asetelmaan liittyy olennaisesti tavoite suojella asiakkaan ja päämiehen luottamuksellisia suhteita. Lisäksi päätöksessä ve-

---

[49] Ks. asia 42/84 Remia v. komissio, (1985) ECR 2545, k. 17–20.

[50] Ks. asia C-250/92 Gottrup-Klim v. Dansk Landbrugs Grovvareselskab, (1994) ECR I 5641, k. 31–42. Ks. myös asia T-61/89 Dansk Pelsdyravlerforening v. komissio, (1992) ECR II 1931, k. 78.

[51] Asia C-309/99 Wouters, (2002) ECR I 1577. Ratkaisussa tarkasteltiin asianajajia kilpailuoikeudellisina yrityksinä ja vastaavasti asianajajaliittoa yritysten yhteenliittymänä.

dottiin yleiseen tavoitteeseen turvata oikeudenhoidon asianmukaisuus. EU:n tuomioistuin katsoi, että hyväksyttävä peruste 101(1) artiklan soveltamisen rajaamiselle oli olemassa. Käytettävien keinojen välttämättömyyttä koskevassa harkinnassa nousi esille asianajajia ja tilintarkastajia koskevan sääntelyn osittain erilainen sisältö ja toiminnan toisistaan poikkeavat luonteet. EU:n tuomioistuin totesi, ettei asianajajaliiton tekemä päätös rajoittanut kilpailua 101(1) artiklassa tarkoitetulla tavalla.

Wouters-ratkaisu on herättänyt lukuisien mielipiteiden lisäksi useita kysymyksiä.[52] Ensinnäkin ratkaisu on laajentanut liitännäisrajoitusopin soveltamisaluetta yksittäisten sopimusjärjestelyiden ulkopuolelle. Arviointi kohdistuu ensisijaisesti järjestelmätasoisiin seikkoihin. Toiseksi arvioinnin perusteet ovat muuttuneet luonteeltaan aiempaa välillisemmin taloudellisiksi. On jopa käytetty termiä julkisoikeudellinen rule of reason.[53] Seikka on sinällään huomionarvoinen, mutta on toisaalta muistettava, että asianajotoiminnan luotettavuudella voidaan katsoa olevan yhteys markkinoiden toimintaan. Luottamus asianajotoiminnan riippumattomuuteen vaikuttaa olennaisesti asianajomarkkinoiden toimivuuteen. On kuitenkin ilmeistä, että yhteys yksittäiseen sopimusjärjestelyyn on välillinen.

Wouters-tapauksesta on esitetty erilaisia tulkintoja. Ratkaisu on haluttu nähdä EU:n kilpailuoikeuden silloisen soveltamisjärjestelmän tuloksena.[54] Koska järjestelylle ei ollut haettu poikkeuslupaa, ainoa mahdollisuus järjestelmän hyväksymiseen oli harkinnan sisällyttäminen 101(1) artiklaan. Harkinnan toteuttamisen inspiraationa on pidetty erityisesti vapaan liikkuvuuden säännöksiä, joista voidaan poiketa erilaisten hyväksyttävien kansallisten intressien vuoksi, mikäli rajoitukset ovat hyväksyttävän tavoitteen toteuttamiseksi välttämättömiä.[55] Tämä inspiraatio on saatu sovitetuksi yhteen liitännäisrajoitusopin kanssa, koska harkintarakenteessa on yhdensuuntaisia osia.

Wouters-tapauksen jälkeen keskustelu julkisoikeudellisesta rule of reason -harkinnasta nousi esille Meca-Medina-ratkaisun yhteydessä.[56] Asiassa oli kysymys yksittäisten urheilijoiden tekemän valituksen perusteella siitä, oliko kansainvälinen antidopingsäännöstö yhdenmukainen EU:n kilpailuoikeuden kanssa. Säännöstön mahdolliset kilpailua rajoittavat vaikutukset liittyivät erityisesti urheilijoille dopingrikkomuksen seurauksena perusteettomasti määrättyihin toimintakieltoihin. Käsillä olevassa tapauksessa urheilijat katsoivat antidopingsäännöstön olevan kilpailuoikeuden vastainen erityisesti siksi, että joillekin dopingrikkomuksille saattoi olla olemassa muukin selittävä tekijä kuin kielletyn aineen nauttiminen suorituskyvyn parantamiseksi.

EU:n yleinen tuomioistuin totesi, että perustamissopimuksen kilpailusäännökset eivät soveltuneet asiassa, koska antidopingsäännöstö liittyy puhtaasti urheiluun eikä sillä ole tekemistä taloudellisen toiminnan kanssa.[57] Arviointi perustui siten toiminnan luonnetta koskevaan jaotteluun. EU:n tuomioistuin sitä vastoin katsoi, että perustamissopimuksen kilpailuoikeudellisia säännöksiä voidaan soveltaa antidopingsäännöstöön, vaikka tämä säännöstö sinällään liittyy urheilutapahtumien erityiseen luontee-

---

52 Ks. esim. Jones – Sufrin, s. 258.
53 Ks. tarkemmin Whish, s. 120–122.
54 Ks. esim. Goyder, s. 94–95.
55 Ks. tarkemmin Monti 2002, s. 1086–1090, ja Mortelmans, s. 628–629.
56 Asia C-519/04 P Meca-Medina ja Majcen v. komissio, (2006) ECR I 699.
57 Ks. tarkemmin asia T-313/02 David Meca-Medina ja Igor Majcen v. komissio, (2004) ECR II 3291, k. 37–48.

seen tai sen erityisiin puitteisiin. EU:n tuomioistuin perusteli kantaansa sillä, että säännöstö tosiasiassa vaikuttaa tai ohjaa taloudellisen toiminnan järjestämistä.[58] EU:n tuomioistuin avasi kilpailuoikeuden soveltamisharkinnan määrittelemällä antidopingsäännöstön tavoitteet (dopingin käytön torjunta kilpailun toteuttamiseksi, yhdenmukaisten kilpailuedellytysten takaaminen, urheilijoiden terveyden suojaaminen, urheilun eettisten arvojen toteuttaminen), joita on pidettävä yleisesti hyväksyttävinä.

Hyväksyttävien tavoitteiden toteuttamiseksi käytettävien keinojen tulee olla oikeasuhtaisia. Säännökset on rajattava siihen, mikä on välttämätöntä urheilukilpailujen asianmukaisen toteuttamisen varmistamiseksi. Oikeasuhtaisuutta voidaan arvioida sekä dopingrikkomuksen määritelmän että sen sanktioiden osalta. Tässä yhteydessä harkinta rajoittui ainoastaan dopingrikkomuksen määritelmään, koska kantajina toimineet urheilijat eivät olleet esittäneet muita väitteitä.[59] Dopingrikkomuksen määritelmän osalta ei asiassa ollut esitetty riittävästi näyttöä sovellettujen raja-arvojen epäsuhtaisuudesta. EU:n tuomioistuin totesi, että kansainvälistä antidopingsäännöstöä ei voitu pitää 101(1) artiklassa tarkoitettuna kiellettynä kilpailunrajoituksena.

Meca-Medina-tapaus on monella tavalla mielenkiintoinen. Ratkaisussa pyykitetään uudella tavalla kilpailuoikeuden ja urheilun välistä rajapintaa. Arviointi menee aiempaa hienojakoisempaan suuntaan, kun kilpailuoikeuden ja urheilun välisen rajapinnan määrittäminen ei perustu yksinomaan toiminnan luonnetta koskeviin arvioihin (taloudellinen / ei-taloudellinen toiminta).[60] Ratkaisu vahvistaa osaltaan Wouters-tapauksessa omaksuttua mahdollisuutta punnita erilaisia järjestelmätasoisiin seikkoihin liittyviä perusteita suhteessa perustamissopimuksen 101(1) artiklan kannalta merkityksellisiin kilpailua rajoittaviin vaikutuksiin. Ratkaisut ovat niiden osittain erilaisesta taloudellisesta taustasta huolimatta vahvassa yhteydessä keskenään.

Liitännäisrajoitusoppi osoittaa sen, että kilpailua edistävien ja sitä rajoittavien tekijöiden keskinäisen tarkastelu on ainakin joissain suhteissa mahdollista EUT-sopimuksen 101(1) artiklan puitteissa. Lähestymistapa on luontevasti yhdistettävissä yhteen aiemmin käsitellyn 101(1) artiklan toimintaympäristösidonnaisen soveltamisen kanssa. Sopimusoikeudellisilla muuttujilla on oma asemansa 101(1) artiklan harkinnassa. Tämä on omiaan joustavoittamaan 101(1) artiklan soveltamista.

Liitännäisrajoitusopin lähtökohdat ovat perusteiltaan selkeät. On määriteltävä hyväksyttävä päämäärä, jonka toteuttamista sopimus tai muu järjestely tukee. Kyse on järjestelyn kilpailuoikeudellisesta hyväksyttävyydestä. Arviointi perustuu järjestelyn vaikutuksiin markkinoiden toimintaan. Pelkkä sopimusjärjestelyn hyödyllisyys osapuolten näkökulmasta ei riitä täyttämään asetettua vaatimusta. Hyödyllisyyden tulee olla luonteeltaan yleistä, yksittäisen sopimussuhteen rajat tässä mielessä ylittävää. Hyödyllisyyden arviointi ei ole aina ollut erityisen jäsentynyttä siten, että arvioinnissa olisi suoranaisesti hyödynnetty esimerkiksi

---

58 Asia C-519/04 P Meca-Medina ja Majcen v. komissio, (2006) ECR I 699, k. 22–27.
59 Ks. tuomion kohta 50–54.
60 Ks. esim. Aine 2007, s. 82–83.

taloudellisen tehokkuuden eri muotojen kuvaajia. Tarkastelu on enemmänkin perustunut toimintaa tai sen luonnetta koskeviin yleisiin olettamiin tai käsityksiin. Tämä seikka antaa liikkumavaraa opin soveltamisessa.

Liitännäisrajoitusopissa on pidättäydytty perinteisesti arvioimaan kilpailunrajoituksen asemaa suhteessa yksittäiseen sopimusjärjestelyyn. Siirto markkina-analyysin suuntaan on haluttu joissakin yhteyksissä nimenomaisesti torjua.[61] EUT-sopimuksen rakenteelliset ja kilpailupoliittiset seikat huomioon ottaen näkökulmaa voidaan pitää perusteltuna. On ilmeistä, että 101(1) artiklan kieltosäännöksen tulkinnan väljentäminen vaikuttaa 101(3) artiklan poikkeussäännöksen asemaan. EUT-sopimuksen 101(1) ja 101(3) artiklan välisen erottelun ylläpitäminen voidaan nähdä systemaattisista syistä perustelluksi.

Keskustelu 101(1) ja 101(3) artiklan keskinäisestä suhteesta voidaan pyrkiä sivuuttamaan viittaamalla asetuksen 1/2003 mukaiseen mahdollisuuteen soveltaa rinnakkain kumpaakin edellä mainittua säännöstä. Ratkaisevaa ei kuitenkaan ole yksinomaan rinnakkainen soveltamismahdollisuus, vaan huomiota on kiinnitettävä myös harkinnan sisältöön. Kysymykseen 101(3) artiklan mukaisen poikkeusharkinnan sisällöstä palataan seuraavassa jaksossa, mutta jo alustavasti voidaan todeta, että 101(1) artiklan liitännäisrajoitusharkinnan rakenne on jossain määrin karkeahko 101(3) artiklaan verrattuna. Havainto koskee sekä harkinnan toteuttamistapaa että siinä huomioon otettavia seikkoja. EUT-sopimuksen 101(3) artiklan aseman ja siihen liittyvien tehokkuusperusteiden merkityksen korostaminen voidaan nähdä kilpailupoliittisena valintana, jolla pyritään sulkemaan pois kansallisten intressien perusteeton toteuttaminen ja samalla varmistamaan 101 artiklan soveltamisen tehokkuus.[62]

Liitännäisrajoitusharkinnan avaaminen markkinavaikutusanalyysin suuntaan on yksi mahdollisuus opin kehittämisessä. Avaukseen voidaan löytää aineksia nykyisestä oikeuskäytännöstä.[63] Gottrup Klim -tapauksessa tarkasteltiin jäsenyysvelvoitteiden yhteyttä ja vaikutuksia yhdistyksen asemaan markkinoilla (neuvotteluvoima). Tämä arviointi edellyttää jollain tasolla yhdistyksen markkina-aseman ja edelleen markkinatilanteen jäsentämistä. Pidättäytyminen yksinomaan yhdistyksen ja sen jäsenen välisen suhteen tarkastelussa ei ole mahdollista, kun arvioidaan jäsenyysrajoitusten perustetta ja oikeasuhtaisuutta. Yksittäisen sopimussuhteen tai muun järjestelyn rajat on ylitettävä arvioinnin asianmukaisuuden varmistamiseksi. Samaan suuntaan käyviä impulsseja voidaan löytää Wouters- ja Meca-Medina -tapauksista. Tarkastelu on perusteiltaan järjestelmä-

---

[61] Asia T-112/99 Métropole télévision (M6) v. komissio, (2001) ECR II 2459, k. 76

[62] Ks. tarkemmin komission Valkoinen kirja EY:n perustamissopimuksen 85 ja 86 artiklan soveltamissääntöjen uudistamisesta, OJ (1999) C 132/1, k. 57.

[63] Ks. myös Jones – Sufrin, s. 259.

tasoista. Arvioinnissa kiinnitetään huomiota sääntelyn ja markkinoiden toimivuuden välisiin rajapintoihin.

Oikeuskäytännöstä kumpuavista impulsseista huolimatta 101(1) artiklan mukaisen tarkastelukulman laajentamiseen kilpailua edistävien ja sitä rajoittavien vaikutusten arvioinnissa tulee suhtautua varovaisesti. Tulkinta ei saa johtaa 101(3) artiklan merkityksen tosiasialliseen katoamiseen. EUT-sopimuksen 101(1) artiklan tarkastelukulman osittaista täsmentämistä markkinavaikutusten suuntaan voidaan tältä osin kuitenkin pitää tarpeellisena. EUT-sopimuksen 101(1) artiklassa tulee arvioida todellisten vaikutusten kannalta sekä kilpailua edistäviä että sitä rajoittavia vaikutuksia. Näin voidaan taata yhteyden säilyminen sääntelyn ja sen kohteen välillä.

Liitännäisrajoitusharkinnan vahvuutena voidaan pitää sen rakennetta. Jaottelu hyväksyttäviin päämääriin ja edelleen näiden päämäärien toteuttamiseksi välttämättömiin keinoihin on perusteiltaan kantava. Harkinnan rakenteen osalta voidaan löytää mielenkiintoisia yhteyksiä 101(1) artiklan sekä 101(3) artiklan ja 102 artiklan välille. Liitännäisrajoitusoppi ei kuitenkaan ole tästä harkinnan rakennetta koskevasta selkeydestä huolimatta sisällöltään ongelmaton. Opin soveltamiskriteerien sisälle voidaan asettaa monenlaisia tekijöitä. Tämä on omiaan joustavoittamaan harkintaa, mutta samalle se tuottaa määrättyä epävarmuutta soveltamiskriteerien täyttymisen arviointiin.

Jatkossa on kiinnitettävä erityistä huomiota liitännäisrajoitusopin selkeyttämiseen niissä rajoissa, kun se harkinnan luonne huomioon ottaen on mahdollista. Oma sijansa asetelman selkeyttämisessä on niin oikeuskäytännöllä kuin oikeustieteellisellä tutkimuksella. Oikeustieteen keinoin voidaan erityisesti pyrkiä systematisoimaan hyväksyttävien tavoitteiden ja välttämättömien rajoitusten luokkaa sekä muodostamaan tällä tavoin suuntaviivoja, joiden perusteella kilpailua edistäviä ja sitä rajoittavia seikkoja voidaan tarkastella systemaattisesti 101(1) artiklassa.

2.4 EUT-SOPIMUKSEN 101(3) ARTIKLA

EUT-sopimuksen 101(3) artiklassa asetetaan *nimenomaiset* oikeudelliset puitteet sopimusjärjestelyjen kilpailua edistävien ja sitä rajoittavien vaikutusten punninnalle. EUT-sopimuksen 101 artiklan rakenne on muodostunut itsenäisen eurooppalaisen kilpailuoikeustradition perusteella: kieltosäännös ja sitä koskeva poikkeamismahdollisuus on haluttu eriyttää siten, että poikkeamisen kriteerit on määritelty suoraan perustamissopimuksessa.[64] Poikkeussäännöksen olemassaolo

[64] Ks. EUT-sopimuksen 101 artiklan säätämisen taustoista esim. Gerber 1998, s. 339–345, ja Goyder, s. 27–29.

on omiaan vähentämään tarvetta punnita järjestelyn kilpailua edistäviä ja rajoittavia vaikutuksia kieltosäännöksessä. Sääntelyrakenne poikkeaa siten esimerkiksi Yhdysvaltain Sherman Actin 1 kohdasta. Toisaalta pyrkimys soveltaa 101 artiklaa kokonaisuutena mielekkäällä tavalla johtaa vaatimukseen siitä, ettei sopimusjärjestelyn todellisia vaikutuksia tule ottaa huomioon ainoastaan 101(3) artiklassa, vaan harkinnan on oltava taloudellisesti realistisella pohjalla myös 101(1) artiklan osalta. Tämä edellyttää sopimusjärjestelyn sijoittamista ja arvioimista taloudellisessa taustassaan 101(1) artiklan mukaisessa harkinnassa.

Kilpailua edistävien ja sitä rajoittavien vaikutusten arviointi vaatii sopimusjärjestelyn asettamista taloudelliseen viitekehykseensä. EUT-sopimuksen 101(3) artiklan osalta näkökulma merkitsee vaatimusta markkina-analyysin suorittamisesta. Sopimusjärjestelyä on tarkasteltava taloudellisessa toimintaympäristössään. Sopimusjärjestelystä kumpuavat hyödyt ja haitat konkretisoituvat relevanteilla markkinoilla, joiden määrittäminen on olennainen osa markkina-analyysiä. Poikkeusharkinnassa on paikallistettava markkinoiden dynamiikan lähteet ja arvioitavana olevan sopimusjärjestelyn yhteys näihin muuttujiin. Tämä tarkoittaa käytännössä sitä, että markkinatilanteen muutos heijastuu poikkeusharkintaan: yksittäisissä olosuhteissa suoritettu poikkeusharkinta ei välttämättä anna luotettavaa kuvaa 101(3) artiklan kriteerien täyttymisestä, mikäli markkinaolosuhteet muuttuvat.[65] Sopimusjärjestelyiden kilpailuoikeudellinen riskienhallinta edellyttää markkinaolosuhteiden ja -tilanteen jatkuvaa seurantaa.

EUT-sopimuksen 101(3) artiklassa on asetettu lähtökohtaisesti selkeät puitteet poikkeusharkinnalle. Sopimuksen tai muun järjestelyn tulee poikkeuksen toteuttamiseksi: a) tehostaa tuotantoa tai tuotteiden jakelua taikka edistää teknistä tai taloudellista kehitystä, b) jättää kuluttajille kohtuullinen osuus näin saatavasta hyödystä, c) olla asettamatta yrityksille rajoituksia, jotka eivät ole välttämättömiä mainittujen tavoitteiden toteuttamiseksi, ja d) olla antamatta näille yrityksille mahdollisuutta poistaa kilpailua merkittävältä osalta kysymyksessä olevia tuotteita. Soveltamiskriteerit ovat kumulatiivisia, joten poikkeuksen toteutuminen edellyttää niiden kaikkien täyttymistä.[66]

Soveltamiskriteereitä voidaan luokitella tai ryhmitellä eri tavoin. On esimerkiksi mahdollista puhua kahdesta positiivisesta ja kahdesta negatiivisesta sovel-

---

[65] Ks. komission tiedonanto Suuntaviivat perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan soveltamisesta, k. 44–45. Poikkeuksen muodostavat tilanteet, joissa kilpailua rajoittava sopimus on peruuttamaton. Tällöin sopimusta edeltänyttä tilannetta ei voida tosiasiallisten syiden vuoksi palauttaa. EUT-sopimuksen 101(3) artiklan mukainen harkinta perustuu yksinomaan täytäntöönpanohetken mukaisiin yksityiskohtiin.

[66] Ks. esim. yhdistetyt asiat 43/82 ja 63/82 VBVB ja VBBB, (1984) ECR 19, k. 61.

tamisedellytyksestä.[67] Soveltamisharkinnan rakenne on perusteiltaan selvä. Soveltamisrakenteen selkeys ei poista sitä seikkaa, että kriteerit jättävät soveltajalle liikkumavaraa. Oikeuskäytännöllä on ollut merkittävä asema kriteerien sisällön täsmentäjänä.

EUT-sopimuksen 101(3) artiklan poikkeuksen soveltamisen perustavana edellytyksenä on se, että kilpailua rajoittavien vaikutusten vastapainoksi sopimus tai muu järjestely johtaa tuotannon tai jakelun tehostumiseen. Arvioinnin ensimmäisessä vaiheessa on kyettävä määrittämään sopimusjärjestelystä seuraavat tehokkuusedut. Sopimusjärjestelyn päämäärät ja logiikka on muunnettava kilpailuoikeuden kielelle. Tehokkuushyödyt voivat liittyä niin tuotannollisen, allokatiivisen kuin dynaamisen suorituskyvyn lisäyksiin.[68]

Tehokkuusetuja voidaan harkinnan suuntaamiseksi luokitella alustavasti sopimustyypeittäin. Horisontaalisille järjestelyille ovat tyypillisiä mitattavissa olevat kustannusedut, jotka voivat liittyä esimerkiksi toiminnan mittakaavojen laajentamiseen.[69] Ongelmaksi voivat kuitenkin muodostua kilpailijoiden välisen sopimusjärjestelyn markkinavoimaa kasvattavat seuraukset; tehokkuushyödyt eivät välttämättä kanavoidu osapuolten ulkopuolelle, jolloin allokatiivinen tehokkuus voi heikentyä. Vertikaalisilla järjestelyillä voidaan puolestaan korjata erilaisia markkinoiden toiminnan puutteita. Kyse voi olla kustannuksista, joita niiden aiheuttaja ei ota omassa päätöksenteossaan huomioon. Vertikaalisin sopimusjärjestelyin voidaan pyrkiä esimerkiksi estämään vapaamatkustusta tai hyödykkeen hinnoittelun moninkertaista marginalisaatiota.[70] Vertikaalisilla järjestelyillä voidaan vähentää myös transaktiokustannusten aiheuttamia ongelmia. Asetelma liittyy tyypillisesti opportunistisen käyttäytymisen estämiseen silloin, kun osapuolten sopimussuhdetta koskevat sijoitukset ovat epäsymmetrisiä.[71] Poikkeus-

---

[67] Ks. esim. Whish, s. 149. Komissio on asettanut kriteerit tiedonannossaan osittain toiseen järjestykseen siten, että tehokkuuskriteerin jälkeen tarkastellaan rajoitusten välttämättömyyttä ja vasta tämän jälkeen kuluttajien saaman hyödyn määrää. Ks. tarkemmin komission tiedonanto Suuntaviivat perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan soveltamisesta, k. 39.

[68] Ks. tehokkuuden eri muodoista luku III.3.2.

[69] Horisontaalisten tuotekehitystä koskevien sopimusten hyväksyttävänä päämääränä voidaan pitää toiminnasta aiheutuvien kustannusten jakamista ja alentamista. Ks. esim. Motta, s. 203–204. Samalla on mahdollista nopeuttaa uusien hyödykkeiden ja tuotantomenetelmien markkinoille saattamista. Kilpailijoiden välisten tuotantoyhteistyötä koskevien sopimusten keskeisenä pontimena voidaan pitää mittakaavaeduista seuraavia kustannussäästöjä. Samat perusteet nousevat esille myös horisontaalisten ostoyhteistyösopimusten osalta.

[70] Ks. tarkemmin esim. Bishop – Walker 2002, k. 5.37–5.42.

[71] Vertikaalisissa sopimussuhteissa korostuu tyypillisesti investointien suojaaminen. Ks. vertikaalisten sopimusjärjestelyiden tehokkuusvaikutuksista esim. Korah – O'Sullivan, s. 27–38, ja komission tiedonanto Suuntaviivat vertikaalisista rajoituksista, k. 116. Tällä argumentilla voidaan perustella niin yksinmyyntisopimuksia kuin yhden tuotemerkin määräämistä koskevia sopimuksia. Vastaava argumentaatio nousee esille myös yksinomaisten asiakkaiden määräämistä merkitsevien sopimusten ja yksinomaista toimitusvelvoitetta koskevien sopimusten osalta. Valikoivaan jakelu-

harkinnassa on arvioitava, miltä markkinat näyttäisivät ilman sopimusjärjestelyiden toteuttamista. Vertailu edellyttää kontrafaktuaalin markkinatilanteen määrittämistä.

Sopimusjärjestelystä seuraavien merkityksellisten etujen luokka on rajattu EUT-sopimuksen 101(3) artiklassa varsin suoraan erilaisiin konkreettisiin tehokkuuden lisäyksiin. Perusteiltaan arviointikehikko on tarkkarajainen. Oikeuskäytännöstä voidaan kuitenkin löytää ratkaisuja, joissa arviointikehikon rajoja on venytetty. Perusteet liittyvät erilaisten järjestelmätasoisten seikkojen huomioon ottamiseen 101(3) artiklassa.[72] Yleistä keskustelua voidaan käydä siitä, kuinka laajalle rajojen siirtäminen on perusteltua.[73] Oikeuskäytännön perusteella voidaan todeta, että merkityksellisten etujen peittämän alan on oltava riittävän laaja kattamaan sopimusjärjestelyistä tyypillisesti seuraavat hyödylliset vaikutukset. Kyse on enemmän siitä, että sopimustoimintaa koskevat hyödylliset vaikutukset voidaan esittää yksittäistapauksessa systemaattisesti.

EUT-sopimuksen 101(3) artiklan kriteerien täyttymistä koskeva näyttötaakka on sillä taholla, joka vetoaa poikkeukseen. Tehokkuusetujen osalta ei riitä yksinomaan viittaaminen näihin etuihin yleisellä tasolla, vaan on näytettävä tehokkuusetujen syntyminen yksittäistapauksessa relevanteilla markkinoilla. Tämä voi edellyttää tehokkuuden eri muotojen välistä vertailua. Arvioinnissa on olennaista, että tehokkuusedut ovat luonteeltaan yleisiä, eivätkä ne rajaudu yksinomaan sopimusosapuolten väliseen suhteeseen.[74] Sopimuksen taustalla oleva logiikka on muunnettava kilpailuoikeudellisten arviointipuitteiden mukaiseksi. Tehokkuusetujen ja sopimusjärjestelyn välisestä yhteydestä on esitettävä luotettava selvitys. Yhteyden tulee olla välitön. Tehokkuusetuja koskeva näyttö riippuu yksittäisissä tapauksissa paljon tehokkuusetujen luonteesta. Kustannussäästöjen tueksi voidaan esittää erilaisia laskelmia. Perusteiltaan monimutkaisempaa on sitä vastoin laadullisten tehokkuusetujen määrittäminen ja luotettava todentaminen.[75] Näyttökysymykset voivat kokonaisuudessaan muodostua haastaviksi, koska sopimusjärjestelyn vaikutukset voivat ulottua pitkälle tulevaisuuteen. Tämä vaikuttaa osaltaan sopimusjärjestelyn osapuolille asetettavaan vaatimustasoon.

Kuluttajien on saatava vähintään kohtuullinen osuus sopimusjärjestelyn tuottamasta hyödystä. Vaatimus linkittyy kilpailuoikeuden tehtävään luoda edelly-

---

järjestelmään liittyviä sopimuksia voidaan perustella myös mittakaavaetujen saavuttamisella logistisissa toiminnoissa.

[72] Ks. esim. asia T-17/93 Matra Hachette v. komissio, (1994) ECR II 595, k. 139. Ks. myös Wesseling 2000, s. 105.

[73] Ks. esim. Amato, s. 59–62.

[74] Ks. tehokkuusetujen objektiivisesta luonteesta yhdistetyt asiat 56/64 ja 58/64 Consten and Grundig v. komissio, (1966) ECR 299.

[75] Ks. komission tiedonanto Suuntaviivat perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan soveltamisesta, k. 69–72.

tyksiä yhteiskunnallisen hyvinvoinnin lisäämiseen ja jakamiseen markkinamekanismin mukaisesti.[76] Kuluttajilla tarkoitetaan tässä yhteydessä kaikkia hyödykkeen käyttäjiä riippumatta heidän oikeudellisesta asemastaan.[77] Olennaista on hyödyn siirtyminen sopimusjärjestelyn osapuolia laajemmalle joukolle. Sopimusjärjestelyn tulee olla tässä mielessä yleisesti arvioituna hyödyllinen. EUT-sopimuksen 101(3) artiklan soveltamistilanteissa sopimusjärjestelystä seuraa käytännössä erilaisia kuluttajien asemaa heikentäviä vaikutuksia. Nämä vaikutukset on suhteutettava järjestelyn tehokkuushyötyihin. Asteikko on liukuva: mitä voimakkaammin kilpailua rajoittavat vaikutukset kohdistuvat kuluttajiin, sitä suurempia kuluttajien saamien hyötyjen tulee olla. Kuluttajien aseman ei tule heikentyä sopimusjärjestelyn toteuttamisen vuoksi; nettovaikutuksen tulee olla kuluttajien kannalta vähintäänkin neutraali.

Sopimusjärjestelyn hyödyt kulkeutuvat kuluttajille markkinoiden kautta. Markkinoiden toimivuus on keskeinen tekijä, kun arvioidaan kuluttajien asemaa 101(3) artiklassa tarkoitetulla tavalla. Markkinoiden toimivuudesta seuraava kilpailupaine johtaa ensisijaisesti hyötyjen kanavoitumiseen kuluttajille. Arviointi edellyttää tältä osin markkina-analyysin suorittamista. Keskeisessä asemassa ovat kilpailun lähteet ja ne seikat, joilla markkinoilla kilpaillaan (esimerkiksi hinta tai laatu). EUT-sopimuksen 101(3) artiklaan vetoavan tahon on esitettävä luotettava selvitys markkinoiden toimivuudesta (kilpailuaste) ja edelleen hyötyjen siirtymisestä sopimusosapuolten ulkopuolelle. Kuluttajat voivat hyötyä sopimusjärjestelystä eri vaiheissa. Sopimusjärjestelystä seuraavat hyödyt ja haitat on suhteutettava ajallisesti toisiinsa. Kyse on eräänlaisesta diskonttaamisesta: hyödyn merkitys on kuluttajille lähtökohtaisesti sitä pienempi, mitä kauemmin hyödyllisten vaikutusten realisoituminen kestää.

Kilpailua rajoittavien seurausten tulee olla *välttämättömiä* tehokkuushyötyjen saavuttamisen kannalta. EUT-sopimuksen 101(3) artiklan sisällön voidaan katsoa ilmentävän tältä osin suhteellisuusperiaatetta.[78] EUT-sopimuksen 101(3) artiklalla voidaan nähdä olevan leikkauspiste 101(1) artiklassa suoritettavan kilpai-

---

[76] Tässä katsannossa ratkaisevaa ei ole yksin hyvinvoinnin kokonaismäärän lisääntyminen, vaan huomiota tulee kiinnittää myös hyvinvoinnin jakautumiseen. Valinta on viime kädessä kilpailupoliittinen ja se saattaa olla ristiriitainen joidenkin taloudellisten teorioiden lähtökohtien kanssa. Valinnan kyseenalaistamiseen ei kuitenkaan ole tässä yhteydessä tarvetta. Kuluttajien aseman huomioon ottaminen on syvällä kilpailuoikeuden rakenteessa. Valinta osoittaa omalta osaltaan sen, että kilpailuoikeuden soveltamista ei voida palauttaa suoraviivaisesti taloustieteen soveltamiseksi. Ks. myös asia T-168/01 ClaxoSmithKline v. komission, (2006) ECR II 2969, k. 171. Ks. luku II.8.2.3.1.

[77] Ks. esim. komission tiedonanto Suuntaviivat perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan soveltamisesta, k. 84.

[78] Ks. esim. komission tiedonanto Suuntaviivat perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan soveltamisesta, k. 73, ja Goyder, s. 124.

luvaikutusten arvioinnin kanssa: käytettävät keinot on suhteutettava hyväksyttävien päämäärien toteuttamisen vaatimuksiin. Välttämättömyysvaatimus voidaan jakaa systemaattisessa tarkastelussa kahteen osaan. Kilpailua rajoittavien ehtojen tulee olla tarpeellisia järjestelystä seuraavien hyötyjen saamiseksi. Valitun keinon tulee olla sellainen, että se soveltuu tavoiteltavan päämäärän toteuttamiseen. Toiseksi on selvitettävä, ettei kilpailua vähemmän rajoittavia keinoja ole käytettävissä. Komission näkemyksen mukaan arviointi keskittyy taloudellisesti toteuttamiskelpoisiin ratkaisumalleihin eikä niinkään teoreettisiin vaihtoehtoihin.[79] Avainasemassa on 101(3) artiklaan vetoava toimija, jonka tulee esittää luotettava selvitys liiketaloudellisesti realistisista toimintamalleista tai niiden puuttumisesta.

Välttämättömyysharkinta liittyy kunkin tapauksen ominaispiirteisiin. EUT-sopimuksen 101(3) artiklan soveltamisessa voidaan esimerkiksi tarkastella kilpailunrajoituksen keston ja investointien poistoaikojen välistä suhdetta. Arvioinnissa lähdetään siitä, että rajoituksen välttämättömyys linkittyy järjestelyn liiketaloudellisiin perusteisiin. Kilpailunrajoituksen avulla voidaan tukea hyödylliseksi arvioidun sopimusjärjestelyn toteuttamista siten, että sopimusjärjestelyä koskevat investoinnit ovat kohtuudella kuoletettavissa. Tämän ajanjakson jälkeen kilpailuoikeudellinen peruste sopimusjärjestelyn liittyvien kilpailunrajoitusten hyväksymiseen usein poistuu.

EUT-sopimuksen 101(3) artiklan soveltaminen ei saa johtaa kilpailun olennaiseen poistumiseen markkinoilta. Ehto voidaan nähdä eräänlaisena perälautana, joka asettaa äärimmäisen rajan 101(3) artiklan soveltamiselle. Lähtökohtana tulee olla markkinoiden toiminta ilman kilpailua rajoittavia sopimuksia, jotka voidaan sallia poikkeustilanteissa. Yksittäiset kilpailua rajoittavat sopimusjärjestelyt eivät saa vaarantaa markkinamekanismin yleisiä toimintaedellytyksiä. Poikkeusharkinta edellyttää tältä osin markkinoiden dynamiikan hahmottamista. On tunnistettava kilpailun lähteet ja sopimusosapuolten asema markkinoilla. Vaara kilpailun poistumisesta voi olla konkreettinen silloin, kun sopimusosapuolten asema markkinoilla on vahva ja kilpailupaineen syntymisedellytykset muutoin

---

[79] Tyyppitapauksena voidaan pitää rakennusurakkaa, joka voidaan toteuttaa jonkin toimijan toimesta yksin tai yhdessä useiden toimijoiden kanssa. Välttämättömyysharkinta kohdistuu siihen, kykeneekö yksi toimija suoriutumaan urakasta vai onko urakan yhteinen toteuttaminen ainoa toteuttamiskelpoinen vaihtoehto. Arvioinnissa nousevat esille yhden toimijan realistiset toimintaedellytykset. Harkinnan taloudellisen luonteen vuoksi ei ole perusteltua kokonaan sivuuttaa kysymystä urakan toteuttamisen eri mallien tehokkuusvaikutuksista. Jos arviointi kiinnittyy yksinomaan yhden toimijan toimintamahdollisuuksiin, saattaa tehokkuusvaikutuksien kokonaisvaltainen tarkastelu jäädä vähäiselle huomiolle. Toisaalta sopimusjärjestely on nähtävä taloudellisessa taustassaan, jolloin yhteistoiminnasta seuraavat mahdolliset kilpailukäyttäytymisen koordinoitumisvaikutukset ovat kilpailuoikeudellisen analyysin kannalta olennaisia. Ks. myös Bellamy – Child, s. 221–222.

rajalliset.[80] Merkityksellisiä seikkoja voivat olla osapuolten markkinaosuuksien lisäksi markkinoiden keskittymisaste, sopimusjärjestelyiden kumuloituminen ja aktiivisen toimijan (markkinahäirikkö) eliminoituminen markkinoilta.[81]

EUT-sopimuksen 101(3) artiklassa asetetaan rakenteellisesti selväpiirteiset puitteet sopimusjärjestelyistä seuraavien kilpailua rajoittavien ja sitä edistävien tekijöiden arvioinnille. Poikkeusharkinnan osista voidaan löytää joitakin sellaisia kantavia elementtejä, jotka kuvaavat hyvin kilpailuoikeudellisen sääntelyn sopimusoikeudellisen argumentaation relevanssille asettamia vaatimuksia. EUT-sopimuksen 101(3) artiklassa tarkastellaan sopimusjärjestelyistä seuraavia tehokkuushyötyjä. Sopimusoikeudelliset päämäärät on konvertoitava tehokkuusarvioinnin mukaisiksi kriteereiksi. Toisaalta on kuitenkin huomattava, että 101(3) artiklan soveltamiskäytännöissä tehokkuusvaikutukset on ymmärretty laajasti. Konvertoiminen ei tätä taustaa vasten tarkasteltuna ole useinkaan erityisen ongelmallista. Sopimusjärjestelyiden vaikutusten hyödyllisyyttä arvioidaan markkinoiden muodostamassa viitekehyksessä. Kyse ei siten ole yksin sopimusjärjestelyn toimivuudesta, vaan siitä asemasta, joka sopimusjärjestelyllä on markkinoiden toiminnan kannalta. Merkityksellisten hyötyjen tulee olla luonteeltaan yleisiä. Lisäksi näiden hyötyjen tulee kanavoitua sopimusosapuolia laajemmalle. Tarkasteluperspektiivi on järjestelmätasoinen.

EUT-sopimuksen 101(3) artiklassa asetetaan vaatimus hyväksyttävien päämäärien ja niiden saavuttamiseksi käytettävien keinojen välisestä suhteesta. Kilpailua rajoittavien vaikutusten tulee olla välttämättömiä tehokkuushyötyjen toteuttamiseksi. Tämä suhteellisuusperiaatteen mukainen tarkastelutapa kytkee 101(3) artiklan yhteen aiemmin käsitellyn 101(1) artiklan mukaisen arvioinnin kanssa. Yhteinen perusta voidaan löytää suhteellisuusperiaatteesta. Kilpailuoikeudellisesti merkityksellisiä sopimusjärjestelyihin liittyviä päämääriä ja niistä seuraavia kilpailunrajoituksia on tarkasteltava yhdessä. Lähestymistapa on luonteeltaan yleinen, ja sen soveltaminen edellyttää tapauskohtaista harkintaa, ennen kuin johtopäätösten tekeminen on mahdollista. Tähän lähestymistapaan voidaan katsoa liittyvän jotain sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden keskinäisiä suhteita yleisesti kuvaavaa ainesta. Jatkossa on mielenkiintoista arvioida, miten nämä sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden suhdetta määrittävät seikat tulevat esille EUT-sopimuksen 102 artiklan soveltamisessa.

---

[80] Ks. esim. yhdistetyt asiat 209–215 ja 218/78 Van Landewyck v. komissio, (1980) ECR 3125, k. 131 ja 188–189.

[81] Ks. esim. asia T-395/94 Atlantic Container Line v. komissio, (2002) ECR II 875, k. 196–260.

2.5 EUT-SOPIMUKSEN 102 ARTIKLA

EUT-sopimuksen 102 artiklassa kielletään määräävän markkina-aseman väärinkäyttäminen. Tämä sääntely voi johtaa tosiasiassa määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen toimintamahdollisuuksien rajautumiseen markkinoilla. Määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen mahdollisuuksia solmia sopimuksia haluamillaan ehdoilla soveliaaksi katsomiensa tahojen kanssa voidaan rajoittaa kilpailuoikeudellisin perustein. EUT-sopimuksen 102 artiklan perusteella voidaan vaikuttaa niihin ehtoihin, joiden mukaan määräävässä markkina-asemassa oleva yritys voi sopimuksia solmia. Kiellettynä ja määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä pidetään esimerkiksi kohtuuttomien tai syrjivien sopimusehtojen käyttämistä.[82] Määräävässä markkina-asemassa olevalle yritykselle voidaan myös asettaa velvollisuus solmia sopimuksia uusien asiakkaiden kanssa sekä pitää yllä olemassa olevia sopimussuhteita. Sopimuksentekovelvollisuus liittyy tyypillisesti asetelmiin, joissa määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen toimittama hyödyke muodostaa olennaisen toimintaedellytyksen markkinoilla.[83]

Määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen toimintamahdollisuuksien erityistä sääntelyä voidaan perustella markkinoiden keskittymisellä ja yrityksen voimakkaalla asemalla relevanteilla markkinoilla. Määräävässä markkina-asemassa oleva yritys voi lähtökohtaisesti operoida markkinoilla merkittävässä määrin kilpailun paineista vapaana ja vaikuttaa markkinaolosuhteiden muovautumiseen. Määräävään markkina-asemaan on perinteisesti EU:n kilpailuoikeudessa liitetty erityinen vastuu markkinaolosuhteiden vaalimisesta.[84] Määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen on ainakin kohtuullisessa määrin otettava huomioon muut toimijat markkinoilla.[85] Tämä lähestymistapa on yhdistettävissä ordoliberalistiseen käsitykseen markkinoiden toimivuuden edellytyksistä, joihin sisältyy ajatus useista toimijoista kilpailullisen markkinarakenteen tunnuspiirteenä.[86]

---

[82] Ks. kohtuuttoman hinnoittelun osalta esim. asia 226/84 British Leyland v. komissio, (1986) ECR 3263, ja hintasyrjinnän osalta esim. asia T-128/98 Aéroports de Paris v. komissio, (2000) ECR II 3929, k. 215.

[83] Ks. esim. yhdistetyt asiat C-241/91 P ja C-242/91 P RTE ja ITP v. komissio, (1995) ECT I 743, k. 53–55.

[84] Ks. esim. asia 322/81 Michelin v. komissio, (1983) ECR 3461, k. 57, ja asia T-83/91 Tetra Pak, (1995) ECR II 762, k. 122.

[85] Asetelma voidaan nähdä vaatimuksena uusien toimijoiden markkinoille pääsyn ja siellä operoinnin edellytysten turvaamisesta, millä on olennainen asema kilpailuprosessin legitiimisyyden kannalta. Ks. Fox 2003, s. 157–158.

[86] Ks. esim. Vickers, s. 246.

Omaksuttu lähestymistapa on perusteiltaan ymmärrettävä. Määräävässä markkina-asemassa olevalle toimijalle voidaan asettaa vastuuta ja odotuksia markkinoiden toimivuuden ylläpitämisestä.[87] Tähän määräävässä markkina-asemassa olevalla toimijalla on hyvät mahdollisuudet keskittyneillä markkinoilla. Markkinoiden toimivuuden tarkastelua ei kuitenkaan tule kiinnittää yksinomaan määräävässä markkina-asemassa olevaan yritykseen, vaan arvioinnissa tulee ottaa huomioon markkinat ja markkinatoimijat kokonaisuudessaan.[88] Määräävässä markkina-asemassa olevan toimijan positio on tältä osin suhteutettava kilpailijoihin, asiakkaisiin, kuluttajiin sekä markkinoiden toimintaan liittyviin järjestelmätasoisiin näkökohtiin.[89] Näin voidaan taata kilpailuoikeudellisen sääntelyn taustalla olevien arvojen ja tavoitteiden mahdollisimman kattava toteutuminen.

EU:n kilpailuoikeudessa on käyty laajaa keskustelua taloudellisen argumentaation asemasta kilpailusäännösten soveltamisessa. Keskustelu on lähtenyt liikkeelle 101 artiklan piiristä, missä se on johtanut konkreettisiin soveltamisjärjestelmää koskeviin täsmennyksiin. Keskustelu on parhaillaan käynnissä 102 artiklan osalta.[90] Johtopäätöksiä ei ole vielä mahdollista tehdä, mutta joitakin keskeisiä ajatuksia keskustelusta voidaan nostaa esille lähemmän tarkastelun kohteiksi. EUT-sopimuksen 102 artiklan soveltamisen uudistamista koskevaa keskustelua leimaa pyrkimys korostaa taloudellisen tehokkuuden merkitystä kilpailuoikeuden perustavana ja myös hallitsevana päämääränä.

Valitussa lähestymistavassa on perusteltuja ja vähemmän perusteltuja puolia. Tehokkuuspäämäärillä on kilpailuoikeudessa keskeinen mutta ei yksinomainen asemansa. Tässä esityksessä on omaksuttu näkökulma, jonka mukaan tehokkuusperiaatteen lisäksi kilpailuoikeuden arvo- ja tavoiteperustaan kuuluvat vapaus-, integraatio- ja reiluusperiaatteet. Tehokkuusperusteluiden merkitys on suhteutettava kilpailuoikeuden muiden kantavien periaatteiden mukaisiin perusteluihin. Kannatettavaa 102 artiklan uudistustyössä on vaatimus määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen toimien todellisten vaikutusten selvittämi-

---

87 Ks. EU:n ja Yhdysvaltain kilpailuoikeusajattelun eroista tältä osin McDonald, s. 8–12.

88 Ks. kansallisesta soveltamiskäytännöstä Normilk Oy (Valio II) -tapaus, KHO päätös 9.4.1996 taltio 988 (6384/1/94 ja 118/1/95), jossa arvioitiin kiinteistönkaupan kohteen käyttämistä rajoittaneen ehdon merkitystä määräävän markkina-aseman väärinkäytön kiellon kannalta. Arvioinnissa otettiin huomioon ehdon sijoittuminen osaksi kokonaisjärjestelyä, jolla määräävässä markkina-asemassa ollut myyjä pyrki tuotantokapasiteetin vähentämiseen markkinoilta. Näissä olosuhteissa edellä mainitun ehdon sisällyttäminen kiinteistönkaupan ehdoksi ja siten ostajan toimintavapauden rajoittaminen ei ollut määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä. Arvioinnille oli luonteenomaista sen kontekstisidonnaisuus.

89 Ks. myös asia T-83/91 Tetra Pak v. komissio, (1994) ECR II 755, k. 115.

90 DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses (December 2005) ja sitä seurannut komission tiedonanto Ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen (2009/C 45/02).

sestä; 102 artiklan soveltaminen ei voi yksin perustua lähtökohtaisten olettamien varaan, vaan soveltamisessa on tarkasteltava todellisia markkinavaikutuksia. Tämä vaatimus johtaa arvioimaan markkinoiden toimivuutta kokonaisvaltaisesta näkökulmasta, jolloin määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen lisäksi on kiinnitettävä huomiota kilpailijoihin, potentiaalisiin kilpailijoihin, asiakkaisiin sekä markkinoiden kulloisiinkin ominaispiirteisiin. Asetelman purkaminen edellyttää eri toimijoiden välisten relaatioiden analysoimista ja toimijoiden asemien keskinäistä vertaamista.

> Markkinoiden toimintaan liittyvän tehokkuusanalyysin voidaan katsoa rakentuvan kahdesta osasta. Ensimmäisessä vaiheessa on selvitettävä, millä tavoin organisoiden saavutetaan tehokkain lopputulos hyödykkeiden tuotannossa ja jakelussa. Markkinoiden keskittymistä voidaan perustella esimerkiksi mittakaavaetujen saavuttamisella; on edullista, että tuotanto keskittyy sellaisille yrityksille, jotka kykenevät panostamaan toiminnan riittävään laajuuteen. Tehokkuusanalyysin toinen puoli liittyy yritysten kannustimiin välittää toiminnasta saatavat tehokkuusedut kuluttajille. Kilpailupaine muodostaa keskeisen edellytyksen tehokkuusetujen välittymiselle. Tämä on seikka, jolla on tärkeä sijansa tarkasteltaessa tehokkuusargumenttien asemaa keskittyneillä markkinoilla. Pelkkä mahdollisuus tehokkuusetujen saavuttamiseen ei riitä, mikäli kannustimet tehokkuushyötyjen siirtämiseen puuttuvat. Kilpailuoikeudelliseen arviointiin on sisällytettävä molemmat tehokkuusanalyysin osa-alueet. Kilpailuoikeuden soveltamisella on pyrittävä vaikuttamaan siihen, että kilpailuprosessin toiminta-edellytykset säilyvät ja kehittyvät. Tarkastelussa ei ole perusteltua pitäytyä vain nykyhetkessä, vaan markkinoiden dynaamisuuden edellytyksistä on pidettävä huolta myös ajallisessa jatkumossa. Tässä suhteessa 102 artiklan uudistamistyöhön sisältyy joitakin haasteellisia kysymyksiä.[91]

EUT-sopimuksen 102 artiklan uudistamistyössä on pyritty saattamaan soveltamiskäytäntö taloudellisesti kestävälle pohjalle. Keskeinen metodi on ollut antaa määräävässä markkina-asemassa olevalle yritykselle mahdollisuus puolustautua erilaisten oikeuttamisperusteiden avulla. Oikeuttamisperusteet avaavat määräävässä markkina-asemassa olevalle yritykselle väylän perustella toimintaansa taloudellisesti ja vapautua 102 artiklan kiellon ikeestä. Omaksuttu lähestymistapa on sinällään kannatettava, koska sen avulla määräävässä markkina-asemassa oleva yritys voi tuoda esille menettelynsä perusteet ja sillä tavoiteltavat päämäärät. Tämä parantaa sopimustoimintaan liittyvien argumenttien huomioon ottamisen mahdollisuuksia 102 artiklan soveltamisessa ja joustavoittaa säännöksen tulkintaa.

On mahdollista kysyä, miksi sopimusoikeudellisten perusteiden sisäänajoväylänä käytetään oikeuttamisperusteita, joihin yritys voi vedota, mikäli järjeste-

---

[91] Tällaisena seikka voidaan mainita yhtä tehokkaan kilpailijan asemaan perustuva arviointi, johon palataan jäljempänä tässä luvussa.

lyn katsotaan olevan ongelmallinen 102 artiklan kannalta. On edellistä perustellumpaa lähteä siitä, että kaikkien markkinoilla olevien toimijoiden asemat sisällytettäisiin suoraan 102 artiklan soveltamista koskevaan harkintaan.[92] Harkinnassa tulisi punnita keskenään esimerkiksi määräävässä markkina-asemassa olevan toimijan kannustimia uuden teknologian kehittämiseen sekä kilpailijoiden mahdollisuuksia päästä markkinoille ja harjoittaa elinkeinoaan. Tällöin markkina-analyysi olisi kattava ja vastaisi lähtökohdiltaan mahdollisimman hyvin todellista markkinatilannetta.

Valitulla lähestymistavalla on käytännön vaikutuksia muun ohella todistustaakkakysymysten kannalta. EUT-sopimuksen 102 artiklan soveltamiseen vetoavan on näytettävä soveltamiskriteerien täyttyminen yksittäistapauksessa, kun oikeuttamisperusteiden näyttäminen kuuluu määräävässä markkina-asemassa olevalle yritykselle.[93]

EUT-sopimuksen 102 artiklan uudistustyössä oikeuttamisperusteet on jaettu kolmeen osaan.[94] Määräävässä markkina-asemassa olevalla yrityksellä on oikeus vedota toimintansa tueksi siihen, että menettely on välttämätön *kilpailuun vastaamiseksi*.[95] Kysymys on ensisijaisesti niistä keinoista, joita määräävässä markkina-asemassa olevalla yrityksellä on reagoida kilpailijoidensa toimiin markkinoilla. Määräävässä markkina-asemassa oleva yritys voi esimerkiksi hinnoitteluaan muuttamalla minimoida tai estää kilpailusta aiheutuvia tappioita lyhyellä aikajänteellä. Kilpailuun vastaaminen luo hyväksyttävän perusteen hinnoittelukäytäntöjen väliaikaiselle muuttamiselle.

Kilpailuun vastaaminen muodostaa mielenkiintoisen kokonaisuuden 102 artiklan soveltamiskentässä. Määräävässä markkina-asemassa olevalle yritykselle on perinteisesti asetettu erityinen vastuu kilpailuolosuhteiden säilymisestä markkinoilla. Toisaalta määräävässä markkina-asemassa olevalla yrityksellä tulisi olla mahdollisuus reagoida markkinatilanteen muutoksiin ja puolustaa omia kaupallisia intressejään.[96] Kilpailuoikeuden soveltamisen kannalta merkityksellistä on se, että kilpailuprosessin toimivuuden edellytykset turvataan myös lyhyttä pidemmällä aikajänteellä. Markkinoiden dynaamisuuden tulee olla erityisen kilpailuoikeudellisen mielenkiinnon kohteena. Vain näin voidaan taata kuluttajien intressien toteutuminen.

---

92 Ks. julkisasiamies Jacobsin ratkaisuehdotus asiassa C-53/03 Syfait, (2005) ECR I 4609, k. 72. Ks. kuitenkin asia T-201/04 Microsoft v. komissio, (2007) ECR II 3601, k. 697–698 ja 710.

93 Ks. esim. asia T-83/91 Tetra Pak v. komissio (II), (1994) ECR II 755, k. 207.

94 DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, s. 24–28.

95 Ks. kilpailuun vastaamisesta yleisesti Kuoppamäki 2003, s. 919–923.

96 Ks. esim. asia T-228/97 Irish Sugar v. komissio, (1999) ECR II 2969, k. 112 ja 188–189.

Tätä taustaa vasten on ymmärrettävää, että kilpailuun vastaamiselle on 102 artiklan osalta asetettu tiukat vaatimukset.[97] Ne rakentuvat varsin pitkälle suhteellisuusperiaatteen mukaisen lähestymistavan varaan. Käytetyn keinon tulee olla *sopiva* määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen kaupallisten intressien suojaamiseksi. Keinon tulee olla *oikeassa suhteessa päämäärään nähden*: tavoitetta ei toisin sanoen voida toteuttaa kilpailua vähemmän rajoittavin keinoin.[98] Arviointi liittyy tältä osin toimenpiteen laajuuteen sekä sen ajalliseen kestoon. Lisäksi toimenpiteen tulee olla *kohtuullinen* 102 artiklan tavoitteet huomioon ottaen. Arvioinnissa on verrattava keskenään toimenpiteen vaikutuksia niin määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen, kilpailijoiden, asiakkaiden kuin kuluttajienkin kannalta.

Määräävässä markkina-asemassa oleva yritys voi vedota toimintansa oikeuttamiseksi myös menettelyn *objektiiviseen välttämättömyyteen*. Toiminnalla tavoitellaan tällöin kaikkia markkinatoimijoita yhtäläisesti koskevia päämääriä, joista voidaan mainita esimerkkeinä turvallisuuden ja terveyden edistäminen. Lähestymistapa mahdollistaa sen, että määräävässä markkina-asemassa oleva yritys voi velvoittaa asiakkaansa huollattamaan tuotteen valtuutetulla korjaamolla, jotta tuotteen turvallinen toiminta voidaan taata. Suoritettavien toimenpiteiden tulee olla välttämättömiä objektiivisten tavoitteiden turvaamiseksi. Kilpailua vähemmän rajoittavaa keinoa ei tällöin ole tehokkaasti käytettävissä.

Vetoaminen objektiiviseen välttämättömyyteen voi tarjota mahdollisuuden pyrkiä rajoittamaan kilpailua asiattomasti. Oikeuskäytännössä on tarkasteltu tilanteita, joissa turvallisuustekijöihin viittaamalla on pyritty vyöryttämään markkinavoimaa päätuotteeseen nähden liitännäisille markkinoille.[99] Toimenpiteen välttämättömyyden arvioinnissa on selvitettävä, millaiset mahdollisuudet viranomaisilla on turvallisuutta ja terveyttä koskevien näkökohtien suojelemiseen.[100] Viranomaisten toimintaedellytykset poistavat usein perusteen vedota toimenpiteen objektiiviseen välttämättömyyteen.

EUT-sopimuksen 102 artiklan soveltamisen uudistamistyön keskeisenä pontimena voidaan pitää taloudellisen argumentaation vahvistamista artiklan soveltamisessa. Tätä taustaa vasten ei ole yllättävää, että *tehokkuuspuolustus* nostettiin voimallisesti esiin yhtenä mahdollisuutena, jolla määräävässä markkina-asemas-

---

[97] Kansallisessa oikeuskäytännössämme sallitun kilpailun vastaamisen perusteiksi voidaan katsoa asetetun toimenpiteiden punktuaalisuus, defensiivisyys ja kohtuullisuus. Ks. tältä osin Kuoppamäki 2003, s. 921.

[98] Asia 27/76 United Brands v. komissio, (1978) ECR 207, k. 190.

[99] Asia T-30/89 Hilti v. komissio, (1991) ECT II 1439, k. 115–119.

[100] Ks. asia T-83/91 Tetra Pak v. komissio (II), (1994) ECR II 755, k. 83–84.

sa oleva yritys voi oikeuttaa menettelynsä markkinoilla.[101] Soveltamistyön eräänä innovaationa voidaan nähdä tehokkuuspuolustuksen asettaminen 102 artiklan osalta 101(3) artiklan poikkeuskriteerien mukaiseen kehikkoon. Siirto on mielenkiintoinen, mutta se lisää osaltaan 101 ja 102 artiklan välisiä yhteyksiä. Samalla korostuu suhteellisperiaatteen asema sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden yhteensovittamisen välineenä.

EUT-sopimuksen 101(3) artiklan kriteereitä on käsitelty edellä omassa jaksossaan. Tässä yhteydessä voidaan todeta, että harkintakriteerien yhteneväisyys ei vielä sellaisenaan merkitse harkinnan toteuttamisen täydellistä samankaltaisuutta. Keskittyneillä markkinoilla soveltamiskriteerien täyttymiseen voi liittyä joitakin erityispiirteitä. Tehokkuushyötyjen kanavoituminen kuluttajille edellyttää keskeisesti sitä, että kilpailu markkinoilla toimii ja määräävässä markkina-asemassa olevaan yritykseen kohdistuu edes jonkinasteista kilpailupainetta.

Hyödyn siirtymiselle asetettavat vaatimukset riippuvat keskeisesti kilpailunrajoituksen laajuudesta: asteikko on tältä osin liukuva. Vastaavasti vaatimus kilpailun säilymisestä voi osoittautua 102 artiklan soveltamistilanteissa haasteelliseksi. Vaatimuksen tarkoituksena on suojata olemassa olevia kilpailuedellytyksiä markkinoilla. Markkinoiden keskittyneisyys saattaa asettaa tosiasiallisia rajoitteita kilpailuprosessin toiminnalle. Kilpailuedellytysten suojaamisen kannalta haitallista voi olla esimerkiksi vaihtoehtoisten jakelukanavien määrän merkittävä vähentyminen järjestelyn seurauksena.

EUT-sopimuksen 102 artiklan soveltamisen uudistaminen on monivaiheinen prosessi. Komissio avasi keskustelun omalla asiakirjallaan, jonka perusteella on käytetty laajalti erilaisia puheenvuoroja.[102] Sittemmin komissio on antanut tiedonannon eräistä 102 artiklan soveltamiskysymyksistä.[103] Varmaa ei ole vielä se, miten komissio suhtautuu uudistustyön jatkamiseen. Viime kädessä ratkaisuvalta on EU:n tuomioistuimella. Uudistustyön välittömänä vaikutuksena voidaan kuitenkin pitää 102 artiklan soveltamista koskevien taloustieteellisesti painottunei-

---

[101] Yrityksen innovointikannustimien ja markkinoiden toimivuuden välinen asetelma oli keskeisesti esillä myös asiassa T-201/04 Microsoft v. komissio, (2007) ECR II 3601, k. 659–665 ja 707–712. Ks. myös Mylly 2010, s. 526–532. Harkinta voidaan tältä osin sijoittaa oikeuttamisperusteiden luokkiin eri tavoin. Edellä mainitussa asiassa harkinta suoritettiin objektiiviseksi oikeuttamisperusteeksi nimetyssä luokassa. Monti on puolestaan aiemmin lähtenyt siitä, että olisi mahdollista puhua erityisestä innovaatiopuolustuksesta, johon määräävässä markkina-asemassa oleva yritys voisi vedota oman toimintansa oikeuttamiseksi. Ks. tarkemmin Monti 2004, s. 47–50. Olennaista on harkinnan sisältö eivätkä niinkään luokittelutekniset seikat. Kunkin toimintaympäristön erityispiirteillä voi olla vaikutuksia harkinnan suuntaamiseen.

[102] DG Competition Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Brussels December 2005.

[103] Komission tiedonanto Ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen, 9.2.2009, K(2009) 864 lopullinen, EYVL 24.2.2009 C 45/7.

den keskusteluiden voimistumista. Asetelma ei ole uusi, mutta se on saanut komission toimenpiteiden seurauksena lisää vauhtia. Oikeudelliselta osaltaan tätä keskustelua tullaan käymään sekä oikeuskäytännön että akateemisen tutkimuksen tasoilla. Oikeustieteellisen ja taloustieteellisen diskurssin yhdistäminen on välttämätöntä kestävien tulosten saavuttamiseksi. Uudistukset voivat mennä eteenpäin käytännön tasolla ilman suuria periaateohjelmia. Kysymys on ennen kaikkea 102 artiklassa tarkoitettujen väärinkäyttötilanteiden arvioinnin osittaisesta uudelleen suuntaamisesta. Seuraavassa otetaan esille joitakin sellaisia väärinkäytön muotoja, joiden arviointia olisi mahdollista kehittää taloustieteellisin argumentein.

Saalistushinnoittelulla tarkoitetaan sellaista määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen kilpailijaansa kohdistamaa hinnoittelua, jolla pyritään kilpailijan toimintaedellytysten heikentämiseen tai jopa kilpailijan ajamiseen kokonaan pois markkinoilta.[104] Saalistushinnoittelu on erotettava normaalista hintakilpailusta, jossa toimijat pyrkivät valtaamaan markkinoita tai uusia asiakkaita hinnoitteluaan laskemalla. Hintakilpailu kuuluu olennaisena osana markkinatalouteen. Saalistushinnoittelun käyttämisen ainoa taloudellisesti perusteltu tavoite liittyy puolestaan kilpailijoiden heikentämiseen ja viime kädessä poissulkemiseen siten, että määräävässä markkina-asemassa oleva yritys voi hyödyntää heikentynyttä kilpailutilannetta markkinoilla.

Saalistushinnoitteluun voi lähtökohtaisesti syyllistyä vain muita toimijoita vahvempi määräävässä markkina-asemassa oleva yritys, joka kykenee kantamaan väliaikaisen tappiollisen hinnoittelun aiheuttamat kustannukset.[105] Saalistushinnoittelussa hinnat lasketaan poikkeuksellisen alhaiselle tasolle. EU:n tuomioistuin on katsonut, että hinnoittelu alle keskimääräisten muuttuvien kustannusten tarkoittaa sellaisenaan kiellettyä saalistushinnoittelua.[106] Hinnoittelu yli keskimääräisten muuttuvien kustannusten mutta alle keskimääräisten kokonaiskustannusten katsotaan saman ratkaisulinjan mukaan kielletyksi saalistushinnoitteluksi, mikäli määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen voidaan osoittaa pyrkineen toimillaan heikentämään kilpailijaansa.

EU:n tuomioistuimen ratkaisukäytäntöä on kritisoitu useilla perusteilla.[107] Siinä asetettuja saalistushinnoittelun määritelmiä on pidetty liian jäykkinä ja toi-

---

[104] Ks. esim. Bishop – Walker 2010, s. 291–292.

[105] Saalistushinnoittelua voidaan arvioida myös rahamarkkinoiden toimivuuden näkökulmasta. Tässä katsannossa puuttuminen saalistushinnoitteluun ei olisi välttämätöntä, mikäli rahamarkkinat toimivat ja saalistushinnoittelun kohteilla olisi mahdollisuudet saada katettua väliaikaiset tappionsa. Ks. tarkemmin O'Donoghue – Padilla, s. 243–244.

[106] Asia C-62/86 AKZO v. komissio, (1991) ECR I 3359, k. 69–74.

[107] Ks. kritiikistä esim. O'Donoghue – Padilla, s. 238, ja DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, k. 97. Ks. tappioiden kattamisen mahdollisuudesta myös Posner 2001a, s. 207–211.

saalta kustannuksiin pohjautuvan arvioinnin toteuttamisen on katsottu olevan käytännön tilanteissa hankalaa. Taloustieteellisestä näkökulmasta arvioiden puuttumista saalistushinnoitteluun voidaan perustella erityisesti silloin, kun menettelyn markkinaprosessin toimintaedellytyksiä heikentävä vaikutus on todellinen.[108] Taloustieteellisen analyysin perusteella voidaan osoittaa sellaisia tekijöitä, jotka antavat hyväksyttävän perusteen EU:n tuomioistuimen ratkaisukäytännössä kielletyksi arvioidun hinnoittelun soveltamiselle.[109]

Kustannukset alittava hinnoittelu voi liittyä siihen, että hyödykkeistä on päästävä mahdollisimman pikaisesti eroon enempien taloudellisten vahinkojen välttämiseksi (epäkuranttiustilanne). Toiseksi kustannukset alittava hinnoittelu voi olla tarpeen pyrittäessä uusille markkinoille tai otettaessa käyttöön uutta teknologiaa. Toimintatapojen oppiminen edellyttää uhrauksia, jotta markkinoilla voitaisiin toimia tehokkaasti. Kustannukset alittavaa hinnoittelua voidaan perustella mittakaavaetujen saavuttamisella silloin, kun markkinat ovat voimakkaassa kehitysvaiheessa. Lisäksi määräävässä markkina-asemassa oleva yritys saattaa käyttää markkinoinnissaan taloudellisesti perustellulla tavalla sisäänvetotuotteita, joiden hinnoittelulle on tyypillistä alhainen taso asiakkaiden houkuttelemiseksi liiketiloihin.

EUT-sopimuksen 102 artiklan soveltamiskäytännössä on perinteisesti suhtauduttu kielteisesti yksinmyyntiä tarkoittavien sopimusehtojen ja erilaisten alennusjärjestelmien käyttämiseen.[110] Perusteena on ennen kaikkea ollut pelko markkinoiden sulkeutumisesta: määräävässä markkina-asemassa oleva toimija voi menettelyillään kattavasti rajoittaa kilpailijoiden mahdollisuuksia laajentaa jakeluverkostojaan. Taloustieteellinen lähestymistapa lisää edellytyksiä kilpailutilanteen jäsentämiseen. Keskeisessä asemassa on sidotun markkinaosuuden määrä; arviointi ei siten perustu vain yksittäisen sopimuksen asemaan markkinoilla vaan sopimusten kumulatiiviseen vaikutukseen.

Taloustieteellisesti voidaan lähteä siitä, että sopimusjärjestelyt eivät saisi keinotekoisesti estää yhtä tehokkaan kilpailijan tulemista markkinoille tai ajaa täl-

---

[108] Arvioinnissa täytyy ottaa huomioon muun ohella menettelyä edeltänyt markkinoiden toimivuuden aste ja uusien kilpailijoiden mahdollisuudet tulla markkinoille. Ks. myös komission päätös 16.7.2003 Wanadoo Interactive (COMP/38.233), k. 369–390, jossa arvioitiin seikkaperäisesti Wanadoon menettelyiden vaikutuksia markkinoiden toiminnan kannalta. Ks. myös asia T-339/04 France Télécom SA v. komissio, (2007) ECR II 521, asia T-340/04 France Télécom SA v. komissio, (2007) ECR II 573, ja C-202/07 P France Télécom SA v. komissio, (2009) ECR I 2369.

[109] Ks. tästä keskustelusta esim. O'Donoghue – Padilla, s. 290–301.

[110] Ks. esim. yhdistetyt asiat 40–48, 50, 54–56, 111, 113 ja 114/73 Suiker Unie v. komissio, (1975) ECR 1663, ja asia 85/76 Hoffmann La Roche v. komissio, (1979) ECR 461, k. 121. Ks. oikeuskäytännön kehityksestä kuitenkin asia T-65/98 Van den Bergh Foods v. komissio, (2003) ECR II 4653.

laista kilpailijaa pois markkinoilta.[111] Puhtaasti tehokkuusnäkökulmasta arvioiden ongelmana ei siten ole arviointihetkellä tehottomampien kilpailijoiden jääminen markkinoiden ulkopuolelle. Näkökulma on lyhytaikaisen tehokkuustarkastelun periaatteiden mukainen. Asetelma muuttuu jossain määrin, jos huomiota kiinnitetään markkinoiden dynamiikkaan ja kilpailuprosessin toimivuuden varmistamiseen. Markkinoille pyrkinyt toimija voi ajan myötä tarjota kokonaan uusia vaihtoehtoja kuluttajille ja saavuttaa samalla puhtaasti tuotannollisen tehokkuuden osalta määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen tason. Uusi toimija voi myös luoda osaltaan kilpailupainetta määräävässä markkina-asemassa olevalle yritykselle ja parantaa näin markkinoiden dynamiikkaa.[112] Arvioinnissa ei tule sivuuttaa uuden toimijan merkitystä markkinoiden toimivuuden kannalta lyhyttä pidemmällä aikajänteellä.

EUT-sopimuksen 102 artiklan soveltamisen lisääntyvä taloustieteellinen painotus avaa mahdollisuuksia perustella yksinmyynti- ja alennusehtojen käyttämistä.[113] Keskeiset perusteet liittyvät jakelujärjestelmän toiminnan tukemiseen. Näillä ehdoilla voidaan muun ohella kannustaa jälleenmyyjien myyntiponnisteluita, suojata sopimussuhdespesifejä investointeja, estää vapaamatkustusta ja pyrkiä turvaamaan jakelujärjestelmän korkea laatutaso. Esitetyt perusteet on suhteutettava markkinoiden ominaispiirteisiin ja markkinoiden toimivuuden asteeseen.

Määräävässä markkina-asemassa olevalle yritykselle voidaan asettaa velvollisuus hyödykkeiden toimittamiseen. Tämän velvollisuuden sisältöä voidaan eriyttää sen mukaan, onko kysymys vanhasta vai uudesta asiakkaasta. Merkityksellinen voi myös olla jaottelu asiakkaiden kilpailija- tai muuhun asemaan markkinoilla. Määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen olemassa oleva asiakas on usein riippuvainen sopimuskumppaniltaan tulevista toimituksista. Vaihtoehtoisia toimitusreittejä on markkinoilla joko vähän tai mahdollisesti ei ollenkaan. Tämä seikka luo perusteen asettaa määräävässä markkina-asemassa olevalle yritykselle erityisiä velvollisuuksia toimitusten suorittamiseen.

Oikeuskäytännössä on perustellusti katsottu, että määräävässä markkina-asemassa oleva yritys voi kieltäytyä toimitusten jatkamisesta, mikäli tähän on hyväksyttävä syy. Toimenpiteiden hyväksyttävyyttä arvioidaan ensisijaisesti markkinoiden toimivuuden kannalta. Määräävässä markkina-asemassa olevan toimijan intressit ja markkinoiden toimivuus voivat olla joissain tilanteissa ristikkäi-

---

[111] DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, k. 154.

[112] Ks. tämän näkökohdan osalta myös DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, k. 67.

[113] DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, k. 173–176.

siä. Tyypillinen tapaus liittyy siihen, että määräävässä markkina-asemassa oleva yritys pyrkii vaikeuttamaan kilpailijansa toimintaedellytyksiä alamarkkinoilla ja viime kädessä poistamaan kilpailijan alamarkkinoilta.[114] Hyväksyttävä peruste voi koskea esimerkiksi asiakkaan maksuvalmiuden vaarantumista. Lisäksi määräävässä markkina-asemassa oleva yritys voi ryhtyä oikeuksiensa puolustamiseksi kohtuullisiin toimenpiteisiin, mikäli sen asiakkaan toiminta konkreettisesti vaarantaa määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen kaupallisia intressejä markkinoilla.[115]

Toimenpiteiden perustelluisuuden arviointi edellyttää punnintaa, jossa on otettava huomioon niin määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen kuin sen asiakkaan intressit sekä toimenpiteen vaikutukset markkinaprosessin kannalta. Eräänlaisen lähtöpisteen muodostavat määräävässä markkina-asemassa olevan toimijan intressit. On selvitettävä, miten asiakkaan tilanne tai toiminta vaikuttaa määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen toimintaedellytyksiin markkinoilla. Asiakkaan maksuvaikeustilanteissa on arvioitava maksukyvyttömyyden todennäköisyyttä sekä asiakkaan mahdollisuuksia selviytyä taloudellisista vaikeuksistaan. Määräävässä markkina-asemassa olevalla yritykselle ei voida asettaa velvollisuutta kärsiä asemansa vuoksi taloudellisia tappioita, mutta toimenpiteet on suhteutettava maksukyvyttömyysuhan välittömyyteen.

Määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen mahdollisuudet suojella omia kaupallisia tai taloudellisia oikeuksiaan riippuvat asiakkaan kilpailevan toiminnan osalta tämän toiminnan luonteesta ja sen vaikutusten laajuudesta. Määräävässä markkina-asemassa olevalle yritykselle voidaan asettaa velvollisuus toimenpiteidensä porrastamiseen. Tämä voi tarkoittaa esimerkiksi eräänlaisen siirtymäajan asettamista, jotta asiakkaalla on mahdollisuus oman toimintansa uudelleen järjestämiseen.

Määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen intressit on soveltamisharkinnassa suhteutettava asiakkaan intresseihin. Asiakkaan asemaa ei tule tarkastella irrallaan taustastaan. Asiakkaan toimintamahdollisuuksien rajoittaminen on nähtävä yhteydessä markkinoiden toimintaa koskeviin vaikutuksiin.[116] On kyettävä hahmottamaan markkinoiden dynamiikan lähteet. Yksittäinen asiakas voi esimerkiksi tarjota alamarkkinoilla itsenäisen vaihtoehdon määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen tuotteille tai toimia keskeisenä hintakilpailun vauhdittajana näillä markkinoilla (”hintahäirikkö”). Tämä arviointi ei saa olla

---

[114] Ks. esim. yhdistetyt asiat 6/73 ja 7/73 Commercial Solvents v. komissio, (1974) ECR 223.

[115] Asiassa 27/76 United Brands v. komissio, (1978) ECR 207, k. 189–190, arvioitiin määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen mahdollisuuksia reagoida asiakkaan toimintaan, joka merkitsi tosiasiassa osallistumista kilpailijan markkinoinnin edistämiskampanjaan.

[116] Ks. esim. julkisasiamies Jacobsin ratkaisuehdotus asiassa C-7/97 Oscar Bronner, (1998) ECR I 7791, k. 58.

staattista eikä pistemäistä, vaan siinä tulee ottaa huomioon markkinoiden tulevat toimintaedellytykset. Yksittäinen toimituksista kieltäytyminen on nähtävä yhteydessä taustaansa myös silloin, kun toimituksista kieltäytyminen kohdistuu useisiin asiakkaisiin. Tällöin ratkaisevassa asemassa on toimenpiteiden kumulatiivinen vaikutus.

Määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen velvollisuus aloittaa toimitukset uudelle asiakkaalle on EUT-sopimuksen 102 artiklan soveltamiskäytännössä liitetty erityisiin tilanteisiin. Vaatimusten kvalifiointi on perusteltua, koska velvollisuus sopimusten solmimiseen merkitsee syvälle käyvää puuttumista yrityksen oikeusasemaan.[117] On mahdollista puhua essential facility -opista tai olennaisia toimintaedellytyksiä koskevasta opista.[118] Opin ytimessä on vaatimus siitä, että määräävässä markkina-asemassa olevalla yrityksellä on hallussaan sellaista kapasiteettia, jonka käyttäminen on välttämätöntä uusille markkinoille pääsemiseksi. Kyse on resurssista, jonka luomista ei voida taloudellisesti kestävällä tavalla edellyttää asiakkaalta. Asiakkaan tulee resurssin avulla saada mahdollisuus uuden tuotteen luomiseen.

Essential facility -opin soveltaminen edellyttää keskenään rinnakkaisten intressien punnintaa. Määräävässä markkina-asemassa olevan toimijan kannalta on olennaista uusien innovaatioiden toteuttamiseen liittyvien kannustimien suojaaminen. Laaja velvollisuus hyödykkeiden toimittamiseen johtaisi helposti siihen, että kilpailijan kannattaisi oman kehitystyön sijasta pyrkiä nauttimaan määräävässä markkina-asemassa olevan toimijan kehityspanoksista. Näkökulma on korostunut immateriaalioikeuksien osalta. Toisaalta arvioinnissa on otettava huomioon asiakkaan asema. Tässäkin yhteydessä nousee esille asiakkaan aseman arvioiminen markkinoiden muodostamaa taustaa vasten. Toimituksista kieltäytymisen seurauksena tulee olla kilpailun estyminen toisen hyödykkeen markkinoilla.[119] Tarkastelu kiinnittyy siten resurssin merkitykseen kilpailun mahdollistamiseksi toisilla markkinoilla eikä sinällään suoraan asiakkaan oikeusasemaan. Resurssi on portti kilpailun syntymiseen toisilla markkinoilla.

Oikeuskäytännössä kynnys olennaisia toimintaedellytyksiä koskevan opin soveltamiseen on asetettu varsin korkealle. Omaksuttua kantaa voidaan pitää perusteltuna. Sopimuksen solmimisesta tai hyödykkeen toimittamisesta kieltäyty-

---

[117] Ks. julkisasiamies Jacobsin ratkaisuehdotus asiassa C-7/97 Oscar Bronner, (1998) ECR I 7791, k. 56.

[118] Ks. tarkemmin esim. Mylly 2010, s. 506 – 508, ja Mylly 2002, s. 362–373.

[119] Immateriaalioikeuksien osalta oikeuskäytännössä on asetettu vaatimus siitä, että hyödykkeen toimittamatta jättäminen johtaa kokonaan uuden hyödykkeen kehittymättä jäämiseen. Ks. esim. julkisasiamies Gulmannin ratkaisuehdotus yhdistetyissä asioissa C-241/91 P ja C-242/91 P RTE ja ITP v. komissio, (1995) ECR I 743, k. 97.

misen tulee estää kaikki kilpailu toisen hyödykkeen markkinoilla.[120] Resurssin on oltava välttämätön kilpailun aikaan saamiseksi. On selvitettävä, onko ylemmän portaan tuotantopanokselle korvaavia vaihtoehtoja.[121] Tuotantopanoksen tulee olla teknisessä mielessä välttämätön kilpailijan alemman portaan tuotantoprosessissa.[122] Välttämättömyysarvioinnin osana on tutkittava, löytyykö alamarkkinoilta korvaavia lopputuotteita, joiden valmistuksessa ei ole käytetty kyseistä tuotantopanosta.[123] Olennaista on myös asiakkaiden käytettävissä olevien vaihtoehtoisten toimintamahdollisuuksien hahmottaminen. On tutkittava, voivatko asiakkaat itse rakentaa tai valmistaa korvaavan toimintaedellytyksen ja onko tämä realistinen vaihtoehto.[124]

Taloustieteellisen argumentaation aseman vahvistumista EUT-sopimuksen 102 artiklan soveltamisessa voidaan pitää suotavana kehityssuuntana. Samalla avautuu kanavia sopimustoimintaa koskevien argumenttien sisällyttämiseksi 102 artiklan soveltamisharkintaan. Harkinnan toteuttamisessa ei tule kiinnittää huomiota yksinomaan lyhyen aikajänteen tehokkuusvaikutuksiin. Harkinnassa on tunnistettava järjestelyn vaikutukset markkinoiden dynamiikkaan. Järjestelyn toteuttamisen seurauksena määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen kannustimet tehokkuushyötyjen siirtämiseen eivät saa vähentyä, vaan niiden lisäämiseen pitää mahdollisuuksien mukaan luoda edellytyksiä. Tarkastelutapa edellyttää kilpailun lähteiden tunnistamista ja aikaperspektiivin riittävää hajauttamista. Tämä nostaa osaltaan arvioinnin vaikeuskerrointa.

---

[120] Asia C-418/01 IMS Health, (2004) ECR I 5039, k. 38. Tarkastelun keskiössä ei siten ole yksittäinen toimija vaan markkinaolosuhteet kokonaisuudessaan.
[121] Asia C-7/97 Oscar Bronner, (1998) ECR I 7791, k. 43.
[122] Asia T-504/93 Tiercé Ladbroke, (1997) ECR II 923, k. 132–133.
[123] Asia C-7/97 Oscar Bronner, (1998) ECR I 7791, k. 38, ja julkisasiamies Jacobsin ratkaisuehdotus asiassa C-7/97 Oscar Bronner, (1998) ECR I 7791, k. 58 ja 61.
[124] Toimintaedellytyksen korvaavuuden jäsentämisessä on lähdetty siitä, että toiminnan kannattavuutta arvioidaan sillä volyymitasolla, jolla määräävässä markkina-asemassa oleva toimija operoi. Asiakkaan toiminnan pienemmät puitteet eivät tämän näkemyksen mukaan ole suoraan merkityksellisiä arvioinnissa. Asia C-7/97 Oscar Bronner, (1998) ECR I 7791, k. 44–46.

3 Sopimusoikeus

3.1 YLEISTÄ

Teoksen aikaisemmissa osissa on tarkasteltu sopimusoikeudellisten näkökohtien huomioon ottamisen mahdollisuuksia kilpailuoikeudellisessa harkinnassa. Kilpailuoikeus voidaan hahmottaa sopimusoikeuteen nähden ulkoiseksi sääntelyksi, jonka keinoin ohjataan sopimustoimintaa, jotta markkinoiden toimivuuden edellytykset voidaan turvata. Kilpailuoikeudellisessa sääntelyssä asetetaan puitteet sopimustoiminnan harjoittamiselle. Asetelmaa voidaan jäsentää esimerkiksi perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten avulla. Jatkossa näkökulma muuttuu. Arvioinnin kohteiksi nousevat mahdollisuudet kilpailuoikeudellisten seikkojen jäsentämiseen osaksi sopimusoikeudellista harkintaa. Tämä vaikuttaa harkintatilanteen hahmottamiseen. Sopimusoikeudellisessa perspektiivissä asetelma muuttuu ulkoisesta sisäiseksi: sopimusoikeuden keinoin pyritään turvaamaan markkinoiden toiminnan edellytyksiä.

Sisäinen ulottuvuus johtaa tarkastelemaan niitä välineitä, joiden avulla markkinoiden toimivuuteen vaikuttavat tekijät voidaan sisällyttää sopimusoikeudelliseen harkintaan. Keskeisiksi oikeudellisiksi instrumenteiksi nousevat hyvän tavan vastaisuuden kielto, oikeuden väärinkäytön kielto, kohtuuttomien oikeustoimien voimaan saattamisen kielto sekä velvollisuus oikeustoimien tekemiseen (sopimuksentekovelvollisuus). Nämä instrumentit muodostavat konkreettiset leikkauspisteet sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden välille. Pelkkä leikkauspisteiden tunnistaminen ei kuitenkaan vielä vie harkintaa voimakkaasti eteenpäin. On löydettävä sisällölliset perusteet instrumenttien käyttämiselle.

Kilpailuoikeudellisten näkökohtien merkitys sopimusoikeudellisessa harkinnassa linkittyy keskeisellä tavalla sopimusoikeuden arvo- ja tavoiteperustaan. Markkinoiden toimintaa koskevien seikkojen merkitystä on peilattava sopimusoikeuden kantavien periaatteiden muodostamaa taustaa vasten. Taustasta voidaan löytää perusteita rajoittaa sopimustoiminnan sisältöä sellaisten järjestelyiden osalta, jotka vaarantavat markkinoiden toimintaedellytykset. Kilpailuoikeuden keskeisenä päämääränä olevalle markkinoiden toimivuuden edistämiselle voidaan löytää vastinpisteitä sopimusoikeuden arvo- ja tavoiteperustasta.

Yksilön oikeusaseman kannalta sopimusoikeuden sisäinen harkinta merkitsee toimintamahdollisuuksien rajautumista. Oikeudellista suojaa saavat ainoastaan sellaiset järjestelyt, jotka eivät vaaranna markkinoiden toimivuuden edellytyk-

siä. Yksilöiden oikeuksia kvalifioidaan.[125] Oikeuksien käyttämiselle asetetaan yksilöiden ulkopuolelta erilaisia vaatimuksia; yksilön mahdollisuuksia oikeuksiensa käyttämiseen rajoitetaan näiden vaatimusten mukaisesti.

Asetelmasta voidaan helposti päästä keskusteluun sopimusoikeuden sisällöllisistä lähtökohdista. Asia on ollut eri vaiheissa esillä sopimusoikeudessa ja tätä laajemmin yksityisoikeudessa. Yhtenä lähtökohtana voidaan pitää yksilön tahdonvapauden perustavaa asemaa sopimusoikeudessa.[126] Yksilö tietää parhaiten, mikä hänelle on parasta. Yksilöllä tulee olla vapaus oikeuksiensa käyttämiseen mahdollisimman laajasti. Yksilön oikeuksien käyttämistä voidaan säännellä vain maltillisesti. Rinnakkaisen näkemyksen mukaan yksilöiden oikeudet ovat perusluonteeltaan suhteellisia.[127] Tämä on seurausta siitä, että oikeuksia käytetään erilaisilla sosiaalisen vuorovaikutuksen kentillä; markkinat muodostavat yhden tällaisen alueen. Oikeuksien käyttämisessä on otettava huomioon niiden kontekstisidonnaisuus.[128] Oikeudet eivät ole absoluuttisia, vaan ne saavat keskeisen merkityksensä erilaisissa vuorovaikutussuhteissa (muun muassa vaihdanta). Oikeudet on jäsennettävä yhteisöllisessä taustassaan.

Sopimusoikeuden perusluonnetta koskevissa keskusteluissa on vaarana käsitteiden eriytyminen. On kiistatonta, että tahdonvapaudella on perustava asemansa oikeusjärjestyksessä. Oikeudellisen sääntelyn velvoittavuus voidaan viime kädessä perustella yksilöiden mahdollisuudella suunnata toimintaansa.[129] Tahdonvapaus on edellytys sääntelyn velvoittavuudelle. Tahdonvapaudella on keskeinen sija sopimusoikeuden arvo- ja tavoiteperustan ytimessä. On kuitenkin muistettava, ettei sopimusoikeuden sisällöllistä perustaa voida palauttaa yksin tahdonvapauteen. Tahtoperiaate muodostaa yhdessä luottamusperiaatteen, kohtuusperiaatteen ja heikomman suojaamisen periaatteen kanssa sopimusoikeuden sisällöllisen perustan. Sopimusoikeuden sisällöllinen hyväksyttävyys syntyy kantavien periaatteiden yhteisvaikutuksesta.

Tässä esityksessä on omaksuttu käsitys sopimusoikeuden arvo- ja tavoiteperustan laaja-alaisuudesta. Markkinoiden toimintaan liittyvät näkökohdat on suhteutettava tätä taustaa vasten. Toisaalta yksilöiden suojatuilla oikeusasemilla ja toimintamahdollisuuksilla on keskeinen sija oikeusjärjestyksessä. Yksilön toimintamahdollisuuksien perustana olevien oikeuksien alan rajaamisen tulee kui-

---

[125] Ks. yksilön toimintamahdollisuuksien kvalifioimisesta tarkemmin Karapuu 1986, s. 81–83.
[126] Ks. esim. Paasto 2001, s. 342–343.
[127] Ks. esim. Pöyhönen 2001, s. 309.
[128] Merkityksellisiä ulottuvuuksia liittyy tältä osin toisten yksilöiden asemiin ja erilaisiin toiminnallisiin järjestelmiin yhteiskunnassa, joista esimerkkinä talouden alueella voidaan mainita markkinat.
[129] Ks. Paasto 2001, s. 344–345. Ks. myös Pöyhönen 2000, s. 35, ja sopimusoikeudellisessa tarkastelussa viimeksi Mäkelä, s. 43.

tenkin olla kontrolloitua. Sopimusoikeuden sisäisiä instrumentteja tulee käyttää harkiten, jotta yksilön oikeusjärjestyksessä saamaa suojaa ei kavenneta tarpeettomasti. Kyse ei ole joko–tai-punninnasta, vaan olennaista on tarkastelun systemaattisuus. Tämän vuoksi jatkossa on kiinnitettävä erityistä huomiota niihin arviointivälineisiin, joiden avulla yksilöiden toimintamahdollisuuksia voidaan sopimusoikeuden sisäisesti rajata markkinoiden toimivuuden varmistamiseksi. Arviointi on suhteutettava sopimusoikeuden kantaviin periaatteisiin.

EU-oikeudella on keskeinen asema kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa. EU:n kilpailuoikeutta voidaan soveltaa suoraan yksittäisten toimijoiden välisissä suhteissa. Jäsenvaltioiden kansallisten kilpailulainsäädäntöjen sisältö on tosiasiassa harmonisoitu varsin pitkälle vastaamaan EU-oikeuden säännöksiä. Sopimusoikeuden osalta EU-oikeuden vaikutus on edellä mainittua hajanaisempi ja välillisempi. Seuraavassa sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden rajapintojen tarkastelussa suomalaisella aineistolla on olennainen asema sopimusoikeuden järjestelmän kansallisen rakenteen vuoksi. Eurooppalaisessa sopimusoikeudellisessa keskustelussa esillä olleita näkökohtia hyödynnetään arvioinnissa kuitenkin soveltuvin osin.

3.2 HYVÄN TAVAN VASTAISUUDEN KIELTO

3.2.1 Tausta

Oikeusjärjestyksessä on katsottu perustelluksi rajata määrätyt taloudellisen toiminnan muodot oikeudellisen suojan ulkopuolelle. Arviointi pohjautuu toiminnan sisällölliseen hylättävyyteen: toiminta ei täytä oikeudellisen suojan antamisen eräänlaisia vähimmäisvaatimuksia. Hyvän tavan vastaisuuden kielto antaa tähän rajaamiseen oikeudellisen instrumentin. Arviointi on perusteiltaan yleistä. Toimintaa lähestytään oikeusjärjestyksen muodostaman kokonaisuuden suunnasta. Toimijoiden yksilöllisille käsityksille sopimuksen sisällöstä tai merkityksestä ei anneta suoranaista asemaa arvioinnissa.[130] Kyse on oikeudellisen suojan yleisistä reunaehdoista. Näin tosiasiassa rajataan yksilöiden mahdollisuuksia järjestää keskinäiset suhteensa haluamallaan tavalla.

Hyvän tavan vastaisuuden kiellon sisältöä voidaan arvioida eri tavoin. Ämmälä on jakanut kiellon soveltamisen perusteen neljään osaan.[131] Oikeustoimi tai muu järjestely voi olla hyvän tavan vastainen *sisältönsä* vuoksi. Toiseksi oikeustoimi on voitu saada aikaan sellaisissa *olosuhteissa*, jotka voidaan katsoa hyvän

[130] Ks. esim. Kivimäki – Ylöstalo, s. 393, ja Telaranta 1990, s. 281.
[131] Ks. tarkemmin Ämmälä 1993a, s. 15.

tavan vastaisiksi. Kolmanneksi oikeustoimen tekemisen *motiivi* voi olla hyvän tavan vastainen. Neljänneksi oikeustoimen *kohdetta voidaan käyttää toimintaan*, joka on määriteltävä hyvän tavan vastaiseksi.

Oikeudellisen suojan rajaamisen perustelluisuutta on arvioitava soveltamistyypeittäin.[132] Vahvimmat perusteet oikeudellisen suojan rajaamiselle ovat olemassa sisällöltään hyvän tavan vastaisten oikeustoimien osalta. Ämmälän esittämän jaottelun toisen ryhmän tilanteet rinnastuvat oikeustoimilain 3 luvun pätemättömyysperusteisiin, joihin voidaan sinällään liittää hyvän tavan vastaisuuden aspekteja.[133] Kolmannessa ja neljännessä ryhmässä tarkoitettuihin hyvän tavan vastaisuuden muotoihin liittyy harvoin oikeudellisia seurauksia ainakaan oikeustoimen pätemättömyyden muodossa.[134] Jaottelu lisää hyvän tavan vastaisuuden kiellon systemaattista selkeyttä, mutta se ei kuitenkaan vielä kerro niistä seikoista, joiden mukaisesti hyvän tavan vastaisuuden sisältöä tulisi arvioida.

Hyvän tavan vastaisuuden kiellon sisällöllisessä tarkastelussa on syytä ottaa esille lainvastaisuuden käsite. Monissa yhteyksissä on vakiintuneesti käytetty rinnakkain termejä lain ja hyvän tavan vastaisuus. Ne kietoutuvat mielenkiintoisella tavalla toisiinsa. Käsitteellisen selkeyden vuoksi hyvän tavan vastaisuuden kielto voidaan jakaa yleiseen ja erityiseen osaan. On mahdollista puhua hyvän tavan vastaisuudesta yleisenä oikeusperiaatteena, jonka voimassaolo ei ole riippuvainen lain säännöksistä.[135] Hyvän tavan vastaisuuden kielto ilmenee tällöin koko oikeusjärjestystä tai sen erityistä osaa, kuten yksityisoikeutta, koskevana yleisenä instrumenttina, jolla rajataan oikeudellisen suojan käyttöalaa. Toisaalta lainsäädännöstä voidaan löytää säännöksiä, jotka ilmentävät hyvän tavan vastaisuuden kieltoa.[136]

---

[132] Oikeudellisen suojan rajaaminen merkitsee käytännössä oikeustoimen katsomista pätemättömäksi. Yksittäinen toimija ei voi saada oikeustoimea täytäntöön pannuksi tuomioistuimessa. Hyvän tavan vastaisuuteen liittyy usein voimakas julkinen intressi. Tätä taustaa vasten on luontevaa, että hyvän tavan vastaisen oikeustoimen pätemättömyys on katsottu otettavan pääsääntöisesti viran puolesta huomioon. Seurauksena voi olla myös ns. puuttumattomuusperiaatteen soveltaminen, jolloin tehdyn suorituksen peräyttäminen ei ole mahdollista. Ks. Ämmälä 1993a, s. 42. Ks. myös KM 1990:20, s. 234–237, jossa viitataan siihen mahdollisuuteen, että yksittäisen oikeustoimen yhteys hyvän tavan vastaisuuden kieltoon voi vaihdella. Tällä seikalla on oma merkityksensä hyvän tavan vastaisuuden kiellon rikkomisen seurausten määrittelyssä.

[133] Oikeustoimilain 3 luvun pätemättömyysperusteisiin on pääsääntöisesti erikseen vedottava joko ilman aiheetonta viivytystä tai kohtuullisessa ajassa, tai muuten pätemättömyys korjaantuu. Ks. tarkemmin Ämmälä 1993b, s. 209–212. Asetelma eroaa siten hyvän tavan vastaisista julkista intressiä loukkaavista oikeustoimista, joista seuraavaa pätemättömyys tulee lähtökohtaisesti ottaa viran puolesta huomioon. Erottelun perusteena voidaan nähdä hyvän tavan vastaisuuden kiellon voimakas yhteys julkiseen intressiin.

[134] Ks. esim. Kivimäki – Ylöstalo, s. 393.

[135] KM 1990:20, s. 234.

[136] Esimerkkeinä voidaan mainita sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa annetun lain 1 § tai oikeustoimilain 3 luvun säännökset. Ks. esim. Telaranta 1990, s. 274–275, ja Ämmälä 1993a, s. 34.

Tällöin arvioidaan hyvän tavan vastaisuutta sen erityisessä merkityksessä. Kunkin sääntelyalueen erityispiirteet heijastuvat kiellon konkreettiseen sisältöön, minkä vuoksi tarkastelun eriyttäminen on tarpeen.

Yhteys hyvän tavan vastaisuuden kiellon yleisen ja erityisen osan välille muodostuu sisällöllisin perustein. Olennaista ei ole vain muodollinen lainvastaisuus vaan se peruste, jonka mukaan toiminta katsotaan hyvän tavan vastaiseksi. Lainsäädännöstä voi välittyä impulsseja, jotka muokkaavat myös kiellon yleistä sisältöä. Jatkossa keskitytään kiellon yleiseen osaan yksityisoikeudellisesta näkökulmasta ja peilataan markkinoiden toimintaa vaarantavien järjestelyiden asemaa tässä viitekehyksessä. Näkökulma on luonteva, koska tutkimuksessa jäsennetään yleisellä tasolla sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden suhteita. Tarkastelua ei kiinnitetä sopimustoiminnan erillissääntelyyn.

Hyvän tavan vastaisuuden kieltoa on yleisenä oikeusperiaatteena pidetty sisällöltään varsin epämääräisenä.[137] Arvio on lähtökohtaisesti osuva, millä on oma vaikutuksensa kiellon operationaalisuuteen. Kiellon sisällöllinen epämääräisyys on jopa nähty jossain määrin vaarallisena ominaisuutena.[138] Hyvän tavan vastaisuuden käsitteelliset puitteet ovat laajat ja osin arvostuksenvaraiset. On haastavaa löytää yhteisymmärrystä yleisistä perusteista, joiden mukaan oikeustoimien oikeudellista suojaa tulisi rajoittaa niiden yhteiskunnallisen hylättävyyden vuoksi. Keskustelussa liu'utaan monesti toimintaympäristösidonnaiseen arviointiin, jotta kiellon ongelmanratkaisuvoima voidaan säilyttää mielekkäällä tasolla. Kiellon yleistä sisältöä koskevat suuntaviivat jäävät helposti karkeiksi. Vaikeuskerrointa nostaa osaltaan tarkasteluperusteiden ajallinen hajaantuminen. Hyvän tavan vastaisuuden kielto tulee nähdä dynaamisena kokonaisuutena, jonka sisältö voi ajan kuluessa muuttua; yhteiskunnallisen hylättävyyden voidaan katsoa muodostuvan kerroksittain. Yhteiskunnallisten olosuhteiden muutos vaikuttaa kiellon sisältöön.[139] Tämä on sinällään luontevaa, koska oikeudellisen sääntelyn tulee säilyttää yhteys kohteeseensa.

Oikeustieteellisissä keskusteluissa hyvän tavan vastaisuuden kieltoa on lähestytty eri tavoin. Ensimmäinen arviointitapa kytkee kiellon yhteiskuntamoraaliin.[140] Oikeudellista suojaa ei voida antaa järjestelyille, jotka ovat vallitsevien moraalikäsitysten vastaisia. Tarkastelussa ajaudutaan nopeasti sekä perustavien että käytännöllisten haasteiden äärelle. Keskustelua oikeuden ja moraalin väli-

---

[137] Ks. Ämmälä 1993a, s. 5.

[138] Ks. M. Viljanen, s. 35–38, jossa on poleemiseen sävyyn tarkasteltu 1800-luvun saksalaisen oikeustieteen keskustelua hyvän tavan vastaisuuden kiellon soveltamisesta.

[139] Ks. myös HE 32/2008 vp, s. 20.

[140] Ks. tarkemmin esim. Telaranta 1990, s. 275–276. Ks. myös kuluttajansuojalain 2 luvun markkinointisäännösten uudistamista koskeva HE 32/2008 vp, s. 19, jossa hyvän tavan vastaisuuden arviointi liitetään eettisiin sääntöihin.

sistä yhteyksistä voidaan käydä eri tavoin.[141] Hyvän tavan vastaisuuden kieltoa koskevissa esityksissä on yhtäältä tunnistettu yhteiskuntamoraalin merkitys kiellon sisällön muovaajana, mutta samalla on tehty ero oikeuden ja moraalin välille.[142] Kaikki moraalisesti paheksuttava ei ole oikeudellisesti kiellettyä. Moraaliperusteisen arvioinnin keskeisenä haasteena on hyvän tavan vastaisuuden kiellon sisällön määrittäminen. Arviointiperusteena on käytetty muun ohella siveellisen keskivertoihmisen moraalikäsitystä kuvaamaan vallitsevaa yleistä moraalikoodistoa.[143] Toisissa yhteyksissä on viitattu puolestaan tuomarin moraalikäsitykseen kiellon sisällöllisenä arviointiperustana.[144]

Moraaliperusteisessa tarkastelussa mennään helposti arvostuksenvaraiseen ja tapauskohtaiseen suuntaan. On selvää, että arvostuksenvaraisuus on jo osittain sisäänrakennettuna hyvän tavan vastaisuuden kiellon moraaliperusteiseen arviointiin. Arvostuksenvaraisuudesta on vaikeaa, ellei mahdotonta, päästä kokonaan irti.[145] Keskeistä on kuitenkin se, että kiellon soveltamisperusteet esitetään ratkaisutilanteissa riittävän avoimesti, jotta ratkaisun lähtökohtien arvioiminen on mahdollista. Näin voidaan osaltaan varmistaa se, että ratkaisu on yhdistettävissä yhteiskunnassa yleisesti vallitseviin moraalikäsityksiin tai niiden tulkintoihin eikä yksinomaan ratkaisijan persoonakohtaisiin moraalinäkemyksiin.[146] Tällöin myös ratkaisun kriittinen arviointi on mahdollista.

Hyvän tavan vastaisuuden kiellon sisältöä on tarkasteltu yhteydessä eri alojen vallitseviin käytäntöihin.[147] Ajatuksena on tällöin se, että käytännöt edustavat kullakin alalla yleisesti hyväksyttyjä käsityksiä sopimus- tai elinkeinotoiminnan sisällöstä. Käytäntöjen vakiintuminen luo normaaliutta, johon voidaan liittää olettama toiminnan hyväksyttävyydestä.[148] Arvioinnissa on otettu esille esimerkiksi hyvä liiketapa.[149] Omaksuttu tarkastelukulma on monessakin suhteessa

---

[141] Oikeus ja moraali muodostavat yhteiskunnan perusrakenteen tärkeät osat. Ne ovat keskenään mielenkiintoisella tavalla vuorovaikutussuhteessa. Ks. luku II.3.2.
[142] Ämmälä 1993a, s. 12.
[143] Ks. tarkemmin esim. Telaranta 1990, s. 276.
[144] Kivimäki – Ylöstalo, s. 393.
[145] Toisaalta on muistettava, että joidenkin arviointikriteerien – vaikka yleisten – määrittäminen saattaa olla tältä osin mahdollista. Markkinoinnin hyvän tavan vastaisuutta arvioidaan kuluttajansuojalain 2 luvussa kiinnittämällä huomiota menettelyn mahdollisiin ihmisarvoa taikka poliittista tai uskonnollista vakaumusta loukkaaviin vaikutuksiin. Markkinointi voi olla hyvän tavan vastaista, mikäli se on sisällöltään syrjivää. Lisäksi hyvän tavan vastaisuus voi perustua siihen, että markkinoinnissa suhtaudutaan hyväksyvästi terveyttä, yleistä turvallisuutta tai ympäristöä vaarantavaan toimintaan. Ks. HE 32/2008 vp, s. 20–21. Kriteerit ovat sisällöltään yleisiä, mutta ne jäntevöittävät soveltamisharkintaa mielenkiintoisella tavalla.
[146] Ks. myös HE 32/2008 vp, s. 20.
[147] Ks. tarkemmin esim. HE 114/1978 vp, s. 11. Ks. myös Tammi-Salminen 2001, s. 242.
[148] Ks. tarkemmin Pöyhönen 2000, s. 116–117.
[149] Ks. esim. Ämmälä 1993a, s. 17–20.

perusteltu. Tarkastelukulma varmistaa sen, että yhteys oikeudellisen sääntelyn ja sen kohteen välillä säilyy. Vakiintuneet toimintatavat voidaan nähdä eräänlaisina pelisääntöinä, jotka markkinoilla olevat toimijat ovat itse muodostaneet ja joiden noudattamiseen he ovat myös sitoutuneet.[150] Poikkeaminen näistä pelisäännöistä on toimialan sisäisen koodiston ja samalla toiminnan eettisen perustan vastaista.

Oikeudellisen sääntelyn avulla voidaan osaltaan tukea sisäisen koodiston toteutumista ja markkinoiden itseohjautuvuutta.[151] Toisaalta toimiala- tai markkinakohtaisten käytäntöjen sisällöt voivat vaihdella. Kantavia johtopäätöksiä ei voida tehdä suoraan yksittäisen toimialan käytännöistä, kun jäsennetään hyvän tavan yleistä sisältöä. Lisäksi on muistettava, että hyvän tavan käsitteeseen sisältyy normatiivinen ulottuvuus. Kaikki vallitsevat käytännöt eivät välttämättä ole oikeudellisesti hyväksyttäviä.[152] Yhteiskunnalliset ja yksittäisen toimialan toimijoiden intressit saattavat olla keskenään ristiriidassa. Tällöin vakiintuneiden käytäntöjen normatiivinen merkitys jää rajalliseksi.

> Hyvän liiketavan kautta on löydettävissä kiintoisa yhteys yksityisoikeudellisen hyvän tavan vastaisuuden kiellon ja kilpailuoikeuden välille. Kilpailunrajoituslain 1 §:ssä lain tavoitteeksi asetetaan terveen ja toimivan taloudellisen kilpailun turvaaminen vahingollisilta kilpailunrajoituksilta. Terveen kilpailun käsite voidaan jakaa kahteen osaan.[153] Lain suojaaman kilpailun tulee olla tervettä talouden staattisen ja dynaamisen suorituskyvyn kannalta arvioituna. Toisaalta terveellä kilpailulla viitataan kilpailunrajoituslain 1 §:ssä siihen näkökohtaan, että kilpailunrajoituslaissa turvataan kilpailua vain siinä määrin kuin se on lain ja hyvän liiketavan mukaista. Toisin sanoen kilpailuoikeudellisen suojan antamisen yhdeksi edellytykseksi asetetaan hyvän liiketavan noudattaminen. Lainsäädännöllisesti siirto on mielenkiintoinen, koska se asettaa taloudelliselle toiminnalle sen lopputuloksia koskevien vaatimusten lisäksi sisällöllisiä kriteereitä.
>
> Käytännössä hyvää liiketapaa koskevan vaatimuksen merkitys on jäänyt rajalliseksi kilpailunrajoituslain soveltamisessa. Kriteerin soveltamisen ei tulisi johtaa siihen, että vaatimus yksittäisen sopimussuhteen rajat ylittävästä vaikutuksesta kilpailuoikeudellisen sääntelyn soveltamisperusteena hämärtyisi ja kilpailulainsäädäntöä käytettäisiin yksinomaan suojaamaan yksittäisiä elinkeinonharjoittajia. Kriteerin avulla voidaan osaltaan myös tarkastella kilpailunrajoituslain ja sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa annetun lain suhdetta. Perustava jaottelu suojeluintressien (yleinen etu / elinkeinonharjoittajien suojaaminen) välillä tulee säilyttää.[154]

---

[150] Käytännöt välittävät eriasteisesti kuvaa vaihdannan hyväksyttävästä sisällöstä. Arvioinnissa voi painottua esim. vastavuoroisuuden ja toisen toimijan intressien huomioon ottamisen merkitys. Nämä seikat liittyvät käsitykseen vaihdannan sujuvuuden edellytyksistä ja kantavasta liiketoimintatavasta.

[151] Ks. Tammi-Salminen 2001, s. 242–243.

[152] Ks. esim. Pöyhönen 2000, s. 97, ja Ämmälä 1993a, s. 19. Ks. myös HE 32/2008 vp, s. 21–22.

[153] HE 148/1987 vp, s. 13.

[154] HE 114/1978 vp, s. 9–10.

Kolmanneksi hyvän tavan vastaisuuden kielto on oikeustieteessä yhdistetty moraalin ja vakiintuneiden käytäntöjen lisäksi yleisen edun toteuttamiseen. Hyvän tavan vastaisuuden kielto asettaa yleiset reunaehdot yksilöiden toiminnalle, jotta julkisen intressin suojaaminen on mahdollista. Rajanveto edellä käsiteltyihin arviointiperusteisiin voi olla osin liukuva, mutta periaatteellinen ero on kuitenkin ilmeinen. Arviointiperusteet eivät tällöin ole luonteeltaan moraalisia, eivätkä ne tule ensisijaisesti toiminnan sisältä, vaan ne ovat toimintaan nähden ulkoisia. Yleiseen etuun hyvän tavan vastaisuuden kiellon sisällön määrittämisen perustana on viitattu esimerkiksi silloin, kun oikeudellinen suoja on haluttu vetää pois yhteistä hyvää olennaisesti vahingoittavilta oikeustoimilta.[155]

Hyvän tavan vastaisuuden kieltoa on katsottu voitavan soveltaa myös perusoikeusperiaatteita loukkaavien oikeustoimien yhteydessä.[156] Yleinen intressi on tällöin yhdistetty perusoikeusjärjestelmän toteutumiseen. Perusoikeusjärjestelmän on nähty edustavan sellaista oikeusjärjestyksen ydinaluetta (ordre public intern), jonka toteutumiseen liittyy voimakas yhteiskunnallinen intressi. Juha Karhu on käyttänyt omassa tarkastelussaan esimerkkinä toisten perusoikeuksia loukkaavasta toiminnasta Adolf Hitlerin Mein Kampf -teosta, joka tulisi sen sisällön perusteella rajata tekijänoikeussuojan ulkopuolelle. Karhu näkee asetelman liittyvän yleisen varallisuusoikeudellisen puuttumattomuusperiaatteen johdonmukaiseen soveltamiseen nimenomaan siksi, että edellä mainittu teos edustaa ideologiaa, jossa perusoikeusajattelun keskiössä oleva käsitys yksilöiden yhdenvertaisuudesta vaarantuu perustavalla tavalla. Perusteet yleisen edun toteuttamiseen liittyvän hyvän tavan vastaisuuden kiellon soveltamiselle ovat olemassa.

Oikeustieteellisessä keskustelussa omaksuttu siirto hyvän tavan vastaisuuden kiellon ja perusoikeusjärjestelmän välisen yhteyden osalta on perusteltu. Tässä yhteydessä on erityisen mielenkiintoista tarkastella sitä, voidaanko hyvän tavan vastaisuuden kielto ulottaa koskemaan myös markkinoiden toimintaa vaarantavia menettelyitä ilman, että tarkastelu kytketään perusoikeusjärjestelmän toteutumiseen.[157] Pelkkä viittaus kilpailulainsäädännön pakottavaan luonteeseen ei tässä yhteydessä riitä, vaan on mentävä sisällöllisten arviointikriteerien suuntaan. On selvitettävä, kuinka vahvoja yhteiskunnallisia intressejä markkinoiden toimintaan liittyy. Vastausta on haettava kahdelta tasolta. On mahdollista pohtia

---

155 Kivimäki – Ylöstalo, s. 395.

156 Pöyhönen 2000, s. 98–99. Ks. myös Telaranta 1990, s. 278–280.

157 Markkinoiden toimivuudella tarkoitetaan aiemmin määritellyllä tavalla tehokkuus, vapaus-, integraatio- sekä oikeudenmukaisuusperiaatteiden muodostamaa kokonaisuutta. Kantavat periaatteet avaavat näkymän kilpailuoikeuden taustalla oleviin arvoihin ja tavoitteisiin. Kilpailuoikeuden kantavat periaatteet voivat saada soveltamistilanteesta riippuen erilaisia keskinäisiä painoarvoja. Ks. luku III.3.

markkinoiden toimivuuden yleistä yhteiskunnallista merkitystä. Lisäksi markkinoiden toimivuutta voidaan peilata sopimusoikeuden kantavien periaatteiden suunnasta. Kyse on siitä, millaisena markkinoiden toimivuuden merkitys näyttäytyy sopimusoikeuden kantavien lähtökohtien kannalta.

3.2.2 Markkinoiden toimivuus

Markkinoiden toiminnan yleisen yhteiskunnallisen merkityksen tarkastelussa on siirryttävä yhteiskunnan perusrakenteen tasolle. Perustava jaottelu voidaan tehdä oikeuden, talouden ja politiikan kesken.[158] Talous ja politiikka muodostavat yhteiskunnan keskeiset toiminnalliset alueet. Oikeusjärjestys puolestaan asettaa puitteita talouden ja politiikan toiminnalle sekä ohjaa niiden keskinäisten suhteiden muodostumista. Kilpailu voidaan nähdä talouden toimintaa ylläpitävänä voimana. Kilpailu luo edellytykset talouden dynamiikalle. Tässä katsannossa kilpailulla on perustava merkitys taloudelle asetetun hyvinvoinnin lisäämistä ja jakamista koskevan tehtävän toteuttamisessa. Markkinoiden toimivuuteen liittyy tältä osin voimakas yhteiskunnallinen intressi.

Yhteiskunnan perusinstituutiot ovat keskinäisessä vuorovaikutussuhteessa. Talouden toimivuudella on vaikutuksia poliittisen järjestelmän toimintaan. Asetelma on noussut erityisesti esille ordoliberalistisessa tutkimustraditiossa.[159] Keskeinen havainto koskee taloudellisen vallan keskittymisen seurauksia poliittisen järjestelmän toimintakykyyn: taloudellisesti vahvat toimijat voivat pyrkiä muovaamaan poliittista päätöksentekoa mieleiseensä suuntaan. Viime kädessä demokraattisen päätöksentekojärjestelmän toimintakyky voi olla uhattuna, mikäli markkinoiden toimivuutta ei yhteiskunnallisen sääntelyn keinoin varmisteta. Markkinoiden toimivuuden yhteiskunnallista merkitystä voidaan siten perustella myös poliittisen järjestelmän toimintaedellytysten suunnasta.

Oikeusjärjestyksen suhde talouteen on kaksinainen. Oikeudellinen sääntely asettaa puitteet markkinoiden toiminnalle ja ohjaa siten taloutta toimimaan yhteiskunnallisesti hyväksyttävällä tavalla. Toisaalta talous muodostaa taustan, jossa oikeusjärjestys konkretisoituu. Markkinoiden toimivuus voidaan nähdä eräänlaisena olettamana, joka sisältyy suoraan tai välillisesti moniin oikeudellisen sääntelyn osiin. Oikeudellisen sääntelyn päämäärien toteutuminen edellyttää usein markkinoiden toimivuutta. Tässä katsannossa oikeus ja talous muodostavat eräänlaisen vastinparin. Kyse ei ole talouden nostamisesta jalustalle siten, että talouden yhteiskunnallisen sääntelyn mahdollisuudet olisivat oikeudellisessa mielessä rajoitetut. Talouden oikeudellinen sääntely on perustelluista yhteiskun-

---

[158] Ks. luku II.2.
[159] Ks. tarkemmin esim. Eucken 1952, s. 334–338.

nallisista syistä mahdollista. Ilmeistä on kuitenkin markkinoiden toimivuuden keskeinen yhteiskunnallinen merkitys myös oikeudellisessa katsannossa.[160] Tästä asetelmasta on löydettävissä kantava perusta sille, että markkinoiden toimivuutta rajoittavat järjestelyt katsotaan hyvän tavan vastaisiksi ja jätetään vaille oikeudellista suojaa. Ratkaisu voidaan viime kädessä perustaa markkinoiden toimintaan liittyvään voimakkaaseen yhteiskunnalliseen intressiin.

Edellä on haettu kiintopisteitä markkinoiden toimivuuden oikeudellisen merkityksen jäsentämiseen yhteiskunnan perusrakenteen tasolta. Tämä ei kuitenkaan riitä, vaan tarkastelua on tiivistettävä ja on siirryttävä sopimusoikeuden alueelle, jotta hyvän tavan vastaisuuden kiellosta saadaan riittävän tarkka kuva myös sopimustoiminnan kannalta. On selvitettävä, millä tavoin sopimusoikeuden lähtökohdista voidaan arvioida markkinoiden toimintaa vaarantavia sopimusjärjestelyitä. Markkinoiden toimivuuden merkitys on jäsennettävä sopimusoikeuden oman logiikan mukaisesti. On tutkittava, löytyykö sopimusoikeuden sisältä hyväksyttäviä perusteita rajoittaa sopimusoikeudellisen suojan sisältöä näissä tilanteissa. Sopimusoikeuden sisältöä kuvaavat kantavat periaatteet, joita on aiemmin käsitelty tässä esityksessä laajasti.[161] Seuraavassa voidaan keskittyä sopimusoikeuden keskeisiin sääntelyideoihin.

Tahtoperiaatteen mukaisessa arvioinnissa korostuu yksilön toimintamahdollisuuksien merkitys. Yksilö tietää parhaiten, mikä on hänelle parasta, ja hän kykenee myös toteuttamaan omat intressinsä. Sopimusoikeuden tehtävänä on luoda puitteet yksilöiden toimintamahdollisuuksien käyttämiselle. Yksilön toimintamahdollisuuksien kannalta ei ole olennaista vain yksilön suojattu oikeusasema staattisena positiona. Yksilön tulee kyetä käyttämään toimintavapauttaan suhteessa toisiin yksilöihin ja harjoittamaan yhteistyötä näiden kanssa. Tarkastelussa korostuvat yksilön oikeuksien käyttämisen mielekkäät edellytykset. Markkinat muodostavat taustan, joissa yksilö käyttää oikeusjärjestyksessä suojattuja oikeuksiaan. Markkinoiden toimivuus on perustava edellytys sille, että yksilöillä on vaihtoehtoja oikeuksiensa käytön suuntaamiseen. Samalla täyttyy tahtoperiaatteeseen sisältyvä olettama siitä, että yksilöiden välinen yhteistyö lisää osaltaan hyvinvointia yhteiskunnassa. Markkinat sovittavat toimiessaan yksittäiset intressit yhteiseksi hyväksi. Yksilön kannalta mielekkäiden olosuhteiden luominen ja ylläpitäminen sekä markkinoiden järjestelmätasoisten vaikutusten toteutuminen vaatii oikeudellisten pelisääntöjen asettamista markkinoiden toiminnalle. Painopiste on kilpailuoikeudellisessa sääntelyssä, mutta myös sopimusoikeu-

---

[160] Ks. yhteismarkkinakontekstissa kilpailuoikeudellisen sääntelyn asemasta asia C-126/97 Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV, (1999) ECR I 3055, k. 36–37, jossa kartellikiellon katsottiin kuuluvan oikeusjärjestyksen perusteisiin. Kyse on viime kädessä kilpailuoikeudellisen sääntelyn ordre public intern -luonteesta.

[161] Ks. luku III.2.

den keinoin voidaan tukea markkinoiden toimivuutta. Hyvän tavan vastaisuuden kielto antaa tähän luontevan instrumentin.

Luottamusperiaatteen mukaisessa tarkastelussa korostuu sopimustoiminnan yhteisöllinen luonne. Sopimus ei ole ainoastaan instrumentti yksilön tahdonvapauden käyttämiseen, vaan sopimus nähdään enemmänkin osapuolten välisen yhteistyön mahdollistajana. Oikeudellisen sääntelyn tehtävänä on luoda edellytyksiä yhteistyön toteuttamiseen. Tämä merkitsee käytännössä erilaisten sopimustoiminnasta kumpuavien perusteltujen odotusten suojaamista. Luottamusperiaatteen sisällöllinen perusta voidaan jakaa kahteen osaan. Sopimusoikeuden keinoin tuetaan vaihdannan sisällöllisesti kestävää luonnetta. Kyse on vaihdannan vastavuoroisuudesta. Vastavuoroisuuden sisältö määrittyy pitkälle markkinoilla muodostuvien käytäntöjen kautta. Tästä syntyy yhteys aiemmin käsiteltyihin eri aloilla omaksuttuihin käytäntöihin perustuviin hyvän tavan määrittämisen muotoihin.

Ajattelutapaa ilmentävät esimerkiksi vaihdannan reiluutta korostavat periaatteet (good faith and fair dealing).[162] Toisaalta luottamusperiaate tuo esille vaihdannan hyvinvointivaikutukset: markkinoiden toimivuus lisää hyvinvointia yhteiskunnassa ja mahdollistaa sen jakamisen markkinamekanismin mukaisesti. On selvää, että luottamusperiaatteen kummankin ulottuvuuden toteutumisen kannalta markkinoiden toimivuudella on keskeinen merkitys. Tämä havainto puoltaa mahdollisuutta puuttua kilpailua rajoittaviin järjestelyihin hyvän tavan vastaisuuden kiellon keinoin.

Kohtuusperiaatteella on erityinen sijansa sopimusoikeuden kantavien periaatteiden joukossa. Kohtuusperiaate näyttäytyy erityisen voimakkaasti määrätyissä toimintaympäristöissä (kuluttajasuhteet), mutta toisaalta se ilmentää sopimustoimintaa yleisesti koskevaa oikeudenmukaisuusvaatimusta. Kohtuusperiaatteen soveltamisessa keskeisen aseman saa oikeudenmukaisuuskäsitteen määrittely. Aiemmin tässä esityksessä esiin tuoduilla perusteilla vaikuttaa siltä, että kilpailuoikeuden rajapinnassa erityisen merkityksellinen on menettelyllisen oikeudenmukaisuuden käsite, jolla tarkoitetaan yksilöiden reiluja toimintamahdollisuuksia markkinoilla.[163] Ratkaisevaa ei ole oikeuksien käyttämisen lopputulos sellaisenaan, vaan se, että yksilöiden edellytykset sopimusten solmimiseen ovat lähtökohtaisesti reilut. Markkinoiden toimivuus on yksi keskeinen näihin olosuhteisiin vaikuttava tekijä; yksilön toimintamahdollisuuksia ei tällöin perusteettomasti rajoiteta toisten yksilöiden tai julkisen vallan menettelyin, vaan reunaehdot yksilön toiminnalle syntyvät kilpailun ja markkinoiden oikeudellisen sääntelyn

[162] Ks. tarkemmin esim. Lando – Beale, s. 113–115.
[163] Ks. tarkemmin luku III.3.5.

kautta. Markkinoiden toimivuuden edistäminen on siten perusteltua myös sopimusoikeuden välinein.[164]

Markkinoiden toimivuuden ja sopimusoikeuden kantavien periaatteiden kesken voidaan löytää erilaisia leikkauspisteitä. Tätä taustaa vasten arvioituna voidaan vaikeuksitta päätyä siihen, että oikeudellisen suojan rajaaminen on tällaisten sopimusjärjestelyiden osalta perusteltua. Ratkaisu on yhdenmukainen aiemman oikeuskäytännön kanssa.[165] Pelkkä hyväksyttävien suojan rajaamisperusteiden esittäminen ei kuitenkaan ole vielä riittävää, vaan on kyettävä arvioimaan niitä tekijöitä, jotka vaikuttavat suojan rajaamiseen yksittäisessä tapauksessa. Hyvän tavan vastaisuuden kiellon soveltaminen ei saa olla eriytymätöntä, vaan soveltamisessa on pyrittävä systemaattisuuteen. Tämä vaatii soveltamiskriteerien jäsentämistä. Kyse on harkintaa jäntevöittävien suuntaviivojen vetämisestä.

3.2.3 Soveltaminen

Hyvän tavan vastaisuuden kiellon soveltamiseen voidaan hakea tukea suhteellisuusperiaatteen suunnalta. Suhteellisuusperiaate ymmärretään tässä yhteydessä eräänlaiseksi sateenvarjoksi, joka kokoaa alleen harkinnan kannalta olennaisia seikkoja.[166] Periaate voidaan tässä katsannossa jakaa kolmeen

---

[164] Lähestymistapa on yhdensuuntainen kohtuuttomien oikeustoimien perustuslaillista suojaa koskevien aiempien ratkaisujen kanssa. Näissä yhteyksissä kohtuuttomuuden arvioinnissa on noussut esille korostetun finalistinen näkökulma. Ks. Eduskunnan perustuslakivaliokunnan käytännöstä PeVL 3/1982 vp, jossa oikeustoimilain 36 §:n säätämisen yhteydessä todettiin, että kohtuuttomat oikeustoimet eivät nauti perustuslainsuojaa. Ks. ratkaisukäytännöstä tältä osin myös PeVL 10/1973 vp ja PeVL 13/1986 vp.

[165] Ks. PeVL 3/1963 vp, jossa tarkasteltiin kilpailua rajoittavien sopimusten oikeudellista asemaa. Perustuslakivaliokunta totesi, että kilpailua rajoittavia sopimuksia voidaan pitää yleisten oikeusperiaatteiden nojalla hyvän tavan vastaisina ja että ne jäävät perustuslaillisen suojan ulkopuolelle. Oikeussuojan rajaamista voidaan perustella sopimusjärjestelyiden haitallisilla vaikutuksilla sopimusvapauden yleiseen toteutumiseen ja yksilöiden perustuslaissa turvattuihin oikeushyviin.

[166] Suhteellisuusperiaatteen sisällön määrittämiseen voidaan saada virikkeitä sekä EU-oikeudesta että Euroopan ihmisoikeussopimusta koskevasta oikeuskäytännöstä. Suhteellisuusperiaatteen merkitys näyttäytyy EU-oikeudessa eri tavoin. Suhteellisuusperiaatteen avulla voidaan arvioida yhteisön suorittamien toimien oikeudellista hyväksyttävyyttä. Ks. oikeuskäytännöstä esim. asia 28/84 Komissio v. Saksa, (1985) ECR 3097, jossa tarkasteltiin jäsenvaltioille asetettua velvollisuutta tilastoida eräitä yritystoiminnan muotoja. Toiseksi suhteellisuusperiaatetta voidaan soveltaa jäsenvaltioiden toimien EU-oikeuden mukaisuuden arvioinnissa. Kyse on tyypillisesti sellaisista kansallisista toimista, joilla vaikutetaan yksilöille taattujen perusvapauksien käyttämiseen. Ks. oikeuskäytännöstä esim. asia C-436/00 X ja Y, (2002) ECR I 10829, k. 49, jossa tarkasteltiin osakkeiden verokohtelua koskevan sääntelyn hyväksyttävyyttä sen sisämarkkinavapauksia rajoittavien vaikutusten kannalta (sijoittautumisvapauden rajoitus / yleistä etua koskeva pakottava syy). Euroopan ihmisoikeussopimuksen oikeuskäytännössä suhteellisuusperiaate on keskeinen väline yksilön oikeuksien ja julkisten intressien yhteensovittamisessa. Ks. tältä osin tarkemmin esim. van Dijk – van Hoof – van Dijn – Zwaak, s. 1062–1063.

osaan.[167] Ensinnäkin hyvän tavan vastaisuuden kiellon soveltamisen ja siten sopimustoiminnan oikeudellisen suojan epäämisen avulla tulee voida edistää markkinoiden toimivuutta. Hyvän tavan vastaisuuden kiellon on oltava kussakin soveltamistilanteessa sopiva instrumentti hyväksyttävän päämäärän eli markkinoiden toiminnan tukemiseen. Arviointi kiinnittyy tältä osin markkinoiden toimivuuden merkitykseen sopimusoikeuden kantavien periaatteiden kannalta. Arviointikulma on sopimusoikeudellinen, eikä se rajoitu suoraan markkinoiden tehokkuusvaikutuksiin, vaan tarkastelussa voivat nousta esille myös muut sopimusoikeudelliset markkinoiden toimivuuden jäsentämistavat.

Toisen suhteellisuusperiaatteeseen sisältyvän vaatimuksen mukaan oikeudellisen suojan rajaamisen tulee olla välttämätöntä markkinoiden toimintaan liittyvien sopimusoikeudellisten intressien suojaamiseksi. Tämä tarkoittaa sitä, ettei markkinoiden toimivuutta voida varmistaa sopimustoimintaa vähemmän rajoittavin keinoin.[168] Arvioinnissa on otettava huomioon muut mahdolliset tavat saavuttaa sopimusoikeuden kantavien periaatteiden kannalta merkityksellinen markkinoiden toimivuuden aste. Tämä vaatimus on perusteltu, koska suojan rajaaminen vaikuttaa osaltaan toiminnan harjoittajan oikeusasemaan. Kyse on osin vastakkaisten intressien välisestä punninnasta.

Kolmanneksi on tarkasteltava sopimustoiminnan oikeudellisen suojan rajaamisen oikeasuhteisuutta. Rajaaminen ja hyvän tavan vastaisuuden kiellon soveltaminen eivät saa mennä pidemmälle kuin hyväksyttävän tavoitteen saavuttamiseksi on tarpeen. Tarkastelua voidaan eriyttää kolmeen suuntaan. On jäsennettävä, kuinka haitallisesta järjestelystä markkinoiden toiminnan kannalta on yksittäistapauksessa kysymys (asiallinen ulottuvuus). Arvioinnin perustan muodostavat ensisijaisesti sopimusoikeuden kantavat periaatteet. Mitä haitallisempi järjestely on luonteeltaan, sitä pidemmälle menevä puuttuminen on mahdollista. Omana kysymyksenään on tarkasteltava järjestelyn vaikutusten laaja-alaisuutta. On selvitettävä, kuinka laajasti menettely vaikeuttaa sopimusoikeudellista markkinoiden toimintaan liittyvän intressin toteutumista. Merkityksellinen seikka on muun ohella järjestelyn vaikutusten kattama maantieteellinen tai toimijakohtainen alue. Omana muuttujanaan on vielä selvitettävä markkinoiden toimintaa rajoittavien vaikutusten ajallista ulottuvuutta. Järjestelyn ajallinen kesto on usein omiaan voimistamaan järjestelyn haitallisia vaikutuksia markkinoiden toimintaan.

Hyvän tavan vastaisuuden kiellon soveltaminen on kokonaisuus, jonka osien painoarvot voivat vaihdella tapauskohtaisten erityispiirteiden mukaisesti. Tarkastelua ohjaamaan voidaan asettaa ennalta suuntaviivoja. Suuntaviivat muodos-

---

[167] Ks. myös Tridimas, s. 139–140.

[168] Ks. suhteellisuusperiaatteen sisällöstä perusoikeusnäkökulmasta myös V-P Viljanen 2001, s. 205–207.

tavat eräänlaisen peitepiirroksen, joka auttaa kohdistamaan hyvän tavan vastaisuuden kiellon soveltamista ja kiinnittämään huomiota olennaisiin muuttujiin.

Hyvän tavan vastaisuuden kielto voidaan kiinnittää oikeusjärjestyksen eri osiin. Se on kuitenkin tässä yhteydessä tarkastellulla tavalla ensisijaisesti sopimusoikeudellinen tai yksityisoikeudellinen instrumentti. Tällä seikalla on oma merkityksensä harkinnan jäsentymisessä. Hyvän tavan vastaisuuden kielto ei ole välttämättömästi sidoksissa toisen oikeudenalan, kuten kilpailuoikeuden, sisäiseen logiikkaan tai soveltamiskriteereihin. On selvää, että kilpailuoikeuden kieltojen täyttyminen vahvistaa osaltaan perusteita todeta sopimus tai muu järjestely hyvän tavan vastaiseksi. Markkinoiden toimintaan vaikuttavan järjestelyn on mahdollista katsoa täyttävän hyvän tavan vastaisuuden kiellon soveltamiskriteerit, vaikka kilpailuoikeuden soveltamiskriteerit eivät täyttyisikään. Perusteet arviointiin löytyvät sopimusoikeuden sisällöllisistä lähtökohdista.

Hyvän tavan vastaisuuden kiellon soveltamisperusteiden tulee olla kestäviä ja niiden soveltamisen systemaattista. Vaatimus on perusteltu, koska oikeudellisen suojan rajaaminen merkitsee toiminnan harjoittajan operointimahdollisuuksien rajaamista. Kiellon soveltamisen lähtökohtana on syytä pitää järjestelyn järjestelmätasoisia vaikutuksia. Hyvän tavan vastaisuuden kiellon soveltamisen tulee liittyä siihen, että vaikutukset ylittävät yksittäisen sopimussuhteen rajat. Vaikutusten tulee olla ensisijaisesti järjestelmätasoisia. Näin täyttyy hyvän tavan vastaisuuden kiellolle asetettu vaatimus yhteydestä yleiseen intressiin. Arviointi kiinnittyy ensisijaisesti markkinoiden toimintaan liittyviin sopimusoikeudellisiin näkökohtiin. Markkinoiden toimivuus hahmotetaan sopimusoikeudellisin perustein. Arviointikehikko on osaltaan joustava.

Arvioinnissa on syytä edetä varoen ja ottaen huomioon edellä esitetyt hyvän tavan vastaisuuden kiellon soveltamista koskevat suuntaviivat. Poikkeaminen kilpailulainsäädännön soveltamiskriteereistä ei ole itseisarvoisessa asemassa, vaan siihen tulee olla perusteltu syy. Tämä syy voi liittyä esimerkiksi pyrkimykseen varmistaa markkinoiden toimivuuden edellytykset silloin, kun kilpailuoikeuden soveltamisedellytykset eivät vielä täyty. Kyse on eräänlaisesta ennakoivasta markkinoiden toimivuuden ohjaamisesta.

3.3 OIKEUDEN VÄÄRINKÄYTÖN KIELTO

3.3.1 Tausta

Yksilö voi käyttää oikeuksiaan yksittäisessä tapauksessa tavalla, joka ei ole oikeusjärjestyksen kannalta hyväksyttävää. Yksilön saaman oikeudellisen suojan rajaaminen on tällöin välttämätöntä. Oikeuden käyttämisen moitittavuus liittyy

yksittäiseen tilanteeseen ja sen ominaispiirteisiin. Oikeuden käyttäminen täyttää sinällään oikeusjärjestyksen lähtökohtaiset (muodolliset) vaatimukset, mutta käyttämisen tarkoitus tai sen olosuhteet johtavat oikeudellisen suojan rajaamisen tarpeellisuuteen. Vastaava oikeuden käyttäminen jossain toisessa tarkoituksessa tai toisissa olosuhteissa ei välttämättä anna aihetta oikeudellisen suojan rajaamiseen, vaan kyse on tällöin oikeuden tavanomaisesta käyttämisestä. Oikeuden väärinkäytön kielto eroaa tältä osin aiemmin käsitellystä hyvän tavan vastaisuuden kiellosta, joka koskee perusteiltaan järjestelyn yleistä moitittavuutta oikeusjärjestyksen kannalta.

Oikeuden väärinkäytön kiellon kanssa voidaan tarkastella rinnakkain joitakin käsitteitä, jotka sijoittuvat lähelle oikeuden väärinkäytön kieltoa ja osin limittyvät siihen. Sopimusvapauden väärinkäytöllä on viitattu järjestelyihin, joille osapuolet antavat tietoisesti niiden tarkoituksesta poikkeavan sisällön.[169] Tahto ja sen ilmaisu eriytetään tarkoituksellisesti toisistaan pyrkimyksenä harhauttaa toisia toimijoita saamaan virheellinen kuva järjestelyn todellisesta luonteesta.[170] *Valeoikeustoimen* oikeusvaikutuksista on säädetty oikeustoimilain 34 §:ssä. Oikeustoimi on sen osapuolten välisessä suhteessa sekä vilpillisessä mielessä olevaan sivulliseen nähden pätemätön.[171] Oikeustoimen valeominaisuuteen ei kuitenkaan voida vedota suhteessa sellaiseen vilpittömässä mielessä olevaan sivulliseen, jolle oikeustoimeen perustuva oikeus on siirretty. Säännöksen tarkoituksena on suojella oikeustoimien pysyvyyteen liittyviä perusteltuja odotuksia ja siten vilpittömässä mielessä olevien sivullisten oikeusasemia sekä vaihdannan sujuvuuden edellytyksiä. Toisaalta sopimuksen toteutumiseen ei voi liittyä perusteltuja odotuksia, mikäli sivullinen on ollut tietoinen järjestelyn valeoikeustoimiluonteisuudesta. Tällöin omaisuuden palauttaminen esimerkiksi velkojien ulottuville on mahdollista.

Oikeuden väärinkäytön kiellon toisena vastinparina voidaan ottaa esille *aseman väärinkäyttäminen*. Käsitteet ovat lähellä toisiaan ja osittain ne kietoutuvat toisiinsa. Aseman väärinkäyttäminen edellyttää sitä, että toimijalla on erikseen määritelty asema markkinoilla tai suhteessa toiseen toimijaan. Asema mahdollistaa vaikuttamisen markkinoiden tai toisten toimijoiden toimintaedellytyksiin.[172]

---

[169] Ks. Linna, s. 622 av. 2.

[170] Tyypillisinä pyrkimyksinä voidaan pitää tältä osin velkojien oikeuden loukkaamista. Harhauttamisen kohteena voi olla muukin sivullinen tai julkinen valta (esim. verottaja), jonka kustannuksella pyritään hyötymään järjestelyn sisältöä muovaamalla.

[171] Ks. esim. Ämmälä 1993b, s. 80–83. Ks. kuitenkin Aurejärvi 1980, s. 205–207, jossa suhteellistetaan käsitys valeoikeustoimen täydellisestä oikeudellisesta vaikutuksettomuudesta osapuolten kesken.

[172] Ks. myös KKO 1992:145, jota voidaan arvioida myös on first demand -takuun antaneen toimijan asemaan liittyvänä tapauksena. Asiassa oli kysymys muun ohella siitä, että takuun suorittamiseen perustuvan maksuvaatimuksen esittäjän eli takuun saajan asema samastui alkuperäisen sopi-

Tällaisissa olosuhteissa asemaan voidaan sisällyttää vastuu toimintaedellytysten ylläpitämisestä.[173] Asemaan on mahdollista liittää joitakin toiminnan rajoitteita tai toisin sanottuna velvoitteita, joiden rikkominen johtaa oikeudellisen suojan rajaamiseen. Tyyppitapauksena voidaan pitää kilpailuoikeudessa säänneltyä määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä. Ero oikeuden väärinkäyttöön ilmenee siinä, että toimija voi väärinkäyttää oikeuttaan ilman määrättyä asemaa markkinoilla tai muussa toimintaympäristössä tahi vuorovaikutussuhteessa. Käytännössä erottelu oikeuden ja aseman väärinkäytön välillä on liukuva. Aseman väärinkäyttö voidaan nähdä oikeuden väärinkäytön erityistilanteena. Jaottelun merkitys on osin systemaattinen.

Oikeuden väärinkäytön kielto on oikeusjärjestyksen muodostamaan kokonaisuuteen kiinnittyvä instrumentti, jolla rajataan oikeudellisen suojan käyttöalaa. Oikeuden väärinkäytön kieltoa voidaan pitää yleisenä oikeusperiaatteena.[174] Kansalliseen oikeusjärjestykseemme ei sisälly nimenomaista oikeuden väärinkäytön kiellon säännöstä, mutta oikeuden väärinkäytön kielto on saanut kuitenkin erilaisia ilmenemismuotoja kansallisessa oikeusjärjestyksessämme. Oikeuden väärinkäytön kiellon arvioinnissa on lisäksi otettava huomioon kansainvälisistä ihmisoikeussopimuksista ja EU-oikeudesta kumpuavat impulssit. Oikeuden väärinkäytön kiellolla on tässä suhteessa monet kasvot.

Yksityisoikeudessa on vanhastaan rajattu oikeudellisen suojan käyttöalaa sellaisilta oikeustoimilta tai muilta järjestelyiltä, joiden tarkoituksena on yksinomaan vahingoittaa toista toimijaa.[175] Kyse on *shikaanikiellosta*.[176] Näille shikaanikiellon soveltamistilanteille on tyypillistä, että oikeustoimi tai muu järjestely ei edistä lainkaan tekijänsä hyväksyttäviksi katsottavia intressejä, vaan sen

---

muskumppanin asemaan, jolloin vastaajalla oli mahdollisuus esittää kumpaakin tahoa kohtaan samansisältöiset kieltäytymisperusteet. Näissä olosuhteissa esitetty ehdottomiin takuusitoumuksiin perustuva maksuvaatimus katsottiin oikeuden väärinkäytöksi.

[173] Sopimuskumppanin kannalta nämä velvollisuudet voidaan nähdä asianmukaisen liiketoiminnan suojana. Ks. Pöyhönen 2000, s. 103.

[174] Ks. esim. Pöyhönen 2001, s. 314.

[175] Oikeuden väärinkäytön kieltoa on tässä merkityksessä arvioitu oikeuskäytännöstä useissa erilaisissa tilanteissa. Tapaukset ovat koskeneet esim. lasten huollosta ja tapaamisoikeudesta annetun lain perusteella vahvistetun lapsen asuinpaikkaa koskevan vanhempien sopimuksen muuttamisperusteita, joiden tulee olla sisällöllisesti perusteltuja ja joiden esittäminen ei saa olla pelkästään kiusantekotarkoitukseen pohjautuvia. Ks. tältä osin KKO 2003:126. Toinen asiaryhmä liittyy aviovarallisuussuhteen purkamiseen ja pesänjakajan määräämiseen. Pesänjakajan määrääminen on pääsääntö, josta voidaan poiketa, mikäli hakija toimii ilmeisessä oikeuden väärinkäyttötarkoituksessa. Ks. esim. KKO 2001:56 ja KKO 2008:22. Ks. pesänjakajan määräämisestä myös KKO 2007:99. Oikeuden väärinkäyttö voi liittyä myös erilaisiin kiusantekomielessä nostettuihin oikeudenkäyntimenettelyihin. Kannustimia tällaisiin menettelyihin ryhtymiseen on pyritty hillitsemään osaltaan siten, että oikeusavun myöntäminen voidaan evätä, mikäli asian ajaminen olisi oikeuden väärinkäyttämistä. Ks. esim. KKO 2003:22, KKO 2004:113 ja KKO 2004:114.

[176] Ks. myös Tammi-Salminen 2001, s. 251–257.

perustavana rationa on haitan tai vahingon tuottaminen toiselle toimijalle. Shikaanikiellon soveltamisessa on otettava huomioon toiminnan kohteen ja sen harjoittajan oikeusasemat. Kohteen oikeusasemalle aiheutuvia vahinkoja on punnittava suhteessa harjoittajan toimintavapauden rajoitukseen. Toimintavapauden rajoituksen merkitys on tyypillisesti vähäinen silloin, kun toiminnan ainoana tarkoituksena on vahingon tuottaminen toiselle.

Oikeuden väärinkäytön kielto on yleinen Euroopan ihmisoikeussopimuksen läpäisevä periaate. Kielto on saanut institutionaalisen ilmauksensa Euroopan ihmisoikeussopimuksen 17 artiklassa. Vastaava säännös sisältyy kansalais- ja poliittisia oikeuksia koskevan yleissopimuksen 5 artiklaan ja EU:n perusoikeuskirjan 54 artiklaan. Euroopan ihmisoikeussopimuksen 17 artikla koskee lähtökohtaisesti sekä yksilöiden että julkisen vallan toimia. Artiklassa kielletään toiminta, jonka yksinomaisena tai pääasiallisena päämääränä on sopimuksessa yksilöille annettujen oikeuksien tekeminen tyhjäksi tai rajoittaminen.

Oikeuden väärinkäytön kieltoa täytyy lukea yhdessä sopimuksen muiden materiaalisten artiklojen kanssa; oikeuden väärinkäyttö konkretisoituu yksilöille annettujen ihmisoikeuksien rajoittamisen yhteydessä. Oikeuden väärinkäytölle on asetettu ihmisoikeussopimuksen soveltamiskäytännössä eräänlainen yleisyysvaatimus.[177] Väärinkäytön tulee merkitä uhkaa demokraattiselle järjestelmälle. Toiminnan on toisin sanoen ylitettävä merkitykseltään tai vaikutuksiltaan yksittäisen oikeussuhteen rajat. Vaikutuksilla tulee olla järjestelmätasoinen ulottuvuus. Tämän ulottuvuuden arvioiminen kytkeytyy kunkin tapauksen erityispiirteisiin.

Oikeuden väärinkäytön kiellon soveltaminen merkitsee toimintaa harjoittavan yksilön saaman oikeudellisen suojan rajoittamista. Oikeuden väärinkäytön kiellon soveltaminen johtaa usein punnitsemaan toisilleen vastakkaisia intressejä. Tässä punninnassa suhteellisuusperiaatteella on keskeinen asema.[178] Oikeuden väärinkäytön kiellon soveltamisen puolesta ja sitä vastaan puhuvat seikat on suhteutettava toisiinsa. Oikeuden väärinkäytön kiellon soveltaminen ei merkitse yksilölle Euroopan ihmisoikeussopimuksessa annettujen oikeuksien kokonaisvaltaista epäämistä. Toiminnan katsominen oikeuden väärinkäytöksi ei estä yksilöä saamasta ihmisoikeussopimuksessa tarkoitettua suojaa asiaa koskevassa oikeudenkäyntimenettelyssä.[179] Vastaavasti oikeuden väärinkäyttöön syyllistyminen ei poista mahdollisuuksia vedota ihmisoikeussopimuksen mukaiseen suojaan myöhemmissä vaiheissa.[180]

---

[177] Ks. Euroopan ihmisoikeuskomission käytännöstä van Dijk – van Hoof – van Dijn – Zwaak, s. 1086.
[178] Ks. esim. van Dijk – van Hoof – van Dijn – Zwaak, s. 1086.
[179] Ks. esim. Pellonpää, s. 555.
[180] Ks. van Dijk – van Hoof – van Dijn – Zwaak, s. 1088–1089.

Oikeuden väärinkäytön kieltoa koskeva Euroopan ihmisoikeussopimuksen oikeuskäytäntö on kohtuullisen rajallinen. Tämän voidaan katsoa johtuvan osin siitä, että ihmisoikeussopimuksen kokonaisuuteen sisältyy erilaisia mekanismeja, joilla yksilöille annettujen oikeuksien tasoa ja kattavuutta voidaan säännellä. Oikeuden väärinkäytön kielto tulee nähdä osana näitä sääntelymekanismeja.

Oikeuden väärinkäytön kielto näyttäytyy omassa kiintoisassa muodossaan EU-oikeudessa. Kyse on eräänlaisesta rule of reason -tyyppisestä harkinnasta, jonka avulla arvioidaan perusvapauksien käyttöä rajoittavien kansallisten sääntelytoimenpiteiden hyväksyttävyyttä ja oikeasuhtaisuutta.[181] Asetelma on noussut esille esimerkiksi veronkiertoa estämään pyrkivän kansallisen sääntelyn soveltamisen yhteydessä. Perusvapauksilla on EU-oikeudessa lähtökohtainen asema. Kansalliset sääntelytoimet ovat mahdollisia, mikäli niillä tavoitellaan EU-oikeudellisesti arvioituna hyväksyttävää päämäärää ja toimet ovat oikeasuhtaisia. Oikeuden väärinkäytön kiellon soveltamisen yhteydessä on käytetty käsitettä puhtaasti keinotekoinen järjestely.[182] Kansallinen sääntely on mahdollista, mikäli arvioitavana oleva järjestely ei täytä perusvapauksille asetettuja tavoitteita, vaan perusvapauksia on käytetty vilpillisesti.[183] Toiminnalle on tällöin tyypillistä, että sillä pyritään keinotekoisesti kiertämään kansallista sääntelyä. Arvioinnissa on kiinnitetty huomiota sekä EU-oikeudellisen sääntelyn päämääriin yleisesti että toiminnan harjoittajien subjektiivisiin pyrkimyksiin.[184]

EU-oikeudellinen oikeuden väärinkäytön kielto muodostaa mielenkiintoisen esimerkin siitä, kuinka erilaisissa tilanteissa kieltoa voidaan soveltaa. Kansallisten sääntelytoimenpiteiden hyväksyttävyyden arvioinnin näkökulmasta merkityksellinen relaatio syntyy julkisen vallan, erityisesti jäsenvaltion, ja yksilöiden välille. EU-oikeudessa kysymys on olennainen. Se on saanut erilaisia ilmenemismuotoja (pakottavia vaatimuksia koskeva kansallinen sääntely vapaan liikkuvuuden alueella). Oikeuden väärinkäytön kiellon soveltamiskriteereissä on kui-

---

[181] Ks. Salminen – Urpilainen, s. 344–346 ja 364–372.

[182] Asia C-196/04 Cadbury Schweppes, (2006) ECR I 7995, k. 62–63.

[183] Oikeuden väärinkäytön kiellon soveltamiskäytännössä on noussut tyypillisesti esiin vapaan sijoittautumisoikeuden sisältö. EU-oikeudessa annetaan yksilöille mahdollisuus harjoittaa liiketoimintaa haluamassaan sisämarkkinoiden osassa sillä edellytyksellä, että oikeusjärjestyksessä asetettuja säännöksiä noudatetaan. Kansallinen fiskaalinen intressi ei ole peruste estää sijoittumisen vapautta. Asetelma muuttuu, mikäli vapaan sijoittautumisoikeuden avulla pyritään keinotekoisesti kiertämään vero-oikeudellista sääntelyä. Toiminnalla ei näissä tilanteissa ole itsenäistä liiketaloudellista ratiota, vaan sillä pyritään yksinomaan veroetujen tai muiden hyötyjen saavuttamiseen.

[184] Objektiivisella ulottuvuudella viitataan siihen, etteivät sääntelyn päämäärät tosiasiassa täyty, vaikka asia muodollisen tarkastelun perusteella siltä vaikuttaisikin. Subjektiivisilla seikoilla tarkoitetaan puolestaan yksilön pyrkimystä saada EU-oikeudessa asetettu etu itselleen muuntamalla toiminta keinotekoisesti sellaiseen muotoon, joka täyttää EU-oikeuden soveltamiskriteerit. Subjektiivisten tekijöiden arviointi on perustunut osaksi syntyneen tilanteen ominaispiirteiden jäsentämiseen. Ks. esim. asia C-110/99 Emsland-Stärke, (2000) ECR I 11569, k. 52–53.

tenkin yhtäläisyyksiä. Perusvapauksilla on keskeinen asema EU-oikeudessa. Oikeuden väärinkäytön kielto edellyttää hyväksyttävien rajoitusperusteiden määrittämistä EU-oikeudellisessa kontekstissa sekä vastakkaisten intressien keskinäistä punnintaa. Suhteellisuusperiaatteella on tässä arvioinnissa keskeinen asema.[185]

Kansallisessa oikeusjärjestyksessämme ei ole nimenomaisesti kodifioitua mainintaa oikeuden väärinkäytön kiellosta, vaikka kiellon asema yleisenä oikeusperiaatteena on kiistaton. Juha Karhu on perusoikeusjärjestelmän ja yksityisoikeuden välisiä yhteyksiä systematisoineessa tuotannossaan pyrkinyt muodostamaan oikeuden väärinkäytön kiellon perusoikeuspohjaisen jäsennyksen.[186] Inspiraatiota jäsennykseen on haettu osin myös ihmisoikeussopimusten suunnalta. Karhun tarkastelussa oikeuden väärinkäytön kielto nähdään yhteydessä perusoikeuksien toteutumisen haittaamiseen: järjestelyt, joiden tarkoituksena on yksinomaan estää tai vaarantaa toisten perusoikeuksien toteutumista, eivät ansaitse oikeudellista suojaa. Oikeudellisen suojan rajaamisen instrumenttina käytetään oikeuden väärinkäytön kieltoa. Kiellon soveltaminen edellyttää perusoikeuksien tarkoituksen määrittämistä. Varallisuusoikeudellisten instituutioiden käyttämisen yleisenä tarkoituksena tulee olla perusoikeuksien toteuttamismahdollisuuksien edistäminen.[187] Tähän tarkoitukseen sisältyy ajatus oikeuksien suhteellisuudesta. Oikeuksien käyttämisessä on otettava huomioon muiden yksilöiden oikeusasemat ja käytön vaikutukset kulloiseenkin toimintaympäristöön. Tässä suhteessa oikeuksien käyttämiseen sisältyy vastuu.

Oikeuden väärinkäytön kiellon nimenomainen formuloimattomuus kansallisessa oikeusjärjestyksessämme ei tarkoita sitä, että kiellolla ei olisi kantopintaa oikeusjärjestyksessämme. Päinvastoin oikeuden väärinkäytön kiellon voidaan katsoa ilmentyvän useista oikeusjärjestyksemme osista. Kielto liittyy tyypillisesti säännöksiin, joilla pyritään estämään oikeuksien tai varallisuusarvoisten etuuksien liukuminen velkojien tai muiden vastaavien tahojen ulottumattomiin. Tällainen säännös on esimerkiksi ulosottokaaren 4 luvun 14 §. Säännöksen soveltaminen edellyttää, että tarkasteltavan oikeustoimen tai muun järjestelyn muoto ei vastaa toiminnan todellista tarkoitusta.[188] Lisäksi järjestelystä tai oikeustoimesta tulee aiheutua vahinkoa velkojille. Tyypillisesti tämä merkitsee ulosoton välttä-

---

[185] Asia C-196/04 Cadbury Schweppes, (2006) ECR I 7995, k. 57. Ks. harkinnasta myös asia C-212/97 Centros, (1999) ECR I 1459, k. 34, jossa kansallisille sääntelytoimille asetetaan neljä rinnakkaista edellytystä: 1) sääntelytoimia on sovellettava syrjimättä, 2) sääntelytoimet on voitava perustella yleiseen etuun liittyvillä pakottavilla syillä, 3) sääntelytoimet ovat omiaan takaamaan niillä tavoitellun päämäärän toteutumisen, 4) sääntelytoimilla ei saa puuttua perusvapauteen enempää kuin mikä on tarpeen sääntelyn päämäärän toteuttamiseksi.

[186] Ks. Pöyhönen 2000, s. 102–103, ja Pöyhönen 2001, s. 309–310.

[187] Pöyhönen 2000, s. 102–103.

[188] Ks. yleisesti säännöstä edeltäneestä ulosottolain 4 luvun 9.4 §:stä esim. Linna, s. 633.

mistä tai omaisuuden siirtämistä muuten velkojien ulottumattomiin. Säännöksen soveltamisessa on lisäksi otettava huomioon järjestelyyn nähden sivullisten oikeusasema. Näiden kumulatiivisten kriteerien täyttyessä oikeustoimen peräyttäminen on mahdollista.

Kansallisen sääntelyn moninaisuudesta huolimatta siitä voidaan löytää joitakin keskeisiä rakenteellisia piirteitä. Sääntelyssä on määritelty jollakin tavalla oikeustoimen sisällön ja muodon välinen ristiriita. Oikeustoimi ei ilmennä todellista tarkoitustaan. Toiseksi tästä ristiriidasta aiheutuu vahinkoa velkojille tai muulle vastaavalle taholle. Oikeustoimelle annetusta muodosta voidaan poiketa, mikäli nämä kriteerit täyttyvät. Lähtökohtainen todistustaakka on sillä taholla, joka vetoaa ristiriidan ja siitä seuraavien vahinkojen olemassaoloon, ellei yksittäisiä tilanteita koskien ole asetettu poikkeussäännöksiä.

Kilpailuoikeudessa on perinteisesti katsottu tarpeelliseksi puuttua yritysten kilpailua rajoittavan yhteistoiminnan lisäksi myös siihen, että lähtökohtaisesti yksi vahva yritys hallitsee markkinoita.[189] Määräävän markkina-aseman väärinkäytön kielto on instrumentti, jolla on asetettu rajoja markkinoita hallitsevan yrityksen toimille. Määräävään markkina-asemaan on haluttu liittää vastuu markkinoiden toimivuudesta.[190] Vastuu edellyttää kuitenkin oikeuskäytännössä yksityiskohtaisen sisältönsä saaneen määräävän markkina-aseman kynnyksen

---

[189] Mielenkiintoisena ja kilpailuoikeuden kanssa osin rinnakkaisena oikeuden väärinkäytön kiellon muotona voidaan pitää immateriaalioikeudellisen suojan rajaamisen perusteluita silloin, kun suojaan vetoamisen katsotaan olevan immateriaalioikeuksille asetettujen tavoitteiden vastaista. Kyse voi olla esim. siitä, että yksittäisessä tapauksessa rajataan tekijänoikeussuojan alaa. Rajaamista on mahdollista perustella markkinoiden toimivuuden varmistamisella. Immateriaalioikeuden väärinkäyttönä voidaan pitää menettelyä, joka täyttää samalla määräävän markkina-aseman väärinkäytön edellytykset. Toisaalta on muistettava, että immateriaalioikeuden väärinkäytön kiellon määrittämisen kriteerit tulevat ensisijaisesti immateriaalioikeuden sisältä eikä kiellon soveltaminen ole sidottu kilpailuoikeuteen. Tukea kiellon soveltamiseen voidaan hakea esim. perusoikeusjärjestelmästä; immateriaalioikeudellisen suojan alaa voidaan rajoittaa, mikäli toiminnan seurauksena sananvapauden käyttömahdollisuudet kaventuvat tarpeettomasti. Immateriaalioikeudellisesti merkityksellinen näkökohta liittyy myös innovaatioiden synnyn tukemiseen. Lisäksi tarkastelussa voidaan jäsentää tekijän ja käyttäjän välisten intressien suhdetta. Oikeuden väärinkäyttöä saattaa olla se, että intressien suojaaminen muodostuu hyvin epäsuhtaiseksi tai epätasapainoiseksi. Arvioinnissa on tältä osin myös sopimusoikeudellisia piirteitä. Ks. oikeuskäytännöstä esim. KKO 1987:16. Ks. myös Mylly 2010, s. 14–19.

[190] Määräävässä markkina-asemassa oleva yritys ei saa omilla toimillaan heikentää markkinoiden toimintaedellytyksiä. Keskittynyt markkinarakenne muodostaa perusteen erityisen vastuun asettamiselle. Asetelman taustalla on eräässä mielessä perustava käsitys kilpailullisesta markkinarakenteesta, johon kuuluu ajatus useista toimijoista markkinoilla. Ks. tältä osin esim. Fox 2003, s. 155–159. Tämä näkökulma on tullut voimakkaasti haastetuksi EUT-sopimuksen 102 artiklan uudistustyön yhteydessä. Näkemyksen mukaan markkinarakenne voi olla keskittynyt ja silti toimiva kuluttajien hyvinvoinnin kannalta. Perustava ero näkökulmien välillä liittyy markkinaprosessin itseohjautuvuuden asteeseen ja siihen vaikuttaviin tekijöihin.

ylittämistä.[191] Näin määritellyn oikeuden väärinkäytön kiellon sisältö on kvalifioitunut kilpailuoikeudellisin perustein.

Määräävän markkina-aseman sääntelyä voidaan perustella lähinnä kahdentyyppisillä seikoilla. Määräävässä markkina-asemassa oleva yritys on tyypillisesti kilpailijoitaan vahvempi ja se pystyy säätelemään kilpailuolosuhteita markkinoilla. Tämän seurauksena markkinoiden dynamiikka voi vaarantua. Määräävässä markkina-asemassa oleva yritys voi pyrkiä keinotekoisesti poistamaan itseään tehokkaammat kilpailijat markkinoilta tai ainakin vaikeuttamaan näiden operointimahdollisuuksia.[192] Tällöin markkinat eivät kykene saavuttamaan niille yhteiskunnassa asetettua tehtävää hyvinvoinnin tuottajana ja jakajana optimaalisella tavalla. Lisäksi kilpailijoiden elinkeinonharjoittamisen mahdollisuudet voivat perusteettomasti rajoittua.

Määräävässä markkina-asemassa oleva yritys voi hyödyntää asiakkaidensa ja muiden vastaavien toimijoiden riippuvuutta.[193] Asiakkailla ei välttämättä ole realistisia vaihtoehtoja toimintojensa muuttamiseen ja uuden sopimuskumppanin hankkimiseen. On puhuttu niin sanotusta pakollisesta kauppakumppanista.[194] Kilpailuoikeudellisen sääntelyn keinoin pyritään estämään asiakkaiden riippuvuussuhteiden asiaton hyödyntäminen. Tässä yhteydessä on kuitenkin syytä huomata, että riippuvuussuhteisiin puuttuminen kilpailuoikeudellisesti edellyttää määräävän markkina-aseman olemassaoloa ja siten markkinoiden hallintaa. Pelkkä yksittäiseen sopimussuhteeseen liittyvä vahva asema ei anna sinällään perustetta soveltaa kilpailuoikeudellista sääntelyä. Vahvan aseman tulee ilmetä järjestelmätasolla eli markkinoilla ja sen vaikutusten tulee ylittää yksittäisen sopimussuhteen rajat.

EU:n kilpailuoikeudessa on käyty viime aikoina voimakasta keskustelua perustamissopimuksen 102 artiklan soveltamisen uudistamisesta.[195] Keskustelun pontimena on ollut lisätä markkinavaikutusten painoarvoa 102 artiklan soveltamisessa. Määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen toiminnalla tulee olla markkinoiden toimintaan liittyviä hyvinvointivaikutuksia ennen kuin 102

---

[191] Määräävälle markkina-asemalle on tunnusomaista riippumattomuus kilpailun paineista. Määräävässä markkina-asemassa oleva yritys kykenee vaikuttamaan kilpailijoiden ja asiakkaiden operointimahdollisuuksiin sekä samalla omiin toimintaolosuhteisiinsa. Määräävän markkina-aseman arvioinnissa voidaan kiinnittää huomiota rakenteellisiin ja käyttäytymiseen liittyviin seikkoihin. Ks. oikeuskäytännöstä esim. asia 27/76 United Brands v. komissio, (1978) ECR 425, k. 65–66.

[192] Ks. tarkemmin esim. asia 6/72 Continental Can v. komissio, (1973) ECR 215, k. 26.

[193] Ks. tarkemmin esim. asia 26/75 General Motors Continental NV v. komissio, (1975) ECR 1367, k. 9.

[194] Ks. tarkemmin esim. Kuoppamäki 2003, s. 717–718.

[195] Komission tiedonanto Ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen, 9.2.2009, K(2009) 864 lopullinen, ja DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses.

artiklan soveltaminen on perusteltua. Tämä on omiaan antamaan määräävässä markkina-asemassa olevalle toimijalle lisää liikkumavaraa ja liudentamaan käsitystä määräävään markkina-asemaan liittyvästä erityisestä vastuusta. Samalla voidaan nähdä määräävässä markkina-asemassa olevan toimijan kilpailijoiden tai asiakkaiden kilpailuoikeudellisen suojan heikentyvän jollakin tavalla. Kehitystä voidaan kuitenkin pitää perusteltuna, vaikka sen toteuttamiseen voi käytännön tilanteissa sisältyä joitakin haasteita.

Kilpailuoikeudellisen sääntelyn soveltamisessa on kysymys usein keskenään erisuuntaisten positioiden ja intressien punninnasta. Määräävän markkina-aseman väärinkäytön kiellon soveltaminen merkitsee tässä asemassa olevan yrityksen toimintamahdollisuuksien oikeudellista rajaamista. Rajaamiselle pitää olla hyväksyttävät perusteet, ja sen tulee olla oikeassa suhteessa hyväksyttävään päämäärään nähden. On tärkeää, että rajaamisen perusteet voidaan varmistaa luotettavasti kussakin soveltamistilanteessa. Pelkkä olettamiin vetoaminen voi antaa puutteellisen kuvan toiminnan sisällöstä ja sen todellisista vaikutuksista. Toisaalta sääntelyn operationaalisuuden tason tulee olla riittävä, jotta sääntelyyn liittyvät oikeusturvaodotukset on mahdollista täyttää. Kyse on osaltaan siten myös soveltamisjärjestelmän toimintaa koskevien tekijöiden punninnasta.

3.3.2 Soveltaminen

Oikeuden väärinkäytön kiellon yleiseen rakenteeseen kuuluviksi voidaan määrittää kiellon eri ilmenemismuotojen perusteella kaksi osaa.[196] Oikeuden väärinkäytön kiellon alaiselle toiminnalle on tyypillistä, että siitä aiheutuu *vahinkoa* jollekin taholle. On mahdollista puhua vahinkotunnusmerkistä. Toiseksi oikeuden väärinkäytön kiellon soveltaminen edellyttää eräänlaisen vertailupisteen määrittämistä. Oikeuden väärinkäyttöä on sellainen menettely, joka poikkeaa haitallisesti oikeuden yleisesti hyväksyttäväksi katsottavasta sisällöstä tai käyttötavasta.[197] Arviointi edellyttää tältä osin *oikeuden perustarkoituksen* määrittämistä.

Oikeuden väärinkäytön kiellon vahinkotunnusmerkki on suomalaisessa oikeustieteellisessä keskustelussa liitetty perusoikeuksien tai perusoikeusjärjestelmän perusarvojen toteutumiseen.[198] Lähestymistapa on sinällään perusteltu, mut-

---

[196] Ks. myös Linna, s. 631–632, ja Pöyhönen 2001, s. 313–314.

[197] Ks. myös KKO 2006:20, jossa arvioitiin sananvapauden rajoja johtavan kihlakunnansyyttäjän puolisoon kohdistuneen rikosepäilyn uutisoinnissa. Korkein oikeus lähti arvioinnissaan siitä, että sananvapaus ei oikeuta kunnian tai yksityiselämän loukkausta, joita voidaan pitää tässä katsannossa yksilöille oikeusjärjestyksessä annettujen oikeuksien väärinkäyttämisenä. Tällaiset käyttömuodot eivät kuulu sananvapauden varsinaisen tarkoituksen piiriin.

[198] Linna, s. 631.

ta siihen liittyy joitakin avoimia kysymyksiä. Ensinnäkin perusoikeuksien rajoittuminen markkinoilla voi olla seurausta hyvin monenlaisista menettelyistä. Jotkut näistä menettelyistä ovat sellaisia, että oikeuden väärinkäytön kiellon soveltaminen on niiden yhteydessä perusteltua, mutta vastaavasti toiset näistä menettelyistä liittyvät markkinoiden normaaliin toimintaan. On nimittäin ilmeistä, että kilpailun seurauksena elinkeinonharjoittajien mahdollisuudet toimia markkinoilla voivat rajautua ja ääritilanteessa yksittäisiä elinkeinonharjoittajia voi ajautua kokonaan pois markkinoilta. Vahinkotunnusmerkin määrittelyssä tulisi ottaa huomioon perusoikeuden rajoittumisen peruste. Pelkkä viittaaminen toisen perusoikeuden rajoittamiseen vaikuttaa liian yleiseltä määrittelyltä oikeuden väärinkäytön kiellon soveltamiskriteeriksi. Tarvitaan edellä mainittua tarkempaa jäsennystapaa, jotta merkitykselliset rajoitustilanteet voidaan erottaa markkinoiden normaalista toiminnasta. Relevantin rajoitusperusteen tulisi ainakin kilpailuoikeuden rajapinnasta arviointiasetelmaa lähestyen olla jollakin tavalla yleisesti merkityksellinen, ennen kuin oikeuden väärinkäytön kiellon soveltaminen on perusteltua.

Vahinkotunnusmerkki on suomalaisessa keskustelussa liitetty voimakkaasti yksilöiden oikeusasemien suojaamiseen.[199] Kilpailuoikeuden ja sopimusoikeuden välistä suhdetta arvioitaessa on selvää, että esille nousevat voimakkaasti markkinoiden järjestelmätasoiset näkökohdat. Pelkkä pitäytyminen yksilöiden oikeusasemien tasolla ei ole riittävää. Arvioinnissa on otettava jollakin tavalla haltuun yksittäisen oikeussuhteen rajat ylittävät vaikutukset talouden toimintaan. Oikeustieteellisessä keskustelussa on viitattu yhteiskunnan perusarvoihin, mutta tämän viittauksen sisältö jää osittain avoimeksi.[200]

Kun otetaan huomioon markkinoiden toimivuuden yleinen yhteiskunnallinen merkitys tai sen erityinen asema sopimusoikeuden perustavien sisällöllisten lähtökohtien kannalta, vaikuttaa ilmeiseltä, että markkinoiden toimivuudelle aiheutetut vahingot ovat relevantteja oikeuden väärinkäytön kiellon kannalta. Oikeuden väärinkäytön kieltoa on voitava soveltaa myös yleisen edun kannalta keskeisiin kollektiivisiin hyviin. Tältä osin ei ole tarpeen tehdä siirtoa markkinoiden toimivuuden perusoikeudellistamiseksi.[201] Tarpeen ei ole liioin perustella markkinoiden toimivuuden asemaa yksilön oikeuksien mielekkäiden käyttöedellytysten turvaamisen kannalta. Markkinoiden toimivuudella on itsenäinen asema oikeuden väärinkäytön kiellon soveltamisessa.

---

[199] Pöyhönen 2000, s. 102–103.
[200] Linna, s. 631.
[201] Ks. markkinoiden toimivuuden perusoikeusluonteesta käydystä keskustelusta Pöyhönen 2000, s. 82.

Oikeuden väärinkäytön kiellon toisena tunnusmerkkinä on pidetty arvioitavan menettelyn ristiriitaa oikeuden perustarkoituksen kanssa. Oikeuden perustarkoitukselle on annettu erilaisia merkityssisältöjä. Karhu on määritellyt kaikkien varallisuusoikeudellisten instituutioiden yleisen oikeudellisen tarkoituksen ja käytön päämäärän olevan perusoikeuksien käytön ja toteuttamismahdollisuuksien edistämisen.[202] Toisessa yhteydessä Karhu on viitannut oikeuden käytön perustarkoituksena olevan perustellun taloudellisen riskinoton.[203] Tuula Linna on puolestaan määrittelyt oikeuden ration negatiivisesti ja todennut, ettei minkään säännöksen rationa voi olla toisen oikeuden loukkaaminen.[204]

Oikeuden perustarkoituksen määrittelyssä voidaan mennä hyvin hienojakoiseen arviointiin ja pyrkiä löytämään konsensus erilaisten määrittelyjen kesken. Kestävämpää lienee kuitenkin lähestyä oikeuden perustarkoitusta sen idean kautta. Oikeuden perustarkoituksen avulla voidaan hahmottaa jotain olennaista yksilöiden oikeuksista ja talouden toiminnasta. Kyse on talouden alueella käytettävien oikeuksien perustavasta luonteesta ja siitä johdettavista rajoituksista näiden oikeuksien käyttämiselle.

Yksilön oikeuksille on tyypillistä ja luonteenomaista niiden kontekstisidonnaisuus. Oikeuksia ei käytetä tyhjiössä vaan vuorovaikutussuhteessa muihin yksilöihin ja niistä muodostuvaan kokonaisuuteen, markkinoihin. Tästä asetelmasta seuraa joitakin reunaehtoja oikeuksien käyttämiselle. On ilmeistä, että oikeuksien käyttämisessä on otettava huomioon muiden yksilöiden vastaavat oikeudet. Tämä ei kuitenkaan vielä riitä. Oikeuksien käyttäminen ei saa loukata sosiaalisen ja taloudellisen järjestelmän perusteita (ordre public intern).[205] Talousjärjestelmän ytimeen kuuluvat markkinat. Yksilöt hyötyvät markkinoiden toiminnasta. Tässä asetelmassa on selvää, että yksilöillä ei tule olla mahdollisuutta yksittäistapauksissa poiketa markkinoiden toiminnasta seuraavista reunaehdoista. Paketti on otettava vastaan kokonaisuutenaan. Näkökulma tulee voimakkaasti esille, kun arvioidaan markkinoiden toimivuuden merkitystä sopimusoikeuden kantavien periaatteiden kannalta.

Markkinoiden toimintaan liittyy voimakkaita yhteiskunnallisia intressejä, jotka koskevat markkinoille asetettuja tehtäviä hyvinvoinnin tuottajana ja jakajana. Yksilöllä ei tule olla valtaa sivuuttaa näitä järjestelmän toimivuuteen sisältyviä aspekteja yksittäistapauksissa. Markkinoiden toiminnan suuntaaminen ja ohjaaminen on tässä mielessä julkisen vallan tehtävä.

---

[202] Pöyhönen 2000, s. 102–103.
[203] Pöyhönen 2001, s. 313.
[204] Linna, s. 627–628.
[205] Ks. osakeyhtiön osalta Pöyhönen 1997b, s. 552.

Oikeuden väärinkäytön kiellon soveltaminen ei saa olla eriytymätöntä ja pelkästään erilaisiin olettamiin perustuvaa. Soveltamisen tulee olla systemaattista. Vaatimus korostuu erityisesti silloin, kun käydään oikeuden väärinkäytön kiellon kannalta rajaa kielletyn ja sallitun välillä. On monia tilanteita, joissa oikeustoimen tai muun järjestelyn perusta on niin vinoutunut, että vastakkaisten intressien punninta on suoraviivaista.[206] Tarkastelun systemaattisuus korostuu kielletyn ja sallitun rajapinnassa. On vältettävä oikeudellisen suojan rajaamisen ylitehokkuutta eli puuttumista järjestelyihin, joiden hylättävyys ei ole kestävästi perusteltavissa.[207]

Oikeuden väärinkäytön kiellon soveltamisen lähtökohtana tulee olla toiminnan harjoittajan oikeusasema, johon voidaan yksittäistapauksessa hyväksyttävin perustein puuttua. Nämä perusteet määrittyvät ensisijaisesti sopimusoikeuden sisäisin kriteerein. Markkinoiden toimivuutta on peilattava suhteessa sopimusoikeuden kantaviin periaatteisiin. On selvitettävä, kuinka haitallinen järjestely on sopimusoikeudessa annetun markkinoiden toimivuuden merkityksen kannalta. Tämä tarkoittaa, ettei kilpailuoikeudellinen markkinoiden toimivuuden määrittely sellaisenaan ohjaa harkintaa. Arvioinnin perusteet ovat sopimusoikeudelliset. Perusteet liittyvät sopimusoikeudessa muodostettuun käsitykseen markkinoiden toimivuudesta. Oikeuden väärinkäytön kiellon luonteeseen sisältyy eräänlainen vaatimus järjestelyn hylättävyyden yleisestä merkityksestä. Merkityksellisten vaikutusten tulisi olla myös sopimusoikeudellisessa mielessä järjestelmätasoisia, jotta edellä mainittu vaatimus täyttyisi. Yksittäinen järjestely on arvioinnissa yhdistettävä taustaansa.

> EUT-sopimuksen 102 artiklan soveltamisen keskeisenä tavoitteena on markkinoiden toimivuuden turvaaminen. Määräävän markkina-aseman väärinkäytön kiellon avulla ei voida puuttua yksittäisissä sopimussuhteissa ilmeneviin riippuvuustilanteisiin, mikäli riippuvuuden vaikutukset eivät ilmene markkinoilla yleisesti. Yksittäisessä sopimussuhteessa toteutuviin riippuvuustilanteisiin voidaan puuttua sopimusoikeudellisin keinoin. Sopimusoikeudellisten instrumenttien käyttö ei edellytä, että toimijalla olisi vahva asema markkinoilla kokonaisuudessaan, vaan arvioinnin lähtökohtana on yksittäinen sopimussuhde. Sopimusoikeudellista interventiota voidaan perustella muun ohella sillä, että riippuvuustilanteissa toimijoiden valinnan mahdollisuudet ovat rajoitetut ja tahtoperiaatteen keskeiset olettamat jäävät toteutumatta.
>
> Oikeuden väärinkäytön kieltoa on katsottava voitavan soveltaa sopimusoikeudellisena instrumenttina tyypillisesti silloin, kun yksittäisellä toimijalla on vahva asema markkinoilla, mutta määräävän markkina-aseman määrittämisen kriteerit eivät täyty. Toimijan asema markkinoilla ei ole niin voimakas, että EUT-sopimuksen 102 artiklan soveltaminen olisi mahdollista, mutta asemasta seuraa haitallisia vaikutuksia sopimuskumppanin kannalta. Oikeuden väärinkäytön kiellon avulla voitaisiin tällöin

[206] Ks. tarkemmin Linna, s. 625.
[207] Pöyhönen 2001, s. 316.

säännellä erilaisia sopimussuhdekohtaisia riippuvuustilanteita, joita koskien muun muassa Saksassa on ollut voimassa erityissääntelyä.[208]

Oikeuden väärinkäytön kiellon soveltamisen perusteet on ratkaistava tapauskohtaisesti. Perusteet ovat sitä vahvemmat, mitä voimakkaampi asema sopimuskumppanilla on markkinoilla. Asteikko on siten liukuva. Oikeuden väärinkäytön kiellon soveltaminen voi tulla kyseeseen ainakin eräänlaisena ennakoivana instrumenttina silloin, kun määräävän markkina-aseman kriteerit eivät vielä täyty. Sopimusoikeuden keinoin voidaan osaltaan luoda edellytyksiä markkinoiden toimivuuden varmistamiselle ja yksittäisten toimijoiden toimintamahdollisuuksien suojaamiselle.

Oikeuden väärinkäytön kiellon systemaattisen soveltamisen toteuttamisessa suhteellisuusperiaatteella on keskeinen asema. Suhteellisuusperiaatteen avulla voidaan jäsentää kokonaisvaltaisesti oikeudellisen suojan rajaamisen perusteita. Samalla tavoin kuin hyvän tavan vastaisuuden kiellon osalta voidaan suhteellisuusperiaatteen soveltaminen jakaa kolmeen osaan. Ensimmäiseksi on tarkasteltava oikeuden väärinkäytön kiellon soveltuvuutta markkinoiden toimintaedellytysten turvaajana yksittäisessä tapauksessa. Toiseksi on kiinnitettävä huomiota oikeudellisen suojan rajaamisen välttämättömyyteen. Yksilön oikeudellista suojaa on rajattava vain siihen mahdollisimman vähän puuttuvin keinoin. Kolmanneksi oikeudellisen suojan rajoittamisen tulee olla oikeassa suhteessa tavoiteltavaan päämäärään nähden. Arvioinnissa on tältä osin jäsennettävä toiminnan vahingollinen luonne ja sen vaikutukset (asiallinen ulottuvuus), toiminnan kohteena olevien toimijoiden kattavuus (henkilöllinen ulottuvuus) sekä toiminnan ajallinen kesto (ajallinen ulottuvuus).

Suhteellisuusperiaatteen voidaan katsoa olevan eräällä tavalla rakennettuna sisään oikeuden väärinkäytön kieltoon.[209] Suhteellisuusperiaate ei sinällään ratkaise oikeuden väärinkäytön kiellon soveltamishaasteita; yksittäistapaukselliselle harkinnalle jää soveltamisessa keskeinen asema. Suhteellisuusperiaate auttaa kuitenkin kiinnittämään huomiota oikeuden väärinkäytön kiellon kannalta merkityksellisiin seikkoihin. Tämä on omiaan vakauttamaan harkintaa ja siihen liittyviä punnintaolosuhteita.

---

[208] P. Virtanen 2001, s. 313–323.
[209] van Dijk – van Hoof – van Dijn – Zwaak, s. 1086.

3.4 KOHTUUTTOMIEN OIKEUSTOIMIEN VOIMAAN SAATTAMISEN KIELTO

3.4.1 Tausta

Sopimus saattaa muodostua eri syistä sen osapuolen kannalta vaikutuksiltaan kohtuuttoman raskaaksi. Tyypillistä on tällöin se, että osapuolten suoritukset eivät ole keskenään tasapainossa. Asetelma voi olla seurausta sopimuksen solmimisvaiheeseen liittyvistä seikoista. Osapuolten tiedolliset tai taidolliset lähtökohdat saattavat poiketa merkittävästi toisistaan, millä on usein oma merkityksensä sopimussuhteen rakentumisen kannalta. Toiseksi sopimussuhde voi muuttua voimassaoloaikanaan sisällöltään kohtuuttomaksi sen osapuolen kannalta. Tämä voi olla seurausta esimerkiksi olosuhteiden yllättävästä muutoksesta, johon osapuolet eivät ole osanneet varautua. Oikeusjärjestyksen yhtenä keskeisenä tehtävänä on antaa suojaa yksilöille. Oikeussuojan tarve voi aktualisoitua silloin, kun sopimus osoittautuu jommankumman sopimuspuolen kannalta sisällöltään kohtuuttomaksi. Sovittelu tarjoaa mahdollisuuden poistaa epätasapaino yksittäisestä sopimussuhteesta.

Sopimusoikeudellisessa keskustelussa sopimuksen sovittelu on yhdistettävissä erityisesti kohtuusperiaatteeseen. Kohtuusperiaatteen syväjustifikaationa voidaan pitää oikeudenmukaisuutta yhteiskunnallisena arvona.[210] Oikeudenmukaisuuden sisältöä on mahdollista jäsentää eri tavoin. Tässä esityksessä on jo aiemmin viitattu oikeudenmukaisuuskäsitteen materiaaliseen ja menettelylliseen puoleen.[211]

Materiaalinen oikeudenmukaisuus nivoutuu yksittäisen oikeustoimen tai muun järjestelyn kohtuullisuuteen sen osapuolten kannalta. Osapuolten suoritusten tulisi olla keskenään tasapainossa siten, että kumpikaan osapuoli ei pääse hyötymään sopimuksesta perusteettomasti sopimuskumppaninsa kustannuksella. Sopimuksen arvioinnissa korostuu vastavuoroisuuden merkitys.

Oikeudenmukaisuutta voidaan arvioida myös menettelyllisestä näkökulmasta. Olennaista on tällöin sopimuksentekomenettelyn reiluus. Kummallakin sopimusosapuolella tulee olla lähtökohtaisesti yhtäläiset mahdollisuudet sopimuksen solmimiseen ja omien intressiensä toteuttamiseen. Oikeudellisen sääntelyn tehtävänä on varmistaa sopimuksen solmimisolosuhteiden tasapuolisuus, mutta sääntelyllä ei pyritä ensisijaisesti ohjaamaan sopimusten sisällöllistä oikeudenmukaisuutta. Tämän oletetaan seuraavan olosuhteiden yhdenmukaisuudesta.

---

[210] Ks. Pöyhönen 1988, s. 181 ja 262.
[211] Ks. luku III.2.4 ja 3.5.

Käytännössä oikeudenmukaisuuskäsitteen materiaalinen ja menettelyllinen ulottuvuus limittyvät toisiinsa. On kuitenkin huomattava, että kohtuusperiaatteen mukaisessa tarkastelussa materiaalisella oikeudenmukaisuuskäsityksellä on johtava asema.[212] Sopimuksen oikeudenmukaisuutta arvioidaan sen soveltamisen lopputuloksesta käsin. Näkökulma on osittain erilainen kilpailuoikeudessa omaksuttuun oikeudenmukaisuuskäsitteen painotukseen verrattuna.

Sopimusten sovittelu avaa hyvän tavan vastaisuuden kiellon ja oikeuden väärinkäytön kiellon kanssa rinnakkaisen mahdollisuuden puuttua sopimusoikeuden keinoin järjestelyihin, jotka vaarantavat markkinoiden toimintaedellytyksiä. Sovitteluinstrumentin soveltamisedellytykset poikkeavat jossain määrin hyvän tavan vastaisuuden ja oikeuden väärinkäytön kiellon soveltamiskriteereistä. Sovittelussa arvioidaan ensisijaisesti sopimusosapuolten keskinäisten suoritusten tasapainoisuutta eikä järjestelyn yleistä vahingollisuutta oikeusjärjestyksen kannalta tai yksilöille oikeusjärjestyksessä annettujen oikeuksien tarkoituksensa vastaista ja yksittäistapauksessa vahingollista käyttämistä. Sovittelun lähtökohtana on siten yksittäinen sopimussuhde ja siihen liittyvä sopimusosapuolen suojan tarve. Toinen asia on kuitenkin se, että sopimusosapuolten keskinäisen aseman arvioinnissa voivat nousta esille samantyyppiset näkökohdat kuin hyvän tavan vastaisuuden kiellon ja oikeuden väärinkäytön kiellon osalta. Lisäksi yksittäisen sopimussuhteen sisältöön puuttumisella voi olla tämän sopimussuhteen rajat ylittäviä vaikutuksia. Vaikutukset ovat merkityksellisiä sovitteluharkinnassa.

Jatkossa on jäsennettävä pääpiirteissään sovitteluharkinnan sisältöön ja ominaispiirteisiin vaikuttavia seikkoja siltä osin kuin ne ovat merkityksellisiä sovitteluharkinnan suuntaamisessa kilpailuoikeuden soveltamisalan rajapinnassa. Omana kysymyksenään on verrattava keskenään oikeustoimilain 36 §:n mukaista sovitteluharkintaa ja määräävään markkina-aseman väärinkäytön kiellon mahdollistamaa puuttumista kohtuuttomiksi tai muuten epäasiallisiksi katsottaviin sopimusjärjestelyihin. Olennaista on se, kuinka sopimusoikeudellista ja kilpailuoikeudellista kohtuuttomien oikeustoimien voimaan saattamisen kieltoa merkitsevät instrumentit suhteutuvat keskenään.

3.4.2 Soveltamisharkintaan vaikuttavat tekijät

Yksilön asema saa sovitteluharkinnassa keskeisen merkityksen.[213] Oikeusjärjestyksen tehtäväksi nähdään yksilön suojeleminen epäoikeudenmukaisiksi katsotuilta järjestelyiltä. Kyse ei ole vain yksilön toimintamahdollisuuksien vapaudes-

---

[212] Ks. luku III.2.4.
[213] Ks. esim. Taxell 1976, s. 57.

ta suhteessa julkiseen valtaan vaan myös julkisen vallan velvollisuudesta varmistaa oikeudenmukaisuuden toteutuminen yksilöiden välisissä suhteissa. Näkökulma on vaikeuksitta liitettävissä hyvinvointivaltiolliseen keskusteluun. Olennaista ei ole yksinomaan vapauden muodollisten puitteiden luominen vaan vapauden käyttämisen tosiasiallisten edellytysten takaaminen. Oikeudellinen sääntely vahvistaa osaltaan oikeudenmukaisuuden toteutumisen mahdollisuuksia yksilöiden välisissä suhteissa.

Sopimusoikeudellisessa tarkastelussa oikeudenmukaisuusnäkökohtien painottaminen voidaan nähdä eräänlaisena paradigman tai ajattelutavan muutoksena: sopimusjärjestelyiden oikeudenmukaisuutta voidaan pitää lähtökohtana sopimusten sitovuudelle tahdonvapauden ja perusteltujen odotusten suojaamisen sijaan. Tämän siirron puolesta on kampanjoinut voimakkaasti Juha Karhu vuonna 1988 julkaistussa väitöskirjassaan. Uusi katsanto vaihtaa eräällä tavalla pääsäännön ja poikkeuksen paikat. Sopimusten sovittelu ei ole enää varaventtiili oikeudenmukaisuuden toteuttamiseksi, koska sopimusten sitovuuden edellytyksenä on järjestelyn sisällöllinen oikeudenmukaisuus. Lähestymistapa johtaa myös arvioimaan tahto- ja luottamusperiaatteita uudesta, kohtuuspainotteisesta näkökulmasta.

Näkökulma on mielenkiintoinen ja se on avartanut kansallista sopimusoikeudellista keskusteluamme. Kohtuusperiaatteen nostaminen johtavaan asemaan ei kuitenkaan merkitse sopimusoikeuden muiden kantavien periaatteiden merkityksen unohtamista. Kohtuusperiaate on sovitettava yhteen sopimusoikeuden muiden kantavien periaatteiden kanssa yksittäisessä soveltamistilanteessa.

Sovitteluharkinnalle on luonteenomaista sen kokonaisvaltaisuus.[214] Arvioinnissa on otettava huomioon sekä sen puolesta että sitä vastaan puhuvat seikat. Suojaa tarvitsevan toimijan asema on suhteutettava hänen sopimuskumppaninsa asemaan ja markkinoiden toimivuuden asettamiin vaatimuksiin. Yksilön suojan tarve kytkeytyy ensisijaisesti sopimussuoritusten epätasapainoon. Mitä suurempi epätasapaino suoritusten välillä vallitsee, sitä voimakkaampi suojan tarve lähtökohtaisesti on.

Suojan tarpeen arviointi voidaan kytkeä myös tahto- ja luottamusperiaatteiden mukaisiin lähtökohtiin. Tahto- ja luottamusperiaatteita luetaan tällöin oikeudenmukaisuusvaatimusten suunnasta. Sopimuksen sisäinen tasapainottomuus voi olla seurausta siitä, että sopimusosapuolilla ei ole ollut mahdollisuutta käyttää toimintavapauttaan mielekkäissä olosuhteissa. Yksilön valinnan mahdollisuudet ovat markkinoiden keskittymisen tai muun syyn vuoksi tosiasiassa rajautuneet. Silloin on mahdollista asettaa vastapuolelle korostunut velvollisuus ottaa huomioon sopimuksen kulloinenkin solmimis- ja soveltamisympäristö sekä siitä

[214] Ks. esim. Pöyhönen 1988, s. 252–259, ja Aurejärvi 1979, s. 731–743.

seuraavat vaikutukset sopimuskumppanin asemaan. Luottamusperiaatteen mukaisessa tarkastelussa voidaan puolestaan painottaa sopimuksen vastavuoroisuuden merkitystä. Sopimuksen tulisi toteuttaa kohtuullisessa määrin kummankin osapuolen intressejä. Sopimustasapainon järkkyminen muodostaa myös luottamusperiaatteen kannalta perusteen arvioida sovitteluinstrumentin käyttämistä.

Sovittelua vastaan puhuvat usein toisen sopimusosapuolen asemaan liittyvät seikat. Sopimus on yksi keino luoda vakautta yksittäisten toimijoiden väliseen suhteeseen.[215] Sopimus muodostaa taustan, jota vasten osapuolten välistä oikeussuhdetta arvioidaan. Sopimuksella määritellään sen osapuolten väliset oikeudet ja velvollisuudet. Käytännössä nämä oikeudet ja velvollisuudet voivat liittyä esimerkiksi osapuolten väliseen riskinjakoon. Osapuolten suoritukset ovat keskenään yhteydessä; oikeuksien ja velvollisuuksien jakautuminen heijastuu sopimuksen perusteella tehtävien suoritusten sisältöön. Sopimuksen sitovuuden ylläpitämistä voidaan perustella sopimusoikeuden arvo- ja tavoitelähtökohdilla. Tahtoperiaatteen mukaisessa arvioinnissa korostuu yksilön mahdollisuus tahdonvapauden käyttämiseen ja oman toimintansa suuntaamiseen. Yksilön katsotaan kykenevän huolehtimaan omien intressiensä toteutumisesta sopimustoiminnassa. Sopimus luo edellytykset yhteistyön tekemiseen muiden yksilöiden kanssa ja samalla yksilön omien intressien toteuttamisen.

Vapauteen liittyy kuitenkin vastuu sen käyttämisestä. Osapuolet kantavat lähtökohtaisen vastuun siitä, että ne toimivat tekemiensä sitoumusten mukaisesti. Sopimuksen sitovuutta voidaan perustella myös luottamusperiaatteen pohjalta. Sopimukseen yksilöiden välisten suhteiden jäsentämisen välineenä liittyy erilaisia odotuksia. Sopimusosapuolen on voitava lähteä siitä, että sopimus toteutuu sisältönsä mukaisesti. Tämä on perustava edellytys sille, että sopimuspuoli kykenee suunnittelemaan omaa toimintaansa ja harjoittamaan yhteistyötä muiden toimijoiden kanssa. Perusteltujen odotusten suojaaminen heijastuu myös markkinoiden toimintaan: vaihdannan sujuvuus edellyttää luottamusta solmittujen sopimusten sitovuuteen. Oikeudellisen sääntelyn keinoin on pyrittävä suojaamaan näitä odotuksia, jotta markkinat voivat toteuttaa niille yhteiskunnassa annetun tehtävän hyvinvoinnin tuottajana ja jakajana.

Sovitteluharkinnassa esiin tulevat näkökohdat liittyvät kiinteästi yksittäistapauksellisen oikeudenmukaisuuden ja ennustettavuuden väliseen suhteeseen. Sopimustoiminnan sujuvuus edellyttää sopimusten sitovuuden ylläpitämistä, mutta toisaalta sopimuksen soveltaminen saattaa johtaa yksittäisessä tapauksessa kohtuuttomaan raskaaseen lopputulokseen sopimusosapuolen kannalta.

---

[215] Sopimus ei kuitenkaan ole ainoa vakautta markkinoilla luova instrumentti. Toimintojen vakiintuminen voi osaltaan lisätä vakautta markkinoilla. Kyse on tyypillisesti sopimustoiminnan joukkomittaistumisen vaikutuksista. Ks. Häyhä 1996b, s. 52–55.

Sopimuksen raskaudelle on voitava asettaa eräänlainen yläraja (offergräns), jotta oikeusjärjestys täyttää sille asetetun tehtävän yksilön suojaajana.[216] Sovitteluharkinnan yleisistä lähtökohdista voidaan johtaa ainoastaan rajallisesti yksittäistä tapausta koskevia soveltamisohjeita. Arviointia on eriytettävä toimintaympäristösidonnaisesti, jotta tarkastelun tarkkuutta ja samalla sovitteluharkinnan ongelmanratkaisuvoimaa voidaan parantaa. Oikeudenmukaisuuden ja ennustettavuuden välisen suhteen määrittymiseen vaikuttavat kunkin toimintaympäristön erityispiirteet. Sovitteluharkintaa ohjaavien suuntaviivojen muodostaminen on mahdollista toimintaympäristökohtaisesti. Kyse on eräänlaisista olettamista, jotka voivat muovautua yksittäisen tapauksen olosuhteiden perusteella.

3.4.3 Sovittelun toimintaympäristöt

Korostunut tarve sopimusten sovitteluun on tyypillisesti kuluttajan ja elinkeinonharjoittajan välisissä sopimussuhteissa. Sovittelutarve perustuu keskeisesti osapuolten lähtökohtaiseen resurssieroon. Kuluttajan mahdollisuudet omien intressiensä suojaamiseen ovat monesti rajoitetut suhteessa elinkeinonharjoittajaan, koska elinkeinonharjoittajan tiedolliset ja taidolliset valmiudet sekä taloudellinen kantokyky ovat usein ylivertaiset kuluttajaan nähden. Kuluttajasopimuksia koskevan oikeudellisen sääntelyn avulla voidaan osaltaan tasapainottaa resurssieron vaikutuksia sopimustoiminnassa. Kysymys voi olla esimerkiksi elinkeinonharjoittajalle asetetusta erityisestä tiedonantovelvollisuudesta.[217]

Sovittelu on osa mainittua asetelmaa sääntelevien oikeudellisten keinojen valikoimaa. Sen avulla voidaan puuttua yksittäisiin tilanteisiin, joissa sopimus muodostuu kuluttajan kannalta kohtuuttoman raskaaksi. Sovitteluinstrumentin käyttö voidaan tältä osin yhdistää hyvinvointivaltiolliseen ajatteluun, jossa keskeisen aseman saa yksilöiden välisen tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteuttaminen. Yksilöiden yhteiskunnassa saaman suojan perustason tulee olla sekä vertikaalisessa että horisontaalisessa ulottuvuudessaan riippumaton yksilöiden kulloisistakin tiedollisista tai taidollisista resursseista.

Kilpailuoikeutta sovelletaan elinkeinonharjoittajien välisissä suhteissa. Sopimusoikeudellisessa keskustelussa on perinteisesti suhtauduttu pidättyvästi elinkeinonharjoittajien välisten sopimusten sovitteluun.[218] Näkökulma on perusteltu, kun otetaan huomioon tämän toimintaympäristön erityispiirteet. Elinkeinonhar-

---

[216] Ks. Taxell 1997, s. 65.

[217] Ks. tältä osin esim. kuluttajansuojalain 2 luvun 8 §, jossa asetetaan elinkeinoharjoittajalle erityinen tiedonantovelvollisuus tarjottaessa yksilöityä kulutushyödykettä. Ks. sääntelyn tavoitteista HE 32/2008 vp, s. 26.

[218] Ks. esim. Taxell 1997, s. 70–71, ja Lehtinen, s. 258–261. Ks. oikeuskäytännöstä esim. KKO 1992:196, jossa tarkasteltiin osakkeiden lunastushinnan sovittelua kahden osakeyhtiön välisessä

joittajilla katsotaan olevan lähtökohtaisesti tiedolliset ja taidolliset valmiudet arvioida omia intressejään sekä toimia niiden mukaisesti. Viime kädessä elinkeinonharjoittaja voi hankkia sopimustoiminnassa tarvittavaa asiantuntemusta organisaationsa ulkopuolelta. Elinkeinonharjoittajalla voidaan olettaa olevan myös taloudellisia resursseja käytössään ja siten taloudellista kantokykyä. Elinkeinonharjoittajan voidaan edellyttää kykenevän kantamaan sopimustoimintaan liittyviä riskejä.

Elinkeinonharjoittajia koskevien olettamien kautta välittyy kuva sopimuksen solmimisolosuhteiden yhtäläisyydestä: kumpikin sopimusosapuoli pystyy arvioimaan sopimuksen edullisuuden omalta kannaltaan ja kantamaan sopimuksen toteuttamiseen liittyvät riskit, jolloin erityistä perustetta sopimuksen sovitteluun ei ole olemassa. Sovittelukynnys voidaan nostaa kohtuullisen korkealle. Toisaalta on huomattava, että taloudellisen toimintaympäristön olosuhteet saattavat muuttua sopimuksen voimassaoloaikana sellaisella tavalla, johon osapuolet eivät ole osanneet ennalta varautua.[219] Olosuhteiden muutos voi järkyttää sopimustasapainoa joissakin yhteyksissä huomattavasti. Olosuhteiden yllättävä muuttuminen voi antaa perusteen sopimuksen sovittelulle, vaikka sopimus katsottaisiinkin lähtötilanteessa osapuolten intressien mukaiseksi.[220] Ennakoimatonta olosuhteiden muutosta ei ole perusteltua sälyttää vain toisen osapuolen kannettavaksi. Asetelma on perusteiltaan toinen, mikäli olosuhteiden muuttumisesta syntyvä riski on nimenomaisesti allokoitu toisen sopimuspuolen kannettavaksi.

Yritysten välisen sopimustoiminnan tyypillisiä piirteitä koskevat olettamat muodostavat luontevan perustan sopimussuhteen epätasapainoisuuden arvioinnille. Toimintaympäristösidonnaisessa tarkastelussa yhdistyvät sopimustoiminnan todellista sisältöä koskevat havainnot ja sopimustoiminnan normatiiviseen ohjaamiseen liittyvät käsitykset. Kun yritysten välistä sopimustoimintaa koskevan toimintaympäristön lähtökohtaiset olettamat toteutuvat, vaatimukset suoritusten välisen epäsuhdan suuruudesta voidaan asettaa korkealle. Yrityksillä on edellytykset kantaa vastuu omaan päätöksentekoonsa liittyvistä valinnoista. Yritysten välisen sopimustoiminnan kannalta on myös tärkeää, että sopimuksiin

---

suhteessa. Yhtiöjärjestyksen mukainen lunastushinta oli 1/3 osakkeiden käyvästä arvosta. Korkein oikeus päätyi sovittelemaan osakkeiden lunastushintaa.

[219] Muutos voi koskea esim. sopimuksen kannalta olennaista lainsäädäntöä taikka sopimuksen todellisia soveltamisolosuhteita. Ks. oikeuskäytännöstä esim. KKO 1990:171, jossa tarkasteltiin koskiensuojelulainsäädännön vaikutuksia vesivoimayhtiön yhtiöjärjestyksen soveltamiseen ja osakkaiden keskinäiseen asemaan, sekä KKO 1990:138, joka puolestaan koski sopimusosapuolten sähkönkulutuksen olennaista muutosta sähköntoimitussopimuksen voimassaoloaikana ja sen vaikutuksia sopimussuhteen tasapainoon.

[220] Olosuhteiden muuttumisen tulee olla osapuolista riippumatonta. Ks. esim. Lando – Beale, s. 322–327.

liittyviä perusteltuja odotuksia suojataan. Yritysten on voitava rakentaa oma toimintansa sen varaan, että sopimukset sitovat.

Yritysten välisestä sopimustoiminnasta rakentuvan toimintaympäristön lähtökohtaiset olettamat eivät aina toteudu käytännön tilanteissa. Yritysten väliset sopimukset muodostavat sopimussuhteen epätasapainon oikeudellisen arvioinnin kannalta laajan jatkumon.[221] Kun ollaan lähellä yritysten välistä sopimustoimintaa koskevia lähtökohtaisia olettamia, sopimussuhteen epätasapainon määrään liittyvä vaatimus voidaan perustellusti pitää korkeana.[222] Kun siirrytään olettamista poispäin kohti riippuvuutta ilmentäviä ja yksipuolisia sopimussuhteita, epätasapainon suuruutta koskevat vaatimukset laskevat.

Yritysten välisten suhteiden poikkeaminen edellä esitetyistä lähtökohtaisista olettamista voi johtua monesta eri syystä. Sopimuskumppanit voivat voimaltaan tai vahvuudeltaan poiketa toisistaan huomattavasti. Yrityksen voiman tai vahvuuden kääntöpuolena on riski sopimuskumppanin riippuvuudesta.[223] Sopimuskumppaneilla oleva voima voi olla peräisin markkinarakenteesta tai yksittäisten yritysten välisestä suhteesta. Markkinoiden rakenne voi olla keskittynyt. Ääritapauksessa mahdollisia sopimuskumppaneita on vain yksi, jolloin kyse on monopolista. Sopimussuhteen muotoutumiseen vaikuttaa luonnollisesti myös se, että yksittäisen toimijan sopimuskumppanina on määräävässä markkina-asemassa oleva yritys. Markkinatilanne heijastuu vääjäämättä sopimuskumppanin liikkumatilaan sopimussuhteessa; yksittäisen toimijan mahdollisuudet vaikuttaa sopimussuhteen ehtoihin ovat käytännössä usein varsin rajatut.[224]

Yritysten välistä sopimustoimintaa koskevien oletusten järkkyminen ei aina edellytä sellaista markkinoiden keskittymistä, joka johtaisi määräävän markkina-aseman muotoutumiseen. Yrityksellä voi olla vahva asema markkinoilla ilman, että se on määräävässä markkina-asemassa.[225] Sopimusoikeudellisen ar-

---

[221] Erityistä huolta on kiinnitetty eri vaiheissa pienyrittäjien asemaan. Ks. esim. Tala 1984, s. 114–118.

[222] Ks. sopimusten kohtuullisuuden arviointiin vaikuttavista tekijöistä myös Atiyah 1995, s. 287–289.

[223] Ks. sopimusosapuolen riippuvuuden merkityksestä sopimusten sovittelulle Lando – Beale, s. 261–263.

[224] Ks. myös Collins 1993, s. 254–255, ja Atiyah 1995, s. 309–310.

[225] Vertailuperusteita yritysten markkinoilla olevan voiman arviointiin voidaan hakea mm. komission tiedonannosta vähämerkityksellisistä sopimuksista, EYVL C 368, 22.12.2001, s. 13, jossa todetaan, että ei-kilpailevien yritysten väliset sopimukset eivät rajoita tuntuvalla tavalla kilpailua, mikäli sopimusosapuolten yhteenlaskettu markkinaosuus ei ylitä 10 prosenttia millään sopimuksen vaikutusalaan kuuluvilla merkityksellisillä markkinoilla. Lisäksi huomiota voidaan kiinnittää ryhmäpoikkeusasetusten soveltamisedellytyksinä oleviin markkinaosuusrajoihin. Esimerkiksi vertikaalisia sopimuksia koskevassa ryhmäpoikkeusasetuksen (EU) N:o 330/2010 soveltamisedellytyksenä on se, ettei toimittajan markkinaosuus ylitä 30 prosenttia asian kannalta merkityksellisillä markkinoilla, joilla toimittaja myy sopimuksessa tarkoitettuja tavaroita tai palveluita. Mikäli 30

vioinnin kannalta olennaista on sopimuskumppanin sellainen voima ja vahvuus, jolla on vaikutusta sopimussuhteen sisältöön ja sopimuskäytäntöjen muotoutumiseen. Yrityksen voimakas asema markkinoilla voi johtaa siihen, että asiakkaiden mahdollisuudet valita sopimuskumppaninsa ja vaikuttaa sopimussuhteen sisältöön ovat rajoitetut. Sopimuskumppanin markkinavoimasta seuraa kauppakumppanin riippuvuus.

Yritysten välinen suhde voi muodostua epätasavertaiseksi myös sopimuskumppanilla olevan yksittäiseen sopimussuhteeseen perustuvan merkittävän sopimus- tai neuvotteluvoiman vuoksi.[226] Sopimusvoimaa voi syntyä monestakin syystä. Ensinnäkin sopimuskumppanien yrityskoot voivat olla hyvin erilaisia. Suuren yrityksen mahdollisuudet panostaa esimerkiksi sopimusoikeudellisen asiantuntemuksen hankkimiseen ovat laajemmat kuin pienellä yrityksellä. Sopimuskumppanin koosta ei kuitenkaan voida tehdä suoria yksittäistä sopimussuhdetta koskevia päätelmiä. Sopimissuhteiden kannalta monesti keskeinen tiedollinen etevämmyys ei välttämättä jakaannu yrityskoon mukaisesti. Pienelläkin yrityksellä voi olla erityisen tietämyksen perusteella sopimusvoimaa, joka vaikuttaa mahdollisuuteen ohjata sopimussuhteen sisällön muodostumista.

Sopimuskumppanin voima ja vahvuus voi liittyä yksittäisen sopimussuhteen merkitykseen osapuolille. Yksittäisen sopimussuhteen syntyminen ja säilyminen voi olla äärimmäisen merkityksellistä toisen osapuolen kannalta, kun taas toisella osapuolella on useita eri vaihtoehtoisia ratkaisumalleja käytettävissään. Irtaantumiskynnys yksittäisestä sopimuksesta on osapuolille erilainen. Sopimuskumppanin vaihtaminen voi olla taloudellisesti hyvin raskasta, jos sopimuskumppanin tekemät investoinnit eivät ole helposti liikuteltavissa, vaan liittyvät kiinteästi voimassa olevaan yhteistyöhön. Yrityksen liikevaihdon voimakas asiakassuhdekohtainen keskittyminen saattaa lisätä riippuvuutta.

Tässä yhteydessä voidaan ottaa esille usein käytetty esimerkki alihankintasopimussuhteesta, jossa alihankkija toimittaa hyödykkeitään ainoastaan yhdelle tilaajalle ja tilaajaa vastaavasti käyttää useita samaa hyödykettä toimittavia alihankkijoita. Riski riippuvuussuhteen syntymisestä on ilmeinen. On kuitenkin muistettava, että sopimussuhteen merkitys osapuolille ei aina kytkeydy yrityksen kokoon. Pienelläkin yrityksellä voi olla voimaa sopimussuhteessa, mikäli sen suoritus on merkittävä suuremman yrityksen kannalta.

Yritysten välistä sopimustoimintaa koskevia lähtökohtaisia olettamia voivat heikentää myös erilaiset sopimuksentekomenettelyyn liittyvät seikat. Sopimus-

---

prosentin markkinaosuus ylittyy, katsotaan toimittajan solmimalla sopimusjärjestelyllä voivan olla kilpailua rajoittavia vaikutuksia niin, että poikkeaminen EUT-sopimuksen 101(1) artiklan kartellikiellosta tulee harkita yksittäistapauksittain.

[226] Sopimussuhteeseen perustuvasta voimasta on mahdollista käyttää myös termiä kauppakumppanin mahti. Ks. tarkemmin Schulze Steinen, s. 2–3.

toiminnassa voidaan mahdollisesti käyttää yksipuolisia vakioehtoja.[227] Kysymys vakioehtojen käyttämisestä palautuu osaltaan sopimusosapuolten epätasapainoisiin suhteisiin. Sovellettavien vakioehtojen valinnassa sopimusosapuolen neuvotteluvoima on tyypillisesti keskeisessä asemassa.

Toisena sopimuksentekomenettelyä koskevana seikkana voidaan tältä osin mainita sopimuksen solmimisen kiireellisyys.[228] Markkinatilanteen vuoksi sopimuksia on joskus solmittava nopeasti. Tämä ei ole sinällään ongelmallista yritysten välisen sopimustasapainon kannalta, mikäli kyseessä on osapuolten toiminnassa tavallinen sopimus. Tilanne muuttuu, jos yritys joutuu solmimaan nopeasti, ilman harkinta- ja selvitysmahdollisuuksia, sellaisen sopimuksen, joka ei sijoitu yrityksen liiketoiminnan ydinalueelle.

3.4.4 Kokonaisarviointi

Yksittäisten yritysten välisten sopimussuhteiden epätasapainoa koskevia tilanteita säännellään sekä sopimusoikeudessa että kilpailuoikeudessa. Sopimusoikeudellisen sääntelyn tarvetta on painotettu muun muassa jakelusopimusten sekä yleisesti pien- ja suuryritysten välisten sopimusten osalta.[229] Kilpailuoikeudellista sääntelyä on puolestaan kohdistettu muun muassa vertikaalisiin kilpailunrajoituksiin ja määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön. Sopimusoikeudellinen ja kilpailuoikeudellinen sääntely sivuavat näissä tilanteissa toisiaan. Sopimusoikeudellisen arvioinnin keskiössä on yksittäinen sopimussuhde.[230] Sopimusoikeudellisen sääntelyn soveltaminen ei edellytä epätasapainoisuuden vaikuttavan yli yksittäisen sopimussuhteen. Kilpailuoikeudellisen tarkastelun perustana ovat sopimuksen tai muun järjestelyn vaikutukset markkinoiden toimintaan. Järjestelyllä on oltava yksittäisen oikeussuhteen ylittävä vaikutus, jotta siihen voidaan puuttua kilpailuoikeudellisesti. Asian kääntöpuoli on se, että kilpailulainsäädäntöä voidaan soveltaa yksittäisessä sopimussuhteessa ja yksittäisen toimijan suojaksi, jos edellä mainittu edellytys täyttyy.[231]

---

[227] Ks. vakioehtojen sovittelun kannalta rinnakkaisesta ilmiöstä eli sopimusosapuolen mahdollisuudesta irtaantua sellaisesta vakioehdosta, joka johtaa sopimusosapuolten välillä ilmeiseen epäsuhtaan, Lando – Beale, s. 266–270.

[228] Ks. myös KKO 1996:27, jossa viitattiin elinkeinonharjoittajan mahdollisuuteen tutustua ennakolta solmittavan sopimuksen ehtoihin.

[229] Ks. tarkemmin Aurejärvi 1979, s. 728–729, Wilhelmsson 1973, s. 375–376, ja HE 39/1993 vp, s. 5–6.

[230] Sopimusoikeudellisessa arvioinnissa ei sivuuteta kuitenkaan järjestelmätason vaikutuksia. Hyvän esimerkin muodostaa markkinoiden toiminnan huomioon ottaminen sopimusoikeudellisessa tarkastelussa. Ks. luku II.5.3.

[231] Ks. tältä osin luku III.3.3.

Kilpailuoikeuden yleisen näkökulman mukaisesti lähtökohtaisen merkityksen saavat yrityksen asemaa ja markkinoiden toimivuutta kokonaisuudessaan koskevat yhteydet. Yrityksen ja siihen sopimussuhteessa olevien toimijoiden väliset riippuvuussuhteet suhteutetaan edellä mainittuun taustaan. Käytännössä näkökulman valintaan vaikuttaa olennaisesti relevanttien markkinoiden määrittely. Relevantit tuotemarkkinat on joissakin tapauksissa rajattu hyvin kapeasti käsittämään yksinomaan yhden yrityksen tuotteet.[232] Tällöin kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa keskeiseen asemaan nousee yrityksen ja sen asiakkaiden välisen suhteen arviointi. Suppea markkinamäärittely johtaa käytännössä määräävän markkina-aseman syntymiseen yrityskohtaisesti.[233]

Määräävässä markkina-asemassa oleminen ei ole kilpailulainsäädännön kannalta kiellettyä, vaan kiellettyä on ainoastaan määräävän markkina-aseman väärinkäyttäminen. Väärinkäytön muodoista monet ovat nousseet esille myös oikeustoimilain 36 §:n soveltamisessa. Tässä yhteydessä otetaan arvioinnin kohteeksi kohtuuttomat hinta- ja muut ehdot, sidonta ja hintasyrjintä. Määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen toimintaan puuttuminen kilpailuoikeudellisesti edellyttää lähtökohtaisesti sitä, että toiminnalla on yksittäisen oikeussuhteen ylittäviä vaikutuksia. Kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa markkinoiden toimivuutta koskeva näkökulma yhdistetään kilpailunrajoituksen kohteena olevan toimijan asemaan liittyviin seikkoihin. Tarkastelukulma poikkeaa sopimusoikeudesta, jossa huomio kiinnitetään lähtökohtaisesti yksittäiseen sopimussuhteeseen.

Kohtuuton hinnoittelu muodostaa haastavan kysymyksen määräävän markkina-aseman väärinkäytön kannalta. Hinnoittelun vapaus on yksi markkinatalouden toiminnan perusteista. Mahdollisuus korkeisiin hintoihin liittyviin voittoihin luo kannusteen yrityksille kehittää asiakkaiden tarpeita entistä paremmin palvelevia hyödykkeitä.[234] Markkinatalouden peruslähtökohtien mukaan korkeat hinnat houkuttelevat uusia yrityksiä markkinoille, jolloin hintataso laskee kilpailupaineen myötä. Aina näin ei kuitenkaan tapahdu varsinkaan lyhyellä aikajänteellä. Markkinoille pääsyn esteet voivat olla korkeat muun muassa suurten uponneiden kustannusten vuoksi.[235] Tällainen tilanne voi tyypillisesti konkretisoitua

---

[232] Ks. esim. asia 22/78 Hugin Kassenregister v. komissio, (1979) ECR 1869, asia 6/72 Continental Can v. komissio, (1973) ECR 215, ja asia 85/76 Hoffmann – La Roche v. komissio, (1979) ECR 461.

[233] Tilanne ei aina välttämättä ole tämä, jos markkinat ovat voimakkaasti muuttumassa ja uusia kilpailevia yrityksiä on tulossa markkinoille.

[234] Kysymys on dynaamisen tehokkuuden edellytysten varmistamisesta. Ks. luku III.3.2.3.3.

[235] Uponneilla kustannuksilla tarkoitetaan sellaisia sijoituksia, joita ei ole mahdollista saada takaisin markkinoilta poistuttaessa. Ks. tarkemmin esim. Lipczynski – Wilson – Goddard, s. 251–252.

määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen käyttäessä kohtuuttomia hinta- tai muita ehtoja.

Perusteet kohtuuttomaan hinnoitteluun puuttumiseen voidaan jakaa kahteen osaan. Ensinnäkin kohtuuttomien hintojen avulla voidaan rajoittaa kilpailua. Raaka-aineen tai muun välihyödykkeen kohtuuton hinnoittelu voi johtaa kilpailun vähenemiseen vertikaalisilla, lopputuotteen muodostamilla markkinoilla, joilla määräävässä markkina-asemassa oleva yritys kilpailee siltä raaka-ainetta tai välihyödykettä hankkivien toimijoiden kanssa. Kohtuuttomasta hinnoittelusta voi myös seurata markkinoille pääsyn estyminen. Kysymyksessä ovat tällöin sellaiset hyödykkeet, jotka ovat välttämättömiä toisten hyödykkeiden myynnin tai valmistuksen aloittamiselle uusilla markkinoilla.[236] Toiseksi kohtuuton hinnoittelu merkitsee asiakkaan riippuvaisen aseman hyödyntämistä. Kilpailuoikeudellisen sääntelyn keinoin suojataan asiakasta silloin, kun markkinamekanismi ei toimi moitteetta.[237] Kyse on viime kädessä sen varmistamisesta, että hyvinvointi jakaantuu yhteiskunnassa markkinamekanismin mukaisesti, eikä määräävässä markkina-asemassa oleva yritys voi ottaa itselleen ylisuurta osaa hyvinvoinnista.

Kilpailuoikeudessa on suhtauduttu varovaisesti määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen hinnoitteluun puuttumiseen. Perusongelmana on nähty kohtuuttomuuden määrittelyn vaikeus. Apuna on tältä osin käytetty erilaisia vertailuja, jotka voivat kohdistua tuotantokustannusten ja hyödykkeen hinnan suhteeseen taikka kilpailuilla markkinoilla toimivan yrityksen hinnoittelun tasoon.[238] Lisäksi on esitetty erilaisia taloustieteellisiä malleja siitä, millainen sijoitetun pääoman hyväksyttävä tuottotaso on.[239] Kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa on edellä mainituista vaikeuksista johtuen jätetty määräävässä markkina-asemassa olevalle yritykselle määrätynlainen harkintamarginaali hinnoittelun toteuttamiseen. Kilpailuoikeudellisesti puututaan vain ilmeisen kohtuuttomaan hinnoitteluun. Kilpailuoikeudellisesti merkityksellisellä kohtuuttomuudella tarkoitetaan

---

[236] Esimerkkinä voidaan mainita sellaiset henkilöautojen tyyppihyväksyntään liittyvät palvelut, jotka ovat välttämättömiä autojen maahantuonnin kannalta. Ks. tarkemmin EU:n kilpailuoikeuden osalta esim. asia 26/75 General Motors, (1975) ECR 1367, ja asia 226/84 British Leyland, (1986) ECR 3263.

[237] Kohtuuttomien hintojen ja muiden ehtojen käyttäminen ei joko johda lainkaan uusien yritysten tulemiseen markkinoille tai tämä tapahtuu vasta pitkän aikajänteen kuluttua. Markkinatilanne ei toisin sanoen tasapainotu sellaisella aikajänteellä, jota voitaisiin pitää hyväksyttävänä.

[238] Ks. esim. asia 26/75 General Motors, (1975) ECR 1367, k. 11–12, ja asia 226/84 British Leyland, (1986) ECR 3263, k. 25–30.

[239] Ks. kotimaisen oikeuskäytännön osalta markkinaoikeuden 11.10.2002 antama ratkaisu Helsingin satamaa koskevassa asiassa (MAO 123/02, Dnro 117/690/2000), jossa hinnoittelun kohtuuttomuuden arvioinnin pohjaksi esitettiin sijoitetun pääoman tuottoa kuvaavat CAP- ja WACC-mallit.

siis lähtökohtaisesti suurempaa suoritusten epätasapainoa kuin sopimusoikeudellisella kohtuuttomuudella.

Ratkaisua voidaan perustella edellä mainittujen kohtuuden määrittämisongelmien lisäksi myös kilpailuoikeudellisen sääntelyn luonteella. Kilpailuoikeuden tarkoituksena ei ole luoda hintasääntelyä, jonka seurauksena määräävässä markkina-asemassa oleva yritys joutuisi hankkimaan luvan jokaiseen hinnoittelumuutokseensa kilpailuviranomaiselta, vaan kilpailuoikeuden ensisijaisena tehtävänä on varmistaa markkinaprosessin toimivuus. Markkinoille pääsyn esteettömyys nousee tällöin keskeiseen asemaan. Kohtuuttomiin hintoihin puuttuminen onkin ominaisimmillaan silloin, kun markkinoille pääsyn esteitä ei kyetä madaltamaan.

Sidonnalla viitataan sellaiseen määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen toimintaan, jossa sopimuksen solmimisen edellytykseksi asetetaan se, että asiakas ostaa samalla toisen, eri tuotemarkkinoille kuuluvan hyödykkeen.[240] Sitominen on kilpailuoikeudellisesti kiellettyä määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä, ellei hyödykkeiden myymistä yhdessä voida perustella hyväksyttävästi.[241]

Sitomisen kilpailuoikeudellisesti haitalliset vaikutukset ilmenevät lähinnä kahdella tavalla. Sitovien sopimusehtojen käyttäminen vaikeuttaa määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen asiakkaan mahdollisuutta valita muu kuin määräävässä markkina-asemassa oleva yritys sitomisen kohteena olevan hyödykkeen toimittajaksi. Asiakkaan valinnanvapaus on kapea, koska asiakas on riippuvainen määräävässä markkina-asemassa olevasta toimijasta sitovan hyödykkeen toimittamisen osalta. Toisaalta sitominen vaikuttaa määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen kilpailijoiden toimintaedellytyksiin sidotun hyödykkeen markkinoilla. Sitomisesta seuraa, että kilpailijoiden mahdollisuudet saada uusia asiakkaita ovat rajoitetut, koska kynnys sidotun hyödykkeen toimittajan vaihtamiseen nousee keinotekoisen korkealle. Kilpailun toimivuus vaarantuu, kun asiakkaista ei voida kilpailla toiminnan tehokkuuden perusteella. Sitominen on itse asiassa määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen keino vakiinnuttaa oma asemansa sidotun tuotteen markkinoilla.

Sitomista koskevaa ehtoa voidaan arvioida myös sopimusoikeuden kannalta. Kahden tuotteen sitominen ilman hyväksyttävää syytä johtaa siihen, että ehtoa voidaan sovitella oikeustoimilain 36 §:n nojalla. Sitomista koskevan ehdon sovittelu on perusteltua, koska määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen

---

[240] Ks. tarkemmin esim. EU:n yleisen tuomioistuimen ratkaisu asiassa T-30/89 Hilti v. komissio, (1991) ECR II 1439, ja EU:n tuomioistuimen ratkaisu samassa asiassa C-53/92 P Hilti v. komissio, (1994) ECR 667.

[241] Tällaisia tekijöitä voivat olla mm. tuotteiden turvallisuuteen liittyvät seikat.

asiakkailla ei ole todellista mahdollisuutta luopua sitovan hyödykkeen hankkimisesta.

Hintasyrjinnällä tarkoitetaan samanlaisten sopimuskumppaneiden kohtelemista eri tavoin ilman hyväksyttävää perustetta. Hintojen eriyttäminen on hyväksyttävää, jos sopimuksen täyttämisestä aiheutuvat kustannukset ovat erilaisia esimerkiksi mittakaavaetujen vuoksi. Kiellettyä on sitä vastoin hintojen eriyttäminen kilpailun rajoittamiseksi. Syrjintä on mainittu yhtenä sellaisena sopimuskäytäntönä, jota koskeva sovittelun tarve on ilmeinen.[242]

Kilpailuoikeuden kannalta syrjinnän haitalliset vaikutukset ilmenevät kahdella tavalla. Ensinnäkin syrjintä vaikuttaa määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen asiakkaiden keskinäisiin toimintaedellytyksiin. Asiakkaiden kilpailuasetelmat vertikaalisesti alemmilla markkinoilla eivät ole yhtäläiset, mikäli yksittäisten yritysten tuotannontekijöistä maksamat kustannukset poikkeavat toisistaan.[243] Hintasyrjinnän motiivina voikin olla esimerkiksi määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen tavoite tukea omistamaansa yritystä jalostemarkkinoilla. Kilpailu vertikaalisilla alamarkkinoilla vääristyy. Määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen ja sen asiakkaan välillä hintasyrjintä muodostaa myös perusteen vaatia oikeustoimen sovittelua.

Hintasyrjinnällä voi olla vaikutuksia myös määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen kilpailijan asemaan. Hintoja voidaan eriyttää esimerkiksi siten, että alennukset kohdistetaan sellaisiin asiakkaisiin, joita määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen kilpailija on pyrkinyt ottamaan omiksi asiakkaikseen. Vaarana on tällöin markkina-asetelmien jähmettyminen ja markkinoiden toiminnan vääristyminen.[244]

Vertikaalisia sopimuksia on useissa yhteyksissä pidetty ongelmallisina sopimusosapuolten keskinäisen tasapainon kannalta. Erityistä huomiota on kiinnitetty erilaisiin jakelusopimuksiin, joiden osalta sopimusosapuolten asema ei ole lähtökohtaisesti tasavertainen.[245] Vertikaaliset sopimusjärjestelyt ovat myös kilpailuoikeudellisen sääntelyn kohteena. EUT-sopimuksen 101 artiklan kartelli-

---

[242] Ks. tarkemmin HE 247/1981 vp, s. 16.

[243] Hyväksyttävä peruste hinnoittelun eriyttämiseen voi olla mm. tilausten suurempi koko, josta seuraa kustannussäästöjä toimittajalle.

[244] Sopimusoikeuden keinot ovat näissä tilanteissa rajalliset erityisesti kilpailijan suojaamisen kannalta, koska sopimusoikeudellisen arvioinnin painopisteenä on määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen ja sen asiakkaan välinen sopimussuhde. Alhaisia hintaehtoja sisältävä sopimus on edellä selostetuissa tilanteissa asiakkaan kannalta hyväksyttävä, koska asiakas saa hyödykkeitä normaalia hintatasoa edullisemmin; perusteita sopimuksen sovittelemiseen ei ole. Oma kysymyksensä on luonnollisesti se, millaiseksi asiakkaan asema muodostuu keskipitkällä tai pitkällä aikajänteellä, kun kilpailun aste markkinoilla heikkenee. Joka tapauksessa on ilmeistä, että markkinoiden toimivuuden turvaamiseksi tarvitaan kilpailuoikeudellisia instrumentteja.

[245] Ks. tarkemmin mm. Wilhemsson 1973, s. 375–382, ja Bygglin, s. 109–111. Mielenkiinnon kohteena ovat olleet myös erilaiset alihankintasopimukset.

kiellon soveltamisesta vertikaalisten sopimusten ja yhdenmukaistettujen menettelytapojen ryhmiin on annettu oma ryhmäpoikkeusasetuksensa.[246] Ryhmäpoikkeusasetuksen 4 artiklassa on rajattu joitakin vakavaksi katsottavia vertikaalisia rajoituksia asetuksen soveltamisalan ulkopuolelle; tällaisten rajoitusten sisältyminen sopimukseen estää ryhmäpoikkeusasetuksen soveltamisen kokonaisuudessaan kyseessä olevaan järjestelyyn.[247]

Sopimusoikeudellisesti jälleenmyyntihinnan asettamista taikka asiakkaiden ja myyntialueiden valintaa rajoittavat ehdot saattaisivat tulla soviteltavaksi, koska ehtojen avulla rajoitettaisiin jälleenmyyjän toimintavapautta hyödyntää ostamaansa hyödykettä. Tilannetta on kuitenkin arvioitava siten, että yksittäisen tapauksen olosuhteet otetaan kokonaisvaltaisesti huomioon. Sopimusoikeuden kannalta on selvitettävä, onko olemassa asiallista, esimerkiksi jakelujärjestelmän kokonaisuuteen liittyvää perustetta rajoittaa jälleenmyyjän toimintavapautta. Arvioinnissa on pohdittava myös osapuolten keskinäisiä voimasuhteita. Tässä yhteydessä on muistettava, että toimittajan markkinaosuus ei saa ylittää 30 prosenttia, jotta vertikaalisia sopimuksia koskeva ryhmäpoikkeusasetus soveltuu.

Jälleenmyyntihinnan asettamista sekä asiakkaiden ja myyntialueiden valintaa koskevien ehtojen kilpailuoikeudellisen arvioinnin lähtökohta poikkeaa jossain määrin sopimusoikeudellisesta näkökulmasta. Jälleenmyyntihinnan määräämisen seurauksena on usein hintakilpailun vähentyminen tai poistuminen tuotemerkin sisältä. Hintataso vakiintuu ja käytännössä hintataso nousee korkeammalle kuin ilman ehdon olemassaoloa. Lisäksi jälleenmyyjien mahdollisuudet kilpailla hinnalla toisten tuotemerkkien myyjien kanssa kapenevat.

Asiakkaiden ja myyntialueiden valintaa koskeva ehto merkitsee käytännössä markkinoiden jakamista. Jälleenmyyjien mahdollisuudet kilpailla keskenään heikkenevät. Jälleenmyyjillä ei myöskään välttämättä ole tarvetta oman toimintansa tehostamiseen, koska sopimusjärjestelyt mahdollistavat tuotemerkin sisäi-

---

[246] Komission asetus (EU) N:o 330/2010.

[247] Esimerkkinä voidaan ottaa esille asetuksen 4 artiklan a-kohdassa tarkoitettu ehto, jonka avulla hyödykkeen toimittaja rajoittaa ostajan mahdollisuutta asettaa jälleenmyyntihinta harkintansa mukaan. Ryhmäpoikkeusasetuksen 4 artiklassa a-kohdassa ei kuitenkaan kielletä enimmäishinnan asettamista tai myyntihinnan suosittelemista, mikäli nämä eivät johda kiinteään hintaan tai vähimmäismyyntihintaan jonkin osapuolen käyttämän painostuksen tai tarjoamien kannustimien vuoksi. Toisena esimerkkinä voidaan mainita asetuksen 4 artiklan b-kohdassa mainittu ehto, jonka mukaan rajoitetaan ostajan mahdollisuuksia valita asiakkaita ja alueita, joille ostaja voi hyödykkeitä myydä. Ryhmäpoikkeusasetuksen 4 artiklan b-kohdassa on kuitenkin tehty joitakin poikkeuksia asiakkaiden ja alueiden rajaamista koskevan ehdon käyttämisen kiellosta mm. sallimalla rajoittaa ostajan myyntiä sellaisille loppukäyttäjille, jotka toimivat kaupan tukkuportaalla.

sen kilpailun paineista vapaan toiminnan omalla myyntialueella.[248] Jälleenmyyntihinnan asettamista sekä asiakkaiden ja myyntialueiden valintaa koskevien ehtojen kilpailuoikeudellisen arvioinnin ytimessä ovatkin ehtojen vaikutukset markkinoiden toimintaan.

Jälleenmyyjän asema suhteessa toimittajaan ei ole merkityksetön kilpailuoikeudellisen tarkastelun kannalta. Kilpailuoikeudellisesta sääntelystä seuraa suojaa jälleenmyyjälle. Jälleenmyyjän aseman ja markkinoiden välillä nähdään kuitenkin kilpailuoikeudellisessa tarkastelussa yhteys: jälleenmyyjän toimintavapaus vaikuttaa osaltaan siihen, että markkinat voivat toimia esteettä.

3.4.5 Yhteenveto

Sovitteluharkinta rakentuu sopimusoikeuden kantavien periaatteiden varaan. Sovitteluharkinnassa on suhteutettava sopimusoikeuden kantavien periaatteiden mukaiset näkökohdat keskenään. Tämä merkitsee sitä, että sopimuksen sovittelu ei nivoudu välttämättömästi yhteen kilpailuoikeudellisen sääntelyn soveltamiskriteereiden kanssa. Oikeustoimilain 36 §:n nojalla voidaan sovitella myös sellaisia järjestelyitä, joihin kilpailuoikeudellinen sääntely ei sovellu. Tältä osin voidaan ottaa esille kaksi tyypillistä tilannetta. Oikeustoimilain 36 §:n soveltaminen on mahdollista, vaikka toisella sopimuskumppanilla ei olisi määräävää markkina-asemaa. Sopimusoikeudellisesti merkityksellistä voi olla myös määräävää markkina-asemaa vähäisempi sopimus- tai neuvotteluvoima. Sopimuskumppanin keskinäisen riippuvuuden merkitystä sovittelun kannalta arvioidaan sopimusoikeuden kantavien periaatteiden näkökulmasta.[249] Arviointikehikko on ensisijaisesti sopimuskohtainen, vaikka järjestelmätasoiset seikat voidaan ottaa huomioon arvioinnissa.

Oikeustoimilain 36 §:ää voidaan soveltaa myös silloin, kun sopimuskumppanilla on määräävä markkina-asema, mutta määräävän markkina-aseman väärinkäytön tunnusmerkit eivät täyty. Tyyppitapauksena voidaan ottaa esille se, että määräävässä markkina-asemassa oleva yritys pyrkii hyötymään asiakkaidensa riippuvuudesta korkealla hinnoittelulla, mutta kohtuuttoman hinnoittelun kilpailuoikeudelliset kriteerit eivät täyty. Suoritusten epäsuhta voi olla sopimusoikeudellisesti merkityksellinen, vaikka sopimusjärjestelyyn ei voitaisikaan puuttua

---

[248] On kuitenkin mahdollista argumentoida, että tuotemerkin sisäisestä kilpailutilanteesta huolimatta jälleenmyyjä pyrkii tehostamaan toimintaansa, jotta jälleenmyyjän oma tuottotaso kohoaisi.
[249] Riippuvuus voi ilmetä siten, että toimijan mahdollisuudet sopimuskumppanin valintaan ovat tosiasiassa rajoitetut. Kysymys voi olla esim. siitä, että toimijan tekemät aiemmat investoinnit ohjaavat sopimuskäyttäytymistä. Tarve sopimusoikeudellisen suojan antamiseen voi konkretisoitua, vaikka toimittaja ei sinällään hallitsisikaan markkinoita määräävän markkina-aseman kiellon soveltamiskynnyksen ylittävällä tavalla. Riippuvuus on luonteeltaan sopimussuhdekohtaista.

kilpailuoikeuden keinoin. Tämä mahdollisuus on sinällään tärkeä, koska kilpailuoikeuden soveltamiskynnys on näissä tilanteissa usein varsin korkea.

Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden rajapinta voidaan nähdä kohtuuttomien oikeustoimien voimaan saattamisen kiellon osalta joustavana. Kyse on eräänlaisesta yhteispelistä, jossa samaa rajapintaa lähestytään eri suunnista ja osittain erilaisen sääntelylogiikan kautta. Joustavuuden voidaan nähdä myös avaavan mahdollisuuden oikeusjärjestyksen mielekkääseen soveltamiseen. Voidaan ajatella, että kilpailuoikeudellisen sääntelyn soveltamisalaa ei tarvitse tarpeettomasti laajentaa, koska kilpailuoikeuden kannalta vähämerkityksellisiin järjestelyihin voidaan puuttua sopimusoikeudellisesti. Sopimusoikeudellisen sääntely täydentää yksilöiden kilpailuoikeudessa saaman suojan alaa. Sen avulla voidaan vahvistaa yksilön oikeussuojaa esimerkiksi silloin, kun kilpailuoikeuden soveltamiskriteerit ovat vasta täyttymässä. Kyse on oikeudellisen sääntelyn ennakoivasta soveltamisesta, jolla pyritään estämään oikeudellisen suojan tarpeen tuleva kasvaminen ja varmistamaan oikeudellisen suojan vaikuttavuus.

3.5 SOPIMUKSENTEKOVELVOLLISUUS

3.5.1 Tausta

Markkinatalouden yleisiin lähtökohtiin sisältyy ajatus siitä, että yksilöt voivat perusteiltaan vapaasti päättää sopimusten solmimisesta ja niiden sisällöstä.[250] Vapaus sopimusten solmimiseen on keskeinen osa yksilöille oikeusjärjestyksessä annettua suojaa. Yksilöiden vapauksien käyttäminen on tiiviissä yhteydessä kulloisiinkin olosuhteisiin. Yksilön oikeuksia ei käytetä tyhjiössä vaan markkinoiden muodostamassa taustassa. Markkinoiden toimivuus asettaa puitteet yksilöiden oikeuksien käyttämiselle. Mikäli markkinat eivät toimi, jäävät oikeuksien käyttämisen todelliset mahdollisuudet usein rajallisiksi. Markkinoiden toimivuuden parantamiseksi saattaa olla tarpeen puuttua yksittäisen toimijan sopimusvapauteen ja asettaa tälle velvollisuuksia sopimusten solmimiseen. Kyse on eräänlaisesta pääsäännöstä tehtävästä poikkeuksesta, joka on perusteltu markkinoiden toimivuuden parantamiseksi ja joka voidaan kohdistaa markkinoiden toimintaa merkittävästi ohjaamaan kykenevään toimijaan.

---

[250] Sopimusvapaus voidaan jakaa osiin. On mahdollista puhua 1) päätäntävapaudesta, 2) sopimuskumppanin valitsemisvapaudesta, 3) sisältövapaudesta, 4) tyyppivapaudesta, 5) muotovapaudesta, ja 6) purkamisvapaudesta. Ks. tarkemmin Muukkonen 1956, s. 607. Ks. Muukkosen jäsennyksen arvioinnista Hemmo 2003a, s. 75–77.

Sopimuksentekovelvollisuus muodostaa yhden leikkauspisteen sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden välisessä kentässä. Kummallakin oikeudenalalla on erikseen määriteltyjen kriteerien täyttyessä katsottu voitavan asettaa yksittäiselle toimijalle velvollisuus sopimusten solmimiseen. Eräitä sopimustoiminnan alueita koskien on annettu erityissääntelyä, jolla markkinoita hallitseva toimija velvoitetaan tekemään sopimuksia halukkaiden tahojen kanssa. Tällaisia alueita ovat esimerkiksi viestintäverkot sekä maakaasu- ja sähkömarkkinat.[251]

Omana aihealueenaan on sopimusoikeudessa käyty keskustelua siitä, voitaisiinko velvollisuus sopimusten solmimiseen asettaa ilman erityissääntelyä, yleisen oikeusperiaatteen nojalla.[252] Kilpailuoikeudessa velvollisuus sopimusten solmimiseen liittyy puolestaan määräävässä markkina-asemassa olevaan toimijaan, jolla voi olla velvollisuus olemassa olevien sopimussuhteiden jatkamiseen tai joissakin yhteyksissä velvollisuus solmia sopimuksia kokonaan uusien sopimuskumppaneiden kanssa. Kysymys on erityistilanteista, joissa markkinoiden keskittymisen vuoksi on katsottu perustelluksi asettaa velvollisuus sopimusten tekemiseen, mikäli erityiset soveltamiskriteerit täyttyvät.

Tutkimuksellisesti mielenkiintoinen aihepiiri liittyy siihen, voitaisiinko kilpailuoikeuteen perustuvaa sopimuksentekovelvollisuutta tukea sopimusoikeudellisin instrumentein. Kyse on velvoiteoikeuden yleisiin oppeihin sisältyvästä velvollisuudesta, joka konkretisoituisi silloin, kun markkinat eivät sopimusoikeudellisesti arvioituna toimi asianmukaisesti.

3.5.2 Soveltamisharkinta

Sopimuksentekovelvollisuuden sisällölliseen arviointiin liittyy osin ristikkäisiä ulottuvuuksia. Sopimuksentekovelvollisuuden asettamista puoltavia seikkoja on punnittava suhteessa markkinoilla vahvan aseman omaavaan toimijaan kiinnittyviin tekijöihin. Sopimuksentekovelvollisuus merkitsee puuttumista tällä toimijalla olevaan omaisuudensuojaan ja elinkeinovapauteen. Lähtökohtainen perusteluvelvollisuus on sillä, joka viittaa sopimuksentekovelvollisuuden perusteiden olemassaoloon. Puuttumisen on perustuttava hyväksyttäviin syihin.

Sopimuksentekovelvollisuutta voidaan perustella ensinnäkin markkinoita hallitsevan toimijan asiakkaiden rajoittuneilla toimintamahdollisuuksilla. Asiakkailla on joko hyvin vähän tai ei ollenkaan mahdollisuuksia käyttää vaihtoehtoisia sopimusreittejä. Arvioinnin kohteena oleva hyödyke on usein välttämätön

---

[251] Ks. verkkoon pääsyn merkityksestä kilpailun syntymisen kannalta ja sääntelyn perusteista esim. Cameron 2007, s. 30, 138–139 (sähkö) ja 180–181 (maakaasu), sekä Cameron 2005, s. 12–13, ja 42–46.

[252] Nybergh, s. 8–9.

asiakkaan oman toiminnan kannalta. Toiseksi sopimuksentekovelvollisuuden asettamista voidaan perustella pyrkimyksellä turvata markkinoiden toimivuus. Sopimuksentekovelvollisuuden kohteena oleva hyödyke voi olla välttämätön tuotantopanos toisilla markkinoilla harjoitettavan toiminnan kannalta. Sopimuksen tekemisestä kieltäytyminen voi siten heijastua useiden markkinoiden toimintaedellytyksiin.

Puuttuminen ei saa mennä pidemmälle kuin on hyväksyttävän päämäärän saavuttamiseksi välttämätöntä: ensisijaisesti on käytettävä sopimuksentekovelvollisuutta lievempiä keinoja markkinoiden toimivuuden ongelmien ratkaisemiseksi. Velvollisuuden sisällön tulee olla hyväksyttävässä suhteessa tavoiteltaviin päämäärin. Arvioinnissa on otettava huomioon sopimuksentekovelvollisuudesta seuraavat mahdolliset haitalliset vaikutukset. Puuttumisella voi esimerkiksi olla vaikutuksia niihin kannustimiin, joita velvollisuuden kohteena olevalla toimijalla on oman toimintansa ja tuotteidensa kehittämiseen.[253] Sopimuksentekovelvollisuuden ei tule johtaa siihen, että kilpailijat ja asiakkaat voivat hyödyntää toimijan tuotannollisia ja taloudellisia panostuksia ilman omia ponnisteluita tai riskinottoa. Sopimuksentekovelvollisuus ei saa muodostua väyläksi vapaamatkustukseen, vaan velvollisuuden soveltamiskriteereiden on oltava tarkkaan harkittuja.

Sopimuksentekovelvollisuutta koskeva erityissääntely kohdistuu tyypillisesti taloudellisen toiminnan sektoreille, jotka ovat rakenteeltaan hyvin keskittyneitä. Markkinoilla on usein vain yksi hyödykkeiden tarjoaja. Kyse on useimmiten luonnollisesta monopolista. Silloin asiakkaiden valinnan mahdollisuudet ovat käytännössä hyvin rajoitetut ja vastaavasti toimittajan operointimahdollisuudet laajat. Sääntelyn kohteina ovat lisäksi usein hyödykkeet, jotka ovat asiakkaiden toiminnan kannalta välttämättömiä.[254] Asiakkaiden liiketoiminta ja henkilökohtainen kuluttaminen ovat riippuvaisia hyödykkeen saatavuudesta. Näissä tilanteissa on ymmärrettävää, että markkinoiden toimivuutta säännellään suoraan. Välitön regulaatio on katsottu kilpailuoikeudellisen sääntelyn soveltamista paremmaksi vaihtoehdoksi: markkinoiden toiminnan puitteita ei voida vahvistaa kilpailuoikeuden keinoin siellä, missä edellytykset markkinoiden toiminnalle ovat heikot.

Suoran regulaatioon käyttöön ottaminen on viime kädessä yhteiskuntapoliittinen valinta. Tämä ei kuitenkaan poista regulaatioon sisältyviä ongelmia. On

---

[253] Ks. julkisasiamies Jacobsin ratkaisuehdotus asiassa C-7/97 Oscar Bronner, (1998) ECR I 7791, k. 57. Ks. Yhdysvaltain kilpailulainsäädännön osalta esim. U.S. Department of Justice, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act, s. 127–129, jossa lähdetään siitä, ettei puuttuminen toimituksista kieltäytymiseen kilpailijoille muodosta kilpailulainsäädännön täytäntöönpanon painopistettä mahdollisista lyhyen aikavälin staattisista hyödyistä huolimatta. Olennaisia ovat dynaamiseen tehokkuuteen liittyvät kannustinvaikutukset.

[254] Ks. myös Hemmo 2003a, s. 80.

kyettävä määrittämään muun ohella hyväksyttäväksi katsottava hintataso ja tarjoamisvelvollisuuden laajuus eri tilanteissa.[255] Vaikka regulaatio kohdistuu käytännössä yksinomaan oikeushenkilöihin, nousevat tältä osin myös esille perus- ja ihmisoikeuskysymykset. Regulaation toteuttamisessa on otettava huomioon vaatimukset sääntelyn välttämättömyydestä ja oikeasuhtaisuudesta. Perusteluvelvollisuus on regulaation toteuttajalla.[256]

Erityissääntelyyn perustuva sopimuksentekovelvollisuus liittyy erikseen määriteltyihin soveltamistilanteisiin. Sopimusoikeudessa on keskusteltu mahdollisuudesta irtaantua erityissääntelyn kehikosta ja asettaa sopimuksentekovelvollisuus sopimusoikeuden yleisten oppien perusteella.[257] Velvollisuus sopimuksen tekemiseen perustuisi tällöin yleiseen sopimusoikeudelliseen periaatteeseen, jonka soveltamisala ei ole ennalta tarkasti määritelty. Keskustelussa on eräänlaisia sopimusoikeuden yleisten oppien kehittämiseen liittyviä piirteitä. Sopimuksentekovelvollisuus voisi toimia sosiaalisen suoritusesteen kaltaisena väylänä ajaa hyvinvointivaltiollisia aspekteja sopimusoikeuden sisään.

Sopimuksentekovelvollisuuden perustaminen sopimusoikeuden yleisiin oppeihin on haluttu nähdä yhteydessä sopimusoikeudellisen ajattelun muutokseen. Siinä heikomman suojaamiseen liittyvillä näkökohdilla on erityinen merkitys. Sopimusoikeuden tulisi edistää ensisijaisesti solidaarisuuden toteutumista yhteiskunnassa.[258] Sopimusoikeudellisen arvioinnin painopiste siirtyisi tahdonvapauden suojaamisesta kuluttamisen vapauden turvaamiseen. Välttämättömyyshyödykkeiden toimittajien toimintamahdollisuuksien oikeudellista suojaa tulisi kvalifioida siten, että toimittajilla olisi erityinen velvollisuus varmistaa lähinnä kuluttaja-asemassa olevien asiakkaiden mahdollisuudet henkilökohtaisten kulutustarpeidensa toteuttamiseen.[259]

Esitetty näkökulma on kiintoisa. Se avaa yhden uuden reitin sopimusoikeuden yleisten oppien jäsentämiseen. Tämän tutkimuksen aiheen kannalta lähestymistapa on kuitenkin rajallinen. Kilpailuoikeudellinen sääntely koskee ensisijaisesti elinkeinonharjoittajien välisiä suhteita. On totta, että kuluttajat ovat kilpailuoikeudellisen sääntelyn suojelunintressin piirissä. Silti ajatus sopimuksentekovelvollisuuden perustamisesta ensisijaisesti heikomman suojaamiseen jää kilpailuoikeudellisesta näkökulmasta arvioituna jossain määrin kaukaiseksi. Vaikuttaa

---

[255] Keskeisenä arviointiperusteena voidaan tältä osin pitää hinnoittelun kustannusvastaavuutta. Kustannusten allokointi voi kuitenkin muodostaa käytännössä haasteellisen tehtävän. Ks. maakaasumarkkinoiden sääntelystä tältä osin Cameron 2007, s. 178–179.

[256] Sääntelyn toteuttamista voidaan perustella esimerkiksi omaisuuden erityisellä luonteella. Ks. perustuslakivaliokunnan käytännöstä esim. maakaasumarkkinalakia koskeva PeVL 4/2000 vp.

[257] Nybergh, s. 227–228.

[258] Nybergh, s. 9.

[259] Nybergh, s. 74–75 ja 80–82.

siltä, että tämän sopimusoikeudellisessa keskustelussa tehdyn siirron ajatuksellinen painopiste on kohtuullisen etäällä kilpailuoikeuden kannalta keskeisimmistä kysymyksistä, jotka liittyvät ensisijaisesti markkinoiden toimivuuteen. Sääntelylogiikat ovat tältä osin toisiinsa nähden rinnakkaisia, vaikka niillä on myös keskinäisiä leikkauspisteitä.

Kilpailuoikeudessa voidaan asettaa määräävässä markkina-asemassa olevalle toimijalle velvollisuus hyödykkeiden toimittamiseen ja sopimusten solmimiseen. Oikeuskäytännön perusteella sopimuksen tekemisvelvollisuus on aktualisoitunut lähinnä kahdessa tilanteessa. Määräävässä markkina-asemassa olevalla toimijalla on lähtökohtainen velvollisuus jatkaa toimituksia asiakkailleen, ellei toimitusten lopettamiseen ole hyväksyttäviä syitä.[260] Hyväksyttävät syyt voivat liittyä esimerkiksi asiakkaan maksuvaikeuksiin. Velvollisuutta jatkaa toimituksia on perusteltu erityisesti asiakkaan riippuvuudella. Toimitusten lopettaminen voisi vaarantaa asiakkaan toiminnan tai ainakin aiheuttaa asiakkaan liiketoiminnalle merkittävää haittaa. Kuvatunlaisessa markkinatilanteessa asiakkaan mahdollisuudet toimintansa uudelleen suuntaamiseen ovat usein varsin rajatut.

Määräävässä markkina-asemassa olevalle toimijalle voidaan asettaa velvollisuus sopimusten solmimiseen uuden asiakkaan kanssa vain hyvin poikkeuksellisissa olosuhteissa. Sopimuksentekovelvollisuus voi tulla kyseeseen silloin, kun määräävässä markkina-asemassa oleva toimija hallitsee erityistä pullonkaulaa, jonka läpäiseminen on edellytys uusille markkinoille pääsemiseen. Kilpailuoikeudessa on puhuttu *olennaisia toimintaedellytyksiä koskevasta opista*. Tämän opin soveltamiskriteerit on asetettu varsin tiukoiksi. Ensinnäkin olennaisen toiminteen läpäisemisen tulee avata mahdollisuus uusien markkinoiden luomiseen tai vahvistamiseen.[261] Sopimuksentekovelvollisuutta ei siten arvioida suhteessa asiakkaan toimintamahdollisuuksiin sellaisenaan, vaan asiakkaan toimintamahdollisuuksia peilataan suhteessa niiden taloudelliseen ympäristöön. Toiminteen läpäisemisellä tulee olla vaikutuksia markkinoiden toimintaan. Toiseksi asiakkaalla ei tule olla käytössään vaihtoehtoista tapaa päästä markkinoille.[262] Toiminteen tulee toisin sanoen olla välttämätön markkinoille pääsemiseksi ja kilpailun aikaan saamiseksi. Oikeuskäytännössä tämä vaatimus on ymmärretty tiukasti.[263]

---

[260] Ks. esim. yhdistetyt asiat 6/73 ja 7/73 Commercial Solvents, (1974) ECR 223, k. 25.

[261] Asia C-418/01 IMS Health, (2004) ECR I 5039, k. 38. Tarkastelun keskiössä ei siten ole yksittäinen toimija vaan markkinaolosuhteet kokonaisuudessaan. Immateriaalioikeuksien osalta oikeuskäytännössä on edellytetty, että hyödykkeen toimittamatta jättäminen johtaa kokonaan uuden hyödykkeen kehittymättä jäämiseen. Ks. esim. julkisasiamies Gulmannin ratkaisuehdotus yhdistetyissä asioissa C-241/91 P ja C-242/91 P RTE ja ITP v. komissio, (1995) ECR I 743, k. 97. Ks. myös Mylly 2010, s. 518–530.

[262] Asia C-7/97 Oscar Bronner, (1998) ECR I 7791, k. 43.

[263] Ks. esim. asia C-418/01 IMS Health, (2004) ECR I 5039, k. 40–47.

Vierekkäisen resurssin rakentamisen on oltava käytännössä poissuljettu mahdollisuus, jotta sopimuksentekovelvollisuus voidaan asettaa.

Kilpailuoikeudellisessa tarkastelussa on omaksuttu selväksi lähtökohdaksi myös määräävässä markkina-asemassa olevan toimijan oikeus päättää haluamallaan tavalla sopimusten solmimisesta. Vain poikkeustapauksissa voidaan päätyä toisenlaiseen ratkaisuun. Kilpailuoikeudessa on määräävässä markkina-asemassa olevan toimintavapautta arvioitu suhteessa markkinoiden toimintaan. Keskeinen peruste olennaisia toimintaedellytyksiä koskevan opin tiukkaan soveltamiseen on ollut se, ettei opin soveltamisella haluta vähentää toimijoiden kannustimia luoda erilaisia teknisiä infrastruktuureja.[264] Kannustimet markkinoiden toimivuuden kannalta hyödyllisen toiminnan harjoittamiseen vähenevät merkittävästi, mikäli asiakkailla tai kilpailijoilla on mahdollisuus saada työn hedelmät ilman omia merkittäviä ponnisteluja käyttöönsä.

Olennaisia toimintaedellytyksiä koskevalla opilla on vakiintunut asema kilpailuoikeuden soveltamiskentässä. Oikeuskäytännöstä välittyy kohtuullisen selvä kuva opin keskeisistä ideoista, vaikka soveltamistilanteiden erityispiirteet heijastuvat opin soveltamiseen. Toisaalta on kuitenkin syytä havaita, että opin soveltamiseen liittyy monia haasteellisia kysymyksiä. Esimerkkeinä voidaan mainita solmittavan sopimuksen hintatasoa ja sopimuksentekovelvollisuuden laajuutta koskevat kysymykset.[265] Arvioinnin lähtöpisteenä on tältäkin osin markkinoiden toimivuudesta seuraavat vaatimukset eikä ensisijaisesti asiakkaiden suojaaminen.

3.5.3 Arviointia

Sopimuksentekovelvollisuus muodostaa kiintoisan osan sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden keskinäistä rajapintaa. Sopimuksentekovelvollisuuden asettamisen perusteissa on molemmilla oikeudenaloilla samankaltaisuuksia: markkinoiden keskittyminen vaikeuttaa yksilöiden toimintamahdollisuuksia ja edelleen markkinoiden toiminnalle asetettujen yhteiskunnallisten tavoitteiden saavuttamista. Omaksutut sääntelylogiikat ovat kuitenkin osittain erilaisia. Sopimustoimintaa koskevassa erityissääntelyssä on valittu käytettäväksi suora regulaatio,

---

[264] Julkisasiamies Jacobsin ratkaisuehdotus asiassa C-7/97 Oscar Bronner, (1998) ECR I 7791, k. 57.

[265] Kyse on osaltaan siitä, miten määritellään sopimuksentekovelvollisuuden piiriin kuuluvien hyödykkeiden hintataso. Kaikissa tilanteissa vertailuhinnan määrittäminen ei ole aina suoraviivaista. Lisäksi sopimuksentekovelvollisuuden laajuuden rajaaminen voi olla haasteellista. On selvitettävä, koskeeko velvollisuus vain yhtä vai useampaa toimijaa. Merkityksellisiä seikkoja voi tältä osin liittyä sekä toimittajan asemaan että markkinoiden toimivuuden asteeseen. Ks. esim. O'Donoghue – Padilla, s. 454–458.

jossa sopimustoiminnan puitteet asetetaan varsin tarkasti. Tällä tavoin voidaan vaikuttavimmalla tavalla suojata sopimuskumppanin asemaa markkinoilla.

Kilpailuoikeudessa sääntelykulma on osin edellistä väljempi ja se liittyy voimakkaimmin markkinoiden toimintamahdollisuuksien tukemiseen. Tässä katsannossa yleiseen periaatteeseen perustuva sopimuksentekovelvollisuus voidaan nähdä eräänlaisena erityissääntelyn jatkeena sellaisille alueille, joita erityissääntely ei nimenomaisesti kata. Doktriinin kehittämisen perustana on ollut pyrkimys muuttaa sopimustoiminnan hahmottamisen tapaa: elinkeinonharjoittajien tulisi järjestää oma toimintansa siten, että kuluttajien mahdollisuus omien tarpeidensa täyttämiseen markkinoilla toteutuu.

Sopimusoikeudellisin keinoin olisi taattava kuluttajille oikeus sopimuksen solmimiseen. Valittu näkökulma on joiltain osin erilainen kilpailuoikeudelliseen arviointitapaan verrattuna. Sopimuksentekovelvollisuuden perustana on tietyn toimijaryhmän – kuluttajien – suojaaminen. Näkökulma on perusteiltaan rajattu ja koskee markkinoiden toimivuuden yleisten edellytysten suojaamista vain välillisesti. Nämä seikat ovat omiaan rajoittamaan lähestymistavan merkitystä sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden rajapinnassa.

Sopimuksentekovelvollisuuden oikeudellisen järjestämisen arvioinnissa on otettava esille kysymys velvollisuuden oikeudellisesta perustasta. On selvitettävä, millaisia vaatimuksia oikeusjärjestyksestä seuraa sopimuksentekovelvollisuuden asettamiselle. Sopimuksentekovelvollisuuden asettamista voidaan perustella markkinoiden toimivuuden heikkenemisen yksilö- ja järjestelmätasoisilla vaikutuksilla. Hyväksyttävä peruste oikeuksien käytön sääntelyyn on siten olemassa. Lisäksi on huomattava, että yksilöt eivät käytä oikeuksiaan tyhjiössä; oikeuksien käyttämisessä tulee ottaa muiden toimijoiden asema sekä järjestelmätasoiset vaikutukset huomioon.

Sopimuksentekovelvollisuuden asettamisen seurauksia on punnittava yksittäisen toimijan kannalta. Sopimuksentekovelvollisuus voi merkitä monissa tilanteissa syvälle käyvää puuttumista toimijan oikeusasemaan. Tätä taustaa vasten voidaan pitää keskeisenä, että ainakin sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden rajapintaan sijoittuvissa tapauksissa sopimuksentekovelvollisuuden tulisi koskea tilanteita, joista seuraavat vaikutukset ovat merkityksellisiä yksittäisen sopimussuhteen rajat ylittäen. Vaikutusten tulee olla yleisiä eikä vain yksittäiseen sopimussuhteeseen keskittyviä, jotta sopimuksentekovelvollisuuden asettaminen on perusteltua.

Sopimuksentekovelvollisuuden asettamisen tarpeellisuus riippuu yksittäisen markkinan toimintaedellytyksistä. Asteikko on eräällä tavalla liukuva: mitä heikommin markkinat toimivat, sitä voimakkaammat perusteet ovat lähtökohtaisesti käsillä sopimuksentekovelvollisuuden asettamiseen. Kilpailulainsäädännössä sopimuksentekovelvollisuus on liitetty määräävän markkina-aseman olemassaoloon, minkä lisäksi velvollisuudelle on asetettu erilaisia lisäkriteereitä. Mahdol-

lisen sopimusoikeuden yleisiin oppeihin perustuvan sopimuksentekovelvollisuuden edellytysten tulisi olla lähellä kilpailuoikeudellisen sääntelyn kriteereitä. Näin tuettaisiin sääntelyn kokonaisvaltaista koherenssia ja varmistettaisiin hyväksyttävien sääntelyperusteiden olemassaolo.

> Sopimuksentekovelvollisuus voisi liittyä tyypillisesti asetelmaan, jossa hyödykkeen toimittajan asema markkinoilla lähenee määräävää markkina-asemaa ja jossa hyödykkeen saatavuus vaikuttaa merkittävästi sopimuskumppanin mahdollisuuksiin harjoittaa liiketoimintaa ja osallistua vaihdantaan. Vaihtoehtoiset tavat päästä markkinoille ja pysyä niillä voivat olla hyvin rajalliset esimerkiksi liiketoimintaan liittyvien uponneiden kustannusten vuoksi. Oikeudellisen vaatimustason ei tarvitse olla tältä osin identtinen kilpailuoikeuden soveltamiskäytännön kanssa, mutta arvioinnissa on kuitenkin otettava huomioon mahdollisen toimittamisvelvollisuuden vaikutukset innovoinnin ja toiminnan kehittämisen kannustimiin.

Kokonaan oma kysymyksensä on se, tarvitaanko sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden rajapintaan sijoittuvissa tapauksissa kilpailuoikeuteen tai erityissääntelyyn perustumatonta mahdollisuutta asettaa sopimuksentekovelvollisuus vai voidaanko yksittäisten toimijoiden oikeusasemia ja markkinoiden toimintaan liittyviä intressejä suojata voimassa olevan sääntelyn avulla. Vaikuttaa siltä, että nykyinen sääntely on varsin kattavaa. Arvioinnin kannalta merkityksellinen seikka liittyy myös sopimuksentekovelvollisuuden vaikutuksiin velvollisuuden kohteena olevan toimijan kannalta. Sopimuksentekovelvollisuus merkitsee niin syvälle käyvää puuttumista toimijan oikeusasemaan, että siitä tulisi lähtökohtaisesti säännellä nimenomaisesti. Samalla voidaan taata puitteet sopimuksentekovelvollisuuden tarkkarajaisuudelle. Sääntelyn kohteena olevan toimijan tulee tietää, milloin hänelle voidaan asettaa velvollisuus sopimusten solmimiseen.

Kun otetaan huomioon edellä esitetyt seikat, vaikuttaa siltä, että sopimuksentekovelvollisuus on perustettava ensisijaisesti nimenomaiseen oikeudelliseen sääntelyyn. Sopimusoikeudellisessa keskustelussa esillä ollut ajatus sopimuksentekovelvollisuudesta yleisenä oikeusperiaatteena on mielenkiintoinen, mutta sen käytettävyys nykyisissä institutionaalisissa puitteissa on rajallinen. Tämä ei sinällään poista teorian merkitystä sopimusoikeuden yleisiä oppeja koskevana puheenvuorona, jonka omin soveltamisalue liittyy heikomman suojaamiseen kuluttajasopimuksissa. Kulloinenkin toimintaympäristö heijastuu teorian soveltamisen edellytyksiin.

4 Tyypillisiä soveltamistilanteita

4.1 TARKASTELUN LÄHTÖKOHDAT

Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden keskinäisiä leikkauspisteitä voidaan jäsentää eri tavoin. Yhden tavan tarjoaa tyyppitapausajattelu. Tyyppitapauksia voidaan pitää linkkinä oikeusnormien ja tosiseikkojen välillä.[266] Tyypin käsitteellä on mahdollista kuvata soveltamisharkinnan kannalta keskeisten elementtien keskinäisiä yhteyksiä. Todellisuutta peilataan tyypillisten tapausten kautta. Tyyppitapausajattelu poikkeaa yksittäistapauksellisiin esimerkkeihin perustuvasta tarkastelusta. Tyyppitapausajattelun avulla pyritään muodostamaan käsitys sääntelykohteen keskeisistä piirteistä. Arvioinnin kohteina olevia tapauksia ei voida muodostaa mielivaltaisesti, vaan ne ovat oikeudellisen ja taloudellisen kehityksen tulosta. Oikeudelliset mekanismit suhteutetaan merkitykseltään keskeisen tai tyypillisesti arvioitavaksi tulevan tapausryhmän ominaispiirteisiin.

Tyyppitapausajattelun voidaan nähdä olevan oivallinen keino oikeudellisen sääntelyn taitekohtiin sijoittuvien tilanteiden arvioinnissa.[267] Ongelmallinen soveltamistilanne suhteutetaan soveltamisalueen ydinosaan kuuluvaan tapaukseen. Tässä katsannossa tyyppitapausajattelusta voidaan nähdä olevan ilmeistä hyötyä sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden välisten konkreettisten leikkauspisteiden tarkastelussa. On ilmeistä, että oikeudelliseen rajapintaan sijoittuvat tapaukset muodostavat keskeisen aihealueen tutkimustehtävän kannalta. Rajapinnassa voidaan arvioida rinnakkaisten sääntelylogiikkojen eroja ja yhtäläisyyksiä. Samalla voi välittyä systeemisiä impulsseja oikeudenalojen välillä.

Tyyppitapausajattelua voidaan hyödyntää periaatteiden tarkastelussa. Periaatteita ei pyritä asettamaan erityisen mallin mukaiseen järjestykseen, vaan tyypillisten tapausten avulla voidaan jäsentää argumentaation rakennetta, jota periaatteiden yhteensovittaminen edellyttää.[268] Tyyppitapausten avulla voidaan saada perusteita periaatteiden keskinäisten painoarvojen määrittämiseen. On mahdollista ajatella, että periaatteelle ominaisten piirteiden toteutuminen vahvistaisi sen soveltamisen lähtökohtaisia edellytyksiä. Periaatteen soveltaminen voitaisiin jakaa eräällä tavoin ydin- ja reuna-alueeseen. Toisaalta periaatteiden soveltaminen

[266] Ks. tarkemmin Nuutila, s. 161–163.
[267] Ks. tarkemmin Nuutila, s. 166–167.
[268] Ks. tarkemmin Nuutila, s. 147.

edellyttää kunkin toimintaympäristön erityspiirteiden huomioon ottamista. Periaatteiden merkitys on suhteutettava kulloisenkin toimintaympäristön ominaispiirteisiin. Tässä yhteydessä on muistettava myös, että oikeustieteen mahdollisuudet periaatteiden systematisointiin rajoittuvat erilaisten suuntaviivojen asettamiseen. Tapauskohtaiselle harkinnalle jää välttämätön sijansa. Tyyppitapausten avulla voidaan kuitenkin yhdeltä osin tiivistää soveltamisharkinnan keskeisiä piirteitä ja samalla tukea systemaattisen kuvan muodostamista periaatteiden välisistä suhteista.

Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden rajapinnasta voidaan löytää ainakin kolme sellaista keskeistä soveltamistilannetta, joissa joudutaan tyypillisesti pohtimaan rinnakkaisten oikeudenalojen ja niihin kytkeytyvien seikkojen merkitystä kokonaisvaltaisesti. Ensimmäinen tapausryhmä koostuu yksilöiden välisistä riippuvuussuhteista sopimustoiminnassa ja markkinoilla. Yksilön toimintavapaus markkinoilla voi olla eri syistä rajoittunut. Tällöin joudutaan arvioimaan, minkä säännöksen perusteella yksilölle mahdollisesti annetaan oikeussuojaa sekä millä tavoin sopimusoikeudelliset ja kilpailuoikeudelliset näkökohdat sovitetaan yhteen harkinnassa. Toisena tapausryhmänä voidaan ottaa esille sopimustoimintaan liittyvien näkökohtien huomioon ottamisen tarpeet ja mahdollisuudet kilpailuoikeudellisessa harkinnassa. Sopimusoikeuden sisäinen logiikka on kyettävä konvertoimaan osaksi kilpailuoikeudellista harkintaa. Sopimustoiminnan sujuvuus on suhteutettava näissä tilanteissa kilpailun toimivuuteen. Kolmantena tyyppitilanteena voidaan pitää sopimustoiminnasta seuraavien markkinahäiriöiden vaikutusten poistamista yksityisoikeuden keinoin. Tällöin on arvioitava, kuinka pitkälle yksityisoikeudellisten instrumenttien soveltamisessa on tarpeen ja perusteltua tyypillisessä tilanteessa mennä.

Tyyppitapausajattelua voidaan soveltaa eri tavoin ja eri laajuudessa. Seuraavan tarkastelun tarkoituksena on osaltaan konkretisoida edellä esitettyä ja selventää yhteensovittamisharkinnan ominaista sisältöä. Tarkastelussa ei ole tarkoitus mennä kaikkien yksityiskohtien tasolle, vaan soveltamisharkinnan ominaispiirteiden hahmottaminen on riittävää. Tarkastelun avaamia reittejä voidaan osaltaan tarkentaa ja viedä eteenpäin tulevissa tutkimuksissa.

4.2 RIIPPUVUUSTILANTEET

Markkinoilla voi muodostua erilaisia riippuvuussuhteita yksittäisten toimijoiden välille. Riippuvuussuhteet voivat olla seurausta yksittäisten toimijoiden asemista markkinoilla. Tyypillisenä esimerkkinä voidaan pitää määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen ja sen sopimuskumppaneiden välistä suhdetta. Määräävää markkina-asemaa on yhdeltä osin arvioitu juuri asiakkaan riippuvuuden

kannalta.[269] On mahdollista puhua pakollisesta kauppakumppanista, jolla ei ole käytännössä lainkaan tai vain hyvin vähäisessä määrin mahdollisuuksia vaihtaa sopimuskumppaniaan tietyn hyödykkeen taikka määrättyjen markkinoiden osalta. Riippuvuussuhteen syntyminen ei välttämättä edellytä määräävän markkina-aseman olemassaoloa, vaan se voi perustua myös määräävää markkina-asemaa vähäisempään markkinoiden hallintaan. Tämä näkökohta on otettava huomioon oikeudellisen sääntelyn suuntaamisessa.

Riippuvuussuhde voi olla seurausta yksittäiseen sopimussuhteeseen liittyvistä seikoista. Sopimussuhteen merkitys saattaa olla erilainen sen osapuolille. Yhdelle osapuolelle sopimus on yksi monien joukossa, kun taas toisella osapuolella on vain rajallisesti mahdollisuuksia käyttää vaihtoehtoisia sopimusreittejä. Osapuolten mahdollisuudet irtaantua sopimuksesta voivat samalla tavoin poiketa merkittävästi toisistaan. Lisäksi osapuolten sopimuksen kannalta merkityksellinen tietämys voi vaihdella huomattavasti. Tiedollinen etevämmyys sopimusneuvotteluissa voi johtaa osapuolten keskinäisten velvollisuuksien eriytymiseen. Sopimuksen sisäiset seikat voivat vaikuttaa riippuvuussuhteiden muodostumiseen sopimussuhteen aikana. Kyse voi olla esimerkiksi siitä, että sopimuksessa rajoitetaan toisen sopimusosapuolen mahdollisuuksia toteuttaa omia intressejään sopimussuhteen aikana.

Riippuvuussuhteiden kautta avautuu mielenkiintoinen näkymä sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden keskinäiseen rajapintaan. Kummallakin oikeudenalalla on arvioitu riippuvuussuhteita, mutta näkökulmat poikkeavat jossain määrin toisistaan. Näkökulmaerojen täsmentämisen jälkeen on syytä siirtyä tarkastelemaan tyypillistä oikeudenalojen rajapintaan kiinnittyvää tapausryhmää. Tällä tavoin voidaan osaltaan täsmentää rajapinnan sisältöä ja soveltamisharkintaan vaikuttavia tekijöitä.

Sopimusoikeudellisen tarkastelun perinteiseen ytimeen on liittynyt ajatus yksilön toimintamahdollisuuksien perustavasta merkityksestä. Sopimus on väline, jonka avulla yksilö voi toteuttaa omia intressejään vaihdannassa. Sopimustoiminnan perusta voidaan kiinnittää yksilön tahdonvapauteen.[270] Tahtoperiaatteen mukaisessa arvioinnissa sopimus nähdään vapaiden tahtojen yhtymänä. Tässä katsannossa yksilön oletetaan kykenevän määrittämään omat intressinsä ja myös toteuttamaan niitä yksittäisissä sopimussuhteissa. Kääntöpuolena on yksilön vastuu tahdonvapautensa käyttämisestä: yksilö vastaa sopimusten täyttämisestä, ellei tahdonvapauden käyttämiseen ole vaikutettu epäasianmukaisesti esimerkiksi fyysisellä pakolla.

---

[269] Ks. esim. Kuoppamäki 2003, s. 242–245.
[270] Ks. luku III.2.2.

Tahtoperiaatteen mukaiseen varsin pelkistettyyn kuvaan yksilöstä omien intressiensä toteuttajana ei lähtökohtaisesti mahdu mahdollisuus yksilöiden välisistä riippuvuussuhteista. Perustavat olettamat johtavat pitämään riippuvuussuhteita erityisinä, yksittäistapauksellisina ilmiöinä. Sopimusoikeudellinen tarkastelu on kuitenkin muuttunut muiden kantavien periaatteiden (luottamusperiaate, kohtuusperiaate ja heikomman suojaamisen periaate) sekä toimintaympäristöperustaisen arvioinnin seurauksena. Sopimuksen yhteisöllistä luonnetta, kohtuusseikkoja ja heikomman suojaamista koskevat näkökohdat ovat muovautuneet osaksi sopimusoikeudellista harkintaa, jolloin tahdonvapauden suojaaminen on suhteutettava edellä mainittuihin näkökohtiin. Samalla tavoin on vaikuttanut havainto sopimusoikeudellisten toimintaympäristöjen eriytymisestä. Tahtoperiaatteen mukaisten lähtökohtien toteutumiseen vaikuttaa osaltaan se, kohdistuuko arviointi yritysten väliseen sopimustoimintaan vai kuluttajien ja elinkeinonharjoittajien keskinäisiin sopimussuhteisiin.

Yritysten välisten sopimussuhteiden tarkastelussa on omaksuttu olettamia, jotka ovat monessa suhteessa tahtoperiaatteen peruslähtökohtien mukaisia. Yritysten sopimusoikeudellisina toimijoina voidaan olettaa esimerkiksi kykenevän harkitsemaan rationaalisesti omia intressejään ja toteuttamaan niitä sopimussuhteissa.[271] Yritysten voidaan nähdä pystyvän kantamaan sopimustoimintaan liittyviä riskejä. Olettamat ovat lähtökohtaisia ja niiden merkitykseen vaikuttavat sopimustoiminnan kulloisetkin piirteet, jotka voivat koskea muun ohella sopimusjärjestelyn sisältöä. Lisäksi olettamat voivat kumoutua yksittäistapauksellisten olosuhteiden perusteella. Olettamat kuvaavat kuitenkin kohtuullisen luotettavalla tavalla yritysten välisten sopimusten arvioinnin perusteita, mikä on omiaan vahvistamaan tahtoperiaatteen asemaa sopimusoikeudellisessa tarkastelussa.

Riippuvuussuhteet voidaan ottaa eri tavoin huomioon sopimusoikeudellisessa harkinnassa. Kysymys voi olla mahdollisuudesta sovitella epätasapainoiseksi muodostunutta sopimussuhdetta. Lisäksi luottamusperiaatteen mukainen näkemys sopimuksesta osapuolten välisen yhteistoiminnan muotona on perusta, josta voidaan johtaa sopimusosapuolille velvollisuuksia ylläpitää sopimussuhteen toimintakykyä. Lojaliteettiperiaatteen mukaan sopimusosapuolten on otettava toistensa intressit kohtuullisessa määrin huomioon. On kuitenkin olettavaa, että osapuolten riippuvuussuhteisiin ja niistä seuraavaan sopimussuoritusten epätasapainoon puuttuminen yritysten välisissä sopimussuhteissa vaatii lähtökohtaisesti tuekseen erityisiä perusteita. Puuttuminen ei ole poissuljettua, mutta se edellyttää vahvojen yksittäistapauksellisten perusteiden esittämistä. Tällöinkin arviointi kiinnittyy ensisijaisesti yksittäisen sopimussuhteen tasapainon palauttamiseen.

---

[271] Ks. esim. Taxell 1997, s. 70–72.

Yksittäisen sopimussuhteen vaikutukset markkinoiden toimintaan tunnistetaan, mutta niitä arvioidaan useimmiten yksittäisen sopimussuhteen kautta.

Kilpailuoikeudellisessa tarkastelussa näkökulma muuttuu. Arvioinnin keskiössä ovat järjestelyn vaikutukset markkinoiden toimintaan. Asetelmaa voidaan kuvata aiemmin esillä olleella jaottelulla markkinavoiman ja sopimusvoiman välillä.[272] Sopimusvoima liittyy asemaan, joka yksilöllä on yksittäisessä sopimussuhteessa. Sopimusvoima voi olla seurausta esimerkiksi osapuolten sopimussuhteeseen tekemien sijoitusten erilaisesta liikuteltavuudesta ja tästä seuraavasta toisen osapuolen riippuvuudesta.[273] Sopimusvoima vaikuttaa tyypillisesti osapuolten asemaan sopimusneuvotteluissa. Sopimusvoima kohdistuu yksittäiseen sopimussuhteeseen. Se ei välttämättä kerro osapuolten tilanteesta markkinoilla yleisesti. Markkinavoima kuvaa puolestaan nimensä mukaisesti yksilön asemaa markkinoilla. Markkinavoimaa omaava yritys voi ainakin rajoitetussa määrin vaikuttaa toimintaolosuhteisiinsa markkinoilla. Markkinavoimaa voivat ilmentää erilaiset rakenteelliset ja muut tekijät.[274] Sen erityisenä muotona voidaan pitää monopolivoimaa, joka on markkinavoiman korkea aste. Monopoliasemassa olevalle toimijalle on tyypillistä kyky toimia markkinoilla kilpailun paineista vapaana siten, että se voi lähtökohtaisesti asettaa reunaehtoja omalle toiminnalleen.

Yksittäisen sopimussuhteen ja markkinoiden välistä eroa voidaan pitää merkityksellisenä kilpailuoikeudellisen arvioinnin kannalta. Kilpailuoikeudellisessa tarkastelussa olennaisia ovat ensisijaisesti yksittäistä sopimussuhdetta laajemmat vaikutukset markkinoiden toimintaan. Edellä esitetyn jaottelun mukaisesti kilpailuoikeudellinen huomio kiinnittyy markkinavoimaan. Näkökulma poikkeaa sopimusoikeudesta, jossa lähdetään liikkeelle yksittäisestä sopimussuhteesta. Yksilön oikeusasemaa ei kuitenkaan sivuuteta kilpailuoikeudellisessa harkinnassa, mutta sitä arvioidaan markkinoiden muodostamaa taustaa vasten. Tämä seikka on merkityksellinen myös riippuvuustilanteiden tarkastelun kannalta.

Riippuvuussuhteiden arviointi muodostaa mielenkiintoisen kysymyksen sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden rajapinnassa. Kummankin sääntelyalueen keinoin voidaan puuttua riippuvuudesta seuraaviin ongelmiin vaihdannassa. Sopimusoikeudellinen arviointi kohdistuu ensisijaisesti sopimustasapainon palauttamiseen ja riippuvuussuhteesta seuraavien vaikutusten poistamiseen osapuolten väliltä. Kilpailuoikeudessa riippuvuussuhteita voidaan arvioida kartellikiellon

---

[272] Ks. luku III.3.3.5.

[273] Ks. tarkemmin esim. Schulze Steinen, s. 18–20.

[274] Markkinavoimaa voi ilmentää toimijan korkea markkinaosuus. Sitä voi osoittaa toimijan mahdollisuus hinnoitella hyödykkeensä yli kilpaillun hintatason. Muina merkityksellisinä tekijöinä voidaan pitää asiakkaiden riippuvuutta ja kykyä strategisiin kilpailijoiden toimintaa vaikeuttaviin menettelyihin. Ks. tarkemmin esim. M. Virtanen 1998, s. 44–47.

kannalta, mutta keskeisimmän arviointiperustan muodostaa määräävän markkina-aseman väärinkäytön kielto. Riippuvuussuhteisiin puututaan kilpailuoikeuden keinoin, mikäli riippuvuudella on vaikutuksia markkinoiden toimintaan.

Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden rajapintaan sijoittuvana tyyppitapauksena voidaan pitää kahden yrityksen välistä riippuvuussuhdetta, jonka perustana on toisen yrityksen vahva asema yksittäisessä sopimussuhteessa ja myös markkinoilla ilman, että määräävän markkina-aseman kriteerit täyttyvät. Vahvasta asemasta voi seurata haitallisia vaikutuksia sekä yksittäiseen sopimussuhteeseen että markkinoiden toimintaan. Joissakin maissa tällaisia riippuvuustilanteita koskien on omaksuttu erityistä sääntelyä, jolla riippuvuussuhteista seuraavat ongelmat on pyritty ratkaisemaan.[275] Meillä asetelmaan liittyvät ongelmat on hoidettava ensisijaisesti yksityisoikeudellisin keinoin. Kyseeseen voivat tulla aiemmin käsitellyt yksityisoikeudelliset instrumentit (hyvän tavan vastaisuuden kielto, oikeuden väärinkäytön kielto, sopimusten sovittelu ja sopimuksentekovelvollisuus). Samalla on pohdittava sopimusoikeudellisen ja kilpailuoikeudellisen sääntelyn soveltamisalueiden rajaamisen perusteita.

Sopimusoikeudellisten instrumenttien soveltamisen perustaksi on pyrittävä hahmottamaan riippuvuussuhteen muodostumisen tyypilliset piirteet. Lähtökohtana voidaan pitää sitä, että toiselle sopimuspuolelle ei ole tarjolla realistisia vaihtoehtoja solmia korvaavia sopimuksia. Tämä ei tarkoita sitä, että vaihtoehdot puuttuisivat markkinoilta kokonaan. Uuden sopimuskumppanin löytymiseen voi liittyä erinäistä kitkaa. Tämä ilmenee tavanomaisesti potentiaalisten sopimuskumppanien tarjoamien vaihtoehtoisten ratkaisumallien puutteellisena korvaavuutena. Markkinoilta ei ole löydettävissä ratkaisumallia, joka sopimuskumppanin kannalta riittävällä tavalla vastaisi voimassa olevan sopimuksen mukaista suoritusta. Tarkastelussa on otettava huomioon riippuvuusasemassa olevan toimijan velvollisuus mukauttaa omia toimintojaan uuden sopimussuhteen syntymisen mahdollistamiseksi. Toimenpiteiden täytyy kuitenkin olla tältä osin taloudellisesti mielekkäällä tavalla toteutettavissa. Kyse on muutosten vaatimista taloudellisista panostuksista esimerkiksi tuotantovälineisiin sekä näiden muutosten toteuttamisen viemästä ajasta.

Sopimussuhteiden rajallisen korvaavuuden vaikutuksia lisää usein yksittäistapauksissa osapuolten keskinäinen kokoero. Riippuvuustilanteissa on tyypillisesti kysymys pkt-sektorille sijoittuvan elinkeinonharjoittajan ja tätä suuremman yrityksen välisestä suhteesta. Riippuvuus voi liittyä alihankintasuhteisiin, joissa yksittäisen sopimussuhteen jatkuvuuden merkitys alihankintayritykselle on

[275] Ks. tarkemmin Saksan kilpailulainsäädännön osalta esim. P. Virtanen 2001, s. 310–313.

usein korostunut.[276] Toinen osapuoli on voinut esimerkiksi tehdä sopimussuhdekohtaisia investointeja, joiden hyödyntäminen muissa sopimussuhteissa ei onnistu ongelmitta. Riippuvuus voi myös muodostua yksittäisen tuotteen erityisen valikoimaa täydentävän vaikutuksen vuoksi. Jakelijalla on oltava käytössään kattava valikoima tuotteita, jotta jakelija voi pärjätä kilpailussa asiakkaista ja viime kädessä pysyä markkinoilla. Kilpailua käydään tällöin ennen kaikkea valikoimien välillä. Arvioinnin kannalta merkityksellisiä riippuvuussuhteita voi syntyä muissakin tilanteissa. Olennaista on arvioinnin kokonaisvaltaisuus, jolloin eri tekijät voidaan ottaa huomioon. Lisäksi on muistettava, että arvioinnin ei tule perustua yksinomaan elinkeinonharjoittajan esittämiin näkemyksiin, vaan asetelmaa on voitava tarkastella yleisesti, relevanteilla markkinoilla vallitsevien käytäntöjen ja olosuhteiden kannalta.

Riippuvuussuhde avaa vahvemmalle osapuolelle mahdollisuuden hyödyntää asemaansa sopimussuhteessa. Hallitseva osapuoli voi ensinnäkin kohdella sopimuskumppaniaan syrjivästi. Tällöin sopimuskumppani asetetaan epäedulliseen asemaan esimerkiksi hintojen ja muiden toimitusehtojen osalta. Kyse voi olla myös sopimuskumppaneiden erilaisesta kohtelusta toimituskatkojen kaltaisissa häiriötilanteissa, jolloin joudutaan pohtimaan häiriötilanteiden vaikutusten kanavoimista eri sopimuskumppaneille. Syrjinnän tarkastelu edellyttää asianmukaisen vertailumitan löytämistä. Käytännössä arviointi on kohdistettava sopimussuhteen luonteen ja määrällisen ulottuvuuden perusteella samankaltaisiin toimijoihin. Vain näin voidaan kestävällä tavalla tarkastella hallitsevalle osapuolelle asetettavan yhdenmukaisen kohtelun velvollisuuden toteutumista.

Hallitsevassa asemassa oleva sopimuspuoli voi omilla menettelyillään vaikuttaa sopimuskumppaninsa ja samalla myös muiden toimijoiden toimintamahdollisuuksiin. Se voi pyrkiä sopimusehdoin tai tosiasiallisin toimenpitein pitämään sopimuskumppanin uskollisena ja tekemään kannattamattomaksi edes yksittäisten hankintojen suorittamisen kilpailijoiltaan. Kyse voi olla erilaisten alennusjärjestelmien tai sitovien myyntikäytäntöjen soveltamisesta. Tällaiset toimet vaikeuttavat sopimuskumppanin ja kilpailijoiden liiketoimintojen asianmukaista järjestämistä sekä vaarantavat osaltaan markkinoiden toimivuuden edellytyksiä. Toisena esimerkkitapauksena voidaan ottaa esille kohtuuttomat hinta- ja muut kauppaehdot. Kohtuuton hinnoittelu vaikuttaa välittömästi sopimuskumppanin taloudelliseen asemaan sekä vaikeuttaa osaltaan tämän mahdollisuuksia operoida kannattavasti alamarkkinoilla ja kilpailla yhdenmukaisissa

[276] Asetelma voi yksittäistapauksessa muodostua toisinkin. Alihankkijan toimittaman hyödykkeen merkitys sopimiskumppanin tuotantoprosessille voi olla keskeinen, ja korvaavien hyödykkeiden hankkiminen voi aiheuttaa ainakin lyhyellä aikajänteellä huomattavia ongelmia. Tapauskohtaiset olosuhteet on siten otettava huomioon, kun arvioidaan sopimusten kokoerojen merkitystä riippuvuussuhteen kannalta.

olosuhteissa muiden toimijoiden kanssa. Oikeudellinen puuttuminen on tarpeen heikomman osapuolen suojaamiseksi ja markkinoiden toimintaedellytysten varmistamiseksi.

Riippuvuustilanteiden arviointi sopimusoikeudellisten instrumenttien avulla edellyttää erilaisten intressien keskinäistä vertaamista ja punnintaa. Suojan kohteena on sopimussuhteessa heikommassa asemassa oleva toimija, jonka toimintavapautta voidaan sopimusoikeudellisin instrumentein turvata. Harkinnassa on otettava huomioon sopimussuhteen sijoittuminen yritysten väliseen sopimuskenttään. Tämä on omiaan kvalifioimaan toimintavapauden suojaamiselle asetettavia vaatimuksia. Toisaalta sopimusoikeudellisten instrumenttien soveltaminen ei liity yksinomaan sopimusosapuolen toimintavapauden suojaamiseen; samalla voidaan luoda edellytyksiä vastavuoroisuuden toteutumiselle vaihdannassa sekä edistää vaihdannan rehellisyyttä ja kunniallisuutta. Erityisesti pitkäkestoisten ja yhteistoiminnallisten sopimussuhteiden osalta on luontevaa painottaa luottamusperiaatteen mukaisten näkökohtien merkitystä. Kyse on osaltaan lojaliteettiperiaatteen soveltamisesta riippuvuustilanteissa. Vastavuoroisuuden näkökulmaan voidaan kiinnittää kohtuusperiaatteen mukaisesti myös ajatus sopimusosapuolten toimintaedellytysten yhdenmukaisuudesta ja sopimussuoritusten keskinäisestä tasapainosta. Kohtuusperiaatteen soveltaminen yritysten välisiin sopimuksiin ei ole poissuljettua, mutta se vaatii tuekseen erityisiä perusteita, joita riippuvuustilanteessa voi olla monesti olemassa.

Riippuvuustilanteiden sopimusoikeudellisessa arvioinnissa on otettava huomioon vahvemman sopimusosapuolen asema. Riippuvuuteen perustuva oikeudellinen puuttuminen sopimussuhteen sisältöön tai sen solmimisvapauteen vaikuttaa hallitsevan sopimusosapuolen oikeudelliseen asemaan ja erityisesti mahdollisuuksiin järjestää liikesuhteet haluamallaan tavalla. Arvioinnissa on jäsennettävä, kuinka laajaa puuttumista toimintamahdollisuuksien suojaan riippuvuussuhteen vaikutusten lieventäminen kussakin yksittäistapauksessa edellyttää. On mahdollista ajatella esimerkiksi, että vaatimus sopimussuhteen solmimisesta uuden kumppanin kanssa johtaisi laajaan toimintavapauden rajoittamiseen, kun puolestaan puuttuminen sopimusehtojen sisältöön sopimustasapainon palauttamiseksi olisi tätä lievempi keino.

Harkinnassa on konkretisoitava edellä kuvatulla tavalla heikomman sopimusosapuolen suojan tarve ja suhteutettava se vahvemman osapuolen oikeusasemaan liittyviin näkökohtiin. Arvioinnissa on selvitettävä, millaisia mahdollisuuksia heikommalla osapuolella on konkreettisesti sopimussuhteiden solmimiseen oman etunsa turvaavalla tavalla. Riippuvuuden voimakkuuden lisäksi on hahmotettava, kuinka syvällekäyvä vahvemman osapuolen asiakkaiden eriytyvän kohtelun vaikutus on yksittäisessä tapauksessa ja missä määrin vahvemman osapuolen toimet vaikeuttavat heikomman osapuolen liiketoimintaedellytyksiä markkinoilla. Kyse on kokonaisharkinnasta, jossa riippuvuuden voimakkuutta ja

sen vaikutuksia toimintavapauden käyttämiseen peilataan kunkin toimintaympäristön erityispiirteiden suunnasta.

Yksityisoikeudellisten instrumenttien soveltamisessa on muistettava, että hallitsevassa asemassa olevalla toimijalla tulee olla mahdollisuus esittää hyväksyttävä peruste toiminnalleen. Kyse voi olla esimerkiksi hinnoittelun eriyttämisen kustannusperusteista tai toimitusten päättämisestä sopimuskumppanin maksuvalmiusongelmien vuoksi. Hyväksyttävän perusteen toteuttamiseksi käytettävien keinojen tulee olla oikeasuhtaisia. Hallitsevan osapuolen on tuotava esille syyt, joiden mukaisesti sillä ei ole ollut käytössään toisen osapuolen asemaa vähemmän rajoittavia keinoja omien kaupallisten intressiensä suojaamiseksi. Arvioinnissa on tältä osin otettava huomioon kulloisenkin toimintaympäristön ominaispiirteet.

Vahvemman osapuolen toimintavapauksien rajoittaminen on mahdollista, mikäli tämä on välttämätöntä riippuvuussuhteen vahingollisten vaikutusten poistamiseksi. Soveltamisharkinnassa on muistettava liikuttavan alueella, jolla ei aiemmin esitetyn mukaisesti ole edellytyksiä soveltaa määräävän markkina-aseman väärinkäytön kieltoa. Riippuvuusongelma on siten ensisijaisesti sopimussuhdekohtainen. On oletettavaa, että yksityisoikeudellisten instrumenttien käyttö kohdistuisi pääosin kilpailuoikeudellisen soveltamiskynnyksen alle vähäisessä määrin jääviin tapauksiin. Tällöin sopimusoikeudellisin instrumentein voitaisiin tukea kilpailulainsäädännön soveltamista eikä olisi tarvetta laajentaa kilpailuoikeuden soveltamista sopimussuhdekohtaista riippuvuutta lähenteleviin tapauksiin.

Yksityisoikeudellisten instrumenttien soveltamisen perusteita vahvistavat järjestelyiden markkinavaikutukset. Markkinavaikutusten toteutuminen on sitä oletettavampaa, mitä lähempänä hallitsevan sopimusosapuolen asema on määräävää markkina-asemaa. Tarkastelussa voidaan ottaa huomioon myös hallitsevan osapuolen käytäntöjen soveltamisen laajuus markkinoilla. Yksittäisillä sopimusjärjestelyillä voi olla yhdessä kumulatiivisia vaikutuksia markkinoiden toimintaan. Toisaalta arvioinnissa ei tule sivuuttaa markkinoiden toimintaa kokonaisuudessaan kuvaavia seikkoja. Riippuvuussuhteen vaikutukset näyttäytyvät usein yhden jakeluverkoston tai muun vastaavan sopimusjärjestelyn sisällä. Tuotemerkkien välinen kilpailu (inter brand) voi kuitenkin olla olennaista markkinoiden toiminnan kannalta. Näkökulman merkitys on keskeinen yksityisoikeudellisten instrumenttien soveltamisessa.

Yksityisoikeudellisista instrumenteista tulee ensimmäisessä vaiheessa sovellettavaksi sopimusten sovittelu. Osapuolten välinen riippuvuussuhde luo kestävän perusteen harkita sopimuksen sovittelua myös yritysten välillä. Sovittelun kautta voidaan poistaa riippuvuussuhteen sopimustasapainoa järkyttävät vaikutukset. On kuitenkin muistettava, että yritysten välisissä sopimussuhteissa suoritusten epätasapainon tulee olla ilmeinen, ennen kuin sovittelu on lähtökohtaises-

ti mahdollista.[277] Sovittelukynnystä voi madaltaa hallitsevan osapuolen tietoinen pyrkimys hyödyntää asemaansa sopimussuhteessa ja mahdollinen osapuoliasemia koskevien olosuhteiden muuttuminen sopimussuhteen aikana. Sovittelussakin on kysymys kokonaisharkinnasta, jossa edellä esitetyn kaltaiset sovittelua tukevat seikat on suhteutettava sovittelua vastaan oleviin tekijöihin. Tällaisena tekijänä voidaan mainita esimerkinomaisesti heikomman osapuolen tietoinen riskinotto riippuvuussuhteen syntymisen osalta. Heikompi osapuoli voi joissakin tilanteissa tietoisesti keskittää omaa toimintaansa yhdelle asiakkaalle ja tehdä sopimussuhdekohtaisia vaikeasti liikuteltavia investointeja. Tietoinen riskinotto vähentää lähtökohtaisesti sovittelun perustelluisuutta.

Sovittelun lisäksi myös muut aiemmin esillä olleet sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden rajapintaan sijoittuvat yksityisoikeudelliset instrumentit voivat tulla sovellettaviksi riippuvuustilanteissa. Hallitsevan osapuolen asema voi olla niin vahva, että sen toimet täyttävät oikeuden väärinkäytön kiellon tunnusmerkit. Kyse on tällöin määräävää markkina-asemaa lähenevästä asetelmasta markkinoilla. Asemalla ja sen käyttämisellä on siten vaikutuksia myös yksittäisen sopimussuhteen ulkopuolella. Menettelyn tulee vaikuttaa voimakkaasti asiakkaiden tai muiden toimijoiden oikeusasemiin taikka markkinoiden toimintaedellytyksiin. Oikeuden väärinkäytön kiellon soveltaminen voi johtaa ensisijaisesti sopimuksen pätemättömyyteen ja joissakin yhteyksissä velvollisuuteen korvata menettelystä aiheutuneet vahingot.

Riippuvuustilanteissa voi tulla harkittavaksi sopimuksentekovelvollisuuden aktualisoituminen. Tarve instrumentin soveltamiseen on olemassa tyypillisesti silloin, kun sopimuskumppani haluaa jatkaa olemassa olevaa sopimussuhdetta tai uusi toimija pyrkii aloittamaan sopimussuhteen. Aiemmin tässä esityksessä on lähdetty siitä, että sopimuksentekovelvollisuus ilman lainsäädäntöperustaa voisi tulla sovellettavaksi vain erittäin poikkeuksellisesti.[278] Havainto koskee myös riippuvuussuhteita. Käytännössä harkinnan piiriin jäisivät vain tapaukset, joissa hallitseva asema ulottuu laajalti yksittäisen sopimussuhteen ulkopuolelle markkinoilla ja arvioitavana olevan hyödykkeen merkitys toisen toimijan kannalta on erityinen esimerkiksi siinä suhteessa, että hyödyke on välttämätön uuden liiketoiminta-alueen kehittämiseksi.

Riippuvuustilanteista avautuu mielenkiintoinen näkökulma sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden rajapintaan. Riippuvuustilanteet ovat merkityksellisiä sekä sopimusoikeudellisessa että kilpailuoikeudellisessa tarkastelussa, vaikka niitä lähestytään osittain erilaisista tulokulmista. Kilpailuoikeuden kannalta sopimusoikeudellinen mahdollisuus puuttua riippuvuustilanteisiin poistaa tarpeen venyt-

[277] Ks. luku III.2.4.3.
[278] Ks. luku IV.3.5.

tää kilpailuoikeudellisen sääntelyn soveltamista tarpeettoman laajasti tapauksiin, joilla on vain rajatusti vaikutuksia markkinoiden toimintaan. Sopimusoikeudellisten instrumenttien soveltamisesta voidaan puolestaan löytää yhtymäkohtia aiemmin esitettyyn harkintarakenteeseen. Harkinnassa on otettava kantaa sopimustoimintaan puuttumisen perusteen hyväksyttävyyteen ja puuttumisen oikeasuhtaisuuteen. Sama harkintarakenne toistuu myös hallitsevassa asemassa olevan toimijan menettelyiden oikeuttamista koskevassa tarkastelussa. Teoksessa omaksuttu kokonaisvaltainen arviointitapa antaa materiaalisia edellytyksiä harkinnan toteuttamiseen ja ohjaa harkinnan suuntaamista käytännön tilanteissa. Yleisestä perustasta voidaan ponnistaa kohti yksittäisiä soveltamistilanteita.

4.3 KILPAILUOIKEUDEN TOIMINTAYMPÄRISTÖ-SIDONNAINEN SOVELTAMINEN

Kilpailuoikeuden painopisteenä on viimeisten vuosien aikana ollut erityisesti EU:ssa ja samalla kansallisella tasolla sopimusten sekä muiden järjestelyiden todellisten vaikutusten huomioon ottaminen soveltamistoiminnassa. Kilpailuoikeudellisen arviointikehikon modernisointi EU:ssa koski ensimmäisessä vaiheessa vertikaalisia kilpailunrajoituksia, mutta myöhemmin uudistustyö on ulotettu yritysten välisen horisontaalisen yhteistyön ja määräävän markkina-aseman väärinkäytön arviointiin.[279] Uudistusten keskeisenä pontimena on ollut taloudellisen ajattelun aiempaa voimallisempi hyödyntäminen kilpailuoikeudellisessa tarkastelussa. Tähän taustaan sopii erinomaisesti ajatus sopimusoikeudellisten erityispiirteiden jäsentämisen merkityksen painottumisesta kilpailuoikeudellisessa harkinnassa. Yksittäisiin sopimusjärjestelyihin liittyvät argumentit on kyettävä ottamaan asianmukaisesti huomioon kilpailuoikeudellisessa analyysissä, jotta kilpailuoikeudellisen sääntelyn tavoitteet voidaan toteuttaa ja kilpailuoikeuden soveltamisen perusteet voidaan määrittää yksittäistapauksissa kestävästi.

Kilpailuoikeuden soveltamistoiminnassa joudutaan arvioimaan aiempaa useammin monitahoisia ja -ulotteisia sopimusjärjestelyitä. Kyse ei ole rakenteeltaan suoraviivaisista irtaimen kauppaa koskevista sopimuksista vaan tyypillisesti erilaisista yhteistoiminnallisista järjestelyistä useiden osapuolten kesken. Karhu on määritellyt *projektin* uuden varallisuusoikeuden prototyypiksi.[280] Projektille sopimusoikeudellisena konstruktiona on keskeistä kokonaisuus, joka rakentuu

[279] Ks. tarkemmin Commission of the European Communities. Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy, 22.1.1997, COM (96) 721 final.
[280] Ks. Pöyhönen 2000, s. 153–158.

useista osa-alueista tai -sektoreista. Yksittäistä sopimusta tai yksittäisen toimijan asemaa arvioidaan sopimuskokonaisuuden muodostamaa taustaa vasten.

Karhu on kuvannut projektin kannalta keskeisiä muuttujia toimintaympäristön, kokonaisjärjestelyn, intressitahon ja riskiposition käsitteillä.[281] Toimintaympäristö luo puitteet, joissa sopimuskokonaisuutta voidaan arvioida. Toimintaympäristön määrittämisen perustana on toimintojen vakiintuminen. Normatiivisten päätelmien tekeminen voidaan linkittää osaltaan toimintojen tyypilliseen ja toistuvaan luonteeseen. Kokonaisjärjestely kuvaa arvioinnin kohteena olevaa yhteistoiminnallista verkkoa, joka kokoaa erilaiset sopimukset ja muut järjestelyt yhteiseen viitekehykseen. Yksittäistä sopimusta ei ole perusteltua arvioida irrallaan taustastaan vaan osana kokonaisuutta, jolla pyritään yhteisen tavoitteen toteuttamiseen. Intressitaho määrittää ne toimijat, joiden välille projekti muodostaa yhteisen siteen. Tällaisia yhdistäviä tekijöitä voivat olla esimerkiksi liiketoimintariskien jakaminen, toimintojen päällekkäisyys ja tosiasiallinen yhteisomistus. Riskipositio puolestaan avaa näkymän kokonaisjärjestelyn osapuolten keskinäisiin vastuusuhteisiin. Osapuolten kannalta on olennaista, että projektin toteuttamiseen liittyvien epävarmuustekijöiden realisoitumisen seuraukset on määritelty ennalta asianmukaisesti. Riskejä on voitava hallita etukäteisesti, jotta projektin toimivuus eri tilanteissa voidaan varmistaa.

Projektin kanssa rinnakkaisena tyyppitapauksena sopimusoikeudellisten järjestelyiden monimutkaistuvassa kentässä voidaan ottaa esille erilaiset allianssit ja klusterit. Nämä järjestelyt asettavat erityisiä haasteita kilpailuoikeuden soveltamiselle. Allianssien taustalla voidaan havaita olevan tuotantotoiminnan murros ja kehitys kohti verkostoitunutta toimintatapaa.[282] Tuotannon tehokas järjestäminen edellyttää, että toimijat voivat keskittyä ydinosaamiseensa ja hankkia tuotantoprosessissa tarvittavat muut keskeiset hyödykkeet yhteistyökumppaneiltaan.

Allianssit ovat usein sopimusoikeudellisesti monimutkaisia järjestelyitä, joten ymmärrettävää, että niiden kilpailuoikeudellinen arviointi on vaativaa, kuten Virtanen on oivasti osoittanut.[283] Monia kilpailuoikeuden peruslähtökohtia voidaan joutua arvioimaan uudessa valossa allianssien kohdalla. Kuvaavana esimerkkinä voidaan pitää suhtautumista kilpailijoiden väliseen yhteistoimintaan, joka on monesti keskeinen perusta allianssin toiminnalle ja sen avulla saavutettaville tehokkuushyödyille. Tarvitaan eriytynyttä kilpailuoikeudellista harkintaa, jossa tunnistetaan sopimusjärjestelyiden ominaispiirteet ja sisäisen dynamiikan lähteet. On esimerkiksi kyettävä määrittämään allianssin vaikutukset dynaamisen tehokkuuden kannalta. Vaikeuskerrointa lisää osaltaan vaatimus päätöksen-

[281] Ks. Pöyhönen 2000, s. 162–184.
[282] Ks. tarkemmin esim. Castells, s. 77–78.
[283] Ks. tarkemmin M. Virtanen 2001, s. 234–239.

teon nopeudesta, jotta muuttuviin markkinatilanteisiin voidaan puuttua asianmukaisesti. Käytännössä seurauksena voi olla tarve esimerkiksi ehdollisten päätösten tekemiseen, jotta sopimusjärjestelyiden vaikutuksista saadaan realistinen kuva ja puututaan vain markkinoiden toimintaedellytyksiä todellisuudessa vaarantaviin järjestelyihin.[284]

Soveltamishaasteista huolimatta kilpailuoikeuden normatiivinen tehtävä säilyy allianssienkin kohdalla: oikeudellisen sääntelyn keinoin asetetaan puitteet sopimusjärjestelyiden toteuttamiselle, mikä voi tarkoittaa vaatimusta allianssien toiminnan muuttamisesta kilpailuoikeudellisin perustein. Tällöin korostuu erityisesti päätösten perustana olevan kilpailuoikeudellisen tilannekuvan tarkkuuden merkitys.

Projektit ja allianssit osoittavat kuvaavalla tavalla, että kilpailuoikeudellisesti arvioitaviksi tulevien sopimusperusteisten järjestelyiden luonne ja liiketoimintalogiikka ovat muovautuneet osin moniulotteiseen suuntaan. Kielletyn ja sallitun toiminnan rajoja ei ole aina yksiselitteisesti määriteltävissä kilpailuoikeudellisessa tarkastelussa. Sopimusjärjestelyiden monimutkaistuminen on omiaan korostamaan kilpailuoikeuden toimintaympäristösidonnaista soveltamista. Kilpailuoikeuden soveltamisessa on otettava huomioon järjestelyiden liiketoiminnallinen logiikka ja niiden perustana olevat hyväksyttävät sopimustoiminnalliset päämäärät. Lisäksi on osattava arvioida hyväksyttäviä päämääriä toteuttavien keinojen oikeasuhtaisuutta.

Muuttuneen soveltamiskentän asettamiin haasteisiin on pyrittävä vastaamaan parantamalla kilpailuoikeuden ja sopimusoikeuden rajapinnan tuntemusta. Tässä työssä omaksutulla kokonaisvaltaisella lähestymistavalla on keskeinen merkityksensä rajapinnan jäsentämisessä. On osattava määrittää järjestelyiden taustalla olevat sopimusoikeudelliset päämäärät ja niitä toteuttavat keinot sekä suhteuttaa ne kilpailuoikeudelliseen sääntelyyn, jotta kielletyn ja sallitun välinen raja voidaan asettaa perustellulla tavalla. Tehtävä ei lankea yksin sopimusoikeudelle, vaan taloustieteellisellä ajattelulla on arvioinnissa erityinen sija. Sopimusoikeus ja taloustieteellinen ajattelu muodostavat tässä yhteydessä kuvaannollisesti strategisen liittouman, jonka osien kulloinenkin painoarvo määrittyy tapauskohtaisesti.

Ajatus kilpailuoikeuden toimintaympäristösidonnaisesta soveltamisesta johtaa etsimään sellaisia murtumakohtia kilpailuoikeudellisesta soveltamiskäytännöstä, joissa sopimusjärjestelyiden erityispiirteet tai sopimussuhteiden hallintaan liittyvät näkökohdat ovat vaikuttaneet kilpailuoikeudellisen harkinnan suuntaamiseen. Kyse ei ole tässä yhteydessä näiden tapausten analysoimisesta sellaisenaan, yksittäisen toimintaympäristön osina, vaan pyrkimyksenä on enemmänkin merkityksellisen ajattelutavan ja -rakenteen jäsentäminen. Murtumakoh-

[284] Ks. tarkemmin M. Virtanen 2001, s. 245–249.

dista voidaan ponnistaa uusiin tyypillisiin soveltamistilanteisiin, joita projektit ja allianssit yhdeltä osin edustavat. Murtumakohdat avaavat toisin sanoen mahdollisuuden kilpailuoikeudellisen ajattelun kehittämiseen.

Kansallisesta kilpailuoikeudellisesta oikeuskäytännöstä voidaan ottaa esille ratkaisu, jossa sovellettiin mielenkiintoisella tavalla määräävän markkina-aseman väärinkäytön kieltoa toimintaympäristösidonnaisesti. Valio (II) -tapauksessa tarkasteltiin sopimuskokonaisuutta, jonka tarkoituksena oli siirtää kiinteistön omistus ostajalle ja erillisellä sopimuksella varmistaa kiinteistöön liittyvien meijeritoimintojen siirtyminen kiinteistönkauppaan nähden ulkopuoliselle taholle.[285] Kiinteistön kauppakirjaan sisältyi ehto, jonka mukaan ostaja ei saanut luovuttaa kiinteistöä tai sen osaa meijerikäyttöön kauppaa seuranneen neljän vuoden aikana, ellei asiasta sovittu myyjän kanssa tai ostaja maksanut kauppasumman suuruista sopimussakkoa. Ehto ei kuitenkaan koskenut kiinteistön käyttämistä meijeritoimintaan sellaisen kolmannen tahon toimesta, jonka kanssa myyjä oli solminut erillisen sopimuksen meijeritoiminnan harjoittamisesta. Kiinteistön ostajan ja mainitun kolmannen välillä oli solmittu erillinen sopimus kiinteistön vuokraamisesta ja kiinteistöllä olevien rakennusten kaupasta. Viimeksi mainittu sopimus oli kuitenkin rauennut alkuperäisen kiinteistönkauppasopimuksen ostajasta johtuvista syistä.

Tapauksessa muodostui keskeiseksi kysymykseksi, kuinka kiinteistönkauppasopimukseen sisältyneeseen kaupan kohteen käyttöä ja samalla ostajan toimintavapautta rajoittaneeseen ehtoon tuli suhtautua kilpailuoikeudellisesti. Korkein hallinto-oikeus ja kilpailuneuvosto päätyivät arvioimaan sopimusjärjestelyä kokonaisvaltaisesti. Ne eivät irrottaneet yksittäistä ehtoa sopimusoikeudellisesta taustastaan. Arviointi lähti liikkeelle kiinteistönkaupan myyjän tarkoitusten määrittämisestä. Kaupan tarkoituksena oli yhtäältä rationalisoida tuotantoa ja toisaalta taata kiinteistönkauppaan nähden kolmannelle taholle mahdollisuus meijeritoiminnan harjoittamiseen kiinteistöllä. Sopimusjärjestelylle asetettua erityistä tarkoitusta kuvastivat osaltaan kiinteistönkaupan hintaehdon alhaisuus sekä kiinteistökauppasopimuksen yhteys myyjän ja kolmannen väliseen sopimukseen. Lisäksi asiassa saadun selvityksen mukaan kiinteistönkaupan myyjä ei olisi ryhtynyt lainkaan sopimusjärjestelyyn, mikäli se ei olisi saanut varmuutta, ettei kiinteistöä ryhdytä välittömästi käyttämään entiseen tarkoitukseensa.

Sopimuskokonaisuuden tarkoituksen lisäksi päätöksessä otettiin asianmukaisesti kantaa hyväksyttävän sopimusoikeudellisen päämäärän toteuttamiseksi käytettyihin keinoihin. Päätöksessä tuotiin esille, että ostajalla oli mahdollisuus vapautua kiinteistön käyttörajoitteesta maksamalla sopimussakkona hinta, joka yhdessä alkuperäisen kauppahinnan kanssa vastasi kiinteistön kirjanpitoarvoa. Ostajalle asetettu käyttörajoitus oli määräaikainen ja kesti neljä vuotta. Lisäksi päätök-

[285] KHO, Normilk Oy (Valio (II)), päätös 9.4.1996 taltio 988 (6384/1/94 ja 118/1/95).

sissä todettiin, ettei kauppaehdon soveltamisella ollut välittömiä kilpailuvaikutuksia, koska ostaja ei ollut ennen kiinteistönkauppaa harjoittanut meijeritoimintaa.

Päätöstä voidaan pitää perusteltuna. Siinä on asianmukaisesti jäsennetty, ettei pelkkä toisen sopimusosapuolen toimintavapauden rajoittaminen johda suoraviivaisesti tarpeeseen puuttua asetelmaan kilpailuoikeuden keinoin. Päätöksen harkintarakenne on perustaltaan selkeä. Sopimusjärjestelyn osalta on määritelty hyväksyttävä päämäärä, johon järjestelyllä pyritään. Päämäärää on arvioitu sopimusoikeudellisesti ja se on tuotu kilpailuoikeudellisen argumentaation sisälle. Päätöksessä on myös tarkasteltu hyväksyttävien sopimusoikeudellisten päämäärien toteuttamiseksi käytettävien keinojen oikeasuhtaisuutta. Harkintaa on avattu erityisesti ajalliseen suuntaan. Lisäksi päätöksessä on otettu kantaa sopimusjärjestelyn markkinavaikutuksiin kuvaamalla osapuolten asemia relevanteilla markkinoilla.

Valio (II) -tapauksessa annettu päätös on joiltain osin pelkistetty. Yksittäisten tulevien tapausten erityispiirteiden perusteella on mahdollista tapauskohtaisesti laajentaa kilpailuoikeudellisten ja sopimusoikeudellisten argumenttien yhteensovittamista koskevaa harkintaa. Päätöksen rakenteessa on kuitenkin ilmeisiä yhtymäkohtia tässä esityksessä hahmotellun kokonaisvaltaisen tarkastelutavan kanssa. Päätös vahventaa osaltaan esitettyä harkintamallia.

Toimintaympäristösidonnainen tarkastelu on kilpailukieltoehtojen lisäksi merkityksellinen myös muiden sopimusjärjestelyiden osalta. Luvake- eli franchising-sopimukset muodostavat mielenkiintoisen esimerkin kilpailuoikeuden toimintaympäristösidonnaisesta soveltamisesta, jossa on otettu huomioon sopimusjärjestelyiden ominaispiirteet. Arvioinnin perustana on havainto siitä, että luvakesopimukset ovat itsessään hyväksyttävä tuotteiden jakelun muoto. Luvakesopimuksilla luodaan konsepti, jossa tuotteita voidaan myydä yhtenäisen liikeidean mukaisesti ja asiakkaiden palvelutarpeiden tyydyttäminen on mahdollista. Lisäksi luvakesopimukset antavat uusille yrittäjille väylän aloittaa elinkeinotoiminta rajallisilla taloudellisilla ja asiantuntemukseen liittyvillä panostuksilla.

Jakelujärjestelmän toimivuuden varmistamiseksi on usein tarpeellista asettaa joitakin rajoituksia luvakkeensaajille. Rajoitusten tarkoituksena on muun ohella estää sopimusjärjestelyä koskevan tietotaidon siirtyminen luvakkeenantajan kilpailijoille sekä varmistaa jakeluketjun yhdenmukaisuus. Oikeuskäytännössä tällaisina rajoituksina on pidetty esimerkiksi kieltoa luovuttaa liikettä ilman luvakkeenantajan suostumusta, velvollisuutta myydä sopimuksessa tarkoitettuja hyödykkeitä yhdenmukaisista ja erikseen rajatulla alueella sijaitsevista liiketiloista sekä velvollisuutta hankkia sopimuksessa tarkoitettuja hyödykkeitä ainoastaan erikseen määrittelyiltä toimittajilta.[286]

---

[286] Ks. esim. asia 161/84 Pronuptia de Paris GmbH v Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, (1986) ECR 353, k. 15–22.

Kilpailuoikeudellisessa harkinnassa ei ole riittävää todeta ainoastaan, että hyväksyttävän sopimusjärjestelyn toimintaan liittyvän tavoitteen toteuttamiksi tarvitaan joitakin rajoituksia luvakkeensaajalle. Harkinnassa on oikeuskäytännössä asetettujen linjausten mukaisesti selvitettävä, että rajoitukset ovat välttämättömiä hyväksyttävän tavoitteen saavuttamiseksi.[287] Harkintarakenne vastaa tässä esityksessä omaksuttua tapaa suhteuttaa sopimusoikeudellisia ja kilpailuoikeudellisia näkökohtia toisiinsa. Kilpailuoikeudellinen harkinta ei kuitenkaan pysähdy yksittäiseen sopimussuhteeseen, vaan arvioinnissa on suhteutettava sopimusoikeudellisesti hyväksyttävät päämäärät ja niiden toteuttamiseen tarvittavat keinot kulloisiinkin markkinaolosuhteisiin. Markkinoiden keskittyminen ja rinnakkaisten samankaltaisten sopimusjärjestelyiden olemassaolo voivat vaikuttaa siihen, millaisia rajoituksia pidetään kilpailuoikeudellisesti hyväksyttävinä ja edelleen suhteellisuusperiaatteen mukaisina yksittäistapauksissa. Lisäksi määrättyjä rajoitusten muotoja, kuten markkinoiden jakamiseen johtavia sopimusehtoja, pidetään niin vahingollisina, että niillä on todettava olevan lähtökohtaisesti kilpailua rajoittavia vaikutuksia. Mikäli edellä mainitut kokonaiskriteerit täyttyvät, ei luvakesopimuksella katsota olevan kilpailua rajoittavia vaikutuksia EUT-sopimuksen 101(1) artiklassa tarkoitetulla tavalla eikä kartellikielto siten sovellu.

Luvakesopimusten kanssa rinnakkaisena esimerkkinä kilpailuoikeuden toimintaympäristösidonnaisesta soveltamisesta voidaan pitää valikoivan jakelujärjestelmän arviointia EUT-sopimuksen 101 artiklan kannalta. Valikoivan jakelujärjestelmän avulla voidaan rakentaa yhdenmukainen, asiakkaiden laadulliset palvelutarpeet tyydyttävä jakeluverkko. Valikoivat jakelujärjestelmät sijoittuvat tyypillisesti korkealaatuisten ja teknisesti kehittyneiden tuotteiden markkinoille, joilla ei kilpailla yksinomaan hinnalla vaan keskeisesti myös laatutekijöillä.[288] Tällaisessa toimintaympäristössä voidaan hyväksyä joitakin jakelujärjestelmän sisäisiä rajoituksia kilpailun toteutumiseksi. Tyypillinen rajoitus koskee jakelijoiden määrää. Jakeluketjuun pääsevät vain erityiset kriteerit täyttävät toimijat. Rajoituksen perusteena on osaltaan luoda jakeluketjun jäsenille suojaa hintakilpailulta, jotta jäsenillä on kannustimia toteuttaa yhtenäisestä jakeluketjusta seuraavat vaatimukset liiketiloista ja asiakaspalvelusta.

Hyväksyttävä valikoivan jakelujärjestelmän toimintaan liittyvä tavoite ei oikeuta toteuttamaan rajoituksia pidäkkeittä, vaan rajoitusten tulee olla välttämättömiä jakelujärjestelmän toiminnan kannalta. Oikeuskäytännössä on vakiintu-

---

[287] Ks. esim. asia 161/84 Pronuptia de Paris GmbH v Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, (1986) ECR 353, k. 23.

[288] Ks. esim. Asia 75/84 Metro SB-Grossmärket GmbH & Co KG v. komissio (II), (1986) ECR 3021, k. 54.

neesti katsottu, että laadulliset valintakriteerit läpäisevät kilpailuoikeudellisen seulan määrällisiä rajoituksia helpommin.[289] Laadulliset rajoitukset konkretisoituvat käytännössä silloin, kun jakelijoiden valinta perustuu yksinomaan objektiivisesti määriteltyihin laatuvaatimuksiin. Jokainen laatukriteerit täyttävä toimija pääsee lähtökohtaisesti mukaan jakelujärjestelmään. Laadullisten kriteerien soveltamisella ei ole katsottu olevan näissä yhteyksissä EUT-sopimuksen 101(1) artiklassa tarkoitettuja kilpailua rajoittavia vaikutuksia, mikäli rajoitukset ovat välttämättömiä ja niitä sovelletaan yhdenmukaisesti, eivätkä rinnakkaiset sopimusjärjestelyt lukitse markkinoiden toimintaa. Määrällisten valintaperusteiden toteuttaminen voi olla yksittäistapauksessa mahdollista, mutta tällöin sopimusjärjestelyn on täytettävä EUT-sopimuksen 101(3) artiklan soveltamiskriteerit.[290]

Valikoivien jakelujärjestelmien arviointiin vaikuttaa voimakkaasti se tapa, johon markkinoiden toimivuuden katsotaan perustuvan. Yksittäisen jakelujärjestelmän sisäisiä rajoituksia voidaan pitää hyväksyttävinä, mikäli kilpailun lähteenä nähdään olevan jakeluketjujen välinen kilpailu (inter brand). Yksittäisen jakeluketjun osana olevan toimijan toimintavapauden rajoitus suhteellistuu, kun sitä arvioidaan kokonaisuuden kannalta. Toisaalta on muistettava, että jakeluketjun sisäisellä kilpailulla (intra brand) on oma merkityksensä, eivätkä jakeluketjun sisäiset rajoitukset ole sallittuja poikkeuksetta.[291] Sisäinen ja ulkoinen näkökulma on suhteuttava tapauskohtaisesti toisiinsa.

Oikeuskäytännön perusteella vaikuttaa ilmeiseltä, että sopimusoikeudellisten näkökohtien huomioon ottamiselle on olemassa mahdollisuuksia ja mekanismeja kilpailuoikeudellisessa harkinnassa. Sopimusoikeudellisen ajattelun tehtävänä on osaltaan jäsentää ja systematisoida sopimusjärjestelyihin liittyviä argumentteja siten, että ne ovat vietävissä kilpailuoikeudelliseen analyysiin. Tarkastelu lähtee tältä osin liikkeelle kulloisenkin toimintaympäristön ominaispiirteiden hahmottamisesta sekä sopimusjärjestelyjä koskevien näkökohtien peilaamisesta sopimusoikeudellisten instrumenttien läpi. Havainnot voivat koskea esimerkiksi järjestelyn sijoittumista yritysten väliseen sopimuskenttään sekä sopimuksen yhteistoiminnallista luonnetta, josta voi seurata vaatimuksia sopimuskumppanin intressien huomioon ottamisesta.

Sopimusoikeudellista ja taloustieteellistä argumentaatiota on pyrittävä mahdollisuuksien mukaan viemään rinnakkain eteenpäin kilpailuoikeuden toimintaympäristösidonnaisessa soveltamisessa. Kummastakin suunnasta voidaan löytää perusteita, jotka tukevat toimintaympäristön erityispiirteiden huomioon otta-

---

[289] Ks. tarkemmin asia 26/76 Metro SB-Grossmärkte GmbH Co. KG v. komissio, (1977) ECR 1875, k. 20 ja 37.

[290] Ks. esim. asia T-19/92 Groupement d'achat Edouard Leclerc v. komissio, (1996) ECR II 1851, k. 152–153.

[291] Ks. myös komission tiedonanto Suuntaviivat vertikaalisista rajoituksista 19.5.2010, k. 100.

mista kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa. Keskinäisenä synkronointiavaimena voivat toimia sopimussuhteisiin liittyvät tyypilliset ongelmatilanteet, joiden voittaminen on edellytys sopimussuhteen toimivuudelle ja joiden merkitys tunnistetaan sekä sopimusoikeudessa että taloustieteellisessä ajattelussa. Kuvaavina esimerkkeinä voidaan pitää vapaamatkustusongelmaa ja uponneita kustannuksia.

Vapaamatkustajaongelman perustana ovat tyypillisesti jakelijan tekemät myyntiä edistävät investoinnit, joita toimittaja on usein edellyttänyt. Investoinnit voivat kohdistua esimerkiksi henkilökunnan koulutukseen tai liiketilojen järjestämiseen. Toimittajan investointivaatimukset ovat oletettavia silloin, kun myytävä hyödyke on markkinoilla uusi, teknisesti kohtuullisen monimutkainen ja sen kaupallisen menestyksen kannalta maineella on erityinen asema. Toimittajan intressissä on luoda yhtenäinen jakeluverkosto, jossa asiakaspalvelun vaatimukset on toteutettu. Jakelijan kannalta ongelmaksi voi muodostua investointien tosiasiallinen kanavoituminen kilpailevan jakelijan hyväksi. Tällainen kilpaileva jakelija ei itse panosta myynninedistämiseen esimerkiksi neuvontapalveluiden osalta, vaan pyrkii keräämään voitot ankaralla hintakilpailulla.

Vapaamatkustusongelman ratkaiseminen edellyttää jakelijan suojaamista kilpailulta siinä määrin, että jakelijan on perusteltua tehdä toimittajan edellyttämät jakelujärjestelmäkohtaiset investoinnit. Käytännössä ratkaisuna voi olla yksinmyynnin kaltaisten rajoitusten asettaminen, jotta tehdyt investoinnit saavat asianmukaista suojaa. Toimittajan kannalta haasteena on kilpailun rajoittamisen optimaalinen aste: rajoitukset ovat taloudellisesti perusteltuja vain siinä määrin kuin ne suojaavat tehtyjä investointeja. Muussa tapauksessa suoja muuttuu toimittajalle epäedulliseksi ja vähentää jakelujärjestelmän tuottavuutta. Kysymys on taloudellisesti kiistanalainen.[292] Asetelma liittyy muun ohella toisistaan poikkeaviin käsityksiin siitä, miten erilaiset asiakkaat arvostavat yhtäältä myyntiin liittyviä palveluita ja toisaalta hintaa.[293] Kilpailuoikeudellisesti on ongelman perusteen lisäksi otettava kantaa niihin keinoihin, joita ongelman voittamiseksi käytetään. Suojan perustana olevien rajoitusten on oltava välttämättömiä vapaamatkustajaongelman ratkaisemiseksi.

Sopimissuhdekohtaisista investoinneista muodostuu vapaamatkustuksen kanssa osin rinnakkainen asetelma. Niillä tarkoitetaan investointeja, joiden siirtäminen toiseen käyttöön on mahdollista vain rajallisesti.[294] Kyse voi olla esimerkiksi erikoislaitteiden hankinnasta, jota voidaan hyödyntää vain määrättyyn tarkoitukseen. Investoinnin tulee olla pitkäaikainen ja asymmetrisesti jakautunut siten, että toinen sopimusosapuoli – tyypillisesti jakelija – investoi sopimus-

---

[292] Ks. chicagolaisesta ajattelusta tältä osin esim. Bork, s. 290–291.
[293] Ks. keskustelusta esim. Korah – O'Sullivan, s. 28.
[294] Komission tiedonanto Suuntaviivat vertikaalisista rajoituksista 19.5.2010, k. 107.

kumppaniaan enemmän. Merkityksellinen relaatio syntyy jakelusuhteissa jakelijan ja toimittajan välille. Jakelijan on saatava suojaa investoinneilleen, koska investoinnin tekeminen ei muuten ole siihen liittyvän riskin vuoksi taloudellisesti kannattavaa. Investointien rajallinen hyödynnettävyys johtaa tosiasiassa riippuvuussuhteeseen, jonka perusteella vahvempi osapuoli voi ohjata sopimussuhteen toimintaa. Kilpailuoikeudellisesti on lähdetty siitä, että rajoituksia voidaan hyväksyä niin kauan, kuin investoinneista tehdään poistoja.[295]

Sopimusoikeudellisesti vapaamatkustusongelman tai sopimussuhdekohtaisten investointien hallintaa voidaan arvioida erityisesti sopimusjärjestelyn yhteistoimintaluonteen ja siihen liittyvien osapuolten lojaalisuusvelvollisuuksien kannalta. Sopimus nähdään osapuolten välisen yhteistoiminnan muodoksi, jonka tulisi toteuttaa kummankin osapuolen intressejä. Osapuolten on voitava varautua siihen, että sopimusjärjestelyn liiketoiminnallinen perusta on kokonaisuudessaan kantava eikä hyödytä vain toista osapuolta. Sopimussuhteisiin voi sinällään sisältyä nimenomaisia riskinjakoa koskevia määräyksiä. Tällöin kuitenkin toisen osapuolen kontolle jäävän riskien merkittävän kantamisen tulisi näkyä sopimuksen mukaisissa suorituksissa, kuten hinnassa. Sopimusperusteisille riskien jakamiseen tähtääville keinoille on jätettävä liikkumavaraa, koska niillä voi olla usein sopimuksen solmimiskynnystä alentavia vaikutuksia erityisesti silloin, kun osapuolten riskinkantokyky tai -halu poikkeaa toisistaan.

Sopimusoikeudellisen tarkastelun tehtävänä on edellä kuvatuissa sopimusten soveltamiseen liittyvissä karikoissa tuoda esille, mitä ongelmien sopimusperustaisen hallinnan epääminen tai rajoittaminen kilpailuoikeudellisin perustein tarkoittaisi sopimusjärjestelyn kannalta. Ääritilanteessa seurauksena voi olla, ettei sopimusta solmittaisi lainkaan. Sopimus voidaan myös solmia vain sellaisin ehdoin, jotka eivät luo edellytyksiä liiketoiminnan optimaaliselle järjestämiselle. Mahdollista on, että sopimusperustaisten keinojen käytön rajaaminen johtaisi tarpeeseen sovitella sopimusta tai muulla tavoin pyrkiä turvaamaan sopimussuhteen jatkumisen edellytykset. Arviointi ei ole tältä osin joko–tai-luonteista, vaan se on tyypillisesti asteittaista. Sopimusoikeuden keinoin on kyettävä jäsentämään, mitä sopimusperusteisen rajoituksen osittainen lieventäminen tarkoittaisi sopimussuhteen toiminnan kannalta. Sopimusoikeudellinen arviointi voi siten tukea kilpailuoikeudellista suhteellisuusharkintaa.

Kilpailuoikeuden toimintaympäristösidonnaisen soveltamisen merkitys korostuu jatkossa entisestään. Toimintaympäristösidonnaisella soveltamisella on ilmeisiä yhtymäkohtia taloudellisen ajattelun vahvistumiseen kilpailuoikeudessa. Tulevan sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden välisiä suhteita koskevan tutkimuksen haasteena on löytää keinoja oikeudellisen ja taloustieteellisen aineksen

[295] Komission tiedonanto Suuntaviivat vertikaalisista rajoituksista 19.5.2010, k. 107.

yhdistämiseen. Kiintopisteitä sopimusoikeudelliselle ajattelulle voidaan etsiä kansantaloustieteen lisäksi myös liiketaloustieteellisestä ajattelusta. Kilpailuoikeuden kannalta toimintaympäristösidonnainen tarkastelu lisää tapauskohtaisen arvioinnin merkitystä, jolloin yleisten soveltamislinjausten oheen on pyrittävä luomaan valmiuksia sopimuskohtaisten erityispiirteiden jäsentämiselle osana kilpailuoikeudellista harkintaa.

4.4 SOPIMUSOIKEUDEN TOIMINTAYMPÄRISTÖ-SIDONNAINEN SOVELTAMINEN

Sopimusoikeuden toimintaympäristösidonnainen soveltaminen merkitsee vaatimusta siitä, että sopimustoiminnan arvioinnissa otetaan huomioon kulloinenkin tausta tai viitekehys. Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden rajapinnassa taustan muodostavat luontevasti markkinat. Sopimusjärjestelyitä ei voida arvioida kestävästi ilman, että hahmotetaan järjestelyiden yhteys markkinoihin. Tyyppitapauksena voidaan pitää sopimusta, joka sellaisenaan, taustastaan irrotettuna, vaikuttaa normaalilta sopimusjärjestelyltä ja johon ei siten ole tarvetta puuttua sen paremmin kilpailuoikeuden kuin sopimusoikeuden keinoin. Kuva muuttuu, kun hahmotetaan sopimuksen yhteys toiminnalliseen taustaansa.

Sopimusta koskevan arvioinnin muuttumisen perusteena ovat sen markkinavaikutukset. Sopimus voi tosiasiallisesti vaikuttaa markkinoiden toimintaan, vaikka se ei täyttäisikään kilpailuoikeudellisen sääntelyn soveltamisedellytyksiä. Tällöin on pohdittava, tuleeko järjestelyyn puuttua sopimusoikeudellisesti, jotta markkinoiden toimintaedellytyksiä voidaan turvata ennakollisesti. Sopimusoikeudellisen puuttumisen tarve voi aktualisoitua myös silloin, kun sinällään kilpailuoikeudellisesti sallittua sopimusta käytetään välineenä kielletyn kilpailunrajoituksen toteuttamisessa. Sopimus on tällöin instrumentti kilpailua rajoittavien vaikutusten vyöryttämiseen esimerkiksi asiakasrajapintaan. Kilpailuoikeudelliset instrumentit eivät välttämättä sovellu näissä tilanteissa, joten on syytä tarkastella sopimusoikeudellisten keinojen soveltamista erityisesti sopimuskumppaneiden ja markkinoiden toimintaedellytysten suojaamiseksi.

Markkinoiden toimintaedellytyksiä vaarantavien sopimusjärjestelyiden voidaan katsoa täyttävän hyvän tavan vastaisuuden kiellon soveltamiskriteerit, vaikka kilpailuoikeuden soveltamiskriteerit eivät täyttyisikään. Arvioinnin perusteet löytyvät sopimusoikeuden sisällöllisistä lähtökohdista. Tyyppitapauksena voidaan ottaa esille rinnakkaisista sopimusjärjestelyistä seuraavat markkinoiden toimintaa vaikeuttavat vaikutukset. Näkökulma on erityisen tärkeä vertikaalisten kilpailunrajoitusten arvioinnissa. Vertikaalisen sopimuksen kilpailuvaikutuksia ei arvioida vain sellaisinaan, vaan tarkastelussa otetaan huomioon samankaltai-

sista sopimusjärjestelyistä seuraavat kumuloituvat vaikutukset. Kumulatiivinen vaikutus liittyy erityisesti markkinoiden sulkeutumiseen: kilpailevien toimittajien markkinoille tuleminen vaikeutuu, mikäli useat toimittajat käyttävät sopimuksissaan samankaltaisia jakelijoiden toimintamahdollisuuksia rajoittavia ehtoja.[296] Vakiintuneen soveltamiskäytännön mukaan EUT-sopimuksen 101 artiklan soveltaminen sopimusjärjestelyihin kumulatiivisen vaikutuksen perusteella edellyttää lähtökohtaisesti, että markkinavaikutuksiltaan samankaltaisten sopimusten verkostot kattavat relevanteista markkinoista 30 prosenttia tai enemmän.[297]

Sopimusverkostoilla saattaa olla yksittäisen toimijan tai vaihdannan sujuvuuden kannalta haitallisia vaikutuksia, vaikka edellä mainittu markkinaosuusraja ei täyttyisikään. Kyse voi esimerkiksi olla markkinatilanteesta, joka on vasta kypsymässä kilpailuoikeudellisesti merkitykselliseen sulkeutumisasteeseen. Markkinaosuusraja ei vielä ylity, mutta on oletettavaa, että keskittymisen jatkuessa raja rikkoutuu. Mahdollista voi olla myös se, että yksittäisessä tapauksessa liikutaan kilpailuoikeuden soveltamiskynnyksen lähellä sitä kuitenkaan ylittämättä. Tällöin voi olla perusteltua puuttua markkinoiden toiminnan ongelmiin hyvän tavan vastaisuuden kiellon avulla. Markkinoiden sulkeutuminen voi vaikeuttaa yksittäisten toimijoiden mahdollisuuksia oikeuksiensa mielekkääseen käyttämiseen taikka haitata vaihdannan yleistä sujuvuutta. Hyvän tavan vastaisuuden kiellon soveltaminen on keino ennakoivasti poistaa markkinoiden toimivuuden ongelmia, vaikka markkinatilanne ei johtaisikaan kilpailuoikeudellisen sääntelyn soveltamiseen.

Toisena hyvän tavan vastaisuuden kiellon soveltamistilanteena voidaan mainita kilpailua rajoittaviin sopimusjärjestelyihin kytkeytyvät niin sanotut seurannaissopimukset. Yksittäisen sopimuksen yhteys kilpailunrajoitukseen voi vaihdella. Kartellikiellon soveltamisen ytimessä ovat sopimukset ja muut järjestelyt, joilla kilpailunrajoituksen osapuolet toteuttavat rajoituksen keskinäisessä suhteessaan. Toisen kehän muodostavat sopimukset, joilla kilpailunrajoitus pannaan täytäntöön suhteessa sen kohteisiin. Kyse voi olla esimerkiksi tavallisesta irtaimen kauppasopimuksesta, jonka sisällön määräytymiseen on vaikuttanut toisen sopimuskumppanin osallistuminen kiellettyyn kartellijärjestelyyn. On mahdollista puhua eräänlaisista seurannaissopimuksista.

Seurannaissopimusten kilpailuoikeudellinen ja sopimusoikeudellinen arviointi on monellakin tavalla haastavaa ja siihen on palattava jatkossa erikseen.

---

[296] Ks. oikeuskäytännöstä esim. asia C-234/89 Stergios Delimitis v. Henninger Bräu AG, (1991) ECR I 935, k. 13–15.

[297] Ks. komission tiedonanto vähämerkityksellisistä sopimuksista, jotka eivät Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 81 artiklan 1 kohdassa tarkoitetulla tavalla rajoita tuntuvasti kilpailua, k. 8.

Tässä yhteydessä on kuitenkin mahdollista avata keskustelu seurannaissopimusten oikeudellisesta pätevyydestä hyvän tavan vastaisuuden kiellon kannalta. Seurannaissopimuksen perusta on merkittävällä tavalla vinoutunut. Normaalin sopimustoiminnan perustana on olettama markkinoiden toimivuudesta ja markkinahinnan asianmukaisesta muodostumisesta, mitä koskien sopimustoimintaan osallistuvilla on luonnollisesti perusteltuja odotuksia. Näitä markkinoiden toimivuuteen liittyviä odotuksia tulee suojata oikeudellisesti. Seurannaissopimusten arvioinnissa tärkeässä asemassa ovat tältä osin kartellin osapuolten sopimuskumppanien asemat, koska seurannaissopimuksilla on sisältönsä puolesta harvoin välittömiä kilpailuoikeudessa tarkoitettuja kilpailua rajoittavia vaikutuksia. Sopimuskumppanin kannalta oikeussuoja voi toteutua eri tavoin, erilaisia oikeudellisia instrumentteja soveltaen. Mikäli oikeustoimen tehottomuuden katsotaan olevan tässä viitekehyksessä relevantti oikeussuojan muoto, tarjoaa hyvän tavan vastaisuuden kielto mielekkään välineen oikeussuojan toteuttamiseen.

Hyvän tavan vastaisuuden kiellon soveltamisharkinnassa on suhteutettava osin vastakkaisia intressejä toisiinsa. Sen soveltaminen merkitsee toiminnan harjoittajan operointimahdollisuuksien rajaamista. Sopimusoikeudellinen pätemättömyys horjuttaa sopimusten pysyvyyttä koskevia odotuksia, mikä voi olla merkityksellistä myös toiminnan harjoittajan sopimuskumppanin kannalta. Tätä taustaa vasten on perusteltua arvioida hyvän tavan vastaisuuden kieltoa ensisijaisesti yhteydessä sopimuksen järjestelmätasoisiin vaikutuksiin. Hyvän tavan vastaisuuden kiellon soveltamisen perustana ovat siten sopimusjärjestelyn vaikutukset markkinoiden toimintaan. Vaikutusten on ylitettävä yksittäisen sopimussuhteen rajat. Vaikutusten ei kuitenkaan tarvitse täyttää kilpailuoikeudellisen sääntelyn soveltamiskriteerejä, mutta vaikutusten voimakkuus vahvistaa hyvän tavan vastaisuuden kiellon soveltamisen perusteita yksittäisessä tapauksessa. Sopimuskumppanin tai muiden toimijoiden oikeusasemien suojaamista on arvioitava tätä taustaa vasten.

V

KILPAILUOIKEUDEN JA SOPIMUSOIKEUDEN YHTEINEN TEHTÄVÄ

1 Yleistä

Tämän tutkimuksen keskeisenä päämääränä on kokonaiskuvan muodostaminen sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden keskinäisistä suhteista. Kyse on kahden rinnakkaisen oikeudenalan yhteensovittamisesta. Yhteensovittamisen taustalla on ajatus oikeusjärjestyksen systemaattisuuden edistämisestä. Johdonmukaisuutta voidaan arvioida sisällöllisten seikkojen (koherenssi) ja oikeusjärjestyksen loogisen ristiriidattomuuden (konsistenssi) kannalta. Tehtävä on monellakin tavalla haastava.[1]

Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden yhteensovittamista voidaan lähestyä eri suunnista. Oikeudellisen tarkastelun tarkoituksena voi olla oikeudellisen sääntelyn yksittäisten osien yhteensovittaminen. Arviointi liikkuu tällöin oikeuden pintatasolla. Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden yhteensovittaminen muodostaa tyypillisen *oikeudellisen päällekkäisongelman*. Oikeudellisessa arvioinnissa on kyettävä yhdistämään kahden rinnakkaisen sääntelyjärjestelmän osat mielekkääksi kokonaisuudeksi. Tehtävän vaikeustasoa nostaa oikeudenalojen sääntelylogiikkojen osittainen eriytyminen. Oikeuden pintatasolta on siirryttävä hakemaan tukea yhteensovittamiseen oikeudenalojen kantavista periaatteista. Näiden periaatteiden avulla on mahdollista löytää sisällöllisiä leikkauspisteitä oikeudenalojen välille. Kyse on oikeusjärjestyksen koherenssin edistämisestä.

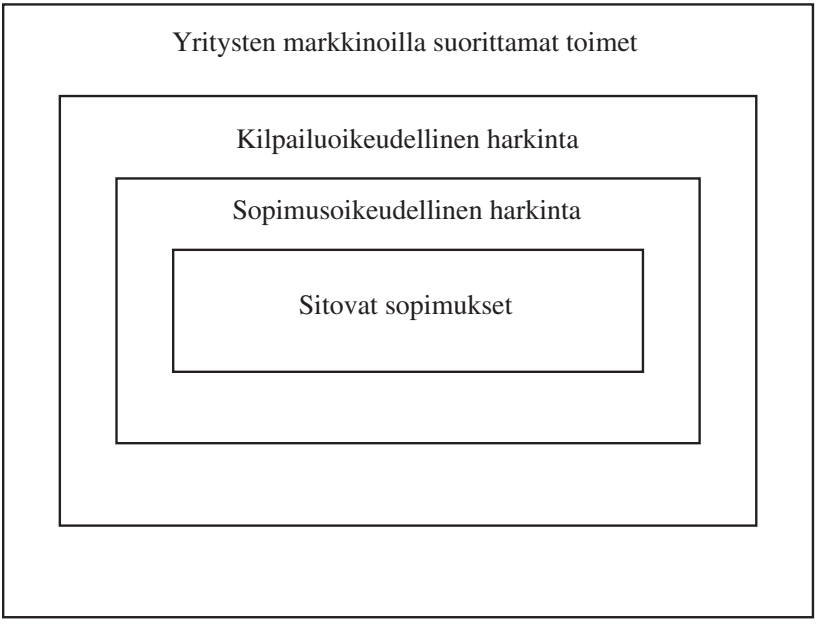
Sopimus ja kilpailu kuuluvat talouden oikeudellisen perusrakenteen ytimeen. Yksilöiden oikeusasemia suojataan oikeusjärjestyksessä eri tavoin. Sopimus oikeudellisena instrumenttina luo yksilölle mahdollisuuden osallistua vaihdantaan ja harjoittaa yhteistyötä toisten yksilöiden kanssa. Tässä katsannossa sopimus kuuluu samaan kategoriaan omistuksen ja vahingonkorvauksen kanssa talouden yksityisoikeudellisena perusinstituutiona. Kokonaisuus ei kuitenkaan ole vielä valmis, vaan sitä on täydennettävä kilpailulla.

Kilpailu muodostuu, kun yksilöt käyttävät heille oikeusjärjestyksessä annettuja oikeuksia; kilpailu syntyy yksittäisten toimijoiden yhteisvaikutuksesta. Kilpailu ohjaa markkinatalouden toimintaa: kilpailun toimivuus varmistaa osaltaan, että markkinoiden toiminnalle asetetut hyvinvoinnin tuottamis- ja jakamistehtävät voivat toteutua. Markkinoiden toimivuus tarvitsee tuekseen oikeudellista sääntelyä. Markkinoiden toimintaan liittyvien yksilö- ja järjestelmätasoisten intressien suojaamiseksi on voitava puuttua siihen, millä tavoin yksilöt käyttävät

[1] Tuori viittaa ainoastaan lokaalisen koherenssin mahdollisuuteen. Ks. tarkemmin Tuori 2004, s. 1213–1214 ja 1220.

heille oikeusjärjestyksessä turvattuja vapausoikeuksia. Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden suhde näyttäytyy sopimusoikeuden suunnalta arvioiden rajoitussuhteena. *Muodollisessa katsannossa* kilpailuoikeudellinen sääntely asettaa puitteet sopimusoikeuden soveltamiselle. Kilpailuoikeuden näkökulma on sopimustoimintaan nähden ulkoinen.

Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden suhdetta voidaan muodollisessa katsannossa jäsentää vaiheittaisen arviointitavan avulla. *Vaiheittainen malli* rakentuu ajatukselle kilpailuoikeudellisen ja sopimusoikeudellisen harkinnan asteittaisesta luonteesta. Kilpailuoikeudellisen sääntelyn perustavana tehtävänä on turvata markkinoiden toimivuuden edellytykset. Sääntelyn taustalla on voimakas julkinen intressi. Kilpailuoikeudellisessa sääntelyssä määritetään yhteiskunnallisesti sallitun toiminnan sisältö. Sopimusoikeudellisten näkökohtien soveltamiselle asetetaan näin kilpailuoikeudelliset puitteet. Kilpailulainsäädännön vastaiset sopimusjärjestelyt ovat pätemättömiä eikä niitä siten voida panna täytäntöön tuomioistuimissa. Harkinta on luonteeltaan asteittaista: ensiksi määritellään kilpailuoikeudellisesti hyväksyttävän toiminnan rajat, jonka jälkeen sopimusoikeudellisilla argumenteilla voi olla relevanssia. Vasta kilpailuoikeudellisen seulan läpäisseitä sopimusjärjestelyitä voidaan arvioida sopimusoikeudellisin perustein.



Kuvio 1. Vaiheittainen malli.

Vaiheittaisen arvioinnin mallin perusta on muodollinen. Kilpailuoikeudellisen arvioinnin asema kiinnitetään kilpailuoikeudellisen sääntelyn pakottavaan luonteeseen. Mallin puhtaaksi viljellyssä muodossa kilpailuoikeudellinen ja sopimusoikeudellinen argumentaatio erotetaan toisistaan. Liikkumavara sopimusoikeudellisen argumentaation soveltamiseen määrittyy kilpailuoikeuden asettamissa puitteissa. Sopimusoikeudelliset näkökohdat eivät lähtökohtaisesti vaikuta kilpailuoikeuden soveltamiseen ja siihen, mitkä järjestelyt katsotaan kilpailuoikeudellisesti kielletyiksi.

Oikeudellisen sääntelyn tasolla kilpailuoikeuden ja sopimusoikeuden suhdetta voidaan jäsentää perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten avulla. Niistä voidaan löytää keskeisiä välineitä sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden välisten suhteiden systematisointiin. Yksilöiden oikeuksien käyttömahdollisuuksien rajoittamiselle tulee olla hyväksyttävä peruste. Rajoituksen on lisäksi oltava oikeassa suhteessa sillä tavoiteltuun päämäärään nähden. Rajoittamisessa ei saada mennä pidemmälle kuin on välttämätöntä hyväksyttävän perusteen toteuttamiseksi. Rajoituksen on siten täytettävä suhteellisuusperiaatteen vaatimukset.

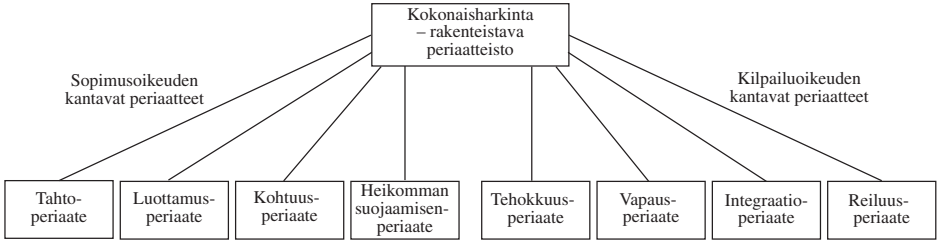
Tähän lähestymistapaan voidaan katsoa tiivistyvän jotain yleistä. Perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten kautta avautuvaa näkökulmaa voidaan hyödyntää erilaisissa sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden rajapinnan arviointitilanteissa. Suhteellisuusperiaatteen voidaan havaita muodostavan eräänlaisen kiinnekohdan ja samalla perustavan arviointimekanismin sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden välille.

Perusoikeuksien yleiset rajoitusedellytykset tarjoavat toimivan välineen sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden yhteensovittamiseksi. Vaikuttaa kuitenkin siltä, että yhteensovittamisen menestyksekäs toteuttaminen edellyttää sisällöllistä kannanottoa sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden välisiin suhteisiin. Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden keskinäisten suhteiden jäsentämisessä nousee keskeiseen asemaan *sisällöllisen* johdonmukaisuuden vaatimus.

Tässä tutkimuksessa oikeusjärjestystä sekä samalla sopimusoikeutta ja kilpailuoikeutta on lähestytty periaatesuuntautuneesti. Lähestymistapa merkitsee sitä, että kahden oikeudenalan yhteensovittamisen nähdään ensisijaisesti johtavan oikeudenalojen perustavia arvoja ja tavoitteita kuvaavien periaatteiden punnintaan. Periaatteet muodostavat pohjan, jonka varassa konkreettisia soveltamistilanteita voidaan tarkastella kestävästi. Valitun lähestymistavan mukaisesti kummankin oikeudenalan sisällöllisillä lähtökohdilla on arvioinnissa keskeinen asema. Oikeustieteen tärkeänä tehtävänä on systematisoida periaatteiden keskinäisiä suhteita. Tämä tarkoittaa käytännössä periaatteiden soveltamiseen liittyvien suuntaviivojen asettamista.

Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden periaatesuuntautunut arviointitapa johtaa kantavien periaatteiden rinnakkaiseen tarkasteluun. *Rinnakkaisen punninnan mallissa* kilpailuoikeudelliset ja sopimusoikeudelliset argumentit sekä niitä

edustavat periaatteet nähdään keskinäisessä vuorovaikutussuhteessa. Yksittäisessä soveltamistilanteessa on otettava huomioon sekä kilpailuoikeudelliset että sopimusoikeudelliset näkökohdat. Tämä tarkoittaa viime kädessä kummankin oikeudenalan kantavien periaatteiden keskinäistä punnintaa siten, että periaatteille määritellään tapauskohtaiset painoarvot. Punninta edellyttää kunkin soveltamistilanteen ominaispiirteiden huomioon ottamista ja oikeudellista jäsentämistä. Arviointi on luonteeltaan avointa: sopimusoikeudelliset seikat voivat vaikuttaa kilpailuoikeuden soveltamiseen ja päinvastoin kilpailuoikeudelliset näkökohdat voidaan jäsentää osaksi sopimusoikeudellista harkintaa.



Kuvio 2. Rinnakkaisen punninnan malli.

Rinnakkaisen punninnan mallia ei sovelleta oikeusjärjestyksestä irrallaan. Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden kantavien periaatteiden välisiin suhteisiin kohdistuva harkinta ei ole luonteeltaan vapaata. Periaatteiden soveltamisessa on otettava huomioon sisällöllisten tekijöiden lisäksi niiden oikeusjärjestyksestä saama institutionaalinen tuki. Lainsäädännössä tehdyt ratkaisut vaikuttavat osaltaan periaatteiden keskinäiseen asemaan. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että harkinta olisi sisällöllisesti lukkiutunutta. Oikeusnormien tasolla ilmeneviin yhteensovittamisongelmiin on haettava vastausta oikeusjärjestyksen syvemmistä kerroksista. Periaatteet nousevat harkinnassa keskeiseen asemaan. Niiden avulla voidaan löytää yhteisiä muuttujia oikeudenalojen taustalta ja muodostaa kantava perusta sisällöllisesti kestävälle soveltamisratkaisulle.

Tässä esityksessä on päädytty arvioimaan sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden keskinäisiä suhteita ensisijaisesti rinnakkaisen punninnan mallin mukaisesti. Lähestymistavan taustalla on ajatus siitä, että sopimusoikeus ja kilpailuoikeus voidaan nähdä systemaattisena kokonaisuutena. Omaksuttu lähestymistapa ei ole ongelmaton. Yksi keskeinen syy siihen on sopimusoikeudellisten ja kilpailuoikeudellisten arviointikulmien lähtökohtainen eriytyminen. Sopimusoikeuden

perussuhteen muodostaa kahden toimijan välinen relaatio. Sopimusoikeudellinen arviointi kiinnittyy perusteiltaan tähän relaatioon: sopimusta arvioidaan ensisijaisesti sen osapuolten väliseen suhteeseen liittyvien vaikutusten kannalta. Näkökulma voi tarvittaessa laajentua yksittäisen sopimussuhteen ulkopuolisiin seikkoihin, mutta se ei poista sopimusoikeudellisen arvioinnin voimakasta lähtökohtaista sopimussuhdekeskeisyyttä. Kilpailuoikeudellisen arvioinnin keskiössä ovat puolestaan sopimuksen tai muun järjestelyn vaikutukset markkinoiden toimintaan. Kilpailuoikeuden perustavana tehtävänä voidaan pitää markkinoiden toimivuuden edellytysten turvaamista. Yksittäinen toimija voi saada kilpailuoikeudellista suojaa, mikäli järjestelyn vaikutukset ylittävät yksittäisen sopimussuhteen rajat. Yksittäisen toimijan asema jäsennetään markkinakontekstissaan.

Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden perusrelaatioihin liittyvien jännitteiden purkamiseksi on etsittävä sisällöllisiä leikkauspisteitä sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden välillä. Harkinnan toteuttamiseen heijastuu kantavien periaatteiden jäsentämisen tapa. Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden ei nähdä rakentuvan yhden yksittäisen arvon tai tavoitteen varaan, vaan oikeudenalan arvo- ja tavoiteperusta muodostuu kantavien periaatteiden yhteisvaikutuksen tuloksena. Lähestymistapa on pluralistinen. Tämä avaa yhteyksiä sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden välille.

2 Keskinäiset yhtymäkohdat

Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden arvo- ja tavoiteperustasta voidaan löytää kolme keskeistä sisällöllistä leikkauspistettä. Markkinoiden toimivuus muodostaa niistä ensimmäisen. Kilpailuoikeuden perustavana tehtävänä on markkinoiden toimivuuden edellytysten turvaaminen. Kilpailuoikeudellisen sääntelyn avulla varmistetaan markkinoiden toimintaan liittyvien hyvinvoinnin lisäämis- ja jakamistehtävien toteutuminen. Näiden tehtävien toteutumiseen sisältyy voimakas julkinen intressi. Arvioinnin perspektiivi on ensisijaisesti järjestelmätasoinen. Sopimusoikeudellisessa tarkastelussa on myös tunnistettu sopimustoiminnan järjestelmätasoiset vaikutukset. Sopimusoikeudellinen sääntely tukee osaltaan markkinoiden toimivuutta. Sopimusoikeuden keinoin voidaan edistää vaihdannan sujuvuutta.

Yksilön toimintavapauden suojaamiseen liittyvillä näkökohdilla on sekä sopimusoikeudessa että kilpailuoikeudessa vakiintunut asema. Sopimusoikeudellisessa tarkastelussa on perinteisesti lähdetty liikkeelle yksilön toimintavapauteen liittyvistä näkökohdista. Sopimuksen avulla yksilö voi toteuttaa hänelle oikeusjärjestyksessä annettuja oikeuksia talouden alueella. Sopimus on avain vaihdantaan. Kilpailuoikeudessa yksilön toimintavapauden toteutumista arvioidaan markkinakontekstissa. Yksilön toimintamahdollisuuksien suojaaminen edellyttää, että toimintavapauden rajoituksella on vaikutuksia markkinoiden toimintaan.

Oikeudenmukaisuusnäkökohdat nousevat esille sekä sopimusoikeudellisessa että kilpailuoikeudellisessa harkinnassa. Näkökulmat poikkeavat kuitenkin jossain määrin toisistaan. Sopimusoikeudellisessa harkinnassa korostuu ajatus sopimuskumppanien suoritusten tasapainosta. Oikeudenmukaisuutta arvioidaan ensisijaisesti sopimustoiminnan lopputulosten suunnasta. Kilpailuoikeudellinen reiluusperiaate puolestaan painottaa yksilöiden toimintamahdollisuuksien yhdenmukaisuutta. Markkinaolosuhteiden reiluus luo edellytykset oikeudenmukaisuuden toteutumiselle taloudessa.

Arvo- ja tavoiteperustan leikkauspisteiden avulla voidaan muodostaa kantava perusta sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden yhteensovittamiselle. Samalla voidaan ylittää perusjäsennyksen eroihin sisältyvä jännite. Kysymys on pitkälle siitä, kuinka kummankin oikeudenalan perustavat arvot ja tavoitteet hahmotetaan yhteisen rajapinnan suunnasta. On löydettävä mahdollisimman yhdensuuntainen tapa lukea kantavia periaatteita. Tämä heijastuu sopimustoiminnasta tai kilpailusta välittyvään käsitykseen tai kuvaan.

2.1 MARKKINOIDEN TOIMIVUUS

Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden kokonaisvaltaiseen jäsentämiseen voidaan saada luontevasti tukea luottamusperiaatteen suunnalta. Luottamusperiaate on monellakin tavalla arvioiden samakantainen kilpailuoikeuden keskeisten lähtökohtien kanssa. Molempien mukaisessa arvioinnissa markkinoiden toimivuudella ja siihen liittyvillä tehokkuusvaikutuksilla on keskeinen asema. Luottamusperiaatteen osalta markkinoiden toimivuutta lähestytään sopimustoimintaan liittyvien perusteltujen odotusten suojaamisen suunnalta. Vaihdannan sujuvuus edellyttää, että sopimustoimintaa koskevia perusteltuja odotuksia suojataan. Sopimusoikeudessa luodaan osaltaan edellytyksiä markkinoiden toimivuudelle. Kysymys ei ole niinkään kilpailua rajoittavista järjestelyistä vaan siitä, että sopimusoikeuden keinoin voidaan poistaa esteitä ja epävarmuustekijöitä yksilöiden välisestä yhteistyöstä.

Luottamusperiaatteen mukainen näkökulma sopimustoimintaan on perusteiltaan yhteisöllinen. Sopimusta arvioidaan taustassaan eikä ensisijaisesti vain toisen osapuolen suunnalta. Sopimus nähdään osapuolten välisen yhteistyön muotona. Osapuolilla on mahdollisuus harjoittaa yhteistyötä sopimuksen avulla ja edistää kummankin osapuolen intressejä. Vastavuoroisuudella on keskeinen merkitys luottamusperiaatteen mukaisessa arvioinnissa: osapuolilla voidaan katsoa olevan lähtökohtainen velvollisuus ainakin kohtuullisessa määrin ottaa huomioon sopimuskumppaninsa intressit.[2]

Sopimustoiminnan jäsentämistä luottamusperiaatteen mukaisella tavalla voidaan perustella kahdentyyppisillä seikoilla. Luottamusperiaatteen mukaisessa arvioinnissa korostuvat sopimustoiminnan järjestelmätasoiset vaikutukset. Sopimustoiminnan sujuvuus on yksi markkinoiden toimivuuden osa-alue. Sopimustoiminnan sujuvuus luo osaltaan edellytyksiä yhteiskunnallisen hyvinvoinnin lisääntymiselle ja jakautumiselle markkinamekanismin mukaisesti. Näkökulma on pitkälti yhteinen kilpailuoikeudellisen tehokkuusperiaatteen kanssa, vaikka markkinoiden toimivuuden mittarit voivat poiketa toisistaan jossain määrin. Toiseksi luottamusperiaatteen mukaisessa arvioinnissa nousevat esille sopimustoiminnan sisältöä koskevat vaatimukset. Sopimustoimintaa halutaan ohjata yhteiskunnallisesti hyväksyttävään suuntaan. Arvioinnissa painottuvat muun ohella rehellisen ja kunniallisen vaihdannan vaatimukset.[3]

Luottamusperiaate on vaikeuksitta sijoitettavissa sopimusoikeudesta ja kilpailuoikeudesta muodostuvaan kokonaisuuteen. Sopimustoiminnan yhteisöllistä

---

[2] Ks. lojaliteettiperiaatteesta esim. Taxell 1972, s. 81, ja Taxell 1976, s. 456. Ks. lojaliteettiperiaatteen merkityksestä liikesopimuksissa Lehtinen, s. 78–87.

[3] Ks. luku III.2.3.3.

luonnetta ja hyvinvointivaikutuksia koskevat käsitykset nivoutuvat helposti kilpailuoikeudelliseen ainekseen. On mahdollista ajatella luottamusperiaatteen asettuvan osaksi markkinoiden toimivuuden jatkumoa: markkinoiden toimivuuteen vaikuttavat osaltaan sekä sopimustoiminnan sujuvuus että kilpailunrajoitusten puuttuminen. Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden rajapinnasta voidaan nähdä kumpuavan argumentteja, jotka vahvistavat luottamusperiaatteen mukaisen lähestymistavan asemaa sopimusoikeudessa. Tässä katsannossa sopimusoikeuden perustavana tehtävänä on markkinoiden toimivuuden edellytysten turvaaminen.

2.2 YKSILÖN TOIMINTAVAPAUS

Tahtoperiaate korostaa yksilön toimintamahdollisuuksien keskeisestä asemaa sopimusoikeudellisessa arvioinnissa. Sopimus nähdään yksilön välineeksi toteuttaa oikeudellisesti suojattua vapauttaan markkinoilla. Arviointitapa on perusteiltaan yksilökeskeinen: yksilö hahmotetaan oikeusjärjestyksen perusyksiköksi. Ajattelutapa on liberalistisen yhteiskuntanäkemyksen mukainen. Siihen voidaan liittää käsitys, että yksilö tuntee omat intressinsä parhaiten ja osaa toteuttaa niitä markkinoilla. Yksilöt nähdään toisistaan riippumattomina oman edun tavoittelijoina. Oikeusjärjestyksen tehtävänä on luoda puitteet yksilöiden tahdon toteuttamiselle, mutta oikeudellisen sääntelyn ei ensisijaisesti tule ohjata yksilöiden välisen toiminnan sisältöä.

Tahtoperiaatteen mukaisilla lähtökohdilla on kiinteä yhteys sopimusoikeuden historiallisiin juuriin. Lähtökohtien merkitys on useastakin syystä liudentunut sopimusoikeudellisessa ajattelussa. Sopimustoiminnan sisältö on muuttunut ajan kuluessa, eivätkä tahtoperiaatteeseen sisältyvät olettamat sopimustoiminnan luonteesta vastaa kaikilta osin vallitsevaa tilannetta. Tahtoperiaatteen ytimessä on vanhastaan ollut ajatus yksilöllisesti neuvotellusta sopimuksesta, jonka ala on tarkasti määritelty. Muutostendenssit ovat kohdistuneet sekä sopimuksen solmimistapaan että sen sisältöön. Sopimuksia solmitaan yhä laajemmin ilman, että osapuolet neuvottelevat yksityiskohtaisesti sovellettavista ehdoista. On mahdollista puhua sopimustoiminnan joukkomittaistumisesta.[4] Toiseksi sopimukset ovat modifioituneet sisällöllisesti. Keskeisiä muutossuuntia ovat tältä osin sopimusten pitkäkestoistuminen ja verkottuminen.[5] Perinteistä arviointitapaa soveltaen ei ole yksinkertaista ottaa haltuun ja arvioida kestävästi kaikkia nykyisiä

---

[4] Ks. tarkemmin esim. Häyhä 1996b, s. 31–35.

[5] Juha Karhu on omassa tuotannossaan nostanut esikuvanomaiseksi taloudellisen vuorovaikutuksen prototyypiksi irtaimen kaupan sijaan yhteishankkeen eli projektin. Ks. tarkemmin Pöyhönen

sopimustoiminnan muotoja. Yhteisen arvo- ja tavoiteperustan lisäksi tarvitaan eriytynyttä sopimusoikeudellista arviointia.

Kolmas muutosalue liittyy sopimusosapuolia ja heidän ominaisuuksiaan koskevien käsitysten hajautumiseen. Tahtoperiaatteen mukainen perinteinen ajatus yksilöstä omien intressiensä punnintaan ja edistämiseen kykenevänä tahona on joutunut kriittisen arvioinnin kohteeksi. Yksilön toimintavapauden suojaamisen perustana olevien olettamien toteutumisen edellytykset vaihtelevat toimintaympäristöittäin. Tahtoperiaatteeseen tältä osin kytkeytyviä olettamia voidaan pitää perustelluimpina yritysten välisten sopimusten osalta. Vastaavasti erityinen suojan tarve liittyy kuluttajiin. Kyse on osaltaan hyvinvointivaltiokehityksen rantautumisesta sopimusoikeudelliseen ajatteluun. Kehitys on vaikuttanut sopimusoikeudellisen arvioinnin sisältöön; tarkastelussa on otettava huomioon kunkin toimintaympäristön erityispiirteet.

Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden rajapinnassa muodostuu joitakin impulsseja, jotka ovat vastakkaisia tahtoperiaatteen mukaiseen, perustaltaan yksilökeskeiseen arviointitapaan nähden. Perustava havainto koskee sopimustoiminnan yhteisöllistä luonnetta. Yksittäistä toimijaa tai sopimusta ei ole perusteltua tarkastella irrallaan taustastaan. Yksilön kannalta ei ole riittävää, että oikeusjärjestyksessä annetaan hänelle vapaus sopimusten solmimiseen. Yksilö ei käytä toimintavapauttaan tyhjiössä. Oikeuksien käyttämisen tausta vaikuttaa keskeisesti siihen, kuinka hyvin yksilön oikeusjärjestyksessä saama suoja toteutuu. Oikeuksien suojaaminen staattisessa mielessä ei ole yksilöiden kannalta riittävää. Olennaisia ovat oikeuksien hyödyntämisen dynaamiset mahdollisuudet. Yksilöillä tulee olla mielekkäät olosuhteet oikeuksiensa käyttämiseen.

Yksilöt käyttävät oikeuksiaan markkinoilla. Tässä katsannossa markkinoiden toimivuus asettuu samalle perustavalle tasolle omistuksen staattisen suojaamisen kanssa. Ilman markkinoiden toimivuutta yksilöiden oikeusasemien suojan perusta murenee ratkaisevalla tavalla. Tahtoperiaatteen suunnasta arvioituna jäävät tahdonvapauden käyttämisen perustavat olettamat toteutumatta. Markkinoiden toiminnan häiriintyessä yksilöiden oikeuksien käyttämisen edellytykset ovat puutteelliset.

Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden rajapinnassa tahtoperiaate avautuu yhteisölliseen suuntaan. Tämä tarkoittaa erityisesti markkinoiden toimivuuden merkityksen korostumista harkinnassa. Markkinat luovat edellytykset yksilön oikeusjärjestyksessä suojatun vapauden käyttämiselle. Yksilön toimintamahdollisuudet rajautuvat huomattavasti, mikäli markkinat eivät toimi. Vapauteen sisäl-

---

2000, s. 140–144. Prototyypin muutos kuvaa osaltaan sopimustoiminnan kehitystä kohti yhteistoiminnallisia ja ajallisesti eriytyneitä järjestelyitä.

tyy vastuu. Yksilö on osaltaan vastuussa siitä, että markkinoiden toimintaedellytykset säilyvät.

Sopimusoikeudellisin perustein voidaan rajata oikeudellisen suojan ulkopuolelle sellaiset menettelyt tai järjestelyt, jotka vaarantavat markkinoiden toimivuuden. Käytännössä tällaisia sopimusoikeudellisia instrumentteja ovat erityisesti hyvän tavan vastaisuuden kielto ja oikeuden väärinkäytön kielto. Markkinoiden toimivuuteen liittyvät näkökohdat voidaan vaikeuksitta yhdistää sellaisiksi julkisen intressin alaan kuuluviksi tekijöiksi, joita hyvän tavan vastaisuuden kiellon avulla on mahdollista suojella. Vastaavasti markkinoiden toimivuuden vaarantumisesta seuraavat vahingot voidaan katsoa merkityksellisiksi oikeuden väärinkäytön kiellon kannalta. Oikeudellisen suojan alaan ei voi kuulua sellainen järjestely, joka vaarantaa markkinoiden toimivuuden.

Markkinoiden toimivuutta turvaavien sopimusoikeudellisten instrumenttien soveltamisen tulee olla jäsentynyttä. Harkinnassa on otettava huomioon kunkin tapauksen ominaispiirteet. Markkinoiden toimivuus tarjoaa hyväksyttävän perusteen rajoittaa sopimusten sitovuutta myös sopimusoikeudellisessa arvioinnissa. Harkinnassa joudutaan punnitsemaan sopimuksen sitovuutta puoltavien ja sitä vastaan puhuvien argumenttien painoarvoja. Sitovuuden rajoittamisen tulee olla oikeassa suhteessa sopimusjärjestelystä seuraavaan uhkaan markkinoiden toiminnalle. Rajoituksen on oltava välttämätön hyväksyttävän perusteen toteuttamiseksi. Suhteellisuusperiaatteen mukainen harkintarakenne on omiaan jäntevöittämään punnintaa. Harkinta ei ole joko–tai-luonteista vaan asteittaista. Harkintamallin avulla voidaan osaltaan luoda edellytyksiä arvioinnin oikeudelliselle kontrolloitavuudelle.

Kilpailuoikeuden näkökulma talouteen on järjestelmätasoinen. Se asettaa haasteita yksilön toimintavapauksien huomioon ottamiselle kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa. Järjestelmätason näkökulman omaksuminen kilpailuoikeudellisessa tarkastelussa on sinällään perusteltua. Markkinoiden tehtävänä on luoda hyvinvointia yhteiskuntaan ja jakaa sitä markkinamekanismin mukaisesti. Utilitaristiset näkökohdat ovat voimakkaasti esillä kilpailuoikeudellisessa ajattelussa. Toisaalta on huomattava, ettei kilpailuoikeutta voida palauttaa suoraan utilitaristisiin premisseihin eri tavalla kytkeytyvien taloustieteellisten teorioiden soveltamiseksi.

Kilpailuoikeuteen sisältyy yhteiskunnallisen sääntelyn muotona normatiivinen ulottuvuus. Oikeudellinen sääntely asettaa puitteet kilpailuoikeuden soveltamiselle. Utilitaristinen aines on sovitettava yhteen oikeudellisen viitekehyksen kanssa. Kilpailuoikeudellisessa tavoitteenasettelussa myös muilla kuin välittömästi hyvinvoinnin lisäämiseen tai jakamiseen liittyvillä seikoilla voi olla oikeudellista relevanssia. Tässä esityksessä on kilpailuoikeuden kantaviksi periaatteiksi katsottu tehokkuusperiaatteen lisäksi vapausperiaate, integraatioperiaate ja reiluusperiaate. Kilpailuoikeuden arvo- ja tavoitepohja on tässä mielessä pluralistinen.

Kilpailuoikeudellisen harkinnan suuntaamiseen vaikuttaa paljon se, millaiseksi ja millä tavoin rakentuviksi markkinat jäsennetään. Kilpailuoikeuden valtavirrassa on lähdetty markkinoiden rakenteellisesta arvioinnista. Markkinoita tarkastellaan kokonaisvaltaisesti niiden toiminnan lopputuloksista käsin. Keskeisessä asemassa ovat siten markkinoiden toiminnan lopputulokset, joiden katsotaan peilautuvan markkinoilla vallitsevista erilaisista mahdollisista tasapainotiloista. Pelkistetysti todettuna markkinoiden rakenne (täydellinen kilpailu, oligopolistinen kilpailu, oligopoli tai monopoli) heijastuu markkinoiden suorituskykyyn. Markkinoiden toiminnan lopputuloksen muodostumiseen vaikuttaviin tekijöihin eli itse markkinaprosessiin kiinnitetään vain rajallisesti huomiota.[6]

Rinnakkainen tapa arvioida markkinoiden toimintaa perustuu kilpailun prosessinäkemykseen: markkinoiden toiminnan ohjaamiseksi on tunnettava ne keskeiset tekijät, jotka vaikuttavat markkinaprosessin toimivuuteen.[7] Kilpailuoikeuden ja sopimusoikeuden kokonaisvaltaisessa tarkastelussa tuntuu luontevalta korostaa kilpailun prosessinäkemystä. Kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa on otettava huomioon kilpailuprosessin muodostumiseen vaikuttavat tekijät. Kyse on viime kädessä rinnakkaisten näkökulmien yhdistämisestä.

Kilpailuoikeuden prosessiluonteisessa tarkastelussa on kyettävä paikallistamaan keskeiset markkinoiden toimintaan vaikuttavat tekijät. Markkinatilanne ja markkinoiden toimivuus on ikään kuin purettava osiin. Tämä tarkoittaa käytännössä myös yksittäisten toimijoiden aseman jäsentämistä. On tunnistettava, millainen merkitys kullakin toimijalla on markkinaprosessin kannalta. Arvioinnissa ei voida sivuuttaa yksittäisten toimijoiden ominaisuuksia ja erityisiä vahvuuksia. Hyvän välineen tähän tarjoaa kilpailun resurssiperusteinen tarkastelutapa.[8] Yksittäisen toimijan asemaan markkinoilla ja merkitykseen markkinaprosessin kannalta vaikuttavat olennaisesti toimijan kyvykkyydet ja muut resurssit. Kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa on olennaista löytää kilpailupaineen lähteet. Tässä katsannossa markkinoiden dynamiikka syntyy yksittäisten toimijoiden menettelyiden yhteisvaikutuksesta. Markkinoiden dynaamisuuden varmistaminen on kilpailuoikeuden keskeinen tehtävä.

Kilpailuoikeuden on annettava suojaa yksittäisille toimijoille, jotta markkinoiden toimivuuden edellytykset voidaan varmistaa. Kilpailuoikeudellisen suojan ala on perusteltua määrittää käsittämään vain tilanteet, joissa yksilön toimintamahdollisuuksien rajoittaminen heijastuu samalla markkinoiden toimintaan kokonaisuudessaan. Asetelman taustalla on punnintatilanne, jossa on verrattava

---

6 Ks. esim. Reinikainen, s. 15
7 Ks. luku II.6.2.2.
8 Ks. luku II.6.2.2.2.

keskenään toiminnan harjoittajaan ja sen vaikutuspiiriin kuuluviin toimijoihin sekä markkinoiden toimintaan kokonaisuudessaan liittyviä näkökohtia.

Kilpailuoikeudellisessa harkinnassa on virittäydyttävä jäsentämään sopimustoimintaan liittyvien argumenttien merkitys. Kilpailuoikeuden arsenaalista löytyy mekanismeja, joiden avulla sopimusoikeudelliset argumentit voidaan ajaa sisään kilpailuoikeudelliseen harkintaan.[9] Näiden mekanismien soveltamiseen vaikuttaa keskeisesti, millaiseksi markkinoiden itseohjautuvuuden aste jäsennetään. Kilpailun prosessinäkemyksen mukaan on olennaista paikantaa markkinoiden dynamiikkaan vaikuttavat tekijät.

Kilpailuoikeudellinen sääntely luo oikeudellisia puitteita markkinoiden itseohjautuvuudelle. Arvioinnin on oltava realistisella pohjalla. Siinä tulee ottaa huomioon markkinaprosessin ajallinen kehittyminen. Harkinnan keskittyminen vain nykyisiin vaikutuksiin ei ole perusteltua. Markkinoiden kehittymismahdollisuudet eri suuntiin on pidettävä avoimina. Tämä edellyttää osaltaan tehokkuuden eri muotojen välistä vertailua. Olennaiseksi seikaksi voidaan nähdä kilpailun paineen muodostumisen edellytysten ylläpitäminen: kilpailun paine varmistaa osaltaan sen, että yksittäisten toimijoiden menettelyistä syntyvät hyödyt kanavoituvat kuluttajille. Vain näin kilpailuoikeus voi täyttää tehtävänsä yhteiskunnallisen sääntelyn muotona.

2.3 OIKEUDENMUKAISUUS

Oikeudenmukaisuusnäkökohdilla on perustava asema sopimusoikeudessa. Sopimusoikeuden keinoin on osaltaan pyrittävä edistämään oikeudenmukaisuuden toteutumista taloudessa ja yhteiskunnassa yleisesti. Oikeudenmukaisuuden toteutumista koskeva yhteiskunnallinen keskustelu on monellakin tavalla vaativaa. Yksi keskeinen syy tähän vaativuuteen on oikeudenmukaisuuden käsitteiden eriytymätön käyttäminen. Tässä esityksessä on sovellettu karkeaa jaottelua menettelyllisen ja materiaalisen oikeudenmukaisuuden kesken.[10] Kohtuusperiaatteen mukaisessa arvioinnissa on perinteisesti korostunut materiaalisen oikeudenmukaisen merkitys: sopimusta arvioidaan suoritusten keskinäisen tasapainon suunnasta. Oikeustoimen sovittelun edellytyksenä on se, etteivät osapuolten suoritukset ole keskenään hyväksyttäväksi katsottavassa tasapainossa. Sopimussuoritusten epätasapaino voi olla seurausta sopimuksentekomenettelyn epätasapainoisuudesta, mikä on sinällään merkityksellinen seikka sovittelun kannalta, mut-

[9] Kyse on markkinakäyttäytymisen valvonnan osalta EUT-sopimuksen 101 ja 102 artiklasta sekä kilpailunrajoituslain 4–6 §:stä.

[10] Ks. luku III.2.4 ja 3.5.

ta sovitteluharkinta kiinnittyy ensisijaisesti sopimuksen soveltamisen materiaaliseen lopputulokseen ja sitä ilmentävään suoritusten epätasapainoon.

Kilpailuoikeudellisessa harkinnassa on kohtuusperiaatteesta poiketen korostunut muodollisen oikeudenmukaisuuden asema. Kilpailuoikeudellisen sääntelyn tehtäväksi nähdään osaltaan yksilöiden reilujen toimintaedellytysten varmistaminen markkinoilla, mutta kilpailuoikeuden keinoin ei tule ensisijaisesti puuttua yksittäisen sopimusjärjestelyn lopputulokseen. Lähestymistapa sopii hyvin yhteen ajatukseen, jonka mukaan kilpailuoikeudessa asetetaan pelisäännöt markkinoiden toiminnalle.

Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden kokonaistarkastelussa voidaan nähdä muodostuvan impulsseja, jotka vahventavat edelleen muodolliseen oikeudenmukaisuuskäsitykseen liittyvien tekijöiden merkitystä sopimusoikeudellisessa harkinnassa. Sopimusosapuolten toisistaan poikkeava liikkumavara markkinoilla tai sopimussuhteessa vahvistaa tarvetta sopimuksen sovitteluun. Vastaavasti yhtäläiset toimintamahdollisuudet luovat olettaman siitä, ettei sopimusta ole perustetta sovitella sen mahdollisesta epätasapainosta huolimatta. Näkökulma on ollut esillä erityisesti yritysten välisten sopimusten osalla. Toisaalta on muistettava, että kohtuusperiaatteen soveltamisessa on sovitettava yhteen muodollinen ja materiaalinen oikeudenmukaisuuskäsitys; rinnakkaiset oikeudenmukaisuuskäsitykset eivät ole toisiaan poissulkevia. Tapauskohtaisilla olosuhteilla on harkinnassa keskeinen sija.[11]

[11] Merkityksellisiä seikkoja arvioinnissa voivat olla esim. olosuhteiden ennakoimaton muuttuminen ja sopimuksen muodostuminen toisen osapuolen kannalta kohtuuttoman raskaaksi. Olosuhteiden ennakoimattomasta muuttumisesta seuraavan riskin jakaminen osapuolten kesken voi olla perusteltua sopimustoiminnan sujuvuuden varmistamiseksi; varautuminen yksipuolisesti kantamaan ennakoimattomien olosuhdemuutosten seuraukset voi nostaa sopimustoiminnan kustannuksia merkittävästi. Tilanne on toinen, mikäli riskinjaosta on sovittu nimenomaisesti osapuolten kesken. Arviointiin voi vaikuttaa osaltaan se, että sopimuksen raskaudelle voidaan ainakin joissain tilanteissa pitää perusteltuna asettaa eräänlainen yläraja. On mahdollista puhua ns. offergräns-käsitteestä. Ks. tältä osin tarkemmin Taxell 1997, s. 75.

3 Yhteinen tehtävä

Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden suhteita voidaan lähestyä eri suunnista ja tasoista. Tässä teoksessa omaksuttu lähestymistapa on perusteiltaan kokonaisvaltainen. Kantavilla periaatteilla on arvioinnissa keskeinen sijansa, mutta samalla on otettava huomioon oikeudellisen sääntelyn murtumakohdat. Eräänä johtopäätöksenä voidaan tältä osin pitää yhteensovittamisharkinnan avointa luonnetta. Sopimusoikeudellisten ja kilpailuoikeudellisten periaatteiden yhteensovittaminen johtaa näiden periaatteiden keskinäiseen punnintaan ilman, että ennalta voidaan lyödä lukkoon tarkkaa etusijajärjestystä. Periaatteiden oikeudelliseen relevanssiin vaikuttavat niiden tapauskohtaisesti saamat painoarvot sekä oikeusjärjestyksestä tuleva institutionaalinen tuki.

Harkinta ei ole vapaata, mutta erityisesti raja-alueen kiperissä tapauksissa korostuu harkinta-argumenttien rinnakkainen luonne. Harkintaa voidaan rakenteistaa erityisesti suhteellisuusperiaatteen avulla. Harkinta etenee tältä osin molempiin suuntiin. Sopimusoikeudellisessa ympäristössä hyväksyttävä peruste oikeudellisen suojan rajoittamiseen määritetään sopimusoikeudellisin perustein; käytettyjen keinojen tulee olla välttämättömiä näin arvioidun hyväksyttävän tavoitteen kannalta. Vastaavasti kilpailuoikeudellisessa ympäristössä oikeudellisen suojan rajoittamista arvioidaan kilpailuoikeudellisin perustein. Käytettyjen keinojen tulee täyttää suhteellisuusperiaatteen asettamat vaatimukset.

Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden rajapinnassa on tunnistettu kolme sisällöllistä muuttujaa (markkinoiden toimivuus, yksilöiden toimintavapauden suojaaminen, oikeudenmukaisuuden toteuttaminen), jotka luovat yhteyksiä näiden oikeudenalojen välille. Muuttujia ei mielletä yhdenmukaisesti sopimusoikeudessa ja kilpailuoikeudessa, mutta siitä huolimatta muuttujat avaavat mahdollisuuden asetelman kokonaisvaltaiseen jäsentämiseen. Näkökulma on pluralistisen ajattelumallin mukainen. Näkökulmaa voidaan vielä kuitenkin haluttaessa tiivistää ja kysyä, löytyykö sellaista tekijää, joka yhdistäisi kaikkia edellä mainittuja muuttujia sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden rajapinnassa. Tällaiseksi yläkäsitteeksi voidaan mieltää *markkinoiden toimivuus*. Kyse ei ole pelkästään markkinoiden toimivuudesta hyvinvoinnin lisäämisen ja jakamisen kannalta arvioituna, vaan taustasta, johon myös yksilön toimintavapauden suojaaminen ja oikeudenmukaisuuden toteuttaminen voidaan markkinakontekstissa yhdistää.

Yläkäsitteeksi ymmärrettyä markkinoiden toimivuutta voidaan lähestyä sekä julkisen vallan että yksilöiden suunnasta. On mahdollista todeta, että markkinoiden toimivuuden ylläpitäminen on julkisen vallan ja yksilöiden *yhteinen tehtävä*.

Tämä havainto auttaa merkittävästi ymmärtämään myös sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden suhteita. Julkisen vallan on oikeudellisen sääntelyn, erityisesti kilpailuoikeuden, keinoin pyrittävä varmistamaan markkinoiden toimivuus, jotta markkinoiden toimintaan liittyvät hyvinvoinnin lisäämis- ja jakamistehtävät voivat toteutua. Oikeudellinen sääntely muodostaa puitteet näiden tavoitteiden saavuttamiselle. Julkisen vallan tehtävänä on osaltaan suojata yksilöiden oikeusasemia. Julkinen valta varmistaa oikeudellisen sääntelyn keinoin, että yksilöillä on mielekkäät olosuhteet oikeuksiensa käyttämiseen. Samalla voidaan edistää oikeudenmukaisuutta yhteiskunnassa. Markkinoiden toimivuus on keskeinen edellytys reiluksi peliksi ymmärretyn oikeudenmukaisuuden toteutumiselle taloudessa.

Julkisen vallan tehtävien lisäksi markkinoiden toimivuus on yksilöiden kannalta tärkeää. Markkinat muodostavat taustan, jossa yksilöt käyttävät oikeuksiaan. Pelkkä oikeuksien olemassaolo ei ole riittävää, mikäli oikeuksia ei ole mahdollista käyttää mielekkäissä olosuhteissa. Kyse on vaihtoehtoisista toimintamalleista ja -reiteistä, joita markkinoiden toimivuus lähtökohtaisesti tarjoaa. Yksilöt hyötyvät markkinoiden toimivuudesta. He kykenevät hyödyntämään taloudellisia vapausoikeuksiaan vaihdannassa. Vastavuoroisesti yksilöiden tulee sitoutua markkinoiden pelisääntöihin. Markkinoiden toiminnan seuraukset on otettava vastaan kokonaisuudessaan. Yksilö ei voi valita markkinoiden pelisääntöjen mukaisia kilpailuhyötyjä yhdessä tapauksessa, mutta vapautua kilpailun paineista toisessa tilanteessa. Pelisääntöjen asettaminen ja mahdollinen muuttaminen kuuluu julkiselle vallalle. Tältä osin yksilön tulee seurata julkisen vallan asettamia institutionaalisia toimintakehyksiä ja operoida niiden asettamissa puitteissa.

Yksilöiden suhde markkinoihin on kaksinainen. Edellä on käsitelty yksilöiden velvollisuutta toimia markkinoilla oikeudellisen sääntelyn mukaisissa puitteissa. Tämän suhteen lisäksi on kuitenkin muistettava, että yksilöt muodostavat välttämättömän osatekijän markkinoiden toiminnan kannalta. Yksilöt uusintavat omilla menettelyillään markkinoiden toimintaa. Tätä voidaan kutsua yksilöiden ja markkinoiden toimivuuden väliseksi positiiviseksi relaatioksi. Oikeudellisen sääntelyn näkökulmasta positiivinen ulottuvuus eroaa edellä käsitellystä kiellettyihin kilpailunrajoituksiin liittyvästä rajoitusulottuvuudesta: yritysten välisissä suhteissa yksilöä ei voida kuin poikkeuksellisesti, lähinnä määräävän markkina-aseman tilanteissa, velvoittaa oikeudellisesti osallistumaan vaihdantaan markkinoilla. Velvoite on pääosin muu kuin oikeudellinen ja se liittyy yksilöille annettujen resurssien yhteiskunnalliseen luonteeseen.

Markkinoiden toimivuuden jäsentäminen yksilöiden ja julkisen vallan yhteiseksi tehtäväksi asettaa oikeudellisia toimintavelvollisuuksia kummallekin taholle. Yksilöiden on vaihdannassa pidettävä huolta markkinoiden toimivuuden edellytyksistä. Osittain tämä tapahtuu jo vaihdantaan osallistumalla ja siten uu-

sintamalla markkinoiden toimintaedellytyksiä. Yksilöiden oikeuksien käyttäminen ei saa johtaa ristiriitaan markkinoiden toimivuuden kanssa. Yksilön oikeusaseman kannalta ei ole perusteetonta, että markkinoiden toimivuuden vaarantavilta järjestelyiltä evätään oikeudellinen suoja.

Julkisen vallan on omilla toimillaan varmistettava markkinoiden toimivuus. Tämä tehtävä jakaantuu sekä järjestelmä- että yksilötasolle. Julkisen vallan on omalta osaltaan varmistettava markkinoiden toimintaan liittyvien hyvinvointitavoitteiden toteutuminen. Julkisen vallan on lisäksi suojattava yksilöiden oikeusasemia ja perusoikeuksia. Tämä on omiaan johtamaan erilaisten perusoikeusposition väliseen harkintaan. Julkisen vallan perusoikeuksien suojaamis- ja kunnioittamistehtävät saattavat joutua keskenään ristiriitaan. Asetelmaa on onnistuneesti kuvattu termillä länsimaisen vallan paradoksiksi.[12] Julkisen vallan on suojattava yksilöiden oikeusasemia, jotta markkinat voivat toimia. Toisaalta julkisen vallan on kunnioitettava yksilöiden toimintamahdollisuuksia, koska ne luovat pohjan markkinoiden toiminnalle; liian pitkälle menevä puuttuminen yksilöiden toimintamahdollisuuksiin vaikeuttaa markkinoiden toimintaedellytyksiä.

Länsimaisen vallan paradoksiin ei ole tarjolla yksinkertaisia ratkaisuja. Tässä esityksessä keskeiseksi ratkaisutavaksi on jäsennetty sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden periaatelähtöinen tarkastelu. Kantavien periaatteiden rinnakkaisella arvioinnilla voidaan muodostaa edellytyksiä yhteensovittamiselle. Harkinnalle on tyypillistä sen vastavuoroisuus, jolloin yhdeltä oikeudenalalta peräisin olevat argumentit voivat saada relevanssia toisella oikeudenalalla. Käytännössä harkinta etenee oikeuden pintatasolla olevien murtumakohtien kautta.

Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden keskinäiset suhteet voidaan nähdä yhdensuuntaisina osittain erilaisista arviointitavoista huolimatta. Sopimusoikeudessa ja kilpailuoikeudessa on elementtejä, joiden toteutuminen on molempien oikeudenalojen yhteiskunnallisen tehtävän kannalta välttämätöntä. Lisäksi yksilöiden ja julkisen vallan intressit voidaan nähdä tässä katsannossa yhdensuuntaisina: markkinoiden toimivuuden edistäminen on yksilöiden ja julkisen vallan yhteinen tehtävä.

---

[12] Amato, s. 109–129.

4 Johtopäätökset

Kantavat periaatteet avaavat mahdollisuuden sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden välisten suhteiden kokonaisvaltaiseen arviointiin. Niiden varaan rakentuva tarkastelu luo edellytykset sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden sisällöllisten lähtökohtien sekä niiden keskinäisten leikkauspisteiden hahmottamiseen. Tällä tavoin voidaan osaltaan edistää oikeusjärjestyksen systemaattisuutta. Kantavien periaatteiden muodostamasta taustasta voidaan ponnistaa eri suuntiin sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden välisen kentän tarkastelussa. Tarkastelukulmat jakautuvat ainakin kolmeen osaan. Yhteisen rajapinnan kautta voidaan arvioida kummankin oikeudenalan asemaa oikeusjärjestyksessä sekä niiden yleisiä oppeja. Toiseksi kokonaisvaltaisesta tarkastelusta on saatavissa tukea yksittäisten soveltamistilanteiden arviointiin. Kolmanneksi asetelmasta on mahdollista tehdä päätelmiä, jotka koskevat oikeustieteellisen ja taloustieteellisen ajattelun yhteensovittamista.

4.1 OIKEUDENALOJEN LÄHTÖKOHDAT JA KESKINÄISET SUHTEET

Oikeudenalojen perusrakenteen keskeisen osan muodostavat yleiset opit. Perinteisen ajattelun mukaisesti yleisten oppien ytimeen kuuluvat keskeiset käsitteet, kantavat periaatteet sekä periaatteiden suhteita koskevat teoriat.[13] Oikeudenalojen yleisiä oppeja voidaan kehittää eri tavoin. Tutkimuksessa on omaksuttu periaatesuuntautunut lähestymistapa yleisiin oppeihin. Kantavien periaatteiden määrittämisen avulla on voitu täsmentää sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden perustavia sisällöllisiä lähtökohtia. Tämä ei kuitenkaan ole riittävää tutkimustehtävän täyttämiseksi. Oikeudenalarajat ylittävälle tutkimukselle on keskeistä kokonaisvaltaisen kuvan muodostaminen tutkimuskohteesta.

Kokonaisvaltaisen tutkimusotteen soveltaminen on mahdollistanut sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden keskinäisen rajapinnan hahmottamisen systemaattisesti. Kantavien periaatteiden avulla on voitu määrittää kummankin oikeudenalan kattama *yhteinen alue*. Tässä yhteydessä voidaan puhua oikeudenalojen välisistä materiaalisista kiinnekohdista. Yhteistä aluetta lähestytään jossakin

[13] Ks. esim. H. Tolonen 1988, s. 177–178.

määrin eri tavoin kummankin oikeudenalan suunnasta. Yhteisen alueen avulla voidaan osaltaan määrittää kummankin oikeudenalan mielekäs soveltamisala. Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden soveltamisalan määrittelyssä on otettava huomioon rinnakkaisen oikeudenalan soveltamisen avaamat mahdollisuudet: yksittäisen oikeudenalan soveltamista ei tarvitse venyttää tarpeettomasti, mikäli oikeudellinen ongelma voidaan ratkaista luontevasti toisen oikeudenalan tarjoamin keinoin.

Sopimusoikeutta ja kilpailuoikeutta ei sovelleta tyhjiössä, vaan ne muodostavat osan oikeusjärjestystä. Kokonaisvaltaisen tutkimusotteen mukaisessa arvioinnissa on pyrittävä luomaan tutkimuskohteina olevien oikeudenalojen välisten suhteiden lisäksi yhteyksiä oikeusjärjestyksen muihin osiin. Tutkimuksessa on painotettu erityisesti perusoikeusjärjestelmän ja -ajattelun merkitystä sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden suhteiden arvioinnissa. Konkreettisena reitittimenä on käytetty perusoikeuksien yleisiä rajoitusedellytyksiä. Asetelma tarjoaa mielekkäitä tutkimusteemoja jatkossakin. Kokonaisvaltaista lähestymistapaa voidaan hyödyntää tulevissa yhteyksissä myös muiden oikeudenalojen sekä sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden välisten suhteiden arvioinnissa.

Oikeudenalojen rajapinnasta voidaan ottaa askel kunkin oikeudenalan yleisten oppien suuntaan. Leikkauspisteistä ja yhtymäkohdista voidaan saada virikkeitä yleisten oppien kehittämiseen. Tällöin oikeudenalan yleisiä oppeja luetaan yhteisen rajapinnan kautta. Kysymys ei ole kunkin oikeudenalan perustavien arvo- ja tavoitelähtökohtien muuttamisesta vaan enemmänkin siitä, millainen merkitys näille lähtökohdille annetaan eri soveltamistilanteissa. Näin luodaan edellytyksiä oikeudenalan sisäisen systematiikan kehittämiselle.

On ilmeistä, että impulssien voimakkuus riippuu kunkin toimintaympäristön erityispiirteistä. Keskeisenä soveltamisalueena voidaan tältä osin pitää yritysten välisiä sopimus- ja muita suhteita markkinoilla. Sopimusoikeudellisessa ajattelussa voivat kilpailuoikeudellisen vaikutuksen seurauksena vahvistua edelleen esimerkiksi markkinoiden toimintaa koskevat näkökohdat. Vastaavasti kilpailuoikeudellisessa ajattelussa voivat painottua sopimussuhteiden sisältöä ja niiden osittaista eriytymistä korostavat seikat.

Kokonaisvaltainen lähestymistapa tarjoaa perustan oikeudenalojen kantavien periaatteiden välisiä suhteita koskevien teorioiden muodostamiseen. Rinnakkaisen punninnan mallia voidaan soveltaa siten, että kunkin soveltamisympäristön erityispiirteet sisällytetään harkintaan. Tutkimuksellisesti liikutaan tässä työssä jäsennetyistä yleisistä lähtökohdista ja leikkauspisteistä kohti eriytyneitä soveltamisalueita. Samalla varmistetaan kantava perusta eriytyneelle harkinnalle.

4.2 SOVELTAMISTILANTEET

Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden rinnakkainen soveltaminen muodostaa tyypillisen esimerkin oikeudellisista päällekkäisongelmista. Ratkaisua oikeudellisiin päällekkäisongelmiin ei voida löytää yksinomaan oikeusjärjestyksen yhdeltä osalta, vaan tarvitaan oikeudenalarajat ylittävää arviointiotetta. Käytännössä oikeudellisten ongelmien ratkaiseminen ei onnistu näissä tilanteissa oikeuden pintatasolle sijoittuvia säännöksiä soveltamalla. On mentävä oikeuden pintatason alapuolisiin oikeusjärjestyksen kerroksiin, joita edustavat oikeudenalojen kantavat periaatteet. Niiden kautta voidaan luoda kestävä perusta päällekkäisongelmien ratkaisemiselle. Toisaalta harkinnassa ei voida pysähtyä kantaviin periaatteisiin, vaan oikeudenalojen tarjoamia konkreettisia instrumentteja yhteensovittamiseen on käytettävä kattavasti hyödyksi.

Kilpailuoikeudessa on useita instrumentteja, joiden avulla sopimusoikeudellisten näkökohtien sisällyttäminen kilpailuoikeudelliseen harkintaan on mahdollista. Sopimustoimintaan liittyvien seikkojen jäsentämisen osaksi kilpailuoikeudellista harkintaa voidaan siten katsoa koostuvan rinnakkaisista reiteistä. Merkityksellisiä oikeudellisia mekanismeja sisältyy niin EUT-sopimuksen 101(1), 101(3) kuin 102 artiklaan. Yhteisenä vaatimuksena voidaan tältä osin pitää kilpailuoikeuden säännösten *toimintaympäristösidonnaista soveltamista*. Kilpailuoikeudessa on otettava huomioon kulloisenkin soveltamistilanteen ominaispiirteet. Sopimusjärjestelyitä ei voida irrottaa taustastaan. Kunkin järjestelyn sopimusoikeudellinen logiikka on kyettävä muuntamaan kilpailuoikeudellisesti havainnoitavaksi. Vain näin taataan kilpailuoikeudellisen sääntelyn soveltamisen mielekkyys myös sopimusoikeuden kannalta arvioituna.

EUT-sopimuksen 101(1) artiklan soveltamisen edellytyksenä on, että sopimuksella tai muulla järjestelyllä on vaikutuksia markkinoiden toimintaan. Pelkästään yhteen sopimukseen ulottuvat vaikutukset eivät lähtökohtaisesti muodosta perustetta kilpailuoikeuden soveltamiselle. Tämä seikka asettaa ensimmäisen kynnyksen sopimustoimintaan liittyvien näkökohtien suojaamiselle. Sopimuksen ja muun järjestelyn vaikutuksen tulee olla markkinoiden toiminnan kannalta merkityksellinen, ennen kuin kilpailuoikeuden soveltaminen on perusteltua. Lähestymistapa korostaa taloudellisen analyysin asemaa kilpailuoikeuden soveltamisessa. Kilpailuoikeuden soveltaminen voi pohjautua lähtökohtaisiin olettamiin vain erikseen rajatuissa tilanteissa. Sopimusoikeudellisista perusteista kumpuava vaatimus on yhdenmukainen kilpailuoikeuden soveltamisen yleisen kehityksen kanssa.

EUT-sopimuksen 101 artiklaan sisältyy kaksi rinnakkaista mekanismia, joiden avulla sopimustoimintaan liittyvät seikat voidaan sisällyttää kilpailuoikeudelliseen harkintaan. EUT-sopimuksen 101(1) artiklassa voidaan ainakin rajoitetussa määrin punnita kilpailua rajoittavien ja sitä edistävien tekijöiden välistä

suhdetta. Kyse on niin sanotusta rule of reason -harkinnasta tai liitännäisrajoitusharkinnasta. Olennaista on harkinnan muodosta riippumatta se, että harkinnan avulla voidaan muodostaa realistinen kuva sopimusjärjestelyn vaikutuksista. Käytännössä sopimusoikeudelliset näkökohdat ovat nousseet esille kilpailuoikeuden soveltamisharkinnassa esimerkiksi luvakesopimusten ja sopimusjärjestelyihin perustuvien välttämättömien kilpailukieltoehtojen arvioinnissa. Harkinta on osin ulotettu koskemaan myös yksittäisen sopimussuhteen toimintaa laajempia vaikutuksia markkinoilla. Harkinnassa on arvioitu yhtäältä järjestelylle asetetun sopimusoikeudellisen tavoitteen kilpailuoikeudellista hyväksyttävyyttä ja toisaalta tällaisen tavoitteen toteuttamiseksi käytettyjen keinojen oikeasuhtaisuutta. Sopimusoikeudelliset näkökohdat on viety kilpailuoikeudellisen harkinnan sisään onnistuneesti.

Varsinainen kilpailua edistävien ja sitä rajoittavien tekijöiden keskinäinen arviointi on EUT-sopimuksen 101 artiklan institutionaalisessa rakenteessa määritelty suoritettavaksi 3-kohdassa. Sopimusoikeudellisen seikaston relevanssi kilpailunrajoituksen tasapainottajana on konvertoitu tehokkuuden asteikolle: sopimusjärjestelyn vaikutuksia arvioidaan tehokkuuden eri muotojen avulla. Sopimusjärjestelyn tulee olla yleisesti arvioiden hyödyllinen markkinoiden toimivuuden kannalta, jotta sillä on kilpailuoikeudellista merkitystä. Sopimuksesta seuraavat hyödyt eivät saa jäädä vain sopimuksen osapuolille, vaan niiden tulee kanavoitua kuluttajille. Lisäksi sopimustoiminnan hyötyjen saavuttamisen keinojen tulee olla oikeassa suhteessa tavoiteltaviin päämääriin nähden. Järjestelystä seuraavien kilpailunrajoitusten on oltava välttämättömiä hyötyjen syntymisen kannalta. Kilpailuoikeudessa on otettu merkittäviä askeleita poikkeusharkinnan terävöittämisen ja samalla sopimusoikeudellisten argumenttien todellisen huomioon ottamisen suuntaan. Kuvaavana esimerkkinä voidaan pitää vertikaalisten kilpailunrajoitusten arviointia erityisesti jakeluketjun hallinnan ja vapaamatkustuksen estämisen kannalta.

EUT-sopimuksen 102 artiklassa ei ole sisäänrakennettuna mekanismia, jonka avulla määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen sopimusjärjestelyihin liittyvät näkökohdat voitaisiin nimenomaisesti viedä osaksi kilpailuoikeudellista harkintaa. Harkinta on kehittynyt säännöksen soveltamiskäytännössä. Lähtökohtana on se, että 102 artiklan soveltumiseen vetoavan tahon on osoitettava toiminnan kilpailua rajoittavat vaikutukset. Sopimusjärjestelyihin voidaan puuttua vain, mikäli järjestelyllä on vaikutuksia markkinoiden toimintaan. Tämä on jo omiaan johtamaan siihen, että sopimustoiminnan ratio on suhteutettava sen toteuttamisen vaikutuksiin. Haasteena on tältä osin ollut se, että kilpailua rajoittavan vaikutuksen syntyminen on liitetty erilaisiin markkinarakennetta koskeviin olettamiin.

EUT-sopimuksen 102 artiklan soveltamisen uudistaminen ja taloudellisen ajattelun voimistaminen vahvistanee sopimustoimintaan liittyvien argumenttien

asemaa harkinnassa. Määräävässä markkina-asemassa olevalla yrityksellä on lisäksi mahdollisuus vedota toimintansa tueksi erilaisiin oikeuttamisperusteisiin, mikäli toiminnalla katsotaan olevan yksittäistapauksessa kilpailua rajoittavia vaikutuksia. Oikeuttamisperusteiden soveltamisen kannalta on olennaista, että merkityksellisen sopimusoikeudellisen perusteen toteuttamiseksi käytetyt keinot ovat hyväksyttävässä suhteessa tavoiteltavaan päämäärään nähden.

Kilpailuoikeus ei muodosta muusta oikeusjärjestyksestä erillistä saareketta. Kokonaisvaltainen tutkimusote auttaa osaltaan avaamaan kilpailuoikeudelliselle ajattelulle yhteyksiä sopimusoikeuden lisäksi myös oikeusjärjestyksen muihin osiin. Kilpailuoikeudellisesta oikeuskäytännöstä voidaan löytää tapauksia, joissa kilpailuoikeudellisten päätösten perustaa ja niitä koskevaa soveltamisharkintaa voidaan katsoa arvioidun perus- ja ihmisoikeusnäkökulmasta.[14] Tässä katsannossa merkityksellisiä kysymyksiä liittyy myös kilpailuoikeusprosessien ja menettelyllisten oikeuksien suhteisiin. Kokonaisvaltainen arviointi tarjoaa yhden lähestymistavan kilpailuoikeudellisen viitekehyksen monipuolistamiseen; kilpailuoikeudellisessa harkinnassa ei voida pysähtyä yksinomaan kilpailuoikeuden sisäisten näkökohtien arvioimiseen, vaan näkökulmaa on laajennettava systemaattisesti. Tällä tavoin voidaan osaltaan kehittää kilpailuoikeuden yleisiä oppeja.

Sopimusoikeuden perustavilla arvo- ja tavoitelähtökohdilla on useita leikkauspisteitä kilpailuoikeuden kanssa. Lähtökohtien arvioinnin perusteet voivat kuitenkin poiketa kilpailuoikeudessa omaksutuista tarkastelutavoista. On kuitenkin ilmeistä, että sopimusoikeuden yhteys kilpailuoikeudelliseen ajatteluun vahvistaa markkinoiden toimintaan liittyvien seikkojen merkitystä sopimusoikeudellisessa harkinnassa. Yhteys haastaa kehittämään sopimusoikeudellista tarkastelua eri tavoin. On mahdollista arvioida, että esimerkiksi markkinoiden toimintaan liittyviä näkökohtia koskeva argumentaatio tulee jatkossa tiivistymään ja tarkentumaan sopimusoikeudellisessa keskustelussa. Ei ole riittävää puhua vaihdannan sujuvuudesta vain yleisenä käsitteenä, vaan on kyettävä entistä tarkem-

---

[14] EU:n kilpailuoikeuden oikeuskäytännöstä voidaan tältä osin löytää useita mielenkiintoisia tapauksia. Asiassa T-24/90 Automec srl v. komissio (II), (1992) ECR II 2223, arvioitiin komission toimivaltaa sopimusjärjestelyn kieltämisen yhteydessä velvoittaa EUT-sopimuksen 101(1) artiklan vastaisesti menetellyt toimija solmimaan sopimussuhde. EU:n yleinen tuomioistuin totesi, että sopimusvapautta on pidettävä pääsääntönä eikä sopimuksen solmimimiseksi voida asettaa velvoitetta etenkin, kun komissiolla on muita toimivaltuuksia kilpailunrajoituksen toteuttamisen lopettamiseksi. Asiassa C-441/07 P Komissio v. Alrosa Company Ltd, 29.6.2010, ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa, tarkasteltiin yritysten esittämien sitoumusten hyväksymismenettelyä ja siihen sisältyvää suhteellisuusharkintaa. Suhteellisuusperiaatteen mukainen näkökulma otettiin asiassa nimenomaisesti esille, vaikka EU:n tuomioistuin asetti rajat suhteellisuusperiaatteen itsenäiselle soveltamiselle osana komission tekemän sitoumuksen hyväksymispäätöksen tuomioistuinkontrollia.

min perustelemaan järjestelyn vaikutukset markkinoiden toimintaan. Toisaalta on muistettava, että vaihdannan sujuvuutta ei voida arvioida yksinomaan hyvinvointivaikutusten kannalta, vaan käsitteellä on arvoulottuvuutensa. Ajatus vaihdannan rehellisyydestä ja kunniallisuudesta kantaa myös sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden rajapinnassa.

Sopimusoikeudessa on erityisiä instrumentteja, joiden avulla markkinoiden toimintaan liittyvät näkökohdat voidaan ottaa osaksi sopimusoikeudellista harkintaa. Hyvän tavan vastaisuuden kielto, oikeuden väärinkäytön kielto, kohtuuttomien oikeustoimien voimaan saattamisen kielto ja sopimuksentekovelvollisuus kuuluvat sopimusoikeuden järjestelmän ytimeen. Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden rajapinnan merkityksen tunnistaminen vahvistaa näiden instrumenttien asemaa ja soveltamisvalmiutta. Sopimusoikeudellisen keinoin voidaan monissa yhteyksissä vaikuttaa merkittävästi markkinoiden toimintaedellytysten säilymiseen ja kehittymiseen. Näkökulma tulee erityisesti esille sopimusoikeuden toimintaympäristösidonnaisessa soveltamisessa. Vastaavasti sopimusoikeudellisten instrumenttien avulla voidaan säännellä erilaisia riippuvuustilanteita. Markkinoiden toimintaedellytysten lisäksi voidaan tällöin suojata myös yksittäisiä toimijoita riippuvuussuhteiden vahingollisilta vaikutuksilta. Instrumenttien kestävä soveltaminen ei ole mahdollista irrallaan oikeudellisesta taustastaan. Soveltamisen perustana on systemaattinen käsitys sopimusoikeuden arvo- ja tavoiteperustasta sekä sen suhteesta kilpailuoikeuden kantaviin periaatteisiin. Kokonaisvaltainen arviointitapa tarjoaa harkintaan keskeiset puitteet.

4.3 OIKEUSTIETEELLISEN JA TALOUSTIETEELLISEN AJATTELUN YHTEENSOVITTAMINEN

Tutkimuksessa on omaksuttu kokonaisvaltainen lähestymistapa sopimusoikeuteen ja kilpailuoikeuteen sekä niiden keskinäisiin suhteisiin. Arviointitavan perustana on käsitys kummankin oikeudenalan arvo- ja tavoiteperustan pluralistisuudesta. Sopimusoikeutta tai kilpailuoikeutta ei ole mahdollista palauttaa vain yhden keskeisen arvon tai tavoitteen toteuttamisen välineeksi, vaan tarkastelu edellyttää useiden rinnakkaisten arvojen ja tavoitteiden yhteensovittamista. Lähtökohdasta on luontevaa siirtyä arvioimaan oikeudenalojen välisiä suhteita, joiden osalta tarve erilaisten arvo- ja tavoitelähtökohtien keskinäiseen tarkasteluun sekä yhteensovittamiseen on ilmeinen.

Taloustieteellisessä ajattelussa on ollut esillä monia vaihtoehtoisia sopimustoimintaa sekä markkinoiden toimintaa koskevia tutkimussuuntauksia ja -teorioita. Taloudellisen ajattelun selväpiirteisyyden vuoksi voisi olla houkuttelevaa rakentaa sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden suhdetta koskeva tarkastelua yk-

sittäisen taloustieteellisen lähestymistavan varaan. Ratkaisumalli ei kuitenkaan välttämättä takaisi kaikilta osin ongelmatonta lopputulosta. Valinnan seurauksena saattaisi jäädä tärkeitä sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden suhdetta koskevia alueita tarkastelun katveeseen.

Oikeustieteen osalta omaksuttu kokonaisvaltainen tutkimusote vaatii tuekseen kokonaisvaltaista taloudellista harkintaa. Erilaiset taloustieteelliset näkökohdat on kyettävä sisällyttämään harkintaan. Tämä merkitsee ensinnäkin sitä, että rinnakkaiset kilpailua koskevat lähestymistavat on pyrittävä sovittamaan yhteen. Tehokkuuden eri muodot on myös otettava arvioinnissa huomioon. Näin voidaan osaltaan edistää konkreettisten leikkauspisteiden syntymistä sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden välille. Erilaisten tarkastelutavoista ja niihin sisältyvistä painotuksista voidaan toteuttaa kussakin tilanteessa paras mahdollinen kombinaatio.

Kokonaisvaltaisen taloustieteellisen harkinnan avulla voidaan muodostaa perusteltu ja looginen jäsennys moniulotteisesta taloudellisesta todellisuudesta. Jäsennyksen luotettavuuden varmistamiseksi on punnittava erilaisten taloustieteellisten teorioiden avaamien näkökulmien merkitystä yksittäisessä tapauksessa. Tutkijan tai lainsoveltajan voidaan katsoa pyrkivän muodostamaan eräänlaisen tiekartan, johon kulloisenkin tutkimus- tai soveltamistehtävän ratkaiseminen voidaan perustellusti kiinnittää. Tutkimus- tai soveltamistehtävän sisältö vaikuttaa osaltaan taloudellisesta maailmasta muodostettavan kuvan tarkkuusvaatimuksiin. Tutkijan tai lainsoveltajan on esitettävä perusteet valinnalleen ja siinä omaksutuille painotuksille. Näin taataan edellytykset valintojen kontrolloitavuudelle sekä samalla keskustelulle, joka on välttämätöntä kilpailuoikeuden ja kilpailun taloustieteen kehityksen kannalta.

Kokonaisvaltaisen arviointitavan vahvuutena on mahdollisuus oikeudellisten ja taloudellisten kysymysten kattavaan jäsentämiseen. Vastaavasti arviointitapa jättää tilaa tapauskohtaiselle harkinnalle, mitä voidaan pitää joissakin yhteyksissä ongelmallisena piirteenä. Oikeustieteen keskeisenä tehtävänä on oikeusjärjestyksen systemaattisuuden parantaminen. Oikeustiede täyttää tehtävänsä yhdeltä osin jäsentämällä rinnakkaisten oikeudenalojen perustavia arvo- ja tavoitelähtökohtia sekä niistä muodostuvia kantavia periaatteita. Näin voidaan muodostaa kestävä perusta oikeudelliselle arvioinnille. Tämän lisäksi oikeustieteessä voidaan muodostaa kantavien periaatteiden suhteita koskevia suuntaviivoja. Ne auttavat hahmottamaan oikeudellisia ratkaisutilanteita ja saavuttamaan oikeusjärjestyksen systematiikkaa tukevia soveltamistuloksia. Suuntaviivojen konkreettisuuden aste voi vaihdella tapauksittain tai tilanteittain. Tässä tutkimuksessa muodostetut suuntaviivat luovat kestävän perustan, jonka varassa sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden keskinäisten suhteiden jäsentäminen erilaisissa soveltamisympäristöissä on mahdollista ja jonka tarjoamissa puitteissa tarkastelukulmaa voidaan tapauksittain edelleen tarkentaa.

Abstract

Antti Aine

COMPETITION AND CONTRACT

The present study examines the relationship between contract law and competition law. Contract law and competition law form the general legal basis for the market economy. Contract law creates legal preconditions for co-operation between individuals and for economic exchange. Competition law places restrictions on co-operation between individuals in order to preserve workable market conditions. There can be tensions in the relationship between competition law and contract law. The prohibition of cartels and the prohibition of abuse of a dominant market position limit freedom of contract. Competition law appears as an intervening legal instrument in relation to contract law. The general criteria concerning the restriction of fundamental rights, formulated by the Constitutional Law Committee (Parliament of Finland), can be used when the above-mentioned relationship is evaluated. These general criteria form a solid basis for balancing individual rights and collective interests. It is essential that legal discretion with regard to the interaction between contract law and competition law can be evaluated in a systematic way. In the application of competition law, individual rights must be respected but, on the other hand, the conditions for workable competition and freedom of contract must be guaranteed.

The evaluation of the relationship between contract law and competition law cannot only be based on their initial (formal) legal starting points. A comprehensive study of the background ideas of both branches of law and their reciprocal relations is required. This study should be based on general legal principles. Contract law has four general legal principles (the will principle, the reliance principle, the conscionability principle and the protection of the weaker party principle). Competition law is also based on four general legal principles (the efficiency principle, the freedom principle, the integration principle and the fairness principle). These principles form the material justifications of contract law and competition law. There are overlapping areas in the above-mentioned material justifications. Both contract law and competition law share the common task of preserving workable market conditions. The comprehensive evaluation of both contract law and competition law, the so-called comprehensive method, is an important precondition for the coherency and consistency of law.

Abstract

The comprehensive method provides a solid legal basis for the evaluation of concrete legal issues in the interface between contract law and competition law. An evaluation has to be made about how impulses from a parallel branch of law can be taken into a consideration in the legal discretion of contract law and competition law. This is a question of the interplay of different legal norms. The interfaces between the prohibition of cartels, the prohibition of abuse of a dominant market position, the prohibition of contracts contrary to public policy, the prohibition of abuse of rights, the adjustment of contracts and the obligation to enter into contracts are considered in this study.

The comprehensive method is an essential legal instrument in many concrete cases. Article 102 of the Treaty of the Functioning of the European Union (TFEU) can be applied to exploitative abuses. A contracting party is often dependent on a dominant undertaking. In the future, the role of contract law instruments may become stronger in the legal evaluation of these cases. This would provide an opportunity to re-evaluate the proper scope of Article 102 TFEU.

In addition, the comprehensive method provides ways to take into consideration the specific economic contexts in which Article 101 and 102 TFEU are applied. There is an increasing need for an economic approach in the application of Article 101 and 102 TFEU. The ongoing discussion about the relationship between Article 101(1) and 101(3) TFEU can be viewed as an example of this need. Another example is the recent debate concerning the opportunities for a dominant undertaking to refer to objective justifications and efficiencies (the objective necessity defence, the meeting competition defence and the efficiency defence). Correspondingly, the comprehensive method enhances the possibilities of evaluating factors affecting the proper functioning of the market in contract law discretion. The prohibition of contracts contrary to public policy, the prohibition of abuse of rights, the adjustment of contracts and the obligation to enter into contracts are feasible legal instruments for this discretion.

Finnish Lawyers' Association 2011
ISBN 978-951-855-304-8

Oikeustapaushakemisto

EU

EU:n tuomioistuin

Asia 26/62 N.V. Algemene Transport – En Expeditie Onderneming Van Gend & Loos and Nederlandse Administratie der Belastingen, (1962) ECR 161: s. 224.
Asia 6/64 Flaminio Costa v. ENEL, (1964) ECR 211: s. 224.
Yhdistetyt asiat 56 ja 58/64 Établissements Consten SáRL ja Grundig-Verkaufs-GmbH v. komissio, (1966) ECR 299: s. 275, 287, 335, 336, 352.
Asia 56/65 Société Technique Miniére v. Maschinenbau Ulm GmbH, (1966) ECR 235: s. 275, 335, 337, 340.
Asia 23/67 SA Brasserie de Haecht v. Consorts Wilkin-Jansen, (1967) ECR 407: s. 271.
Asia 5/69 Franz Völk v S.P.R.L. Ets J. Vervaecke, (1969) ECR 295: s. 338.
Asia 41/69 ACF Chemiefarma NV v. komissio, (1970) ECR 661: s. 277.
Yhdistetyt asiat 41–44/70 NV International Fruit Company and others v. komissio, (1971) ECR 411: s. 303.
Asia 22/71 Béguelin Import Co. v. S.A.G.L. Import Export, (1971) ECR 949: s. 337.
Asia 6/72 Europemballage and Continental Can Co. Inc.v. komissio, (1973) ECR 215: s. 203, 248, 265, 389, 404.
Yhdistetyt asiat 6/73 ja 7/73 Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. and Commercial Solvents Corporation v. komissio, (1974) ECR 223: s. 365, 414.
Yhdistetyt asiat 40–48, 50, 54–56, 111, 113 ja 114/73 Coöperatieve Vereniging ”Suiker Unie” UA and others v. komissio, (1975) ECR 1663: s. 363.
Asia 127/73 Belgische Radio en Televisie v. SV SABAM ja NV Fonior (1), (1974) ECR 51: s. 111, 224.
Asia 26/75 General Motors Continental NV v. komissio, (1975) ECR 1367: s. 258, 389, 405.
Asia 51/75 EMI Records Limited v. CBS United Kingdom Limited, (1976) ECR 811: s. 269.
Asia 26/76 Metro SB-Grossmärkte GmbH Co. KG v. komissio, (1977) ECR 1875: s. 196, 203, 231, 301, 344, 435.
Asia 27/76 United Brands Company and United Brands Continental BV v. komissio, (1978) ECR 207: s. 256, 257, 269, 276, 290, 294, 360, 365, 389.
Asia 33/76 Rewe-Zentralfinanz eG and Rewe-Zentral AG v Landwirtschaftskammer für das Saarland, (1976) ECR 1989: s. 237.
Asia 45/76 Comet BV v Produktschap voor Siergewassen, (1976) ECR 2043: s. 237.
Asia 85/76 Hoffman La Roche & Co AG v. komissio, (1979) ECR 461: s. 203, 233, 363, 404.
Asia 19/77 Miller International Schallplatten GmbH v. komissio, (1978) ECR 131: s. 277, 338.
Asia 77/77 Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV and others v. komissio, (1978) ECR 1513: s. 257.
Asia 106/77 Amministrazione Delle Finanze Dello Stato v. Simmenthal, (1978) ECR 629: s. 224.
Asia 22/78 Hugin Kassaregister AB ja Hugin Cash Registers Ltd v. komissio, (1979) ECR 1869: s. 257, 404.
Yhdistetyt asiat 32/78 ja 36–82/78 BMW Belgium SA and others v. komissio, (1979) ECR 2435: s. 277.

Yhdistetyt asiat 209–215 ja 218/78 Heintz van Landewyck SARL and others v. komissio, (1980) ECR 3125: s. 230, 355.
Asia 258/78 L.C. Nungesser KG and Kurt Eisele v. komissio, (1982) ECR 2015: s. 344.
Asia 22/79 Greenwich Film Production v. Société des auters, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM) and Société des éditions Labrador, (1979) ECR 3275: s. 289.
Yhdistetyt asiat 66, 127 ja 228/79, Amministrazione delle Finanze v Srl Meridionale Industria Salumi, Fratelli Vasanelli and Fratelli Ultrocchi, (1980) ECR 1237: s. 237.
Asia 139/79 Maizena GmbH v. neuvosto, (1980) ECR 3393: s. 303.
Asia 155/79 AM & S Europe Limited v. komissio, (1982) ECR 1575: s. 228.
Asia 31/80 NV L'Oréal and SA L'Oréal v PVBA "De Nieuwe AMCK", (1980) ECR 3775: s. 256.
Asia 262/81 Coditel SA, Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, and others v Ciné-Vog Films SA and others, (1982) ECR 3381: s. 344.
Asia 322/81 NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. komissio, (1983) ECR 3461: s. 232, 248, 256, 257, 269, 356.
Asia 7/82 Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL) v. komissio, (1983) ECR 483: s. 289.
Yhdistetyt asiat 43/82 ja 63/82 Vereniging ter Bevordering van het Vlaamse Boekwezen, VBVB, and Vereniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels, VBBB, (1984) ECR 19: s. 350.
Asia 319/82 Société de Vente de Ciments et Bétons de l'Est SA v. Kerpen & Kerpen GmbH und Co. KG, (1983) ECR 4173: s. 277.
Asia 28/84 Komissio v. Saksa, (1985) ECR 3097: s. 380.
Asia 42/84 Remia BV and others. v. komissio, (1985) ECR 2535: s. 301, 340, 345.
Asia 75/84 Metro SB-Grossmärket GmbH & Co KG v. komissio (II), (1986) ECR 3021: s. 231, 434.
Asia 161/84 Pronuptia de Paris GmbH v Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, (1986) ECR 353: s. 344, 433, 434.
Asia 226/84 British Leyland Public Limited Company v. komissio, (1986) ECR 3263: s. 258, 290, 356, 405.
Asia C-62/86 AKZO Chemie BV v. komissio, (1991) ECR I 3359: s. 277, 362.
Asia 27/87 SPRL Louis Erauw-Jacquery v. La Hesbignonne SC, (1988) ECR 1919: s. 344.
Asia 374/87 Orkem v. komissio, (1989) ECR 3283: s. 232.
Asia C-249/88 Komissio v. Belgia, (1991) ECR I 1275: s. 289.
Asia C-234/89 Stergios Delimitis v. Henninger Bräu AG, (1991) ECR I 935: s. 270, 271, 279, 337, 339, 340, 439.
Asia C-41/90 Klaus Höfner & Fritz Elser v. Macrotron GmbH, (1991) ECR I 1979: s. 101.
Yhdistetyt asiat C-241/91 P ja C-242/91 P Radio Telefis Eireann (RTE) ja Independent Television Publications Ltd (ITP), (1995) ECR I 743: s. 279, 340, 356.
Asia C-51/92 P Hercules Chemicals NV v. komissio, (1999) ECR I 4235: s. 233.
Asia C-53/92 P, Hilti AG v. komissio, (1994) ECR I 667: s. 258, 406.
Asia C-235/92 P Montecatini SpA v. komissio, (1999) ECR I 4539: s. 335.
Asia C-250/92 Gottrup-Klim e.a. Grovvareforeninger v. Dansk Landbruks Grovvareselskab AmbA, (1994) ECR I 5641: s. 270, 345.
Asia C-18/93 Corsica Ferries Italia Srl v. Corpo dei piloti del porto di Genova, (1994) ECR I 1783: s. 289.
Asia C-399/93 H. G. Oude Luttikhuis and others v Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco BA, (1995) ECR I 4515: s. 337.

Asia C-333/94 P Tetra Pak International SA v. komissio, (1996) ECR I: s. 269.
Asia C-7/95 P John Deere Ltd v. komissio, (1998) ECR I 3111: s. 340.
Asia C-185/95 P Baustlgewebe GmbH v. komissio, (1998) ECR I 8417: s. 228.
Asia C-279/95 P Lagnese Iglo GmbH v. komissio, (1998) ECR I 5609: s. 271.
Asia C-67/96 Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, (1999) ECR I 5751: s. 69, 302.
Yhdistetyt asiat C-215/96 ja C-216/96 Carlo Bagnasco and others v Banca Popolare di Novara soc. coop. arl. (BNP) (C-215/96) and Cassa di Risparmio di Genova e Imperia SpA (Carige) (C-216/96), (1999) ECR I 135: s. 338.
Yhdistetyt asiat C-395/96 P ja C-396/96 P Compagnie Maritime Belge Transports SA, Compagnie maritime belge SA and Dafra-Lines A/S v. komissio, (2000) ECR I 1365: s. 254, 268.
Asia C-7/97 Oscar Bronner GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG ja Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG., (1998) ECR I 7791: s. 279, 280, 365, 367, 414.
Asia C-70/97 P Kruidvat BVBA v. komissio, (1998) ECR I 7183: s. 231.
Yhdistetyt asiat C-115/97, C-116/97 ja C-117/97 Brentjens' Handelsonderneming BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen, (1999) ECR I 6025: s. 302.
Asia C-126/97 Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV, (1999) ECR I 3055. S. 68, 203, 378.
Asia C-212/97 Centros Ltd v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, (1999) ECR I 1459: s. 387.
Asia C-219/97 Maatschappij Drijvende Bokken BV v. Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven, (1999) ECR I 6121: s. 302.
Yhdistetyt asiat C-174/98 P ja C-189/98 P Alankomaat ja Gerard van der Wal v. komissio, (2000) ECR I 1: s. 228.
Yhdistetyt asiat C-180/98 – C-184/98 Pavel Pavlov and others v. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, (2000) ECR I 6451: s. 303.
Asia C-222/98 Hendrik van der Woude v. Stichting Beatrixoord, (2000) ECR I 7111: s. 303.
Asia C-110/99 Emsland-Stärke GmbH v. Hauptzollamt Hamburg-Jonas, (2000) ECR I 11569: s. 386.
Asia C-163/99 Portuguese Republic v. komissio, (2001) ECR I 2613: s. 289.
Asia C-214/99 Neste Markkinointi v. Yötuuli Ky and others, (2000) ECR I 11121: s. 340.
Asia C-309/99 J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh ja Price Waterhouse Belastingadviseurs BV v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap, (2002) ECR I 1577: s. 304, 345.
Asia C-453/99 Courage Ltd v. Bernard Crehan ja Bernard Crehan v. Courage Ltd and others, (2001) ECR I 6297: s. 68, 225.
Asia C-39/00 P Services pour le Groupement d'Acquisitions (SGA) v. komissio, (2000) ECR I 11201: s. 226.
Asia C-94/00 Roquette Fréres SA v. Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ja komissio, (2002) ECR I 9011: s. 121.
Yhdistetyt asiat C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P ja C-219/00 P Aalborg Portland A/S, Irish Cement Ltd, Ciments français SA, Italcementi – Fabbriche Riunite Cemento SpA, Buzzi Unicem SpA and Buzzi Unicem SpA. v. komissio, (2004) ECR I 123: s. 234.
Asia C-436/00 X ja Y, (2002) ECR I 10829: s. 380.
Asia C-418/01 IMS Health GmbH & Co. OHG v. NDC Health GmbH & Co. KG, (2004) ECR I 5039: s. 367, 414.

Yhdistetyt asiat C-189/02 P, C-202/02 P, C-205 – 208/02 P ja C-213/02 P Dansk Rorindustri A/S and others v. komissio, (2005) ECR I: s. 235.
Asia C-53/03 Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) and Others, Panellinios syllogos farmakapothikarion, Interfarm – A. Agelakos & Sia OE and Others, K.P. Marinopoulos Anonymos Etairia emporias kai dianomis farmakeftikon proïonton and others v. GlaxoSmithKline plc, GlaxoSmithKline AEVE, (2005) ECR I 4609: s. 359.
Asia C-397/03 P Archer Daniels Midland Company Co. and Archer Daniels Midland Ingredients Ltd v. komissio, (2006) ECR I 4429: s. 277.
Asia C-74/04 P Komissio v. Volkswagen AG, (2006) ECR I 6585: s. 158.
Asia C-196/04, Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd v. Commissioners of Inland Revenue, (2006) ECR I 7995: s. 386, 387.
Asia C-341/04 Eurofood IFSC Ltd, (2006) ECR I 3813: s. 228.
Asia C-411/04 P Salzgitter Mannesmann GmbH v. komissio, (2007) ECR I 959: s. 227.
Asia C-519/04 P David Meca-Medina ja Igor Majcen v. komissio, (2006) ECR I 6991: s. 304, 346, 347.
Yhdistetyt asiat C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P ja C-519/06 P GlaxoSmithKline Services Unlimited v. komissio, (2009) ECR I 9291: s. 205.
Asia C-202/07 P France Télécom SA v. komissio, (2009) ECR I 2369: s. 363.
Asia C-441/07 P Komissio v. Alrosa Company Ltd, 29.6.2010, ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa: s. 118, 465.

EU:n yleinen tuomioistuin

Asia T-6/89 Enichem Anic SpA v. komissio, (1991) ECR II 1623: s. 101.
Asia T-30/89 Hilti AG v. komissio, (1990) ECR II 163: s. 228, 258, 360, 406.
Asia T-61/89 Dansk Pelsdyravlerforening v. komissio, (1992) ECR II 1931: s. 345.
Asia T-65/89 BPB Industries Plc ja British Gypsum Ltd v. komissio, (1993) ECR II 389: s. 267.
Yhdistetyt asiat T-68/89, T-77/89 ja T-78/89 Societá Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA ja PPG Vernante Peniitali SpA v. komissio, (1992) ECR II 1403: s. 270.
Asia T-148/89 Tréfilunion SA v. komissio, (1995) ECR II 1063: s. 335.
Asia T-24/90 Automec srl v. komissio (II), (1992) ECR II 2223: s. 226, 237, 465.
Asia T-83/91 Tetra Pak International SA v. komissio, (1994) ECR II 755: s. 248, 269, 289, 356, 357, 359, 360.
Asia T-19/92 Groupement d'achat Edouard Leclerc v. komissio, (1996) ECR II 1851: s. 435.
Asia T-5/93 Roger Tremblay and François Lucazeau and Harry Kestenberg v. komissio, (1995) ECR II 185: s. 226.
Asia T-7/93 Lagnese Iglo GmbH v. komissio, (1995) ECR II 1533: s. 271.
Asia T-9/93 Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG v. komissio, (1995) ECR II 1611: s. 340.
Asia T-12/93 Comité central d'entreprise de la société anonyme Vittel et Comité d'établissement de Pierval ja Fédération générale agroalimentaire v. komissio, (1995) ECR II 1247: s. 301.
Asia T-17/93 Matra Hachette SA v. komissio, (1994) ECR II 595: s. 230, 301, 352.
Asia T-504/93 Tiercé Ladbroke SA v. komissio, (1997) ECR II 923: s. 279, 367.
Yhdistetyt asiat T-528/93, T-542/93, T-543/92 ja T-546/93 Metropole télévision SA and Reti Televisive Italiane SpA and Gestevisión Telecinco SA and Antena 3 de Televisión v. komissio, (1996) ECR II 649: s. 231.
Asia T-77/94 Vereniging van Groothandelaren in Bloemkwekerijprodukten, Florimex BV, Inkoop Service Aalsmeer BV and M. Verhaar BV (VGB) v. komissio, (1997) ECR II 759: s. 340.
Asia T-229/94 Deutsche Bahn AG v. komissio, (1997) II 1689: s. 289.

Yhdistetyt asiat T-374/94, T-375/94 ja T-388/94 European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, formerly European Passenger Services Ltd (EPS), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) and Société nationale des chemins de fer français (SNCF) v. komissio, (1998) ECR II 3141: s. 335, 340.
Asia T-395/94 Atlantic Container Line AB and others v. komissio, (2002) ECR II 875: s. 355.
Asia T-175/95 BASF Lacke + Farben AG v. komissio, (1999) ECR II 1581: s. 335.
Yhdistetyt asiat T-189/95, T-39/96, T-123/96 Service pour le groupement d'acquisitions (SGA) v. komissio, (1999) ECR II 3587: s. 226.
Asia T-228/97 Irish Sugar plc v. komissio, (1999) ECR II 2969: s. 359.
Asia T-65/98 Van den Bergh Foods Ltd v. komissio, (2003) ECR II 4653: s. 363.
Asia T-128/98 Aéroports de Paris v. komissio, (2000) ECR II 3929: s. 356.
Yhdistetyt asiat T-191/98, T-212/98 – T-214/98 Atlantic Container Lines AB and others v. komissio, (2003) ECR II 3275: s. 269.
Asia T-198/98 Micro Leader Business v. komissio, (1999) ECR II 3989: s. 290.
Asia T-112/99 Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom ja Télévision française 1 SA (TF1) v. komissio, (2001) ECR II 2459: s. 342, 348.
Asia T-224/00 Archer Daniels Midland Company ja Archer Daniels Midland Ingredients Ltd v. komissio, (2003) ECR II 2597: s. 277.
Asia T-168/01 GlaxoSmithKline Services Unlimited v. komissio, (2006) ECR II 2969: s. 336, 353.
Asia T-313/02 David Meca-Medina ja Igor Majcen v. komissio, (2004) ECR II 3291: s. 346.
Yhdistetyt asiat T-125/03 ja T-253/03 Akzo Nobel Chemicals Ltd ja Akcros Chemicals Ltd v. komissio, (2003) ECR II 4771: s. 228, 233.
Asia T-328/03 O2 (Germany) GmbH & Co. OHG v. komissio, (2006) ECR II 1231: s. 341.
Asia T-201/04 Microsoft Corp. v. komissio, (2007) ECR II 3610: s. 218, 359, 361.
Asia T-339/04 France Télécom SA v. komissio, (2007) ECR II 521: s. 363.
Asia T-340/04 France Télécom SA v. komissio, (2007) ECR II 573: s. 363.
Asia T-170/06 Alrosa Company Ltd v. komissio, (2007) ECR II 2601: s. 117, 250.

Julkisasiamiehen ratkaisuehdotukset

Julkisasiamies Gulmannin ratkaisuehdotus yhdistetyissä asioissa C-241/91 P ja C-242/91 P Radio Telefis Eireann (RTE) ja Independent Television Publications Ltd (ITP), (1995) ECR I 743: s. 366, 414.
Julkisasiamies Jacobsin ratkaisuehdotus asiassa C-67/96 Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, (1999) ECR I 5751: s. 303.
Julkisasiamies Fennellyn ratkaisuehdotus yhdistetyissä asioissa C-395/96 P ja C-396/96 Compagnie Maritime Belge NV ja Dafra-Lines A/S, (2000) ECR I 1365: s. 254, 268.
Julkisasiamies Jacobsin ratkaisuehdotus asiassa C-7/97 Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG and others, (1998) ECR I 7791: s. 280, 365, 366, 367, 412, 415.
Julkisasiamies Légerin ratkaisuehdotus asiassa C-309/99 J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh ja Price Waterhouse Belastingadviseurs BV v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap, (2002) ECR I 1577: s. 342, 343.
Julkisasiamies Jacobsin ratkaisuehdotus asiassa C-53/03 Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) and Others, Panellinios syllogos farmakapothikarion, Interfarm – A. Agelakos & Sia OE and Others, K.P. Marinopoulos Anonymos Etairia emporias kai

dianomis farmakeftikon proïonton and others v. GlaxoSmithKline plc, GlaxoSmithKline AEVE, (2005) ECR I 4609: s. 359.

Komissio

Asia Pelikan / Kyocera. Commission of the European Economic Community. Commission XXVth Report on Competition Policy 1995. Published in conjunction with the General Report on the Activities of the European Communities 1995. Brussels – Luxembourg 1996: s. 260, 261.
Asia IV/36.888, 2000/12/EY, Vuoden 1998 jalkapallon maailmanmestaruuskisat, EYVL 8.1.2000 L 5/55: s. 289.
Asia Wanadoo Interactive, komission päätös 16.7.2003 (COMP/38.233): s. 363.

Euroopan ihmisoikeuskomitea

Asia S.A. Stenuit v. France (11598/85), 11.7.1989: s. 228, 232.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

Asia Le Compte, van Leuven ja De Meyere v. Belgia (6878/75, 7238/75), 23.6.1981: s. 236.
Asia Albert ja Le Compte v. Belgia (7299/75, 7496/76), 10.2.1983: s. 236.
Asia Société Stenuit v. France (67/1991/319/391), 24.2.1992: s. 228, 232.

SUOMI

Korkein oikeus

KKO 1987:16: s. 388.
KKO 1990:26: s. 171.
KKO 1990:138: s. 400
KKO 1990:171: s. 400
KKO 1992:89: s. 172.
KKO 1992:145: s. 383
KKO 1992:196: s. 399
KKO 1994:88: s. 183.
KKO 1996:27: s. 403
KKO 1996:90: s. 183.
KKO 1999:48: s. 171.
KKO 2001:33: s. 183.
KKO 2001:56: s. 384
KKO 2001:135: s. 183.
KKO 2003:22: s. 384.
KKO 2003:126: s. 384
KKO 2004:77: s. 101.
KKO 2004:113: s. 384.
KKO 2004:114: s. 384.
KKO 2006:20: s. 390.
KKO 2007:99: s. 384.
KKO 2008:22: s. 384.
KKO 2009:45: s. 163.

Korkein hallinto-oikeus

Normilk Oy (Valio (II)), päätös 9.4.1996 taltio 988 (6384/1/94 ja 118/1/95): s. 357, 432.
Valtatie Oy, päätös 12.4.2006 taltio 893 (2301/2/05): s. 234.
SA-Capital Oy, päätös 12.4.2006 taltio 894 (2321/2/05): s. 234.
Lemminkäinen Oyj, päätös 12.4.2006 taltio 895 (2299/2/05): s. 234.

Markkinaoikeus

MAO 123/02: s. 405.
MAO 59/03: s. 231.
MAO 242/03: s. 231.
MAO 3/04: s. 231.

Eduskunnan perustuslakivaliokunta

PeVL 3/1963 (HE 95/1962 vp, Hallituksen esitys laiksi taloudellisen kilpailun edistämisestä): s. 107, 380.
PeVL 10/1973 vp (HE 55/1973 vp, Hallituksen esitys laiksi maanvuokralain muuttamisesta): s. 380.
PeVL 3/1982 vp (HE 247/1981 vp, Hallituksen esitys oikeustoimen kohtuullistamista koskevaksi lainsäädännöksi): s. 380.
PeVL 2/1986 vp (HE 108/1985 vp, Hallituksen esitys kaapelilähetystoimintaa koskevaksi lainsäädännöksi): s. 116.
PeVL 13/1986 vp (HE 62/1986 vp, Hallituksen esitys laeiksi avioliittolain sekä siihen liittyvien lakien muuttamisesta): s. 73, 380.
PeVL 2/1988 vp (HE 149/1987 vp, Hallituksen esitys laiksi hintasulusta): s. 105.
PeVL 19/1994 vp (HE138/1994 vp, Hallituksen esitys sähkömarkkinalaiksi): s. 116, 120.
PeVL 1/1996 vp (HE 180/1995 vp, Hallituksen esitys laiksi teletoimintalain muuttamisesta): s. 116.
PeVL 45/1996 vp (HE 241/1996 vp, Hallituksen esitys eläkelaitosten vakavaraisuussäännösten uudistamisesta): s. 77.
PeVL 47/1996 vp (HE 163/1996 vp, Hallituksen esitys telemarkkinalaiksi ja laiksi telehallinnosta annetun lain muuttamisesta): s. 103, 116, 119.
PeVL 33/1998 vp (HE 162/1998 vp, Hallituksen esitys laiksi sähkömarkkinalain muuttamisesta): s. 116.
PeVL 4/2000 vp (HE 134/1999 vp, Hallituksen esitys maakaasumarkkinalaiksi): s. 116, 120, 413.
PeVL 34/2000 vp (HE 73/2000 vp, Hallituksen esitys laiksi telemarkkinalain muuttamisesta): s. 103, 104, 112, 116, 118, 119.
PeVL 19/2002 vp (HE 46/2002 vp, Hallituksen esitys laeiksi lääkelain ja eräiden muiden lakien muuttamisesta): s. 116, 119.
PeVL 54/2002 vp (HE 96/2002 vp, Hallituksen esitys verkkotunnuslaiksi ja viestintähallinnosta annetun lain 2 §:n muuttamisesta): s. 110.
PeVL 21/2004 vp (HE 80/2004 vp, Hallituksen esitys vapaaehtoisten eläkevakuutusten tuloverotusta koskevien säännöksien uudistamiseksi): s. 114.

PeVL 33/2005 vp (HE 108/2005 vp, Hallituksen esitys lääkelain muuttamisesta): s. 118, 119.
PeVL 49/2005 (HE107/2005 vp, Hallituksen esitys lääkelain muuttamisesta): s. 112, 113, 116, 119.
PeVL 31/2006 vp (HE 38/2006 vp, Hallituksen esitys taksiliikennelaiksi sekä laiksi luvanvaraisesta henkilöliikenteestä tiellä annetun lain muuttamisesta): s. 116.
PeVM 25/1994 vp (HE 309/1993 vp, Hallituksen esitys perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta): s. 117.

YHDYSVALLAT

United States v. Trans-Missouri Freight Association, 166 U.S. 290 (1897): s. 242, 276.
United States v. Joint Traffic Association, 171 U.S. 505 (1898): s. 242.
United States v. Addyston Pipe & Steel, 85 F. 271 (6th Cir. 1989), aff'd, 175 U.S. 211 (1899): s. 242.
Standard Oil Co. v. United States, 221 U.S. 1 (1911): s. 242.
Unites States v. American Tobacco Co., 221 U.S. 106 (1911): s. 242.
Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co., 220 U.S. 373 (1911): s. 242.
Unites States v. Trenton Potteries Co., 273 U.S. 392 (1927): s. 242.
Schechter Poultry v. United States, 295 U.S. 495 (1935): s. 243.
Northern Pacific Railway Co. v. United States, 356 U.S. 1 (1958): s. 276.
Klor's, Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc., 359 U.S. 207 (1959): s. 276.
Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., 504 U.S. 451, 112 S.Ct. 2072 (1992): s. 258.

Asiahakemisto

Apologia ja utopia, s. 51–54, 124, 127
Avoimen systeemin sopimuskäsitys, s. 22, 79–80
Eklektisyys, s. 9, 89, 137–138, 144–146, 466–467
Eksternaliteetit, s. 81, 131, 313
Elinkeinovapaus, s. 66, 73–77, 98, 101, 116, 118, 120, 123, 135, 199, 220–221, 250, 411
Heikomman suojaamisen periaate, s. 152–153, 178, 180–181, 184, 192, 297, 413, 417, 426
Hyvinvointi
– jakaminen, s. 43, 47–48, 86, 114, 135, 176–177, 201, 205, 210–214, 248–250, 274, 285, 295, 318–320, 353, 377–379, 389, 405, 449–453, 458–459
– lisääminen, s. 43, 47–48, 58, 62, 65, 78–79, 86–88, 94, 114, 135, 139, 167, 176–177, 197, 201, 205, 207–210, 213, 245–246, 248–250, 274, 285, 295, 314–315, 318–320, 353, 377–379, 389, 449–453, 458–459
Hyvän tavan vastaisuuden kielto, s. 34, 50, 107, 110, 206, 371, 396, 424, 438–440, 453, 466
Ilmaisuteoria, s. 159–160, 171
Instituutiot
– oikeudelliset, s. 45, 57–60, 62, 71–72, 78, 97–98, 125, 151, 292, 443
– taloudelliset, s. 57–60, 71, 78, 125, 151, 292, 443
– tehtävät, s. 57–60, 78, 392
Integraatioperiaate, s. 202, 283, 296–297, 453
Kartellikielto
– EUT-sopimuksen 101(1) artikla, s. 3–4, 34, 275, 303–305, 334, 341, 434–435, 463–465
– EUT-sopimuksen 101(3) artikla, s. 3–4, 34, 135, 211, 276, 305, 333, 342, 348, 349, 361, 435, 463
Kilpailu
– institutionaalinen arviointi, s. 86, 95–97, 143–144
– prosessinäkemys, s. 65, 81, 84, 86, 89–95, 100, 136, 141–142, 218, 223, 244, 247, 255, 264–266, 270, 272–274, 279–280, 288, 294, 296, 298–299, 301, 309, 326, 339, 358–359, 361, 363–365, 406, 454–455
– rakenteellinen arviointi, s. 86–89, 95, 97, 137, 141, 243, 251, 314, 318, 320, 423, 454
– tehtävät, s. 85–86
Kilpailuedut, s. 89–92, 137, 141–143, 216, 320
Kilpailunrajoitus
– kilpailuanalyysi, s. 337–341
– tarkoitus, s. 277–278, 334–336
– vaikutus, s. 278–281, 337–338
– vähämerkityksellisyys, s. 268, 338–339, 401, 410, 439
Kilpailuoikeus
– julkisoikeudellinen soveltaminen, s. 7
– pelisääntöjen asettaminen, s. 100, 247, 293, 302–303, 316, 326
– yksityisoikeudellinen soveltaminen, s. 7, 237
Kilpailupolitiikka, s. 49–50, 204, 299
Koherenssi
– lokaalinen, s. 17, 29, 307, 443
– sisältö, s. 12–14, 443
Kohtuus
– sopimustasapaino, s. 172, 177–181, 189, 324, 398, 400, 403, 423, 426–427
– sovittelu, s. 110, 153, 179, 181–184, 312, 325, 397–402, 406–407, 427–428, 455–456

Kohtuusperiaate, s. 26, 30, 47, 151, 153, 172, 174, 309, 312, 324–326, 379, 395–397, 422, 426, 455–456
Kohtuuttomien oikeustoimien voimaan saattamisen kielto, s. 34, 369, 395, 410, 466
Kolluusio- ja tehokkuushypoteesit, s. 125, 132–133, 138
Konsistenssi, s. 12–13, 23, 126, 129, 443
Liitännäisrajoitusharkinta, s. 343–349, 464
Lojaliteettiperiaate, s. 26, 170, 172–174, 190, 322, 422, 426, 450
Luottamus, s. 30, 58, 78, 80–81, 160, 165–166, 312, 398
Luottamusperiaate, s. 9, 151–152, 161, 178–181, 190–191, 312, 318, 320–323, 379, 397–398, 422, 426, 450–451
Luova tuho, s. 92, 217
Länsimaisen vallan paradoksi, s. 124–126, 459
Markkinat
– dynamiikka, s. 51, 83, 92, 98, 126, 129, 133, 136, 165, 215, 217, 264–265, 271, 274, 338–339, 350, 354, 364–365, 367–377, 389, 454–455
– markkinoiden määrittely, s. 87, 138, 141, 253, 255, 337, 404
– markkinoiden toimivuus, s. 3, 7, 9, 33, 43, 46–48, 60, 63, 65, 71, 79–80, 92, 98, 115, 138, 156, 162, 196, 220, 247, 283, 301, 308, 318, 357, 377, 450
– markkinoiden toimivuus perusoikeutena, s. 82, 198–200, 251
Markkinavoima, s. 8–9, 65, 92, 216, 221, 253–255, 259, 268, 338–339, 351, 360, 402, 423
Menettelylliset oikeudet
– *ne bis in idem* -kielto, s. 235
– oikeudellinen perusta, s. 228–230
– oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin, s. 108, 228, 231–232
– oikeus tulla kuulluksi, s. 120, 233
– puolustautumisoikeudet, s. 228, 232–234
Monopoli, s. 63, 88, 120, 139, 213–217, 243, 253–254, 257, 260, 268, 314, 401, 412, 423, 454
Moraali, s. 15, 18, 23, 43–44, 49–51, 54, 97, 129, 151, 169, 208, 373–374, 376
Määräävä markkina-asema
– erityinen vastuu, s. 268, 356, 359
– määrittely, s. 5, 254, 256, 356–358
– oikeuttamisperusteet, s. 5–6, 305, 357, 361, 465
– suhde markkinavoimaan, s. 254
Määräävän markkina-aseman väärinkäytön kielto, s. 5–6, 100, 277, 302, 356, 384, 388–390, 393, 403–404, 424, 432
Oikeudelliset käsitteet, s. 19–20
Oikeudelliset päällekkäisongelmat, s. 11, 106
Oikeudelliset teoriat, s. 19, 29, 32, 461
Oikeudenmukaisuus
– materiaalinen, s. 175–176, 292–293, 324–325, 395, 455–456
– menettelyllinen, s. 176–177, 293–294, 326–327, 456
Oikeuden väärinkäytön kielto, s. 34, 110, 382, 424, 453, 466
Oikeusperiaatteet
– institutionaalinen tuki, s. 23–25, 446, 457
– pätevyys, s. 21
– soveltaminen, s. 28
– tehtävät, s. 25
Olennaiset toimintaedellytykset, s. 279, 366–367, 414
Oligopoli, s. 88, 140–141, 243, 314, 454
Omaisuudensuoja, s. 46, 73–75, 98, 101, 107, 109, 116, 123, 161, 220–221, 250, 316, 411
Ordoliberalismi
– ajattelun perusta, s. 245–248
– kokonaisvaltainen kilpailu, s. 246, 315
– yksityisoikeudellinen yhteiskunta, s. 64–65
Organisaatiot, s. 57–58, 71–72, 245
Perusoikeudet
– horisontaalinen vaikutus, s. 43, 47, 74, 99, 128, 249, 269
– kvalifioiminen, s. 107, 109, 159, 370
– oikeushenkilöt, s. 76–77, 101–105, 413
– rajoittaminen, s. 106–108, 111, 114, 123–124, 222–223, 249–250, 263, 274, 385, 391, 394, 427
– taloudelliset vapausoikeudet, s. 72–74, 101–103, 108–110, 116, 220–221, 248–249
– yleiset rajoitusedellytykset, s. 33, 101, 111
Perusteltujen odotusten suojaaminen, s. 52, 80, 98, 152, 162–163, 167–171, 218, 379, 398, 450

Perusvapaudet, s. 75–76, 121, 285, 380, 386–387
Politiikka, s. 18, 33, 43, 49, 54–55, 151, 377
Reiluusperiaate, s. 291, 309, 323, 449
Riippuvuustilanteet, s. 100, 160, 259–260, 262, 282, 393, 402, 420, 466
Rinnakkaisen punninnan malli, s. 30, 446, 462
Rule of reason -harkinta
– EU, s. 341–343, 346
– Yhdysvallat, s. 242–243, 276
Shikaanikielto, s. 384–385
Sopimuksentekovelvollisuus, s. 279, 356, 369, 410, 424, 428, 466
Sopimus
– oikeudellisena instituutiona, s. 60, 62, 71–72, 78, 97–98
– tahtojen yhtymänä, s. 157–158, 310, 421
Sopimusoikeudelliset suojaroolit, s. 185–188
Sopimusvapaus, s. 72–74, 107, 158–159, 220, 383, 410
Sopimusvoima, s. 187, 253–254, 402, 423
Sosiaalinen suorituseste, s. 24, 190–192
Suhteellisuusperiaate, s. 117–120, 353, 355, 360, 380–382, 385, 387, 394, 412–413, 434, 445, 453, 457
Suorituskilpailu, s. 206, 223, 248, 274, 315
Systematisointi
– oikeusjärjestyksen johdonmukaisuus, s. 3, 14
– sisältö, s. 12, 18
– yhteiskunnallisen arvopohjan hajautuminen, s. 15–16
Tahdonvapaus, s. 73, 151–152, 154–157, 179, 310–311, 370
Tahtoperiaate, s. 154, 164, 179, 189, 310, 370, 422, 451
Tahtoteoria, s. 159
Taloudellinen työnjako, s. 58, 62, 77–78
Talouden oikeudellinen sääntely
– lähtökohdat, s. 45–48, 124
– normatiivisuus, s. 51–54
Talouden perustuslaki
– ordoliberalismi, s. 64–66
– EU-oikeus, s. 66–69
Talous, s. 7, 33, 41–43, 45
Taloustiede
– oikeustieteen asettamat vaatimukset, s. 134–136
– perusta, s. 129–130
– premissit, s. 132–133
– taloustieteellisen harkinnan rakenne, s. 136, 138
Tehokkuus
– allokatiivinen, s. 77, 87, 135, 212–215
– dynaaminen, s. 87, 217–219, 263, 265
– tuotannollinen, s. 87, 216–217, 263
Tehokkuusperiaate, s. 201, 285, 318–320, 450
Terve ja toimiva kilpailu, s. 92, 205–207, 223, 302, 375
Toimintavapaus, s. 65, 72–73, 86, 97, 114, 124, 156, 220–222, 239, 245, 252, 310, 451
Toimintaympäristö
– kilpailuoikeudellinen harkinta, s. 429, 463–465
– sopimusoikeudellinen harkinta, s. 82, 154, 438, 466
Traditiosidonnaisuus
– oikeustiede, s. 9–10, 25, 300
– taloustiede, s. 145
Tyyppitapausajattelu, s. 419–420
Täydellinen kilpailu, s. 88, 454
Vaihdannan intressi, s. 78–79, 167
Vaihdannan rehellisyys ja kunniallisuus, s. 152, 163–164, 168–170, 379, 426, 466
Vaiheittainen malli, s. 444
Vapausperiaate, s. 220, 317, 453
Välitön oikeusvaikutus, s. 68, 224–227
Yhdysvaltain antitrust-lainsäädäntö
– kehityspiirteet, s. 242–244, 276
– yksilöiden oikeuksien suojaaminen, s. 239–241, 244–245
Yhteinen tehtävä, s. 457
Yhteiskunnan perusrakenne, s. 41
Yleiset opit, s. 18, 461–462

Sopimusoikeus ja kilpailuoikeus muodostavat markkinoiden oikeudellisen sääntelyn perustan. Sopimusoikeudessa luodaan puitteet yksittäisten toimijoiden väliselle yhteistoiminnalle ja samalla vaihdannalle. Kilpailuoikeudessa rajataan yksittäisten toimijoiden mahdollisuuksia keskinäisten suhteidensa järjestämiseen, jotta edellytykset markkinoiden toimivuudelle voidaan taata. Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden suhteet voivat muodostua jännitteisiksi. Kartellikielto ja määräävän markkina-aseman väärinkäytön kielto asettavat oikeudellisia rajoja sopimustoiminnalle. Kilpailuoikeus näyttäytyy interventionistisena suhteessa sopimusoikeuteen. Sääntelytilanteen arvioinnissa voidaan hyödyntää perusoikeuksien yleisiä rajoitusedellytyksiä, jotka asettavat puitteet yksilöllisten oikeuksien ja erilaisten kollektiivisten hyvien yhteensovittamiselle. Asetelman hallitsemiseksi on tarkastelukulmaa laajennettava siten, että luodaan kokonaiskuva sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden suhteista.

Teoksessa tarkastellaan sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden perustavia lähtökohtia sekä niiden keskinäisiä leikkauspisteitä. Arviointi perustuu kummankin oikeudenalan kantaviin periaatteisiin. Nämä periaatteet auttavat määrittämään sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden keskeiset yhteiset sisällölliset lähtökohdat, jotka liittyvät markkinoiden toimintaedellytysten turvaamiseen. Sopimusoikeudella ja kilpailuoikeudella on katsottava olevan yhteinen tehtävä.

Kokonaiskuvan avulla voidaan tarkastella kestävästi sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden konkreettisia leikkauspisteitä. On arvioitava, kuinka rinnakkaiselta oikeudenalalta tulevat impulssit voidaan sisällyttää sopimus- ja kilpailuoikeudelliseen harkintaan. Teoksessa käsitellään kartellikiellon ja määräävän markkina-aseman väärinkäytön kiellon sekä hyvän tavan vastaisuuden kiellon, oikeuden väärinkäytön kiellon, kohtuuttomien oikeustoimien voimaan saattamisen kiellon ja sopimuksen tekovelvollisuuden soveltamisen rajapintoja.

Teos tarjoaa ensimmäisen kokonaisvaltaisen esityksen sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden suhteista. Asetelman tuntemus on välttämätöntä monien sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden soveltamiskysymysten ratkaisemiksi. Kirjaa voivat hyödyntää sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden parissa työskentelevät lakimiehet sekä muut asiantuntijat.

toimisto@lakimiesyhdistys.fi
www.lakimiesyhdistys.fi

ISSN-L 0356-7206
ISSN 0356-7206
ISBN 978-951-855-304-8