

Kilpailuoikeuden seuraamusjärjestelmä: vahingonkorvauksen ongelmat ja
sopimusperusteinen vahingonkorvausvastuu

Lapin yliopisto
Oikeustieteiden
tiedekunta
Maisteritutkielma
Juho-Heikki Mikkonen
Kilpailuoikeus
Kevät 2012

Lapin yliopisto, oikeustieteiden tiedekunta

Työn nimi: Kilpailuoikeuden seuraamusjärjestelmä: vahingonkorvauksen ongelmat ja sopimusperusteinen vahingonkorvausvastuu

Tekijä: Juho-Heikki Mikkonen

Opetuskokonaisuus ja oppiaine: Kilpailuoikeus

Työn laji: Tutkielma Laudaturtyö Lisensiaatintyö Kirjallinen työ

Sivumäärä: VIII + 68

Vuosi: kevät 2012

Tiivistelmä: Tutkielmassa tarkastellaan vahingonkorvauksen hakemista kilpailunrajoituksilla aiheutetuista vahingoista. Tutkimustehtävänä on tarkastella, miten eri oikeuskeinojen avulla on mahdollista hakea vahingonkorvausta ja mitä ovat vahingonkorvauksen yleiset edellytykset kilpailuoikeuskontekstissa. Tutkimusmenetelmä on oikeusdogmaattinen, eli oikeudenalan tämänhetkisen tilan läpikäymisellä on tarkoitus selvittää alan systematiikkaa ja keskeisten määritelmien sisältöä. Tutkimus on jaettu kolmeen osaan, eli oikeudenalan esittelevään johdantoon, seuraamusjärjestelmän yksityisoikeudelliseen osaan ja johtopäätöksiä sisältävään osaan. Lisäksi loppuun on otettu pieni katsaus Yhdysvaltalaisen oikeuskäytännön muovaamista menetelmistä vahingon määrän osoittamisen osalta.

Kilpailuoikeudellisten vahinkojen osalta korostuu oikeuskeinojen laaja kirjo ja kotimaisen oikeuskeinojen vähyyt. Suurimmat ongelmat koko EU:n alueella vahingonkorvausten saamisessa on koettu olevan vahinkojen ja kilpailunrajoitusten välisen syy-yhteyden muodostamisessa ja vahingon määrän mittaamisessa. Ongelmallista on myös se, että vain viranomaisten käytössä on tarpeeksi resursseja ja ammattitaitoa tutkia kilpailunrajoitusten olemassaolo. Lisäksi suuri ongelma on ammattitaidon ja erityisosaamisen vaatimus, jota jo pelkkä vahingon määrittäminen edellyttää. Vahingonkorvauksen yleisten edellytysten soveltuminen kilpailuoikeudellisiin vahinkoihin on vahinkojen ominaispiirteiden vuoksi haastavampaa, kuin tavallisessa vahingonkorvauksessa. Kilpailunrajoituksille on ominaista niillä aiheutettujen vahinkojen eteenpäin vierittäminen, jolloin vahingonkärsijä on hyvin etäällä itse vahingon aiheuttajasta. Toinen ominainen piirre on, että kilpailunrajoitukset todetaan monesti vasta muutaman vuoden päästä kilpailunrajoituksen lakkaamisesta. Nämä tuo omat haasteensa syy-yhteyden ja vahingon määrän mittaamisen todistamiseen. Mahdollisella ennakkolisella varautumisella etenkin sopimussuhteessa oleva vahingonkärsijä voi vaikuttaa mahdollisuuksiinsa saada vahingonkorvausta.

Avainsanat: eskulpaatiovastuu, kilpailulaki, kilpailunrajoitus, vahingonkorvaus, vahingon mittaaminen, yksityisoikeudellinen täytäntöönpano

Muita tietoja:

Suostun tutkielman luovuttamiseen Rovaniemen hovioikeuden käyttöön

Suostun tutkielman luovuttamiseen kirjastossa käytettäväksi

Suostun tutkielman luovuttamiseen Lapin maakuntakirjastossa käytettäväksi

(vain Lappia koskevat)

Sisällysluettelo

Sisällysluettelo.....	II
Lähdeluettelo	IV
Kirjallisuus	IV
Virallislähteet	VI
Oikeuskäytäntö	VII
I JOHDATUS AIHEESEEN	1
1. Johdanto.....	1
1.1 Tutkielman tausta.....	1
1.2 Aiheen rajaus.....	4
1.3 Tutkimusmetodi ja tutkielman rakenne.....	6
2. Säädösperusta	7
2.1 Kilpailusäännöt.....	7
2.1.1 Kansalliset kilpailusäännöt	7
2.1.2 EU:n kilpailusäännöt.....	10
2.2 Kilpailuoikeudellinen vahingonkorvaussäännöstö ja periaatteet	12
3. Kilpailunrajoituksista ja niiden aiheuttamista vahingoista.....	15
3.1 Kartellit ja muu horisontaalinen yhteistyö.....	15
3.1.1 Sallittu horisontaalinen yhteistyö	17
3.2 Vertikaalinen yhteistyö	19
3.3 Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö	21
II YKSITYISOIKEUDELLINEN TÄYTÄNTÖÖNPANO	23
4. Kilpailuoikeudellinen vahingonkorvaus.....	23
4.1 Käytettävissä olevat oikeuskeinot.....	24
4.1.1 Kilpailunrajoituslaki	25
4.1.2 Kilpailulaki	26
4.1.3 Vahingonkorvauslaki	27
4.1.4 Sopimusperusteinen vahingonkorvaus	28
4.2 Vahingonkorvauksen edellytykset	34
4.2.1 Vahingonkorvaussääntöjen soveltaminen	35

4.2.2 Vahingon aiheutuminen ja määrän laskeminen	38
4.2.3 Vahingon määrää alentavat seikat.....	41
4.3 Syy-yhteyden näyttäminen vahingon etäännyessä	47
4.3.1 Markkinallisesti etäännytynyt vahinko	48
4.3.2 Ajallisesti etäännytynyt vahinko	50
4.4 <i>Leniencyn</i> suhde vahingonkorvaukseen.....	53
III JOHTOPÄÄTÖKSIÄ	55
5. Oikeuskeinojen punnintaa	55
5.1 Kilpailulain säännöksille perustuva korvausvaatimus	56
5.1.1 Tuottamus kilpailunrajoituksissa.....	56
5.1.2 Tuottamuksen poistavia seikkoja	59
5.2 Sopimusperusteinen vahingonkorvausvastuu – käännetty todistustaakka.....	60
5.2.1 Tuottamusolettama ja ekskulpaatiovastuu.....	60
5.2.2 Vahingonkorvausehto sopimuksessa - esimerkkinä Metsäkartelli	62
6. Lopuksi – De Lege Ferenda.....	64
6.1 Kilpailuoikeudelliset vahingonkorvaukset Yhdysvalloissa.....	64
6.1.1 Vahingon mittaamiseen käytettävät menetelmät	65

Lähdeluettelo

Kirjallisuus

- Alkio, Mikko - Wik, Christian: *Kilpailuoikeus*. Helsinki, 2009. (Alkio & Wik 2009)
- Havu, Katri - Kalliokoski, Toni - Wikberg, Olli: *Kilpailuoikeudellinen vahingonkorvaus*. Helsinki, 2010. (Havu ym 2010)
- Hemmo, Mika: *Sopimusoikeus II*. Helsinki, 2003. (Hemmo 2003)
- Hemmo, Mika: *Vahingonkorvausoikeus*. Helsinki, 2005. (Hemmo 2005)
- Hemmo, Mika: *Sopimusoikeuden oppikirja*. Helsinki, 2008. (Hemmo 2008)
- Husa, Jaakko - Mutanen, Anu - Pohjolainen, Teuvo: *Kirjoitetaan juridiikkaa*. Helsinki, 2008. (Husa ym. 2008)
- Kuoppamäki, Petri: *Uusi kilpailuoikeus*. Helsinki, 2012. (Kuoppamäki 2012)
- Marshall, Kevin (toim.): *The Economics of Antitrust Injury and Firm-Specific Damages*. Tucson, 2008. (Marshall 2008)
- Mentula, Arttu: *Kartellit Suomen ja EY:n kilpailuoikeudessa*. Helsinki, 2002. (Mentula 2002)
- Ojala, Marjo: *EU-kilpailuoikeus*. Helsinki, 2011. (Ojala 2011)
- Posner, Richard A.: *Antitrust Law*. Chicago, 2001. (Posner 2001)
- Routamo, Eero - Ståhlberg, Pauli: *Suomen Vahingonkorvausoikeus*. Jyväskylä, 2000. (Routamo & Ståhlberg 2000)
- Routamo, Eero - Ståhlberg, Pauli - Karhu, Juha: *Suomen vahingonkorvausoikeus*. Helsinki, 2006. (Routamo ym. 2006)
- Wahl, Nils: *Optimala sanktioner inom svensk konkurrensrätt*. Konkurrensverkets uppdragsforskningsserie, Stockholm 2006, Saatavilla osoitteessa: http://www.konkurrensverket.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/uppdragsforskning/forsk_rap_2006_2006-3.pdf. (Wahl 2006)
- Wikberg, Olli: *Johdatus kilpailuoikeuteen*. Helsinki, 2011. (Wikberg 2011)
- Wils, Wouter P.J.: *Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?* World Competition, Vol 26, N:o 3, 2003, s.473-488. (Wils 2003)
- Virtanen, Pertti: *Määrävän markkina-aseman kontrollointi*. Helsinki, 2001. (Virtanen 2001)

Artikkelit ja lyhyemmät kirjoitukset:

Aalto-Setälä, Ilkka: *Kilpailuoikeudellista vahinkoa koskeva sopimusehto hankintasopimuksessa*. Artikkelit julkaistu Edilex-palvelussa 10.8.2011, 2011. (Aalto-Setälä 2011)

Hemmo, Mika: *Sopimusoikeuden yleiset opit ja kilpailuoikeus*. Lakimies 7-8/2006, s. 1134-1157. (Hemmo 2006)

Kanniainen, Vesa - Saraste, Tuomas - Tammelin, Katja: *Kartellivahingon ja sen määrän toteennäyttäminen vahingonkorvausoikeudenkäynnissä*. Defensor Legis 3/2006, s. 419-440. (Kanniainen ym. 2006)

Routamo, Eero: *Vastaavuusteoria ja suorituksen virheellisyys sopimussuhteessa*. Lakimies 1980, s. 122-130

Tulokas, Mikko: *Kirja-arvostelu - Kilpailuoikeudellinen vahingonkorvaus*. Lakimies 7-8/2010, s.1384-1387. (Tulokas 2010)

Virtanen, Pertti: *Vahingonkorvaus*. Teoksessa Aalto-Setälä, Ilkka - Aine, Antti - Lehto, Petri - Parikka, Julius - Petäjänniemi-Björklund, Anne - Stenborg, Markku - Virtanen, Pertti: *Kilpailulait ja laki julkisista hankinnoista*, s. 516-528. Helsinki, 2008. (Virtanen 2008)

Virtanen, Pertti: *Yksityisoikeudelliset seuraamukset*. Teoksessa Aalto-Setälä, Ilkka - Aine, Antti - Lehto, Petri - Petäjänniemi-Björklund, Anne - Stenborg, Markku - Virtanen, Pertti: *Kilpailulait ja laki julkisista hankinnoista*, s. 487-499. Helsinki, 2003. (Virtanen 2003)

Muut:

Metsähallituksen tiedote 13.12.2011 vahingonkorvauskanteestaan metsäkartellissa.

Puheenvuoroja, Kilpailuviraston vuosikirja 2011

Virallislähteet

Suomi

HE 88/2010 Hallituksen esitys uudeksi kilpailulaiksi.

HE 187/1973 Hallituksen esitys eduskunnalle Vahingonkorvausta koskevaksi lainsäädännöksi.

Korkeimman oikeuden lausunto työ- ja elinkeinoministeriölle Kilpailulaki 2010 –mietinnöstä KKO OH2009/27 6.5.2009.

EU

Lissabonin sopimus Euroopan unionista tehdyn sopimuksen ja Euroopan yhteisön perustamissopimuksen muuttamisesta EUVL C 306, 17.12.2007, s. 1.

Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (SEUT) konsolidoitu toisinto, EUVL C 83, 30.3.2010, s. 47.

Asetukset ja direktiivit

Asetus N:o 17, Perustamissopimuksen 85 ja 86 artiklan ensimmäinen täytäntöönpanoasetus, EYVL 13, 21.2.1962, s. 204. (asetus 17/62)

Neuvoston asetus (EY) N:o 1/2003, annettu 16 päivänä joulukuuta 2002, perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklassa vahvistettujen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta

Komission asetus (EY) N:o 773/2004, annettu 7 päivänä huhtikuuta 2004, EY:n perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklan mukaisten komission menettelyjen kulusta.

Neuvoston asetus (EY) N:o 139/2004, annettu 20 päivänä tammikuuta 2004, yrityskeskittymien valvonnasta.

Komission asetus (EY) N:o 802/2004, annettu 7 päivänä huhtikuuta 2004, yrityskeskittymien valvonnasta annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 139/2004 täytäntöönpanosta.

Tiedotteet ja vuosikertomukset:

Komission lehdistötiedote IP/00/589. 7.6.2000.

Komission lehdistötiedote IP/07/209, 21.2.2007.

Komission lehdistötiedote IP/08/1007, 25.6.2008.

KOM(2008) 165; *Valkoinen kirja yhteisön kilpailuoikeuden rikkomisesta johtuvista vahingonkorvauskanteista*. 2008. (KOM(2008) 165)

Komission vuosikertomus 2008.

Tiedonannot:

Komission tiedonanto – Suuntaviivat Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklan soveltamisesta horisontaalista yhteistyötä koskeviin sopimukseen. EUVL C 11, 14.1.2011, s. 1, sekä Komission tiedonanto – Suuntaviivat perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan (nyk. 101 artikla 3 kohta) soveltamisesta. EUVL C 101, 27.4.2004, s. 97.

Komission tiedonanto – Tiedonanto vähämerkityksisistä sopimuksista, jotka eivät Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 81 artiklan 1 kohdassa tarkoitettulla tavalla rajoita tuntuvasti kilpailua (de minimis -sopimukset) EYVL C 368, 22.12.2001, s. 13.

Oikeuskäytäntö

Korkein oikeus:

KKO 1981 II 74

KKO 1987:24

KKO 1988:20

KKO 1990:30

KKO 1990:150

KKO 1994:37

KKO 1994:74

KKO 2006:56

Alioikeudet:

Asfalttikartelli, Helsingin käräjäoikeus, dnrot 08/16883, 08/16911, 08/17126, 08/17127, 09/3828, 09/8891, 09/9417, 09/9648, 09/10108, 09/10623, 09/10852, 09/11363, 09/11591, 09/11592, 09/11594, 09/11596, 09/11598, 09/13094, 09/42969, 09/47990, 09/49467

Qvist v. John Crane Safematic, Keski-Suomen käräjäoikeus, tuomio 2010/1, dnro 05/561

Saunalahti v. Elisa, Helsingin käräjäoikeus, tuomio 33766, dnro 02/15593

Hallintotuomioistuimet:

KHO 2009:83, 29.9.2009, taltio 2389

Markkinaoikeus:

MAO 614/09, dnro 407/06/KR, 3.12.2009

MAO 594/11, dnro 159/10/KR, 20.12.2011

Kilpailuvirasto/Kilpailuneuvosto:

Kilpailuviraston seuraamusmaksuesitys markkinaoikeudelle dnro 258/61/06, 29.4.2010

Kilpailuviraston seuraamusmaksuesitys markkinaoikeudelle dnro 416/61/2004, 21.12.2006

Kilpailuneuvoston päätös dnro 46/690/2000, 13.11.2000

EU – Euroopan yhteisöjen tuomioistuin:

Asia 27/76, *United Brands Company ja United Brands Continentaal BV v. Euroopan yhteisöjen komissio*, tuomio 14.2.1978, Kok. 1978, s. 207.

Asia C-453/99, *Courage Ltd v. Bernard Crehan*, ennakkoratkaisupyyntö: Court of Appeal – Yhdistynyt kuningaskunta, tuomio 20.9.2001, Kok. 2001, s. I-06297

Yhdistetyt asiat C-295/04/ - C-298/04, *Vincenzo Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito v. Fondiaria Sai SpA ja Nicoló Tricarico sekä Pasqualina Murgolo v. Assitalia Sp*, ennakkoratkaisupyyntö: Giudice di pace di Bitonto – Italia, tuomio 13.7.2006, Kok. 2006, s. I-06619

Yhdysvallat – Supreme Court of the United States:

Kumho Tire Co. v. Carmichael, 526 U.S. 137 (1999)

I JOHDATUS AIHEESEEN

1. Johdanto

1.1 Tutkielman tausta

Kotimaisten suuryritysten viime aikoina saama kyseenalainen julkisuus kartelleihin osallistumisesta on tuonut kilpailuoikeuden suuremman yleisön tietoisuuteen. Metsäyhtiöiden harjoittaman raakapuun ostokartelli ja asfalttiyhtiöiden harjoittama tarjouskartelli¹ ovat olleet uutisotsikoiden aiheena ja lehdet ovat kirjoitelleet useisiin miljooniin ja jopa kymmeneen miljooniin euroihin nousseista sakoista. Otsikoista ei kuitenkaan selviä seuraamusjärjestelmän kaksijakoisuus julkisoikeudellisia tavoitteita toteuttavana järjestelmänä ja kompensatioon tähtäävänä yksityisoikeudellisena täytäntöönpanona. Seuraamusjärjestelmän tehokkuus tai tehottomuus on avainasemassa koko oikeudenalan tavoitteiden täyttymisessä.

Kilpailuoikeus on yksi nopeimmin kehittyvistä oikeudenaloista. Euroopan komissio tekee jatkuvasti työtä kilpailuoikeuden kehittämisen saralla ja se on määrittänyt kartellit yhdeksi vakavimmiksi SEUT 101 artiklan rikkomisen muodoksi. Komissio onkin ottanut kartellien torjunnan yhdeksi valvontansa painopistealueekseen.² Kilpailuoikeuden uudistusten yksi päätavoitteista on myös Lissabonin sopimuksen jatkona nähtävän Eurooppa 2020 – strategian toteutumisen edistäminen, muun muassa innovaatioiden ja kilpailukyvyn parantamisen kautta. Suomessa tuli viime vuoden lopulla voimaan uusi kilpailulaki, jolla pyritään helpottamaan kilpailuoikeuden tavoitteiden toteutumista.

Kovasta työstä huolimatta kilpailunrajoituksiin puuttuminen on hankalaa ja sääntöjä rikkoneiden saaminen vastuuseen tuottaa vaikeuksia. Vaikka vakavimpien kilpailurikkomusten, kuten erilaisten kartellien paljastaminen ja niihin osallistuneiden elinkeinonharjoittajien saattaminen edesvastuuseen aiheutuneista vahingoista on

¹ Ks. metsäkartellista MAO 614/09, 3.12.2009. Asfalttikartellista ks. KHO 2009:83, 29.9.2009, taltio 2389.

² IP/00/589, Bryssel 7. kesäkuuta 2000.

asetettu etusijalle, komission tekemän selvityksen mukaan vain joka viides tai joka kymmenes kartelli paljastuu.³ Lisäksi määrättävät sakot ja seuraamusmaksut jäävät paljon alhaisemmiksi kuin kartelliin osallistuneiden yritysten saamat taloudelliset hyödyt.

Kartelleja on joskus kuvailtu salaliitoksi kuluttajia vastaan, kun ne sopiessaan hinnoista estävät kuluttajia nauttimasta kilpailukykyisistä hinnoista.⁴ Vuonna 2008 komission teettämän tutkimuksen mukaan kartelleista yhteiskunnalle aiheutuva hyvinvointitappio (*deadweight loss*) on jopa 0,23–0,62 prosenttia koko Euroopan unionin bruttokansantuotteesta. Tämä tarkoittaa elinkeinonharjoittajille ja kuluttajille vuosittaisia 25-69⁵ miljardin euron tappioita välittöminä vahinkoina. Kartelleista ja muista kilpailunrajoituksista aiheutuneita vahinkoja jää komission tekemien arvioiden mukaan vuosittain saamatta miljardeja euroja.⁶ Jotta sääntely olisi tehokasta ja tavoitteet täyttävää, on seuraamusjärjestelmän toimittava paljon nykyistä tehokkaammin.

Kilpailuoikeuden soveltamisjärjestelmää on katsottava kokonaisuutena, jotta ymmärtää noudattamisen valvonnan ja täytäntöönpanon sekä seuraamukset oikein. Tehokkuuden kannalta olennaista on soveltamisjärjestelmän toimiminen yhdensuuntaisesti välttämällä ristiriitaisia lopputuloksia. Yksityisoikeudellinen puoli kilpailuoikeudessa liittyy olennaisesti mahdollisuudeksi vahingonkorvaukseen, jolla pyritään siis tasaamaan varallisuudessa tapahtuneet muutokset vahingon jäljiltä siten, että vahinkoa kärsineen varallisuusasema palautuu siihen tilaan, missä hän olisi ilman vahingon tapahtumista.⁷ Komissio on tarkoituksellisesti pyrkinyt lisäämään yksityisoikeudellista täytäntöönpanoa (*private enforcement*).⁸

Vahingonkorvaus seurauksena kilpailusääntöjen rikkomisesta herättää kysymyksen sen tavoitteista kilpailuoikeudellisessa toimintaympäristössä. Vahingonkorvaukseen liittyy perinteisesti kaksi funktiota; reparatiivinen eli jälkikäteen vahingon hyvittävä funktio ja

³ Komission vuosikertomus 2008.

⁴ Ojala 2011, s. 470.

⁵ Komission vuosikertomus 2008.

⁶ Ks. valkoinen kirja vahingonkorvauskanteista KOM(2008) 165, s. 2.

⁷ Routamo ym. 2006, s. 29-31.

⁸ Ks. muun muassa valkoinen kirja vahingonkorvauskanteista KOM(2008) 165.

preventiivinen eli vahinkoja ehkäisevä funktio. Tämän pohjalta on käyty keskustelua siitä, mikä rooli vahingonkorvauksella on osana kilpailuoikeuden seuraamusjärjestelmää.⁹ Keskeisenä yksityisoikeudellisen täytäntöönpanon tavoitteena pidetään sen tarjoamia oikeuskeinoja yksityisille ja yrittäjille, jotka ovat kärsineet vahinkoa kielletyistä kilpailunrajoituksista.¹⁰ Tällä pyritään lisäämään tietoisuutta kilpailuoikeuden tarjoamista oikeuksista. Komissio pyrkii tietoisuuden lisäämiseen myös siten, että se liittää vahingonkorvauksen hakemisen mahdollisuuden päätöksiinsä.¹¹

Julkisoikeudellisen täytäntöönpanon (*public enforcement*) tavoite kilpailun tehostumisesta ja tätä kautta muun muassa innovaatioiden kehittymisestä on siinä määrin erilainen yksityisoikeudellisen täytäntöönpanon tavoitteiden kanssa, että väistämättä syntyy ristiriitaisia tilanteita. Esimerkiksi *leniency*¹² suhteessa vahingonkorvaukseen on monessa mielessä ongelmallinen.

Näihin kysymyksiin ei uusi kilpailulaki anna suoraa ja yksiselitteistä vastausta. Kilpailuoikeudellisten sääntöjen kokonaisuudistuksen yhteydessä on ollut tarkoitus säilyttää aikaisemman lain periaatteille pohjautuva vahingonkorvaus. Uudistuksen tarkoitus on kuitenkin ollut selkiyttää säädännöllistä kokonaisuutta ja etenkin vahingonkorvauksen osalta korjata yksittäisiä epäkohtia ja selkeyttää kilpailulain vahingonkorvausta koskevia säännöksiä.¹³

⁹ Ks. Wils 2003. *Wilsin* mielestä yksityisoikeudellisille täytäntöönpanokeinoille ei juuri ole tarvetta. Hänen mukaansa julkinen kilpailuoikeuden täytäntöönpano on tehokkuudeltaan ylivertaista muun muassa viranomaisten tutkimuskeinojen, seuraamusten monipuolisuuden ja sanktioiden optimaalisen mitoittamisen kannalta. Hän myös epäilee, että kilpailuoikeutta loukkaavien menettelyjen todellisten vahingonkärsijöiden tunnistaminen ja hyvittäminen ovat erittäin vaikeita tehtäviä. *Nils Wahl* pitää taas vahingonkorvausta ainoastaan pelotteena eli korostaa sen preventiivistä funktiota, ks. Wahl 2006.

¹⁰ Havu ym. 2008, s. 18.

¹¹ Muun muassa hissien ja liukuportaiden kartellia koskevassa lehdistötiedotteessaan (Komission lehdistötiedote IP/07/209, 21.2.2007) se mainitsi vahinkoa kärsineiden tahojen mahdollisuudesta hakea vahingonkorvausta kansallisissa tuomioistuimissa.

¹² *Leniency* on järjestelmä, jolla kilpailuviranomaiset tarjoavat kartelliin osallistuneille yrityksille mahdollisuuden vapautua tai saada lievennystä seuraamusmaksusta, mikäli ne auttavat kilpailuviranomaisia paljastamaan kartellin ja helpottavat tutkintaa toimittamalla todistusaineistoa.

¹³ HE 88/2010, s. 41.

1.2 Aiheen rajaus

Kilpailuoikeuden valvonta- ja seuraamusjärjestelmä ovat suuressa roolissa kilpailuoikeuden tavoitteiden toteutumisen kannalta. Kehitystä tapahtuu koko ajan ja viranomaiset tehostavat käytäntöjään ja menetelmiään saadakseen valvontaa tehokkaammaksi. Myös *leniency* kaltaisilla järjestelyillä helpotetaan viranomaisten työtä, mutta tämä koskee kilpailuoikeuden julkisoikeudellista täytäntöönpanoa. Yksityisoikeudellisen täytäntöönpanon merkityksen kasvettua huomiota on kiinnitettävä siihen, kuinka suureksi vahingonkärsijälle nousee kynnyks lähteä vaatimaan korvausta vahingoistaan oikeusteitse. Vaikka oikeusjärjestyksemme tarjoaa lukuisia keinoja teoriassa hakea korvausta, käytännössä toimiva oikeuskeino puuttuu vielä. Samasta ongelmasta kielii oikeuskäytännön vähyys. Ikävä tosiasia on se, että ainoastaan kilpailuviranomaisilla on resursseja sekä osaamista tutkia ja todeta kilpailunrajoitusten olemassaolo. Tämä on osa suurempaa ongelmaa, enkä lähde tutkimaan aihetta siitä suunnasta. Sen sijaan keskityn tutkielmassa yleisimpiin kilpailunrajoituksiin ja niiden aiheuttamien vahinkojen korvaamiseen.. Olen tyytynyt ainoastaan pintapuolisesti käymään läpi tuoreimman lainsäädännön muutoksineen sekä esittelemään yleisimpien kilpailunrajoitusten muodot ja aiheuttamat vahingot, jotta valvonta- ja seuraamusjärjestelmästä pystyisi muodostamaan kokonaiskuvan.

Olen keskittynyt vahingonkorvaukseen nimenomaan kilpailunrajoituksiin syyllistyneiden yritysten sopimuskumppanien ja kilpailijoiden näkökulmasta ja rajannut esimerkiksi kuluttajat pois. Perustelen rajausta sillä, että usein kilpailunrajoituksesta johtuvien vahinkojen välittömimpiä ja suurimpia kärsijöitä ovat kyseiset tahot. Sopimuskumppaneilla tarkoitan niitä, jotka eivät ole mukana esimerkiksi kartellissa tai muussa vastaavassa kilpailunrajoituksessa. Esimerkiksi *Metsäkartellissa* suurimmat vahingonkärsijät olivat metsänomistajat, näistä suurimpana Metsähallitus, jonka esittämä vahingonkorvausvaatimus oli yksistään noin 160 miljoonaa euroa.¹⁴ Se on yli kolminkertainen summa markkinaoikeuden kilpailuviraston esityksestä määräämien seuraamusmaksujen verran. *Asfalttikartellin* vahingonkärsijöitä olivat kunnat ja muut julkiset hankintayksiköt. Vaikka kuluttajat ovatkin, etenkin kilpailulain myötä, oikeutettuja vahingonkorvauksiin, on taloudellinen intressi yleensä niin pieni, ettei

¹⁴ Metsähallitus tiedotteessaan 13.12.2011.

oikeustaistelu ole järkevää jo pelkästään muodostuvien oikeudenkäyntikulujen suuruuden vuoksi.

EU-oikeudesta olen ottanut tutkielmaan ainoastaan keskeisimmät osat kilpailuoikeuden kannalta ja keskittynyt enemmän kansallisten sääntöjen ja periaatteiden tutkimiseen. Tätä perustelen tilan puutteella ja sillä, että kansalliset kilpailusäännöt sisältävät nykyisellään olennaisimmat elementit unionin oikeussäännöistä. Tehokkuusperiaatteen toteutumista pyrin tuomaan esiin.¹⁵

Käytettävissä olevista oikeuskeinoista olen keskittynyt niihin, jotka perustuvat puhtaasti vahingonkorvauksiin. Tämä jo sen vuoksi, että kilpailusääntöjen vastaisten toimien pätemättömyys ja sen seuraukset eivät ole vahingonkorvausta perinteisessä mielessä, eikä esimerkiksi välillisten vahinkojen korvaus kuulu pätemättömyysopin piiriin. Lisäksi yhdessä tutkielmassa ei voi käydä kaikkia asioita läpi. Mikäli kilpailunrajoituksiin osattaisiin varautua jo sopimuksentekovaiheessa, voisivat vahingonkärsijät olla aivan erilaisissa lähtökohdissa, kun vahingonkorvausvaatimuksen esittäminen tulee ajankohtaiseksi.

Tämän vuoksi tutkimalla ja vertaamalla sekä kilpailusääntöjen että yleisen sopimusoikeuden tuottamia oikeuskeinoja pyrin selvittämään, olisiko sopimusoikeudellisilla perusteilla tehokkaampaa vaatia korvauksia vai olisiko parempi tyytyä pelkästään kilpailulainsäädännön tuottamaan oikeusturvaan. Ei nimittäin ole yksiselitteistä, että esimerkiksi sopimukseen liitettävä erillinen ehto mahdollisesta kilpailuoikeudellisen vahingon korvattavuudesta olisi käytännöllinen keino varautua tulevaan. Toisaalta, ainakin ensireaktiona tuntuisi järkevältä ja jopa perustellulta liittää tällainen ehto sopimukseen, jolloin ainakin tuottamuksen osalta näyttötaakka olisi vastaajan harteilla. Lopun vertaileva osuus ei ole varsinainen tutkimusongelma, vaan ennemminkin pintaa raapaiseva katsaus Yhdysvaltalaiseen järjestelmään oppimismielessä ja ajatuksien herättäjänä.

¹⁵ Tehokkuusperiaate liittyy nimenomaan oikeuskeinojen tehokkuuteen ja toteutumiseen käytännössä.

1.3 Tutkimusmetodi ja tutkielman rakenne

Tutkielman keskeisin metodi on lainoppi eli oikeusdogmatiikka. Lainopillisen lähestymisen avulla pyrin muodostamaan mahdollisimman selkeän kuvan voimassa olevasta oikeudentilasta oikeusnormien kokonaisuutena.¹⁶ Lainopillinen näkökulma tässä yhteydessä tarkoittaa siis kilpailuoikeuden seuraamusjärjestelmää, mutta eritoten vahingonkorvausta koskevan normikokonaisuuden systematisointia ja analysointia. Tutkin seuraamusjärjestelmän nykytilaa erilaisista oikeuslähteistä saatavan tiedon perusteella. Oikeusdogmaattinen lähestyminen näkyy läpi koko työn, voimassa olevien oikeusnormien kartoittamisena ja tulkintana.

Vertailevaa metodologia käytän ajoittain vertaillen eurooppalaista kilpailuoikeutta Yhdysvalloissa voimassa oleviin kilpailusääntöihin ja miettiessäni ensiksi mainitun järjestelmän kehittämismahdollisuuksia. Yhdysvallat valikoitui vertailukohteeksi sen vuoksi, että moderni kilpailuoikeus sai sieltä alkunsa, kun *Sherman Act* säädettiin ja tuli voimaan 1890. Sikäläinen kilpailuoikeus on myös varsin kehittyntä ja varsinkin seuraamusjärjestelmä on selkeästi tehokkaampi. Vertailevan metodin käyttäminen tosin tuntuu keinotekoiselta kotimaisen käytännön puuttuessa. Tarkoitus on kuitenkin tuoda esiin komponentteja mitä voitaisiin omaksua sikäläisestä järjestelmästä, välttämällä ne karikot, mihin Yhdysvaltalaisessa seuraamusjärjestelmässä on kehityskaarensa aikana ajauduttu.

Olen jakanut tutkimuksen kolmeen isompaan osaan. Ensimmäinen osa on johdantoa aiheen piiriin ja esitelmä keskeisestä lainsäädännöstä ja yleisimmistä rikkomuksista. Toisessa osiossa käyn läpi yksityisoikeudellista täytäntöönpanoa ja sen keskeistä sisältöä aina käytettävissä olevista oikeuskeinoista ja vahingonkorvauksen edellytyksiin ja niiden merkitykseen kilpailuoikeudellisessa vahingonkorvauksessa. Viimeinen osio on tarkoitus olla hieman tarkempi katsaus kahden oikeuskeinon, kilpailulakiin perustuvan ja sopimusperusteisen vastuun keskeisiin eroavaisuuksiin ja käytännön merkityksiin vahingonkorvausprosessissa. Lisäksi lopussa on tuo mainittu Yhdysvalloissa käytettyjen menetelmien esittelemine.

¹⁶ Husa ym. 2008 s. 19.

2. Säädosperusta

2.1 Kilpailusäännöt

Kansallisen ja unionin kilpailusäännöt muodostavat sen normiperustan, jolla kilpailuoikeutta ja sen tavoitteita säädellään ja valvotaan. Samalla niillä toteutetaan kilpailuoikeuden tavoitteita ja niitä voisikin kutsua ikään kuin peiliksi, joka heijastaa niitä arvoja, joita halutaan vaalia ja suojella. Kuten on jo tullut ilmi, kilpailuoikeus ja sen tarkoituksenmukainen toteutuminen ovat suuressa roolissa toimivan yhteiskunnan ja talouskehityksen ja sekä hyvinvoinnin oikeudenmukaisen jakautumisen turvaamisessa. EU:n jäsenenä Suomen on toteutettava unionin oikeutta jäsenvaltion velvoitteiden mukaisesti. Tämä on nähtävissä myös kilpailuoikeudellisen lainsäädännön yhteydessä, kun Suomi on pyrkinyt harmonisoimaan kansallista lainsäädäntöään paremmin EU:n normeja toteuttaviksi. Vaikka EU:n kilpailusääntöjä sovelletaan vain tapauksiin, joihin liittyy vaikutuksia jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, on niiden merkitys kuitenkin kiistaton myös puhtaasti kansallisten tapausten yhteydessä. Kauppavaikutuskriteeri¹⁷ täyttyy suhteellisen helposti vähänkin merkittävämmissä kilpailunrajoitustapauksissa, joten unionin oikeus tulee sovellettavaksi hyvin usein. Toisaalta taas kansallisten sääntöjen on toteutettava unionin oikeuden vähimmäisvaatimukset, jolloin myös pelkästään niitä sovellettaessa unionin oikeuden merkitys on nähtävissä.

2.1.1 Kansalliset kilpailusäännöt

Aivan viime vuoden loppuun asti kansallisen kilpailunormiston ytimen muodosti kilpailunrajoituslaki (480/1992). Se oli voimaantulonsa jälkeen useiden osittaismuutosten kohteena, joilla pyrittiin harmonisointiin Euroopan unionin kilpailusääntöjen kanssa. Lisäksi muutoksilla selvitettiin Kilpailuviraston ja markkinaoikeuden välistä toimivallanjakoa.

¹⁷ Kauppakriteeriin on EU:n tuomioistuin ottanut kantaa oikeuskäytännössään: ”Jotta sopimus voisi vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, on oltava nähtävissä riittävällä todennäköisyydellä ja objektiivisten oikeudellisten tai tosiasiallisten seikkojen perusteella, että se voi vaikuttaa välillisesti tai välittömästi, tosiasiallisesti tai mahdollisesti jäsenvaltioiden väliseen kauppaan tavalla, joka voisi haitata jäsenvaltioiden välisten yhtenäismarkkinoiden tavoitteiden toteuttamista.”

Osittaismuutoksista vuonna 2004 tehty yhdenmukaistus EU:n kilpailusääntöjen kanssa oli yksi merkittävimmistä (30.4.2004/318). Samalla tehtiin lisäys, että kilpailunrajoitukseen osallinen elinkeinonharjoittaja voi vapautua tai saada lievennystä kilpailunrajoituslain perusteella määrättävästä seuraamusmaksusta tietyn edellytyksin. Lisäyksestä käytetään nimitystä *leniency*. Kilpailunrajoituslaki lähti säännöissään kieltoperiaatteen näkökulmasta, jolloin lain määrittelemät kilpailunrajoitukset olivat lähtökohtaisesti kiellettyjä. Näitä suoraan lain nojalla kiellettyjä kilpailunrajoituksia olivat esimerkiksi määrähinnoista sopiminen, eri kartellityypit, kuten tarjous-, hinta-, sekä tuotantoa rajoittavat ja markkinoita tai hankintalähteitä jakavat kartellit. Lisäksi muu kilpailua rajoittava kilpailijoiden välinen yhteistyö ja määräävän markkina-aseman väärinkäyttö olivat kieltoperiaatteen mukaan kiellettyjä. Uudistuksen mukaan, mikäli tapauksella oli vaikutusta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, sovelletaan EU:n kilpailusääntöjä ja vain kansalliset vaikutukset omaaviin tapauksiin sovellettiin kilpailunrajoituslakia.

Keväällä 2010 hallitus antoi esityksen (HE 88/2010) ehdotettavaksi uudeksi kilpailulajiksi. Sen tehtävä olisi korvata kilpailunrajoituslaki kokonaan. Kokonaisuudistuksella pyrittiin selkeyttämään vanhan lain rakennetta ja käsitteistöä sekä saamaan säännösten sijoittelu loogiseksi kokonaisuudeksi. Laki astui voimaan 1.11.2011. Osa uuden lain säännöksistä sisällöllisesti vastaa vanhan lain säännöksiä. Keskeiset uudistukset uudessa laissa koskivat seuraamusjärjestelmää, vahingonkorvausta, kilpailuasioissa noudatettavaa menettelyä ja yrityskauppa- ja valvontaa. Yrityskauppa- ja valvontaa koskevia uudistuksia en tässä käsittele tarkemmin, johtuen tutkimusongelman rajauksesta.

Tutkimuksen kannalta olennaiset muutokset uudessa kilpailulaissa koskivat seuraamusmaksun määräämistä, vahingonkorvausta ja *leniency*-menettelyä. Seuraamusmaksujen määräämisen osalta selkeytettiin lain sanamuotoa siten, että sovellettavaksi tulevat samat periaatteet, jotka Euroopan unionin tuomioistuin on oikeuskäytännössään vahvistanut. Seuraamusmaksu voi em. periaatteiden mukaan määrätä myös sellaiselle elinkeinonharjoittajalle tai näiden yhteenliittymälle, jolle rikkomukseen osallistunut liiketoiminta on siirtynyt yritys- ja valvontajärjestelyjen seurauksena. Kilpailulaissa vahvistettiin myös seuraamusmaksun vanhentumista koskevat säännöt

vastaamaan EU:n kilpailusääntöjen täytäntöönpanossa sovellettavia vanhentumissääntöjä.

Leniency-menettelyä koskevat säännökset harmonisoitiin Euroopan komission soveltamia seuraamusmaksusta vapautumista ja seuraamusmaksun alentamista sääntöjä vastaaviksi. Myös tilanteita, joissa sääntöjä sovelletaan ja alennusten määriä täsmennettiin.

Vahingonkorvauksen osalta muutokset koskivat etenkin vahingonkorvaukseen oikeutettujen piiriä laajentamalla. Entisen kilpailunrajoituslain mukaan vain elinkeinonharjoittajat olivat oikeutettuja vaatimaan vahingonkorvausta kilpailuoikeudellisesta vahingosta.¹⁸ Vahingonkorvauksen vanhentumista koskevia sääntöjä selkeytettiin määrittelemällä alkamis- ja päättymisajankohdat vanhaa lakia selkeämmin.

Kilpailuasioita koskevia menettelysäännökset eriytettiin omaan lukuunsa. Niiden mukaan Kilpailuviraston on priorisoitava tehtävänsä, jolloin se voi keskittää resurssinsa painopistealueilleen. Näitä ovat vuonna 2012 salaisten kartellien paljastaminen, harmaan talouden torjuminen kilpailuoikeudellisin välinein sekä elintarvikeketjun kilpailukysymykset.¹⁹ Tämä tarkoittaa muun muassa sitä, että Kilpailuvirasto voi jättää asian tutkimatta, esimerkiksi tilanteessa kun voidaan pitää todennäköisenä että kilpailunrajoituksesta huolimatta kilpailu on toimivaa tai asiaa koskeva toimenpidepyyntö on ilmeisen perusteeton. Kilpailuvirasto sai uudistuksen myötä myös lisää valtuuksia, kun se voi tehdä tarkastuksia myös muihin kuin elinkeinonharjoittajan tiloihin. Käytännössä tarkastuksia voidaan kohdistaa yrittäjän yksityistiloihin. Samalla on säädetty elinkeinonharjoittajan puolustautumisoikeuksista menettelyn yhteydessä. Kilpailuviraston on annettava kirjallinen ilmoitus elinkeinonharjoittajalle tutkinnassa esiin tulleista seikoista ja niiden perusteella esitetyt väitteet ja perustelut. Elinkeinonharjoittajalle on annettava kohtuullinen aika, jonka kuluessa se voi esittää näkökantansa suullisesti tai kirjallisesti Kilpailuvirastolle.

¹⁸ Tämä oli ristiriidassa EU-oikeuden kanssa, sillä silloinen EY-tuomioistuin oli *Manfredi*-tapauksessa vahvistanut jokaiselle oikeuden vaatia korvausta yhteisön oikeuden loukkauksista.

¹⁹ Kilpailuviraston ylijohtaja Juhani Jokinen kilpailuviraston kotisivuilla.

Kokonaisuudistuksen tavoitteena on saada aikaan yhtenäinen ja johdonmukainen kokonaisuus siten, että kilpailulain avulla pystyttäisiin paremmin toteuttamaan niitä tavoitteita, joita kilpailuoikeudessa ja kilpailulainsäädännössä tavoitellaan. Näitä tavoitteita on muun muassa terve ja toimiva taloudellinen kilpailu ja sen turvaaminen vahingollisilta kilpailunrajoituksilta. Samoin nähdään tärkeänä varmistaa kilpailumekanismien toimivuus ja elinkeinonharjoittajien mahdollisuudet toimia tehokkaasti markkinoilla. Tämä palvelee niin markkinatoimijoita kuin kuluttajia ja muita loppukäyttäjiä. Tavoitteiden toteutumisen kannalta on tärkeää varmistaa Kilpailuviraston ja EU:n tasolla komission kilpailupääosaston toiminta ja kilpailuasioiden käsittely kyseisissä viranomaisissa on tehokasta ja nopeaa. Määrää tärkeämpää on viranomaisten kyky ja mahdollisuudet keskittyä kilpailun toimivuuden ja kansantalouden kannalta olennaisimpien ja merkittävimpien asioiden selvittämiseen. Toiminnalla täytyy olla myös riittävä erityis- ja yleisestävä vaikutus, joka taataan seuraamuksien oikeasuhtaisuudella ja tehokkaalla täytäntöönpanolla. Tähän vaikuttavat myös viranomaisten käytössä olevat resurssit, sisäisten menettelyjen tehokkuus ja tosiasiallinen mahdollisuus keskittyä vakavimpien kilpailunrajoitusten, kuten kartellien selvittämiseen.

2.1.2 EU:n kilpailusäännöt

Aikaisemmin EU:n kilpailusäännöt olivat määritelty Euroopan yhteisöjen perustamissopimuksessa, jonka nimi ja rakenne muuttuivat Lissabonin sopimuksen myötä 1.12.2009.²⁰ Perustamissopimus on korvattu Euroopan unionin toiminnasta tehdyllä sopimuksella (SEUT)²¹, johon on otettu perustamissopimuksen kilpailua ja valtiontukia koskevat artiklat. Aiemmin numeroilla 81–89 kulkeneet artiklat saivat uudet numerot uuden sopimuksen myötä ja kulkevat nyt numeroilla 101–109. Tutkimuksen kannalta olennaisimmat artiklat ovat 101 ja 102 (ent. 81 ja 82), joissa määritellään kielletyt kilpailunrajoitukset.

²⁰ EUVL C 306, 17.12.2007, s. 1.

²¹ EUVL C 83, 30.3.2010, s. 47.

Lisäksi EU:n kilpailuoikeudessa on runsaasti asetuksia ja muuta johdettua oikeutta. Asetuksista keskeisimmät ovat neuvoston antama asetus (EY) N:o 1/2003 (täytäntöönpanoasetus), komission antama asetus (EY) N:o 773/2004 (menettelytapasetus), neuvoston antama asetus (EY) N:o 139/2004 (sulautuma-asetus) ja komission antaman asetus (EY) N:o 802/2004 (sulautuma-asetuksen täytäntöönpanoasetus). Asetus 1/2003 sisältää määräyksiä perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklan, nykyisten SEUT 101 ja 102 artiklan täytäntöönpanosta. Menettelytapasetus määrittää kyseisten artiklojen mukaisten komission menettelyjen kulusta. Asetus 139/2004 sisältää määräykset yrityskeskittymien valvonnasta ja sulautuma-asetuksen täytäntöönpanoasetus määräykset asetuksen 139/2004 täytäntöönpanosta. Asetusten lisäksi komissio on sääntelyn vahvistamiseksi antanut joukon suuntaviivoja (*guidelines*) ja tiedonantoja (*notices*), jotka ovat sitomattomia säännöksiä, mutta joiden avulla ilmennetään EU:n tuomioistuinten oikeuskäytännöllä vakiinnuttamia hallintokäytäntöjä ja suhtautumisia erinäisiin keskeisiin EU:n kilpailuoikeuden menettelyihin ja määrittelyihin.

Tutkielman kannalta olennainen merkitys on täytäntöönpanoasetuksella. EU:n kilpailusääntöjen täytäntöönpanouudistus toteutettiin nimenomaisella asetus 1/2003:lla, ja se muutti olennaisesti kilpailusääntöjen julkisoikeudellista (*public enforcement*) ja yksityisoikeudellista (*private enforcement*) täytäntöönpanoa. EU:n kilpailusääntöjen piirissä historiallisesti tarkasteltuna julkisoikeudellista täytäntöönpanoa on pidetty huomattavasti tärkeämmässä asemassa kuin yksityisoikeudellinen täytäntöönpano ja sen vaikutukset. Uudistuksen myötä vahingonkorvauksen merkitystä korostettiin ja samalla pyrittiin tarjoamaan kilpailusääntöjen rikkomisesta vahinkoa kärsineille tahoille paremmat mahdollisuudet kompensatioon. Yksityisoikeudellinen ulottuvuuden katsotaan myös täydentävän julkisoikeudellista täytäntöönpanoa ja tästä on hyviä kokemuksia esimerkiksi Yhdysvalloissa.²² Toteutuessaan vahingonkorvausjärjestelmä vapauttaa samalla kilpailuviranomaisten resursseja vakavimpien rikkomusten torjuntaan.

²² Yhdysvalloissa vahingonkorvaus tosin mielletään muutenkin kokonaisuudessaan erilaiseksi tavoitteiltaan, kuin eurooppalaisissa oikeusjärjestelmissä yleensä. Yhdysvalloissa vahingonkorvauksella on vahva punitatiivinen leima ja esimerkiksi kilpailuoikeudellisissa vahingonkorvauksissa on käytössä kolminkertaiset vahingonkorvaukset.

Asetus 1/2003:n myötä siirryttiin niin sanotun hajautetun järjestelmän malliin, jossa kansallisilla kilpailuviranomaisilla ja tuomioistuimilla on erittäin merkittävä rooli. Tällöin komissio voi keskittää toimintansa sellaisten toimenpiteiden ja sopimusten torjumiseen, jotka vakavasti haittaavat kilpailua sisämarkkinoilla. Se kuitenkin valvoo, että kansalliset viranomaiset ja tuomioistuimet soveltavat ja täytäntöönpanevat kilpailusääntöjä yhdenmukaisesti koko EU:n alueella. Hajautetussa järjestelmässä luovuttiin entisestä keskitetyn valvontajärjestelmän mukaisesta ilmoitusmenettelystä²³ ja sen myötä yritysten itsensä varaan jää arvioida toimiensa laillisuus. Järjestelmän mukana otettiin käyttöön oletama, jonka mukaan yritysten tekemät sopimukset ovat lainmukaisia heti niiden tultua voimaan, mikäli ne täyttävät SEUT 101 artiklassa asetetut edellytykset. Arvioinnissa apuna käytetään komission antamia horisontaalisia ja vertikaalisia suuntaviivoja. Toinen järjestelmän ominainen piirre on SEUT 101 artiklan 3 kohdan luomat välittömät oikeusvaikutukset. Kansallisille kilpailuviranomaisille ja tuomioistuimille luotiin toimivalta soveltaa artiklaa täysimääräisesti ja näin käyttää harkintavaltaansa artiklan suomissa rajoissa.

Vahingonkorvauksen kannalta huomioitavaa on, että EU:n kilpailusäännöt eivät määritä mitenkään kilpailuoikeudellista vahingonkorvausta, vaan kilpailusääntöjen loukkauksien perusteella vaadittavat vahingonkorvaukset perustuvat kansallisiin vahingonkorvaussäännöksiin. Suomessa tämän muodostavat kilpailulaki ja vahingonkorvauslaki.

2.2 Kilpailuoikeudellinen vahingonkorvaussäännöstö ja periaatteet

Kilpailulaki itsessään on perusta kilpailuoikeudelliselle vahingonkorvaukselle Suomessa. Sen 20 §:ssä määritellään elinkeinonharjoittajien tai näiden yhteenliittymien velvollisuudesta korvata kilpailulain 5 tai 7 §:ä taikka SEUT 101 tai 102 artiklaa rikkomalla aiheuttamansa vahinko. Kilpailulaki on tässä kohtaa vahingonkorvauksen

²³ Asetuksen 17/62 mukainen järjestelmä: Komissiolle oli ilmoitettava kaikista sopimuksista, jotka voivat rajoittaa kilpailua tai vaikuttaa jäsenmaiden väliseen kauppaan, jotta niille saataisiin poikkeuslupa. Komissiolla oli yksinomaisen toimivalta päättää, täyttikö kilpailua rajoittava sopimus 81 artiklan 3 kohdan (nyk. 101 artikla 3 kohta) mukaiset edellytykset poikkeuksen myöntämiselle. Samalla komissiolle tehty ilmoitus ja myönnetty poikkeuslupa poisti kansallisen toimivallan, jolloin tilanteeseen ei voinut puuttua toiminnan kieltävillä kansallisilla säädöksillä.

erityislaki.²⁴ Tämä tarkoittaisi, että vahingonkorvauslaki yleislakina väistyisi syrjään. Suomessa on kuitenkin haluttu korostaa vahingonkorvauslain ja yleisten vahingonkorvausoikeudellisten periaatteiden soveltuvuutta myös kilpailuoikeudellisiin vahingonkorvauksiin, kun kilpailulain vahingonkorvausta koskevaan 20§:n on otettu suora viittaus²⁵ vahingonkorvauslakiin. Viittaus koskee kilpailulain mukaisen vahingonkorvauksen sovittamista ja korvausvastuun jakautumista vahingonaiheuttajien kesken.

Kuten edellä tuli todettua, ei EU:n kilpailuoikeudellisissa säädöksissä nimenomaisesti säädetä vahingonkorvauksesta, vaan kansalliset säädökset muodostavat kilpailuoikeudellisen vahingonkorvauksen perustan. Täysin ilman vaikutusta unioninoikeus ei kuitenkaan ole, sillä kansallisten tuomioistuinten on EU-oikeudellista asiaa ratkaistessaan otettava huomioon myös yhteisöoikeuden yleisten oikeusperiaatteiden toteutuminen. Merkittävimmät oikeusperiaatteet vahingonkorvausasioiden kannalta ovat vastaavuusperiaate ja tehokkuusperiaate (*effect utile*). Lisäksi syrjimättömyysperiaate kilpailuoikeudellisen vahingonkorvauksen kontekstissa tarkoittaa, ettei oikeus korvaukseen saa olla suppeampi tilanteissa, joissa korvausta vaaditaan EU-oikeuden normin rikkomisesta kuin niissä, joissa vaatimus perustuu kansallisen säännöksen rikkomiseen. Vastaavuusperiaatteen mukaan jäsenvaltioilla, tässä tapauksessa kansallisilla tuomioistuimilla ja kilpailuviranomaisilla, on EU-oikeuden asettamien velvoitteiden täytäntöönpanossa velvollisuus käyttää yhtä tehokkaita keinoja kuin kansallisten säädösten täytäntöönpanossa käytetään. Tehokkuusperiaate edellyttää jäsenvaltioilta takeita siitä, että ne tarjoavat kansalaisilleen ja yrityksilleen todellisuudessa tehokkaat oikeussuojakeinot heidän EU-oikeuteen perustuvien oikeuksiensa toteuttamiseksi kansallisissa viranomaisissa ja tuomioistuimissa.

EU-oikeus siis määrittää ne vähimmäisedellytykset, jotka jäsenvaltioiden on tarjottava. Suurin merkitys tällä on jäsenvaltioissa, joissa EU-oikeuden edellyttämät oikeudet eivät muutoin sisälly kansalliseen oikeusjärjestykseen. Suomen kannalta vastaavuusperiaate

²⁴ Esimerkiksi Norjassa ja Tanskassa kilpailusäännöissä ei ole erikseen säännöksiä vahingonkorvauksesta, vaan kilpailuoikeudellisiin vahingonkorvauksiin sovelletaan yleisiä vahingonkorvaussäännöksiä.

²⁵ Kilpailulaki 20.2§: ”Korvausvelvollisuuteen sovelletaan lisäksi, mitä vahingonkorvauslain (412/1974) 2 luvun 1 §:n 2 momentissa ja 6 luvussa säädetään.”

täyttyi jo viimeistään 2004 tehdyllä uudistuksella kilpailunrajoituslakiin ja uudessa kilpailulaissa on nimenomaiset maininnat SEUT 101 ja 102 artiklojen loukkaukset perusteena vahingonkorvaukselle. Näin siis EU-oikeuden ja kansallisen oikeuden täytäntöönpanokeinot vahingonkorvausasioissa ovat samat. Tehokkuusperiaatteen toteutumisesta voidaan olla myös eri mieltä. Voidaan sanoa, että kotimainen kilpailuoikeudellinen vahingonkorvaus ei ole varsinaisesti tehokkuusperiaatteen vastainen, mutta ei se varmuudella aina täytä myöskään sen asettamia vaatimuksia.²⁶ Esimerkiksi liian rajoittavat preklusiosäännöt, kanteen nostamista merkittävästi rajoittavat vanhentumissäännökset tai liian korkea ja yksityiskohtainen näyttökynnys kilpailuvahingon osoittamisessa olisivat ristiriidassa tehokkuusperiaatteen kanssa. Etenkin kun estäisivät tai tekisivät kohtuuttoman vaikeaksi kilpailunrajoituksesta vahinkoa kärsineiden mahdollisuuksia vaatia ja saada korvausta vahingoistaan. Tuomioistuimilla etenkin on velvollisuus tulkita kilpailusääntöjä tehokkuusperiaatteen ja siten ensisijaisesti EU-oikeuden mukaisesti. Tulkintapohjaa antavat etenkin *Courage v. Crehan*- ja *Manfredi*-tapaukset.²⁷ Oikeuskäytäntö näyttää aikanaan, toteutuuko tehokkuusperiaate Suomen lainsäädännön suomissa oikeuskeinoissa.

²⁶ Havu ainakin suhtautuu suurella varauksella tehokkuusperiaatteen toteutumiseen. Ks. Havu ym. 2010 s.13

²⁷ Asia C-453/99, *Courage v. Crehan*, Kok. 2001, s. I-06297 ja yhdistetyt asiat C-295/04/ - C-298/04, *Manfredi*, Kok. 2006, s. I-06619. Kyseisiä tapauksia pidetään kilpailuoikeudellisen vahingonkorvauksen kulmakivinä. Ensimmäisessä tapauksessa yhteisöjen tuomioistuin vahvisti, että yhteisön oikeuden loukkauksesta voidaan vaatia vahingonkorvausta ja tähän on oikeutettu myös loukkauksen osallistunut taho. Jälkimmäisellä tapauksella tuomioistuin vahvisti kilpailusääntöjä koskevien artiklojen luovan välittömiä oikeusvaikutuksia myös horisontaalisuhteessa eli yksityisten kansalaisten välille. Tämän perusteella jokaisella on oikeus vaatia vahingonkorvausta ja oikeustoimen mitättömyyttä 81 artiklan vastaisissa tilanteissa.

3. Kilpailunrajoituksista ja niiden aiheuttamista vahingoista

3.1 Kartellit ja muu horisontaalinen yhteistyö

Kilpailunrajoitukset voidaan jakaa kolmeen luokkaan, joista ensimmäinen on kartellit ja muu horisontaalinen yhteistyö. Horisontaalisilla kilpailunrajoituksilla tarkoitetaan samalla tuotanto- tai jakeluportaalla toimivien yritysten välisiä kilpailunrajoituksia. Horisontaalinen yhteistyö voi koskea jotain tiettyä hyödykettä, lopputuotetta tai raaka-ainetta. Yhtenäistetty toiminta voi tapahtua niin myyjien kuin ostajienkin kesken. Horisontaalisten ja vertikaalisten kilpailunrajoitusten välinen erottelu on siksi tärkeää, että samalla tuotanto- tai jakeluportaalla toimivien yritysten yhteistyöhön suhtaudutaan tiukemmin kuin vertikaalisiin eli eri tuotanto- tai jakeluportaalla toimivien yritysten yhteistyöhön.

Horisontaalisiin kilpailunrajoituksiin sovelletaan Euroopan tasolla SEUT 101 artiklan 1 kohtaa, ja myös kansallisilla tuomioistuimilla on velvollisuus asetuksen 1/2003 nojalla soveltaa 101 artiklaa suoraan, mikäli kauppavaikutuskriteeri täyttyy. Kansallisessa kilpailulaissa on SEUT 101 artiklaa vastaava säädös lain 5 §:ssä, jota sovelletaan, kun kauppakriteeri ei täyty.

Säännöksillä kielletään kaikki horisontaaliset sopimukset, yritysten yhteenliittymien päätökset ja 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. Kielletyiksi toimiksi katsotaan esimerkiksi:

- osto tai myyntihintojen taikka muiden kauppaehtojen suora tai välillinen vahvistaminen;
- tuotannon, markkinoiden, teknisen kehityksen taikka investointien rajoitus tai valvonta;
- markkinoiden tai hankintalähteiden jakaminen;
- eri kauppakumppanien samankaltaisiin suorituksiin sovellettavat erilaiset ehdot eli syrjintä;

- sopimusosapuolilta edellytettävät lisäsuoritukset, joilla ei niiden luonteen vuoksi tai kauppataivan mukaan ole yhteyttä sopimuksen kohteeseen eli sidonta.

Näiden ehtojen soveltaminen käytännössä on kielletty eli ne ovat pätemättömiä. Horisontaalisissa sopimuksissa arvioidaan ensin, onko kyseessä kilpailunrajoitus vai seuraako sen soveltamisesta kilpailun rajoittuminen. Mikäli arvioinnissa päädytään toteamaan sopimuksen rajoittavan kilpailua, on seuraavaksi arvioitava sen kilpailua edistävät vaikutukset. Tämä siitä syystä, että horisontaalisten sopimusten kilpailua rajoittavista vaikutuksista huolimatta, voivat ne olla hyväksyttäviä, jos ne kokonaisuus huomioiden auttavat toteuttamaan kilpailusääntöjen tavoitteita. Sopimuksilla voidaan esimerkiksi parantaa yritysten tehokkuutta, mikä johtaa kustannussäästöihin, parempilaatuihin tai uusiin tuotteisiin.²⁸

Haitallisten vaikutusten arvioinnissa voidaan käyttää apuna komission antamia ryhmäpoikkeusasetuksia.²⁹ Lisäksi on otettava huomioon SEUT 101 artiklan 3 kohdan yksilöllistä poikkeusta koskevat säännökset hyödyllisistä vaikutuksista. Kaikkein selvimmät SEUT 101 artiklan 1 kohdan ja kilpailulain 5 §:n säästösten vastaisuudet näkyvät kartelleissa, joiden selvä tarkoitus kilpailijoiden välisen kilpailunrajoituksen aikaansaaminen ja ylläpitäminen. Kartelli on keskenään kilpailevien yritysten välinen sopimus, jolla ne joko rajoittavat tuotantoaan ennakkoon sovitulle tasolle tai myyvät tuotteitaan yhteisesti sovitulla hinnalla. Sopimuksella yritykset voivat myös jakaa markkinoita tai asiakkaita, jolloin ne eivät joudu kilpailemaan asiakkaista, vaan saavat keinotekoisesti monopolistisen tai määräävän aseman kyseisillä markkinoilla ja samalla pystyvät vaikuttamaan hintakehitykseen itselleen suotuisasti. Tällaisilla rajoituksilla on

²⁸ Alkio & Wik 2009, s. 173-176.

²⁹ Ryhmäpoikkeusasetukset määrittelevät miten kilpailijat voivat toimia yhteistyössä rikkomatta EU:n kilpailusääntöjä. Asetuksilla vapautetaan tietyn tyyppiset sopimukset kilpailusääntöjen soveltamisesta. Ne on annettu sen vuoksi, että on tiedostettu yritysten tarve toimia yhteistyössä synergiaetujen saavuttamiseksi. Ryhmäpoikkeusasetuksen alaan kuuluvien sopimusten arvioinnissa käytetään apuna komission antamia suuntaviivoja. Ks. ryhmäpoikkeusasetuksista ja suuntaviivoista lisää esim. Ojala 2011, s. 225–256.

markkinoiden toimivuuteen negatiivisia vaikutuksia ja samalla aiheutetaan vahinkoa muille alalla toimiville yrityksille ja asiakkaille.³⁰

Toimintaa ei katsota kartellikiellon alaiseksi, mikäli yritys päättää toiminnastaan itsenäisesti, ilman kilpailijoiden myötävaikutusta. Yritysten on siis itsenäisesti määrättävä toimintalinjastaan. Tämä ei kuitenkaan sulje pois yritysten oikeutta sopeutua tehokkaasti kilpailijoidensa todettuun tai odotettuun käyttäytymiseen. Jos kilpailijat esimerkiksi vaihtavat luottamuksellisia hintatietoja, on toiminta kiellettyä. Pelkästä kilpailijan toiminnan seuraamisesta syntyvä käyttäytyminen ei ole kiellettyä.

Vahingonkorvauksen näkökulmasta kartellien aiheuttamiin vahinkoihin liittyy useita näyttöongelmia. Eritoten vahingon määrän laskemisessa ja siten korvauksen suuruutta harkittaessa joudutaan arvioimaan hintataso, joka olisi ollut ilman kartellin toteuttamista. Kartelleissa, joilla on rajoitettu tuotantoa tai jaettu hankintalähteitä tai markkinoita, kohdataan entistä suurempia ongelmia määritettäessä kilpailunrajoituksen ja aiheutuneen vahingon syy-yhteyttä ja vahingon määrää. Vahingoissa, joissa kärsinyt taho on sopimussuhteen ulkopuolella, voi korvausvelvollisuus jäädä kokonaan syntymättä, jos syy-yhteyttä ja väitettyä vahinkoa ei pystytä luotettavasti osoittamaan.³¹

3.1.1 Sallittu horisontaalinen yhteistyö

Horisontaalista yhteistyötä voidaan tehdä myös sallituissa muodoissa. Toistensa kanssa kilpailevat yritykset voivat tehdä monenlaista taloudellisten hyötyjen saavuttamiseksi tarkoitettua yhteistyötä. Ne voivat muun muassa saavuttaa kustannussäästöjä, lisätä investointeja, parantaa hyödykkeiden laatua ja tuoda uusia tuotteita ja innovaatioita nopeammin markkinoille.³² SEUT 101 artiklan 3 kohdassa säännellään poikkeuksesta, jolloin kilpailunrajoitus on sallittu. Sen mukaan mainitun artiklan 1 kohdan mukaista kieltoa ei sovelleta sopimukseen tai muihin yritysten ja niiden yhteenliittymien

³⁰ Yhdysvalloissa omaksutun näkemyksen mukaan hinnoittelua koskevat kartellisopimukset (*price fixing*) luetaan ns. paljaksi tai alastomiksi kilpailunrajoituksiksi (*naked restraints*). Siellä ”paljas hinnoittelu” (*naked price fixing*) on jo itsessään kiellettyä, mutta myös rikos.

³¹ Mentula 2002, s. 151.

³² Puheenvuoroja, Kilpailuviraston vuosikirja 2011, s. 26.

yhteistyöjärjestelyihin, jotka tehostavat tuotantoa tai tuotteiden jakelua tai edistävät teknistä ja taloudellista kehitystä ja jättävät kuluttajille kohtuullisen osuuden näin saatavasta hyödystä. Kansallisella tasolla sovelletaan kilpailulain 5 ja 6 §, jotka ovat vastaavia sisällöltään artiklan kohtien kanssa.

Komission antamien suuntaviivojen avulla arvioidaan kilpailijoiden välisen yhteistyön sallittavuutta. Tämän lisäksi komissio on antanut erilliset suuntaviivat, miten SEUT 101 artiklan 3 kohtaa sovelletaan, kun arvioitavana ovat yhteistyön synnyttämät tehokkuusedut.³³ Lisäksi komissio on antanut erikseen ryhmäpoikkeusasetukset tiettyjä sopimustyyppisiä koskien. Niissä tapauksissa, kun sopimus täyttää ryhmäpoikkeusasetuksen edellytykset, SEUT 101 artiklan 1 kohdan kieltoa ei sovelleta. Komission de minimis – tiedonannon³⁴ mukaan myöskään sellaisiin sopimuksiin, joilla ei ole tuntuvaa vaikutusta kilpailuun, ei sovelleta SEUT 101 artiklan 1 kohtaa. Suomessa Kilpailuvirasto käyttää mainittuja suuntaviivoja arvioidessaan kilpailijoiden välistä yhteistyötä.

Yhteistyötä ja sen sallittavuutta arvioitaessa selvitetään aluksi, onko kyseisellä menettelyllä tarkoitus rajoittaa kilpailua. Jos päädytään myönteiseen arvioon, on menettely jo sellaisenaan kielletty. Mikäli arvio on toisenlainen eli menettelyllä ei katsota rajoitettavan kilpailua, arvioidaan sen todellisia tai mahdollisia kilpailua rajoittavia vaikutuksia. Tämän jälkeen niitä verrataan yhteistyöllä mahdollisesti saavutettaviin tehokkuusasetuksiin. Jos tehokkuusedut tai muut kilpailua edistävät vaikutukset ovat kilpailua rajoittavia vaikutuksia suuremmat ja sen saavuttamat edut välittyvät kuluttajille, eikä niitä voida saavuttaa muilla kilpailua vähemmän rajoittavilla toimenpiteillä tai menettelyillä, on yhteistyö kilpailuoikeudellisesti sallittu.

Arviointi kilpailua rajoittavien vaikutusten osalta tehdään aina tapauskohtaisesti, eikä siitä siksi ole kovin yksityiskohtaisia ohjeita. Kriteerejä sovelletaan joustavasti ja tosiseikat huomioiden. Lähtökohtana kuitenkin on, että kilpailua rajoittavia vaikutuksia

³³ Komission tiedonanto – Suuntaviivat Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklan soveltamisesta horisontaalista yhteistyötä koskeviin sopimuksiin. EUVL C 11, 14.1.2011, s. 1, sekä Komission tiedonanto – Suuntaviivat perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan (nyk. 101 artikla 3 kohta) soveltamisesta. EUVL C 101, 27.4.2004, s. 97.

³⁴ EYVL C 368, 22.12.2001, s. 13.

ei ole, mikäli yrityksillä ei yksin tai yhdessä ole markkinavoimaa.³⁵ Komission suuntaviivoihin on sisällytetty ns. *safe harbour* – rajoja, joilla on määritetty erinäisiä yhteenlaskettuja markkinaosuuksia.³⁶ Esimerkiksi yli 5 prosentin markkinaosuuden ylittävät horisontaaliset sopimukset eivät kuulu *de minimis* – tiedonannossa annetun poikkeuksen piiriin. Lisäksi riippuen sopimustyyppistä, ryhmäpoikkeusasetuksen myöntämä poikkeus annetaan automaattisesti, mikäli sopimukset eivät yhteensä ylitä 20 – 25 prosentin markkinaosuutta relevanteilla markkinoilla. Nämä rajat ylittävien sopimusten osalta arviointi tehdään tapauskohtaisesti. Vakavimmat kilpailunrajoitukset katsotaan kuitenkin aina kielletyiksi, riippumatta markkinaosuuksista.³⁷

3.2 Vertikaalinen yhteistyö

Vertikaalinen yhteistyö on eri tuotanto- tai jakeluportaalla toimivien yritysten välistä yhteistyötä. SEUT 101 artikla säätelee myös näitä yhteistyösopimuksia ja kilpailulain 5 § sisältää samat säännökset. Ne kieltävät sellaiset yritysten väliset sopimukset, yritysten yhteenliittymien päätökset sekä yritysten yhdenmukaistetut menettelytavat, joiden tarkoituksena on merkittävästi estää, rajoittaa tai vääristää kilpailua tai joista seuraa, että kilpailu merkittävästi estyy, rajoittuu tai vääristyy. Vertikaalisia yhteistyösopimuksia arvioidaan näiden säädösten kautta sekä apuna voidaan käyttää komission antamaa vertikaalisia kilpailunrajoituksia koskevaa ryhmäpoikkeusasetusta.

Vertikaaliset sopimukset ovat pääosin erilaisia jakelusopimuksia ja arviointi kohdistuu näiden sopimusten sisältämiin kilpailunrajoituksiin. Esimerkkinä tällaisista sopimuksista ovat valmistajien sekä tukku- ja vähittäiskauppioiden väliset jakelusopimukset sekä erilaiset toimitussopimukset. Kilpailunrajoituksia näissä sopimuksissa ovat ensinnäkin hinnoittelua koskevat rajoitukset. Lisäksi sopimukseen voi sisältyä muunkinlaisia rajoituksia. Kilpailulainsäädäntö suhtautuu vertikaalisista kilpailunrajoituksista

³⁵ Wikberg 2011, s. 231.

³⁶ Ryhmäpoikkeusasetuksen soveltamiseen määriteltyjä markkinaosuusrajoja, joiden alapuolelle jääviin sopimukseen ei komissio puutu. Ks. myös Ojala 2011, s. 247 ja 251.

³⁷ Ks. markkinaosuuksista tarkemmin Ojala 2011, s. 228.

torjuvasti erityisesti määrähinnoitteluun.³⁸ Myynti- ja ostosopimukset, joilla määrätään sopimushyödykkeen tukkuhinta tai määrä, eivät yleensä rajoita kilpailua. Kyse voi olla kilpailunrajoituksesta, jos sopimuksella määrätään toimittajaan tai ostajaan kohdistuvista rajoituksista, kuten määrähinnan asettamisesta, kilpailukiellosta, yksinomaisesta toimitusveloitteesta ja muusta selektiivisestä rajoituksesta.³⁹ Tuore kotimainen esimerkitapaus on, kun Kilpailuvirasto teki markkinaoikeudelle esityksen, että se määräisi *littala Group Ab*:lle kilpailunrajoituslain 4 §:n vastaisesta kilpailunrajoituksesta neljän miljoonan euron seuraamusmaksun. Kyse oli vuosina 2005–2007 tapahtuneesta määrähinnoittelusta *littalan* määrättyä useille tunnetuille tuotteilleen alimmat sallitut kuluttajahinnat täten estäen jälleenmyyjä kilpailemalla hinnoilla alentamalla omia katteitaan. Markkinaoikeus päätyi Kilpailuviraston esityksen mukaiseen ratkaisuun.⁴⁰

Vertikaalisten kilpailunrajoitusten kieltö perustuu EU:n kilpailuoikeudessa pitkälti sisämarkkinatavoitteiden toteutumiseen. EU:n kilpailuoikeuden päätavoitteena on ehkäistä kilpailun vääristyminen sekä erityisesti vertikaalisten sopimusten näkökulmasta tärkeänä pidetty tavoite sisämarkkinoiden luomisesta.⁴¹ Vertikaalisia kilpailunrajoituksia pidetään kuitenkin vähemmän haitallisina kilpailulle, kuin horisontaalisia rajoituksia. Tätä perustellaan sillä, että vertikaalisen sopimuksen osapuolilla katsotaan olevan kannustin estää toisiaan käyttämästä markkinavoimaa. Kannustin syntyy siitä, että toisen osapuolen käyttäessä markkinavoimaansa, se samalla haittaa toisen osapuolen toimintaa. Vertikaalisilla rajoituksilla yleensä tehostetaan tuotantoa ja jakelua, mutta ne eivät saa muodostaa estettä markkinoille pääsystä, rajoittaa kohtuuttomasti jälleenmyyjien vapautta toimia tai estää kuluttajia hankkimasta hyödykettä toisesta jäsenvaltiosta.

³⁸ Määrähinnoittelu tarkoittaa jälleenmyyntihinnan määrittämistä. Käytännössä tämä tarkoittaa siis sitä, että tuotteen valmistaja kieltäytyy myymästä tuotteitaan jälleenmyyjille, jos he eivät sitoudu tiettyyn ylempään myyntiportaan määrittämään hintatasoon.

³⁹ Havu ym. 2010, s. 23.

⁴⁰ Kilpailuviraston seuraamusmaksuesitys dnro 258/61/06, 29.4.2010 ja markkinaoikeuden ratkaisu MAO 594/11, dnro 159/10/KR, 20.12.2011.

⁴¹ EU:ssa suhtautuminen vertikaalisiin kilpailunrajoituksiin on huomattavasti ankarampaa, kuin esimerkiksi Yhdysvalloissa, jossa arviointi perustetaan *rule of reason* –periaatteen mukaisesti kilpailuhaittojen ja hyötyjen selvittämiseen. Ks. lisää aiheesta Marco Colino, Sandra: *Vertical Agreements and Competition Law, A Comparative Study of the EU and US Regimes*.

3.3 Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö

Kilpailulain 4 § mukaan määräävällä markkina-aseamalla tarkoitetaan yhdellä tai useammalla elinkeinonharjoittajalla taikka niiden yhteenliittymällä olevaa koko maan tai tietyn alueen kattavaa yksinoikeutta tai muuta sellaista määräävää asemaa tietyillä hyödykemarkkinoilla, joka merkittävästi ohjaa hyödykkeen hintatasoa tai toimitusehtoja taikka vastaavalla tavalla vaikuttaa kilpailuolosuhteisiin tietyllä tuotanto- tai jakeluportaalla. Vastaava määritelmä ei sisälly EU:n kilpailusääntöihin.⁴² Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö kielletään kilpailulain 7 §:ssä ja SEUT 102 artiklassa. Säännökset ovat yhdenmukaisia sisällöltään ja niitä tulkitaan ja sovelletaan yhdenmukaisella tavalla. Kilpailuviranomaisen tutkinnan kohteena olevan yrityksen kannalta ei siis ole merkitystä, kumpaa säännöstä sovelletaan.

Kilpailuoikeudellisesti ja kilpailunrajoituksen näkökulmasta määräävä markkina-asema poikkeaa muista kilpailunrajoituksista siinä suhteessa, että se ei lähtökohtaisesti ole kielletty. Määräävän markkina-aseman saavuttanut yritys saa siis vapaasti kilpailla omilla meriiteillään ja myös pyrkiä sulkemaan muita kilpailevia yrityksiä markkinoilta. Kilpailijoiden markkinoilta sulkeminen on oikeutettua, jos se on seurausta määräävän aseman saavuttaneen yrityksen muita tehokkaammasta toiminnasta. Väärinkäyttö on kyettävä erottaa normaalista kilpailukäyttäytymisestä.

Määräävä markkina-asema on EY:n tuomioistuimen oikeuskäytännössä määritelty olevan taloudellisen vallan yritykselle tuoma asema, jonka johdosta se voi estää tehokkaan kilpailun esiintymisen markkinoilla ja saa samalla mahdollisuuden käyttäytyä merkittävässä määrin itsenäisesti kilpailijoistaan, asiakkaistaan ja viime kädessä kuluttajista riippumattomana.⁴³ Määräävän markkina-aseman toteaminen ei itsessään ole syytös aseman omaavaa yritystä kohtaan, vaan se tarkoittaa ainoastaan sitä, että yrityksellä on aseman myötä erityinen velvollisuus omalla toiminnallaan olla rajoittamatta toimivaa kilpailua yhteismarkkinoilla.

⁴² Määräävästä markkina-asemasta käytetään myös yleisesti nimitystä dominanssi. Ks. Wikberg 2011, s. 252.

⁴³ Asia 27/76, *United Brands Company ja United Brands Continentaal BV v. Euroopan yhteisöjen komissio*, tuomio 14.2.1978, Kok. 1978, s. 207.

Määräävässä markkina-asemassa oleva yritys voi käyttää asemaansa väärin karkeasti kahden tyyppisessä tilanteessa. Ensinnäkin määräävässä markkina-asemassa oleva yritys voi toimia siten, että se pyrkii heikentämään kilpailijoidensa mahdollisuuksia toimia markkinoilla tai sulkemaan ne kokonaan ulkopuolelle. Tällaisesta toiminnasta käytetään nimitystä *exclusionary abuse*. Toiseksi yritys voi toimia siten, että se ei välttämättä vaikuta markkinoiden rakenteeseen, mutta yritys kuitenkin pyrkii hyötymään vahvasta asemastaan toimimalla mielivaltaisesti suhteessa asiakkaisiinsa. Tällaisesta toiminnasta käytetään käsitettä *exploitative abuse*.

Vaikka kotimaiset tai unionin kilpailusäännöt eivät määrittele väärinkäytön käsitettä, niin niissä on kuitenkin mainittu neljä tyyppiesimerkkiä, jotka voivat olla kiellettyä väärinkäyttöä:

- kohtuuttomien osto- tai myyntihintojen taikka muiden kohtuuttomien kauppaehtojen suora tai välillinen määrääminen;
- tuotannon, markkinoiden tai teknisen kehityksen rajoittaminen kuluttajien vahingoksi;
- erilaisten ehtojen soveltaminen eri kauppakumppaneiden samankaltaisiin suorituksiin kauppakumppaneita epäedulliseen kilpailuasemaan asettavalla tavalla (syrjintä);
- sopimuksen syntymisen edellytykseksi asetettava ehto, jolla sopimuspuoli hyväksyy lisäsuoritukset, joilla niiden luonteen vuoksi tai kauppatavan mukaan ei ole yhteyttä sopimuksen kohteeseen (sidonta).

Kilpailunrajoituksella toisella vahinkoa aiheuttanut elinkeinonharjoittaja on kilpailulain 20 §:n mukaan velvollinen korvaamaan vahingon. Korvausvelvollisuus syntyy, mikäli elinkeinonharjoittaja on rikkonut kilpailulain 5 tai 7 §:n tai SEUT 101 ja 102 artiklojen kieltoa tahallaan tai tuottamuksesta. Korvausvelvollisuus kattaa kaikki kilpailunrajoituksella aiheutetut taloudelliset vahingot. Näitä vahinkoja ovat muun muassa kulut, hinnanerotukset ja saamatta jääneet voitot. Myös välilliset taloudelliset vahingot tulee korvattaviksi. Vahingonkorvauksen sisältöön ja vahinkojen korvattavuuteen syvennytään seuraavassa jaksossa.

II YKSITYISOIKEUDELLINEN TÄYTÄNTÖÖNPANO

4. Kilpailuoikeudellinen vahingonkorvaus

Vuonna 2008 julkaisemassaan valkoisessa kirjassa komissio käsitteli niitä asioita, jotka on nähty esteinä vahingonkorvauskanteiden menestymiselle ja etsi ratkaisuja näiden esteiden poistamiseksi. Valkoisen kirjan päätavoitteena on parantaa lainsäädännön tarjoamia edellytyksiä, jotta vahinkoa kärsineet voivat käyttää perustamissopimuksen mukaista oikeuttaan saada korvausta kaikista EY:n kilpailusääntöjen rikkomisesta johtuvista vahingoista. Lähtökohtana on siis täyden korvauksen periaate.⁴⁴

Kilpailunrajoituksen aiheuttama vahinko kohdistuu useille eri tahoille välittöminä ja välillisinä vahinkoina. Vahinkoa voivat kärsiä esimerkiksi kartellin asiakkaat, jotka ovat esimerkiksi maksaneet kartelliyhtiöille ylihintaa näiden myymistä tuotteista. Tällaisia välittömiä asiakkaita ovat esimerkiksi kartellilta raaka-aineita tai komponentteja omaan tuotantoonsa ostaneet yritykset. Vahingonkärsijöitä voivat olla myös kyseisten asiakkaiden omat asiakkaat, joiden ostamiin tuotteisiin kartellin välittömät asiakkaat ovat mahdollisesti siirtäneet kartellille maksamansa ylihinnan. Tällaisia välillisiä asiakkaita ovat esimerkiksi jatkojalosteen ostaneet yritykset, jotka myyvät tuotteen omassa vähittäismyyntitoiminnassaan. Tällainen vahingonkärsijä voisi olla päivittäistavarakaupan ketju, joka ostaa elintarviketuotteen sen jalostaneelta elintarvikeyhtiöltä, joka on vastaavasti ostanut elintarvikkeen raaka-aineen kartellilta.

Vahingonkärsijöitä voivat olla myös kilpailunrajoitukseen osallistuvien yritysten omat tavarantoimittajat, joiden myynti on vähentynyt esimerkiksi kartelliin syyllistyneiden yritysten vähennettyä omaa tuotantoaan ja siihen liittyvien tuotantopanosten ostoja tuotannon rajoituksista tai hinnoista sopimisen yhteydessä. Lisäksi vahingonkärsijöitä voivat olla esimerkiksi myös kartellituotteita täydentävien tuotteiden ja palvelujen myyjät, joiden oma myynti on vähentynyt kartellituotteiden myynnin vähentyessä tuotannon rajoituksista tai hinnoista sopimisen seurauksena,

⁴⁴ KOM(2008) 165, s. 3.

kuten ATK-laitteiden huoltopalveluja tarjoavat yritykset ATK-laitevalmistajien kartellissa.

Yhteistä isolle osalle vahingonkärsijöitä on, että he ovat jonkinlaisessa sopimussuhteessa kilpailunrajoitukseen syyllistyvän yrityksen kanssa. Tämä tuo vahingonkärsijöille yhden oikeuskeinon lisää vaatia vahingonkorvausta.

4.1 Käytettävissä olevat oikeuskeinot

Vahingonkärsijällä on käytössään ainakin teoriassa laaja joukko oikeuskeinoja, joiden perusteella hän pystyy vaatimaan vahingonkorvausta kärsimästään vahingosta. Yksittäin tarkasteltuna oikeuskeinot ovat osittain päällekkäisiä toistensa kanssa. Systematisoinnin puuttuessa eri oikeuskeinojen välissä on kuitenkin nähtävissä laajoja oikeudellisia alueita, joita oikeuskeinot eivät tavoita ilman laveaa tulkintaa. Oikeuskeinojen kirjavuus ja toisaalta niihin liittyvä epävarmuus ja oikeuskäytännön puute ovat todennäköisesti olleet syitä, joiden vuoksi vahingonkorvaukset ovat jääneet kilpailuoikeudessa marginaaliseen osaan.⁴⁵ Uusi kilpailulaki vahingonkorvaussäännöksineen tuo jonkinlaista parannusta nykytilaan, kun vahingonkärsijän ei tarvitse enää valita eri normeista sitä, joka parhaiten turvaa tai toteuttaa hänen oikeutensa. Uudet säännökset eivät kuitenkaan ole itsessään mikään ratkaisu, mutta ne ovat merkki systematisoinnin ja uudistuksen oikeasta suunnasta ja myös siitä, että vahingonkorvaus tunnustetaan tärkeäksi osaksi kilpailuoikeuden järjestelmää.

Jotta käytettävissä olevista vahingonkorvaukseen perustuvista oikeuskeinoista saisi jonkinlaisen kuvan ja jotta kilpailulain merkitys tulisi selväksi, katson parhaaksi käydä ne läpi.⁴⁶ Varsinaiseen vahingonkorvaukseen perustuvat oikeuskeinot ovat

⁴⁵ Havu ym. 2010, s. 31.

⁴⁶ Ks. eritoten Havu ym. 2010. Kirjoittajat ovat koonneet ja käyneet läpi kaikki käytettävissä olevat kilpailuoikeudelliseen vahingonkorvaukseen soveltuvat oikeuskeinot. Kirja on tarkoitettu käsikirjaksi kilpailuoikeudellisen vahingonkorvauksen vaatimiseen. Kirja on kirjoitettu juuri ennen kilpailulain säätämistä, jolloin siinä on käsitelty asioita kilpailunrajoituslain näkökulmasta. Jätän kilpailunrajoituslain tarkemmin käsittelemättä tilan puutteen vuoksi, vaikka se onkin ajankohtainen ja sovellettava laki käynnissä olevissa ja useissa tulevista vahingonkorvausoikeudenkäynneissä oltuaan voimassa kilpailurikkomusten aikana. Keskitynkin siis tarkastelemaan tilannetta kilpailulain kannalta.

kilpailunrajoituslain ja kilpailulain lisäksi sopimusperusteinen vahingonkorvaus ja vahingonkorvauslakiin perustuva vahingonkorvaus. Kilpailusääntöjen (Kilpailunrajoituslain 18 § ja SEUT 101 art.) tai oikeustoimilain mukainen sopimusten pätemättömyys taikka velvoiteoikeuden yleisiin oppeihin perustuvat hyvitysjärjestelmät ovat muuta kuin vahingonkorvausta. Myös perusteettoman edun palautusta on joissain oikeudellisissa teoksissa käsitelty osana kilpailuoikeuden yksityisoikeudellista seuraamusjärjestelmää, mutta se ei perustu vahingonkorvaukseen eikä vahingonkorvauksen periaatteille.⁴⁷ Lisäksi kanteen perustaminen perusteettomaan etuun ei johda vahingonkärsijän täyteen kompensatioon. Perusteettoman edun palautus ei ota huomioon esimerkiksi niitä saamatta jääneitä voittoja myynneistä, joita kantajalta on jäänyt toteutumatta esimerkiksi oman lopputuotteensa osalta kartellivälituotteen (raaka-aineen tai komponentin) hinnankorotuksen tai tuotannon rajoittamisen seurauksena. Lisäksi, jos vahingonkorvauksen vaatijoita on useita, saattaa perusteettoman edun jakaminen useiden kantajien kesken olla myös ongelmallista. Tämän vuoksi keskityn ainoastaan vahingonkorvauksiin perustuviin oikeuskeinoihin eli kilpailulainsäädäntöön, sopimusperusteiseen vahingonkorvaukseen ja vahingonkorvauslakiin.

4.1.1 Kilpailunrajoituslaki

Aiemmin voimassa olleen kilpailunrajoituslain mukaan vahingonkorvaus perustui elinkeinonharjoittajien väliseen tuottamusvastuuseen. Vahingonkorvauksessa noudatettiin pääosin yleistä vahingonkorvausoikeutta lukuun ottamatta muutamia erityispiirteitä. Poikkeuksena vahingonkorvauslakiin kilpailunrajoituslain mukainen vahingonkorvaus koski automaattisesti myös puhtaita varallisuusvahinkoja.⁴⁸ Säännöksen perusteella vain elinkeinonharjoittajat olivat oikeutettuja vahinkoon,

⁴⁷ Ks. esimerkiksi Tulokas 2010, s. 1384. Oikeusneuvos on kirja-arvostelussaan (Havu ym. 2010) sitä mieltä, että perusteettoman edun palautus ei ole olennainen osa oikeussuojakeinoja, kun puhutaan kilpailuoikeudellisesta vahingonkorvauksesta.

⁴⁸ Vahingonkorvauslaki edellyttää puhtaiden varallisuusvahinkojen korvattavuudelta muun muassa, että vahinko on aiheutettu rangaistavaksi säädetyllä teolla tai julkista valtaa käytettäessä taikka tapauksessa on erittäin painavia syitä. Erittäin painavat syyt määräytyvät tapauskohtaisesti.

jolloin esimerkiksi julkisyhteisöt jäivät säädöksen soveltamisalan ulkopuolelle.⁴⁹ Säännökseen pystyivät vetoamaan elinkeinonharjoittaja, jotka eivät olleet sopimussuhteessa rikkojaan, jolloin esimerkiksi markkinoilta sulkemistilanteissa tai *passing-on* – tilanteissa⁵⁰ vahinkoa kärsineet pystyivät myös vaatimaan hyvitystä. Epäsuorien vahingonkärsijöiden oikeus korvaukseen on myös poikkeus yleisestä vahingonkorvausoikeudesta. Korvauksen edellytykset sen sijaan määräytyivät normaalin vahingonkorvausoikeuden mukaan.⁵¹ Kilpailunrajoituslain mukainen vahingonkorvaus vanhenee viidessä vuodessa.

4.1.2 Kilpailulaki

Kilpailulain vahingonkorvauspykälä poikkeaa jonkin verran kilpailunrajoituslain vastaavasta. Kuten aiemmin mainittu, korvausvastuu perustuu kuitenkin aiemman lain mukaisille periaatteille. Kilpailunrajoituslain 18a §:n mukaan korvattiin vain sellainen vahinko, joka on aiheutettu tahallisesti tai tuottamuksesta. Sama pätee vahingonkorvauslain mukaan korvattaviin vahinkoihin ja samaan päädyttiin kilpailulain 20 §:n kohdalla:

”Elinkeinonharjoittaja tai elinkeinonharjoittajien yhteenliittymä, joka tahallaan tai huolimattomuudesta rikkoo 5 tai 7 §:ssä taikka Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 tai 102 artiklassa säädettyä kieltoa, on velvollinen korvaamaan kilpailunrajoituksesta aiheutuneen vahingon.”

Kantajan on tällöin näytettävä tuottamuksen olemassaolo. Kilpailulain esitöissä ja valmisteluasiakirjoissa käytiin paljon keskustelua tuottamuksen arvioinnista

⁴⁹ Tämä liittyy erityisesti *Asfalttikartelliin* (Helsingin käräjäoikeus, dnrot 08/16883, 08/16911, 08/17126, 08/17127, 09/3828, 09/8891, 09/9417, 09/9648, 09/10108, 09/10623, 09/10852, 09/11363, 09/11591, 09/11592, 09/11594, 09/11596, 09/11598, 09/13094, 09/42969, 09/47990, 09/49467), jossa vahinkoa kärsineet kunnat julkisyhteisöinä eivät ole oikeutettuja vetoamaan kilpailunrajoituslain 18a §:n vahingonkorvausvaatimuksissaan. Kilpailulain esitöissä tähän otettiin nimenomaisesti kantaa (ks. HE 88/2010 s. 60) ja epäkohta poistettiin uuden lain myötä.

⁵⁰ *Passing-on* – ilmiöllä tarkoitetaan tilannetta, jossa esimerkiksi raaka-aineesta ylihintaa maksava elinkeinonharjoittaja siirtää kustannukset suoraan jälleenmyyntihintaan ja näin siirtää ainakin osan vahingosta eteenpäin.

⁵¹ Teko pitää olla tuottamuksellinen, teon ja vahingon välillä pitää olla syy-yhteys sekä vahingon aiheutuminen ja määrä täytyy todistaa.

korvausvastuun yhteydessä.⁵² Palaan asiaan tarkemmin jäljempänä, kun käyn läpi kilpailulain ja sopimusperusteisen vahingonkorvauksen eroavaisuuksia ja käyttökelpoisuutta. Kuten aikaisemmin on tullut ilmi, vahingonkorvauspykälässä viitataan vahingonkorvauslakiin vahingon sovittelun ja vahinkovastuun jakautumisen osalta. Tämä on poikkeus kilpailunrajoituslakiin, jossa sovittelu oli erityissäännöksellä säännelty.⁵³ Lisäksi yksi suurimpia muutoksia lakiin, mikä on jo useaan kertaan tullut ilmi, on vahingonkorvaukseen oikeutettujen piirin laajeneminen koskemaan kaikkia vahingonkärsijöitä.⁵⁴ Vanhentumisen tarkempi määrittely ja erikoissäännös nimenomaan kilpailunviranomaisten tutkinnan vaikuttaminen vanhentumiseen ja vahingonkorvausprosessiin ovat olleet tervetulleita muutoksia.

4.1.3 Vahingonkorvauslaki

Vahingonkorvauslaki (412/1974, ”VahL”) on vahingonkorvausta sääntelevä yleislaki. Se on merkityksellinen etenkin sellaisissa asianosaissuhteissa, joissa ei ole mitään sopimusta määrittelemässä suhteen sisältöä ja molemminpuolisia vastuita ja velvollisuuksia. Korvattavina vahinkoina vahingonkorvauslain mukaan tulevat ensisijaisesti henkilö- ja esinevahingot. Lain 5:1 §:ssä määritetään edellytykset muunlaisten vahinkojen korvattavuudelle.⁵⁵ Tuottamusta, syy-yhteyttä, vahingon ennakoitavuutta ja muita vahingonkorvauksen edellytyksiä arvioidaan lain ja yleisen vahingonkorvausoikeuden mukaan.

⁵² Ks. Kilpailulaki 2010 – mietintö s. 60 ja KKO:n lausunto Kilpailulaki 2010 – mietinnöstä (KKO, lausunto OH2009/27, 6.5.2009).

⁵³ Ks. muun muassa Kilpailulaki 2010 – mietintö. Erityissäännöstä perusteltiin sillä, että vahingonkorvauslain sovittelua koskeva säännös on kirjoitettu erityisesti luonnollisten henkilöiden näkökulmasta, eikä sovellu riittävän hyvin elinkeinonharjoittajien välisten vahingonkorvausten sovitteluun. Kun uuden lain mukaan myös muulle kuin elinkeinonharjoittajalle aiheutunut vahinko korvataan, on perusteltua, että kaikkiin kilpailulain vahingonkorvaussäännöksen perusteella määrättyihin vahingonkorvauksiin sovelletaan samaa sovittelusäännöstä. Lainsäädännön johdonmukaisuuden vuoksi voimassa olevan lain sovittelusäännös korvattiin tavanomaisella viittaussäännöksellä vahingonkorvauslain sovittelusäännöksiin.

⁵⁴ Tämä on myös EU-oikeuden mukainen tulkinta. Ks. *Courage v. Crehan*- ja *Manfredi*-tapaukset.

⁵⁵ Vahinko korvataan vain, jos se on aiheutettu rangaistavaksi säädetyllä teolla, julkista valtaa käytettäessä tai korvattavuuteen on erittäin painavia syitä. Kilpailunrajoituksissa syntyvä vahinko on yleensä juuri tällaista esine- ja henkilövahinkoihin liittymätöntä puhdasta varallisuusvahinkoa. KKO:n käytännön mukaan erittäin painavaksi syyksi katsotaan hyvän tavan vastaisuus. Kilpailunrajoitus katsotaan aina, jo lain kieltoperiaatteen vastaisuutensa vuoksi, toimeksi, joka on hyvän tavan vastainen. Erityisedellytykset eivät siis muodostu esteeksi vahingonkorvauslakiin vetoamiselle kilpailuoikeudellisissa vahingonkorvausvaatimuksissa.

VahL on yleislaki ja siis toissijainen erityislainsäädäntöön ja sopimusperusteiseen vahingonkorvaukseen.⁵⁶ Kuitenkin VahL:lla voi olla merkitystä myös erityislain perusteella vaadittavien vahingonkorvausten kannalta, sillä se on rakennettu kuvaamaan yleistä vahingonkorvausoikeutta ja –periaatteita. Sen perusteella syntynyt oikeuskäytäntö ja käsitteiden sekä määritelmien tulkinnat voivat olla hyödyksi myös erityislainsäädäntöön perustuvien vahingonkorvausvaatimusten arvioinneissa. Toissijaisuutensa vuoksi VahL on viimesijainen keino vahingonkorvauksen saamiseen ja sen piiriin kuuluvatkin ne, jotka eivät ole sopimussuhteessa vahingonaiheuttajaan. Tämän soveltamisalan rajauksen vuoksi VahL ei ole kovin käyttökelpoinen kilpailuoikeudellisissa vahingonkorvauksissa. Aiemmin lailla oli enemmän merkitystä kilpailuasioissa, kun kilpailunrajoituslain vahingonkorvauspykälä koski vain elinkeinonharjoittajia. Vielä seuraavien vuosien aikana nostettavien vahingonkorvauskanteiden kannalta käyttökelpoisuus on vielä olemassa. VahL voi näet olla ainoa oikeuskeino ennen kilpailulain voimaantuloa tapahtuneiden kilpailunrajoituksilla aiheutettujen vahinkojen hyvittämiseksi. Vahingonkorvauslain perusteella vaadittavien vahinkojen vanhentumista säätelee laki velan vanhentumisesta (728/2003). Vanhentumislain mukainen vanhentumisaika on kolme vuotta, eli tältä kantilta tarkasteltuna vajaan kolmen vuoden kuluttua vahingonkorvauslakiin perustuvat vahingonkorvauskanteet vähenevät, kun käytössä on paljon tehokkaampia ja yksiselitteisempiä oikeuskeinoja. Eritoten, kun kilpailulain vahingonkorvauspykälä on tarkoitettu sovellettavaksi myös epäsuoriin vahingonkärsijöihin eli niihin tahoihin, jotka eivät ole sopimussuhteessa vahingonaiheuttajaan, VahL:n käyttökelpoisuus ja tarkoituksenmukaisuus vähenevät oleellisesti.

4.1.4 Sopimusperusteinen vahingonkorvaus

Kilpailunrajoitukseen syyllistyneen elinkeinonharjoittajan sopimuskumppanit ovat usein vahingonkärsijän roolissa. Näin oli myös *Courage v. Crehan* – tapauksessa, jossa pubinpitäjä kärsi vahinkoa maksaessaan ylihintaa oluesta. Tällöin vahingonkorvaus

⁵⁶ VahL (412/1974) 1:1§.

voidaan perustaa myös sopimusoikeudelliseen vahingonkorvaukseen. Sopimusoikeudessa vahingonkorvausta pidetäänkin seuraamusjärjestelmän kulmakivenä. Sopimusoikeudellisen vahingonkorvauksen yksi vastuuperuste on ekskulpaatiovastuu.⁵⁷ Ekskulpaatiovastuu on luonteeltaan soveltuvin kilpailuoikeuskontekstissa. Vahingonkorvauksella pystytään hyvittämään monentyyppisiä sopimukseen perustuvia intressejä ja tämän vuoksi korvattaviksi voivat tulla monentyyppiset vahingot.⁵⁸ Kilpailunrajoituslain voimassa ollessa sen 18 a § perusteella vahingonkärsijä pystyi vaatimaan vahingonkorvausta myös sopimussuhteessa ollessaan. Säädöksen selvän kanneperusteen vuoksi sopimusperusteinen vahingonkorvaus on todennäköisesti jäänyt vähemmälle käytölle ja sopimukseen perustuvia vaatimuksia on ajettu kilpailunrajoituslain perusteella.

Sopimusvastuun perusteella vaadittaessa on luonnollisesti myös sopimuskumppanin toiminnan ja vahingon aiheutumisen välillä vallittava syy-yhteys. Korvausvelan vanhentumista säätelee vanhentumislaki eli sovellettavaksi tulee yleinen kolmen vuoden vanhentumisaika. Vahingonkorvauksen lisäksi sopimukseen liitetty sopimussakko, on sopimusosapuolen käytössä oleva keino saada hyvitystä sopimukseen liittyvistä vahingoista. Sopimussakkoon liittyy useita erityiskysymyksiä, joista osa liittyy vahingonkorvaukseen ja osa vastuuperusteen muodostumiseen. Sopimussakkohan voi tulla osapuolen maksettavaksi vain silloin, kun toinen osapuoli on rikkonut sopimusta. Oikeuskirjallisuudessa on monenlaisia tulkintoja sopimusrikkomuksen tunnusmerkistön täyttymisestä. Joidenkin mielestä kilpailunrajoitus toteutuu juuri silloin, kun sopimusta noudatetaan. Toisen kannan mukaan jo kilpailunrajoitukseen osallistuminen on sopimusoikeudellisten periaatteiden rikkomista ja samalla sopimusrikkomus.⁵⁹ Tulkinta on tehtävä tapauskohtaisesti ja riippuu sopimuksesta ja sen luonteesta. Mikäli sopimus itsessään on osana kilpailunrajoitusta, niin rikkomusperusteella korvauksen vaatiminen ei onnistu. Sen sijaan jos sopimus ei ole osana kilpailunrajoitusta, vaan osapuolista vain toinen on

⁵⁷ Hemmo 2003, s. 234.

⁵⁸ Esimerkiksi sopimusrikkomuksen aiheuttamat reklamaatio- ja selvittelykustannukset, sivullisilla teetetystä oikaisusta johtuneet kulut, hinnanero suorituksen markkina-arvoon tai katesopimukseen nähden, tulon menetys tai muu sopimukseen perustuneesta luottamuksesta johtuva välillinen vahinko sekä virheen aiheuttama henkilö- ja esinevahinko.

⁵⁹ Lisää jaksossa 5.2.1.

osallisena kartellissa, voidaan sopimusta katsoa riktun ja myös sopimussakko voi tulla ajankohtaiseksi.

Sopimukseen perustuvan vahingonkorvaukseen voi vaikuttaa myös nimenomaisella vahingonkorvausehdolla, jossa sovitaan joko vakiokorvauksesta, vahingonkorvauksesta tai molemmista.⁶⁰ Vahingonkorvaus voi, kuten aiemmin mainitsi, myös perustua sopimusrikkomukseen, joskin tilanne on vielä tulkinnallinen. Voi olla, että ilman erillistä sopimusehtoa kilpailunrajoitustointa ei välttämättä katsota sopimuksen rikkomiseksi. Näiden lisäksi sopimusoikeudesta on löydettävissä muita perusteita kilpailuoikeudellisen vahingonkorvausvaateen pohjaksi. Esimerkiksi lojaliteettiperiaatteesta voidaan johtaa toisen osapuolen toimintaa koskevien toimien sopimuksenmukaisuus ja niistä johtuvat sopimusvelvoitteet vahinkoa kärsinyttä osapuolta kohtaan.

Sopimusoikeudellisessa vahingonkorvauksessa ei tehdä eroa vahingonkärsijän henkilön suhteen, joten myös aiemman lainsäädännön aikaan kuluttajat ja elinkeinoharjoittajat ovat voineet vedota siihen. Vahinkolajin puolesta sopimusoikeudellinen vahingonkorvaus kattaa automaattisesti puhtaat varallisuusvahingot.⁶¹ Vahingonkärsijä saavuttaa kuitenkin tärkeän edun ollessaan sopimussuhteessa vahingon aiheuttajaan, sillä sopimussuhde ja siihen liittyvä yhteistoiminta tuottavat todennäköisesti paljon vahinkoon liittyvää tietoa, jota voi myöhemmin käyttää todistusaineistona oikeudenkäynnissä. Seuraavaksi käyn läpi eri perusteita, joilla sopimusperusteista vahingonkorvausta voi vaatia.

Sopimusoikeudelliset periaatteet vahingonkorvauksen pohjana

Lojaliteettiperiaatteen mukaan sopimuskumppanilla on omissa toimissaan otettava huomioon, tiettyyn määrään asti, toisen osapuolen etu sopimussuhteessa. Etenkin pitkäkestoisissa ja luottamussuhdetta edellyttävissä sopimussuhteissa toisen edun huomioiminen on korostunutta. Lojaliteettiperiaatteeseen perustuva vahingonkorvaus

⁶⁰ Esimerkiksi julkisissa hankinnoissa käytettävä CIBD – niminen sopimusehto (*Certificate of Independent Bid Determination*) on tällainen ehto. Vahingonkorvausehdosta lisää myöhemmin tässä jaksossa ja jaksossa 5.2.2.

⁶¹ Hemmo 2005, s. 308.

perustuisi siihen, että sopimuskumppani on jättänyt velvollisuuksiensa mukaisen toisen edun huomioimatta siinä vaiheessa kun on osallistunut kilpailunrajoitukseen tai perinyt ylihintaa sopimuskumppaniltaan. Toisaalta luottamuksensuojaperiaatteen rikkominen voisi myös täyttää sopimusrikkomuksen tunnusmerkistön.⁶² Luottamuksensuojaperiaatteeseen liittyy myös osapuolen oikeus luottaa sopimusta solmittaessa tai sopimussuhteen kestäessä annettuihin tietoihin. Mikäli toinen osapuoli on antanut valheellisia tietoja tai jättänyt tietoja kertomatta, on kyseessä harhauttaminen relevanttien olosuhteiden ja tosiasioiden osalta. Esimerkiksi kuuluminen tai liittyminen kartelliin on seikka, jonka tiedossa ollessa sopimusta ei olisi tehty tai enää jatkettu. Tällöin ollaan hyvin lähellä tilannetta, jolloin voidaan vedota lain varallisuus oikeudellisista oikeustoimista 33 §:n mukaiseen pätemättömyyteen. Esimerkiksi sopimuksen hintaehdoton tai vastaavaan olisi kunnianvastaista ja arvotonta vedota, jos se on syntynyt niinkin olennaisia hintaan vaikuttaneita tietoja salaten. Periaatteen tasolla olevaan oikeusperusteeseen vetoamisen menestymismahdollisuuksia tuomioistuimessa on vaikea ennustaa, eikä olemassa ole oikein relevanttia oikeuskäytäntöäkään, josta voisi tehdä arviota kanteen menestymisestä. Toisaalta KKO on ollut lausunnossaan⁶³ sitä mieltä, että kilpailunrajoitustoimiin osallistumien ei ole asianmukaisen sopimuskäyttämisen mukaista.

Tämän vuoksi mielestäni sopimusoikeudellisiin periaatteisiin kannattaa vedota ainakin tukemaan kanneperustetta ja tulkinta-apuna epäselvissä tilanteissa. Ehkä vaatimuksen rakentaminen ainoastaan periaatteen pohjalta voi olla riskialtista.

Sopimuksen rikkomiseen perustuva vahingonkorvaus

Sopimusoikeudessa puhutaan yleisesti suoritushäiriöstä, kun sopimusosapuoli on tehnyt tai jättänyt tekemättä sellaisia toimenpiteitä, joiden vuoksi sopimuksen tavoite on jäänyt saavuttamatta. Kyse voi olla myös nimenomaisesti sovituista toimista, joita toinen osapuoli on jättänyt tekemättä. Sopimus ei siis ole täyttynyt odotetulla tavalla, josta on aiheutunut laiminlyöjän sopimuskumppanille vahinkoa. Tällaisen vahingon

⁶² Kuoppamäki 2012, s. 98.

⁶³ KKO OH2009/27, 6.5.2009.

hyvittämiseksi sopimusosapuolella on käytössään joukko oikeuskeinoja. Normaalit hinnanalennus- tai muut vahingonkorvausta edeltävät vaatimukset eivät vahinkojen laadun ja rikkomuksen luonteen vuoksi tule kyseeseen kilpailuoikeudellisissa vahingonkorvauksissa.

Sopimuksen rikkomistilanteissa täytyy ensin todeta suoritushäiriö. Tämä tehdään yksinkertaisesti vertaamalla sopimuksesta johtuvia velvoitteita todellisuudessa toteutuneisiin. Mikäli toteutuneet suoritukset tai täyttämistoimet poikkeavat epäedullisella tavalla sovitusta velvoitteista, on häiriö käsillä. Tällaista arviointia nimitetään vastaavuusteoriaksi.⁶⁴ Tapauskohtaisesti sovitun velvoitteen määrittäminen on tällöin oleellista ja apuna joudutaan käyttämään moniaineksista materiaalia, jossa otetaan huomioon sopimuksen sisällön lisäksi sopimussuhteen muut piirteet ja esimerkiksi konkludenttisesti sovitut tai muuten vakiintuneet käytännöt ja osapuolten perustellut odotukset.

Kuten aiemmin todettu, sopimuksen rikkomista ei välttämättä tapahdu kilpailunrajoituksen yhteydessä. Esimerkiksi tilanteessa, jossa elinkeinonharjoittaja maksaa ylihintaa tuotteensa raaka-aineesta sopimuskumppanin kartelliin osallistumisen takia, mutta jossa raaka-aineen toimittaja täyttää velvoitteensa sovitun mukaisesti ja sovitulla vastikkeella, ei sopimusrikkomusta ainakaan vastaajan mielestä ole tapahtunut. Vastaaja voisi vedota täyttäneensä sopimuksen sisällön täysimääräisesti ilman viivytyksiä. Mikäli asiatonta sopimuskäyttäytymistä ei katsota sopimusrikkomukseksi, vahinkoa kärsinyt voi vaatia kilpailuoikeudenvastaiseen pätemättömyyteen vedoten esimerkiksi osaa hintasuorituksesta takaisin. Tällaisen vaatimuksen yhteydessä ei siis ole kyse tiukasti tulkittavasta vahingonkorvauksesta vaan palautusvaateesta. Näin tässä tilanteessa ei tarvitse osoittaa esimerkiksi tuottamusta tai syy-yhteyttä, ainoastaan, että tietty osa hintaehdosta on ollut sellainen kuin se on ollut esimerkiksi jo kilpailuviranomaisen osoittamaan kilpailunrajoitukseen liittyen. Tällöin kuitenkin välillisesti aiheutuneet vahingot eivät voi tulla korvattaviksi, koska kyse ei ole vahingonkorvauksesta. Pätemättömyys soveltuu myös ainoastaan ylihintatapauksiin, eikä esimerkiksi markkinoilta sulkemistapauksissa sitä voida käyttää vahingonkorvausperusteena.

⁶⁴ Ks. esim. Routamo 1980, s. 123.

Sopimusehtoon perustuva vahingonkorvaus

Sopimusoikeutemme rakentuu vahvalle sopimusvapauden periaatteelle. Sopimusosapuolet saavat siis valita vapaasti sopimuskumppaninsa ja sopimustensa sisällön. Julkisen intressin ja muun muassa heikomman suojan periaatteelle rakentuva oikeusjärjestyksemme tuo tähän toki rajoituksia. Lisäksi tietyille aloille ja sopimustyypeille on ominainen piirre sopimuspakko. Muun muassa määräävässä markkina-asemassa vakuutus- ja energia-alalla toimivien on solmittava sopimus kaikkien niiden asiakkaiden kanssa, jotka täyttävät tietyt vähimmäisehdot. Myös kilpailulainsäädäntö tuo omat rajoituksensa sopimusten sisältöön eli kilpailuoikeudella itsessään on samansisältöisesti kaikkia yrityksiä velvoittavasti säädetty, että tiettyä toimintaa ei harjoiteta ja yritysten toiminnassa tiettyä ammattimaisuutta varmasti osoittaa tämän asian tiedostaminen ja kunnioittaminen. Suoraan kilpailua rajoittavat ja eritoten kartellia koskevat sopimuslausekkeet ovat jo lain perusteella mitättömiä ja niiden pohjalta suoritettut toimet pätemättömiä. Lainsäädännön pakottavien edellytysten täytyessä vallitsee kuitenkin sopimusvapaus.

Sopimusvapauden puitteissa elinkeinonharjoittajat voivat sopia kahden- tai monenvälisissä toimitussopimuksissaan kilpailuoikeudellisesta vahingosta. Esimerkiksi hankintayksiköt käyttävät julkisissa hankinnoissa tällaista sopimusehtoa ainakin Yhdysvalloissa, Kanadassa ja Isonsa-Britanniassa. Ehdon käyttämistä on suositeltu kotimaistenkin hankintayksiköiden käyttöön ja jossain määrin se on käytössä.⁶⁵ Vastakkaisia mielipiteitä on myös esiintynyt tällaisen erillisen vahingonkorvausehdon käyttämisestä.⁶⁶ Itse näen sopimusehdon käyttämisen hyödyllisenä, varsinkin tietyillä toimialoilla, ja sen etuja voidaan perustella usealta kantilta.⁶⁷ Esimerkiksi *Metsäkartellin* yhteydessä ehto olisi ollut jo markkinoiden rakennetta, markkinatoimijoiden tausta ja markkinoiden luonnetta ajatellen täysin toimiva ja luonnollinenkin valinta puutoimitussopimukseen liitettäväksi.

⁶⁵ Aalto-Setälä 2011.

⁶⁶ Havu ym. 2010, s. 38. Kirjoittajat eivät suuremmin perustele väitettään, vaan toteavat ainoastaan: *”...on epärealistista, että sopimukseen otettaisiin vahingonkorvausehto osapuolen toteuttaman kilpailunrajoituksen varalta.”*

⁶⁷ Ks. jakso 5.2.

Toisaalta voitaisiin ajatella, että sopimusehto ei tunnu järkevältä otettavaksi osaksi sopimusta, koska se voisi olla este tai haitta sopimusta solmittaessa. Velvoite noudattaa pakottavaa lainsäädäntöä on kaikkien sopimusten osa jo kirjoittamatta sitä auki. Tällöin tällaisen ehdon nimenomainen ottaminen sopimukseen voisi olla neuvottelutilanteessa ehtoa ehdottavalle, joka lupaa päättää markkinatoiminnastaan kuten hinnoistaan ja tuotannostaan itsenäisesti, jopa epäedullinen, sillä verrattuna sopijakumppanivaihtoehtoihin, jotka "itsestään selvästi" eivät kuulu kartelleihin, eivätkä edes tuo esille tällaista vaihtoehtoa, ehtoa ehdottava osapuoli ikään kuin lähtisi siitä, että tämä on jotenkin sovittava kysymys.

Vahingonkorvausehto sopimuksessa tuo kantajalle joka tapauksessa yksiselitteisen oikeusperusteen vaatia vahingonkorvausta vastapuolen kielletyn kilpailutoiminnan aiheuttamasta vahingosta. Ehdon olemassaolo ei tietenkään helpota kilpailunrajoituksen toteamista, vaan siihen tarvitaan joko kilpailuviranomaisen päätös tai kantajan on näytettävä toteen vastaajan syyllistyminen kiellettyyn toimintaan.

4.2 Vahingonkorvauksen edellytykset

Oikeusperusteesta riippumatta, eli vaaditaanko vahingonkorvausta sopimuksen vai kilpailulain tai muun vastaavan perusteella, täytyy vahingonkorvauksen edellytykset olla yhtä lailla käsillä. Vahingonkorvaukselle on säädetty tietyt yleiset edellytykset, ovat esimerkiksi syy-yhteys, tuottamus ja vanhentuminen. Näistä ainakin tuottamuksen arviointi ja vanhentuminen ovat kyllä riippuvaisia oikeusperusteesta. Tosin vanhentumista koskeva tulkinta on huomattavasti vähentynyt kilpailulain uudistuksen myötä, jolla selvennettiin vanhentumissäädöksiä. Lisäksi kilpailuoikeudelliseen vahingonkorvaukseen liittyy vahinkotyyppille ja kilpailuoikeudelle ominaisia erityisiä vaatimuksia, joiden valossa vahingonkorvausta täytyy tarkastella. Nämä kolme erityisedellytystä ovat kilpailunrajoituksen todistaminen, vahingonkorvaussääntöjen soveltaminen kilpailukontekstissa ja vahingon aiheutumisen ja määrän todistaminen.⁶⁸ Kilpailunrajoituksen toteaminen perustuu lähes poikkeuksetta viranomaistutkintaan ja yksityisten itsenäiset kanteet (*standalone action*), jolloin pyritään todistamaan myös

⁶⁸ Havu ym. 2010, s. 2.

kilpailunrajoituksen olemassaolo, ovat harvinaisempia, joskin aivan mahdollisia.⁶⁹ Suurin osa kilpailuoikeudellisista vahingonkorvauskanteista perustuu aiempaan kilpailurikkomuksen toteavaan hallinnolliseen päätökseen tai tuomioistuinratkaisuun. Ne ovat niin sanottuja seurannaiskanteita (*follow-on action*). Viranomaisten rooli vahingonkorvauksen yhteydessä on muuten vähäistä. Siispä keskitynkin tutkielmassa kilpailunrajoituksen todistamisen sijasta vahingonkorvaussääntöjen soveltamiseen ja vahingon sekä sen määrän todistamiseen.

Vahingonkorvaussääntöjen soveltaminen tarkoittaa vahingonkorvauksen yleisten edellytysten täyttymisen selvittämistä. Kilpailuoikeudellisissa tapauksissa näistä on aiheutunut huomattavia tulkintaerimielisyyksiä. Syynä vaikuttaisi olevan sinänsä vahingonkorvausoikeudessa vakiintuneiden sääntöjen ja tulkintatapojen yhteensopimattomuus kilpailuoikeudellisen ulottuvuuden kanssa. Ratkaisuja näihin ongelmiin tai epäkohtiin on löydettävä lainsäädännöstä sekä oikeuskäytännöstä ja – kirjallisuudesta. Asiantuntijoita ovat kilpailu- ja prosessioikeuslakimiehet.

Kolmas edellytys eli vahingon aiheutuminen ja sen määrän todistaminen on ehkä kaikista suurin haaste kilpailuoikeudellisessa vahingonkorvauksessa. Liiketalouden ja taloustieteen osaaminen nousee tässä kohtaa todella suureen rooliin, sillä ongelmat eivät ole juurikaan oikeudellisia, vaikka niille annetaankin oikeudellista merkitystä. Ongelmana on etenkin, että vahingon määrän laskeminen on erittäin monimutkaista ja taloustiedettä hyödynnetään tässä kohtaa hyvin puutteellisesti tai virheellisesti. Esimerkiksi kattavien markkina-analyysien tekeminen eri menetillä ja markkinoiden ominaispiirteet huomioiden ei ole jokaisen lakimiehen osaamisalaa.

4.2.1 Vahingonkorvaussääntöjen soveltaminen

Vahingonkorvauksen yleisistä edellytyksistä syy-yhteyden määrittäminen on vahingon aiheutumisen jälkeen arvioitava seuraavaksi. Oikeudellisesti katsotaan, että on löydyttävä riittävä ja välttämätön syy, jonka avulla syy-yhteys on muodostettavissa. Kun riittävä ja välttämätön syy löytyy, on kausaaliyhteyksistä muodostettava juuri

⁶⁹ Suomessa julkaistujen oikeustapausten joukossa ei ole yhtään tapausta, johon ei liity kilpailuviranomaisten tutkintaa.

oikean mittainen ketju, jotta oikeudellinen syy-yhteys kattaisi korvausvastuun kannalta perustellun määrän vahinkoa, eikä johtaisi korvaamaan vahinkoja, jotka ovat hyvin etäällä alkuperäisestä toiminnasta. Riittävän ja välttämättömän syyn arvioinnissa on myös tärkeää yksilöidä eri tekijöiden merkitys vahingon syntymisestä. Samoin on pystyttävä analysoimaan inhimillisten tekijöiden vaikutukset sekä oikeudellisesti relevantin käytöksen lisäksi huomioitava muitakin seikkoja, jotka liittyvät vahingonaiheuttamisolosuhteisiin.⁷⁰ Yksinkertaisimmillaan syy-yhteys voidaan löytää tarkastelemalla, että olisiko tapahtunut vahinko syntynyt ilman ratkaisevaksi arvioitua vahingonaiheuttajatapahtumaa. Mikäli päädytään kielteiseen vastaukseen, syntyi vahinko epäillyn syyn vaikutuksesta.⁷¹ Kyse on tällöin *välttämättömästä syystä* (*conditio sine qua non*). Oikeusperuste ei vaikuta syy-yhteyden arviointiin, mutta esimerkiksi sopimussuhteen sisällöstä voitaisiin arvioida saatavan sisältöä syy-yhteyden arviointiin ja analyysin tekemiseen.

Kilpailunrajoituksesta johtumisen eli syy-yhteyden osoittaminen voi olla vaikeaa useanlaisten vahinkojen yhteydessä. Kilpailuoikeudellisen vahingon yhteydessä syy-yhteys usein liittyy myös korvattavan vahingon määrään. Esimerkiksi ylihinnan maksamisesta syntynyt vahinko on sinänsä yksinkertaisesti osoitettavissa, mutta tällöin saattaa ilmetä vaikeuksia osoittaa mihin määrään asti vahinkoa kilpailunrajoitus on vaikuttanut. Mikäli käytössä on viranomaistutkinnassa syntynyttä materiaalia, voi päätöksestä löytyä tarpeeksi kattava analyysi siitä, mitkä ovat esimerkiksi kartellin vaikutukset ja siitä johtuvat muutokset markkinoiden hintatasossa ja toiminnassa. Kilpailunrajoitukseen liittyvässä tilanteessa ominaista on monimutkaiset taloudellisten vaikutusten ketjut ja verkostot ja sen vuoksi ympäröivät olosuhteet on huomioitava riittävän tarkasti ja samalla kartoitettava kaikki tuotannon pienentymiseen, liikevoiton laskuun, markkinaosuuden romahtamiseen ja muihin vastaaviin menetyksiin mahdollisesti vaikuttaneet tekijät. Kilpailunrajoituksille on myös ominaista vahingonkärsijöiden suuri määrä ja esimerkiksi *passing-on* ilmiöstä johtuen vahingonkorvaukseen oikeutettujen etäisyys vahingon aiheuttajasta. Mitä etäämmäksi alkuperäisestä tapahtumasta edetään, sitä vaikeammaksi syy-yhteyden osoittaminen muodostuu. Samalla vahingon ennakoitavuusedellytyksen merkitys kasvaa.

⁷⁰ Hemmo 2005, s. 110–111.

⁷¹ Havu ym. 2010, s. 91.

Vaikka kilpailulaki, kuten ei kilpailunrajoituslakikaan, ei aseta välittömiä ja välillisiä vahinkoja eri asemaan korvattavuuden perusteella, yleensä vahingonkorvausoikeudessa on suhteuduttu pidättyvästi välillisten varallisuusvahinkojen korvaamiseen. Kun kilpailunrajoitustilanteissa syy-yhteyden muodostaminen on haastavaa, vaikeusaste nousee huomattavasti välillisten vahinkojen yhteydessä. Hypoteettisen tilanteen tai tapahtumien kulun tarkastelussa poistetaan oletettu vahingon aiheuttaja ja tutkitaan, olisiko vahinko tapahtunut myös ilman tuota tekijää. Hypoteettisen tapahtumankulun ja todellisten tapahtumien tuloksia vertailemalla voidaan yksinkertaisissa vahinkotilanteissa löytää syy-yhteys.⁷² Tällaisen tutkinnan suorittaminen ja markkina-analyysin tekeminen vaatii todella ammattitaitoa, ja varsinkin jos kilpailuviranomaisten ratkaisua kilpailunrajoituksen olemassaolosta ei ole, on ammattiavun käyttäminen suositeltavaa.

Vahingon korvattavuutta rajoittaa adekvaattius- eli ennakoitavuusedellytys. Se tarkoittaa sitä, että korvausvelvollisuus ei ulotu sellaisiin vahinkoihin, joita voidaan pitää niin epätavallisina tai yllättävinä, ettei vahingonaiheuttaja ole voinut olettaa niiden tapahtumista toimintansa seurauksena. Koska taloudellisten vaikutusketjujen arviointi on haastavaa kilpailunrajoitusten yhteydessä, vähentää se ennakoitavuusedellytyksen merkitystä kyseisessä kontekstissa. Vaikutuksia saattaa olla lähimarkkinoilla ja lisäksi markkinoille pyrkivät yritykset voivat kärsiä vahinkoa. Adekvaattisuuden arvioinnissa ongelmaksi muodostuu ns. mittapuun asettaminen. Jos ennakoitavuusedellytykselle annetaan voimakas painoarvo, vain aivan ilmeisimmät vahingot tulisi korvattaviksi. Toisaalta jos minkäänlaista ennakoitavuutta ei edellytetä, korvausvelvollisuus saattaisi ylettyä kattamaan sellaisiakin vahinkoja, jotka ovat äärimmäisen etäisiä itse aiheuttajalle. Tähän ei kuitenkaan ole Suomessa vaaraa, sillä korkea prosessikynnys ja raskas kantajan näyttötaakka vähentävät heppoisin perustein nostettuja kanteita.⁷³

Ennakoitavuusedellytys ei tosin yleisessäkään vahingonkorvausoikeudessa aina rajaa pois yllättävien vahinkojen korvattavuutta, eli vahinkoa joka on aiheuttajalle yllättävä. Voidaan puhua monopolivisen tapahtumaketjun todennäköisyyden sijaan enemmänkin

⁷² Havu ym. 2010, s. 93.

⁷³ Havu ym. 2010, s. 95.

vahingon aiheuttaneen tekijän ja vahinkotapahtuman yhteyden mielletävyydestä. Varallisuusvahinkojen osalta varallisuuden saamatta jääminen voi periaatteessa johtaa uusiin vahinkoihin (liiketoimintaa menetetään jne.). Tällöin vastuu on myös perusteltua rajoittaa vahinkoihin, joiden syntyminen voidaan vahingon aiheuttamishetkellä mieltää tai tulisi mieltää tapahtuvaksi. Spekulatiivisia ja ennenaikaisia vahinkoja ei voida korvata kilpailuoikeudellisina vahinkoina.⁷⁴ Hyväksyttävänä ja korvausvelvollisuuden muodostavina syy-yhteyksinä voitaisiin pitää sellaisia kausaaliketjuja, jotka ovat tavanomaisia taloudellisessa toiminnassa. Kilpailunrajoitusten yhteydessä tällaisia voisivat olla hintojen nousu, tuotannon rajoittuminen tai ilman hyödykettä jääminen toisen elinkeinonharjoittaja kielletyn toiminnan vuoksi.⁷⁵ Tällöin voitaisiin perustella sitä, että kilpailunrajoitusten yhteydessä usein esiintyvien vahinkojen korvausvelvollisuutta turhaan rajoitettaisi ennakoitavuuden ja yllätyksellisyyden edellytyksien painottamisella. Korvausvelvollisuutta voi rajata myös normin suojatarkoitus eli se minkälaisilta vahingoilta normi on säädetty suojaamaan.

4.2.2 Vahingon aiheutuminen ja määrän laskeminen⁷⁶

Todennäköisesti kaikista vaikein osa kilpailuoikeudellisessa vahingonkorvauksessa on vahingon aiheutumisen ja sen määrän todistaminen. Yleensä nimittäin kilpailuviranomaiset huolehtivat kilpailunrajoituksen todistamisesta⁷⁷ ja vahingonkorvaus on kilpailuoikeudellisine erityispiirteineen kuitenkin lakimiesten hallussa ja omaksuttavissa. Vahingon aiheutumisen ja määrän todistamisen vaikeuden syyksi on arveltu kilpailunrajoituksilla aiheutettujen vahinkojen abstraktisuutta sekä monimutkaisia liiketoimintoja. Nämä tekevät vahingon näyttämisen ja mittaamisen hyvin vaikeaa, eikä lakimiehillä yleensä ole kovin hyvää tuntemusta juuri kyseiseltä toimialalta eikä taloustieteellistä osaamista ja näkemystä, joka olisi hyvin tarpeellista

⁷⁴ Routamo – Ståhlberg 2000, s. 258.

⁷⁵ Ks. Virtanen 2003, s. 495–496.

⁷⁶ Perustuu pitkälti Marshall (toim.)2008, luvut 3 ja 4.

⁷⁷ Poikkeuksena voitaisiin pitää tapausta *Qvist v. John Crane Safematic* (Keski-Suomen käräjäoikeus, tuomio 2010/1, dnro 05/561), jossa Kilpailuvirasto tosin antoi lausunnon, mutta poisti asian käsittelystä sen vähäisyyteen vedoten, jolloin kantaja itse näytti kilpailunrajoituksen toteen. Tapaus on toistaiseksi ainoa, jossa kantaja on itse pystynyt todistamaan kilpailunrajoituksen.

tässä yhteydessä. Samalla oikeuskäytännön vähyyks ja asiaa käsittelevien tuomareiden ja asiamiesten suppea kokemus vaikeuttavat eri tilanteiden tulkintaa.⁷⁸

Oppia voitaisiin ottaa Yhdysvalloista, jossa muodostetuista käytännön opeista voitaisiin ottaa mallia Suomeen. Tarkoitus ei olisi kopioida sikäläistä järjestelmää tänne, vaan omaksua niitä piirteitä, jotka sopivat meidän oikeuskulttuuriimme. Toisekseen eroavaisuudet eivät olisi niin suuria, kuin alun perin voisi kuvitella olevan *common law* – järjestelmän ja *romaanis-germaanisen* – järjestelmän välillä. Kilpailunrajoituksella aiheutetut vahingot ja ilmiöt liittyvät pikemmin liikkeenjohtamiseen ja taloustieteeseen kuin oikeustieteeseen.⁷⁹ Kun yritystoiminta perustuu kaikkialla samoille taloustieteen asioille, voidaan muista maista saatuja kokemuksia näin soveltaa lähes universaalisti. Komissio on myös tiedostanut vahinkojen määrän osoittamisen tärkeyden yksityisoikeudellisen täytäntöönpanon tehostamisessa. Se onkin joulukuussa 2009 julkaissut laajan ja systemaattisen selvityksen kilpailunrajoitusten aiheuttamien vahinkojen laskemisesta EU:n kilpailuoikeudessa.

Kuten aiemmin on käynyt ilmi, vahinkolajilla ei ole varsinaista merkitystä kilpailuoikeudellisessa vahingonkorvauksessa. Puhtaat varallisuusvahingot, jotka ovat tyyppillisin vahinkolaji kilpailunrajoitusten seurauksena, tulevat joka tapauksessa korvattaviksi. Vahinkolaji ei siis ole este vahinkojen korvattavuudelle. Esteet ovat lähinnä syy-yhteyden muodostamisessa ja vahingon syntymisen ja määrän todistamisessa.

Kilpailunrajoituksella aiheutetaan vahinkoa yleensä kahden tyyppisinä tapauksina. Vahinko esiintyy joko ylihintana tai markkinoilta sulkemisena. Ylihintaan liittyvä vahinko koostuu kolmesta elementistä, joita ovat kartellin tai muun kilpailunrajoituksen seurauksena maksettavan hinnan ja ilman kilpailunrajoitusta hypoteettisessa markkinatilanteessa maksettavaksi tulevan hinnan erotus. Tämä on ylihinnan aiheuttama suora vahinko, kun taas kohonneiden hintojen vuoksi myymättä jääneiden tuotteiden katteesta muodostuva vahinko on epäsuoraa vahinkoa. Kolmas vahingon suuruuteen vaikuttava tekijä on jo puheena ollut *passing-on* – vaikutus, joka

⁷⁸ Ainakin Yhdysvalloissa vahingon mittaamisessa on kehitytty pitkälle, kuten myös pitkällisellä oikeuskäytännöllä on ratkaistu monia ongelmia, joihin vahingon mittaamisessa on törmätty.

⁷⁹ Havu ym. 2010, s.70.

siis vaikuttaa joko pienentävästi tai suurentavasti vahingon määrään.⁸⁰ Markkinoilta sulkemistapauksissa vahinko muodostuu siitä, kun vahingonkärsijä ei voi osallistua normaalisti markkinoille. Vahinkoa on siis toteutuneen tuloksen ja hypoteettinen normaalin kilpailutilanteen markkinoilla toteutunut tulos.

Periaatteessa kilpailuoikeudellinen vahinko korvataan samalla tavalla kuin muutkin vahingot. Määrän laskeminen perustuu differenssioppiin, jolloin verrataan toteutunutta tapahtumaketjua hypoteettiseen tilanteeseen, jossa vahingon aiheuttanut tekijä on poistettu. Vahingonkärsijä saa täyden korvauksen, jolloin hänen varallisuus oikeudellinen asemansa saatetaan tilaan, jossa hän olisi ollut ilman vahingon aiheutumista. Tällöin pätee ns. rikastumiskielto, jonka mukaan vahingonkärsijä ei saa hyötyä kärsimästään vahingosta. Vahinkoa määritettäessä otetaan huomioon myös mahdollisesti saavutettu hyöty vahingosta, kuten tuotannon vähentymisestä johtuneet raaka-ainekustannusten vähenemiset.

Näistä periaatteista on kuitenkin käytännön näkökulmasta yllättävän vähän hyötyä kilpailuoikeudellisen vahingon määrän selvittämisessä, sillä vaikka ne ovat näennäisesti yksinkertaisia, on hypoteettisen tapahtumien kulun selvittäminen parhaimmissa ja yksinkertaisimmissakin tapauksissa vain arvioita. Kilpailunrajoitus kun ei usein ole ainoa syy tuloksen heikkenemiselle. Näin vahingon määrän lisäksi näytön kerääminen on myös haasteellista. Toisaalta on oikeustajuni vastaista, että vahingonaiheuttaja pääsisi vastuusta vain sen perusteella, että vahingon tarkka määrittäminen ei onnistu tai on haastavaa, jos vahinko joka tapauksessa on osoitettu aiheutuneen kilpailunrajoittajan toimista. Korvauksen määrän ei tarvitsisi perustua arvauksiin, mutta pitäisi riittää, että se voidaan arvioida todisteista. Esimerkiksi oikeudenkäymiskaaren 17:6 § säättää, että milloin kysymys on vahingon määrästä, eikä siitä ole saatavissa näyttöä tai se on vain vaikeuksien esitettävissä, on oikeudella valta

⁸⁰ *Passing-on* eli vahingon eteenpäin vierittäminen ei automaattisesti vähennä elinkeinonharjoittajalle muodostunutta vahingon määrää. Taloustieteellisten mallien mukaan lopputuotteen hinnoittelu ei välttämättä määräydy materiaalikustannusten mukaan, vaan sen perusteella, millainen hinnoittelu antaa lopputuotteen markkinoilla optimaalisen tuoton hinnan ja myyntimäärän keskinäisen vaikutuksen (kysyntäkäyrän) perusteella. Tällöin kohonneet hinnat saattavat vähentää myyntiä ja vaikka yksittäisen tuotteen hinnassa ei muodostuisikaan vahinkoa, voi se muodostua kokonaisyntymäärien vähentymisenä.

arvioida vahinko kohtuuden mukaan. Samalla perusteella voitaisiin arvioida myös vahingon syntymistä.⁸¹

Vahingon määrittämiseksi ja todistamiseksi on käytetty kotimaisissa oikeustapauksissa useita eri tapoja. Yksi tapa on ollut yrittää osoittaa vahinko liikevaihdon muutoksista, mutta sitä ei voi käyttää tehokkaana tai edes käypänä keinona vahingon määrän todistamiseen tai edes sen aiheutumiseen.⁸² Toinen vaihtoehto on käyttää asiantuntijatodistelua, jolla onkin saatu hyviä tuloksia aikaan.⁸³ Asiantuntijoiden käyttö on myös siinä mielessä perusteltua, että niillä todennäköisesti on enemmän painoarvoa tuomioistuimessa, kuin kantajan omilla laskelmilla. Ainakin Yhdysvalloissa, missä oikeuskäytäntö on pisimmälle kehittyntä kilpailuoikeudellisten vahinkojen yhteydessä, on asiantuntijoiden käyttö vakiintunut osaksi prosessia.⁸⁴

4.2.3 Vahingon määrää alentavat seikat

Vahingon määrään ja siten vahingonkorvauksen laajuuteen vaikuttaa useita eri asioita. Tällöin on otettava vahingonaiheuttajan puolella olevien asioiden lisäksi huomioon vahingonkärsijä taholle vaikuttaneet seikat. Vahingonkärsijän oma toiminta voi vaikuttaa korvauksen suuruuteen. Vahingonkärsijä on voinut toimia siten, että on tullut samalla edesauttaneeksi vahingon syntymistä tai sitten toimet ovat aiheuttaneet jo syntyneen vahingon muodostumisen tarpeettoman suureksi. Vahingonkärsijän toiminta on siten voinut olla myötävaikutusta vahingon syntymiseen tai sitten se on rikkonut vahingonkärsijällä olevaa vahingon rajoittamisvelvollisuutta. Mitä

⁸¹ KKO 1990:150. Tapauksessa käsiteltiin liiketoiminnan estymistä, joka voisi olla rinnastettavissa markkinoilta sulkemistapaukseen.

⁸² Kuten sanottu, vahingon taustalla saattaa olla useita eri syitä, jolloin pelkkä liikevaihdon muutosten tarkastelu ei näytä vahinkoa tai sen määrää toteen. Muutosten syynä voi yhtä hyvin olla huonontunut markkina- ja taloustilanne kuin kilpailunrajoitus.

⁸³ Ks. tapaus *Saunalahti v. Elisa*, Helsingin käräjäoikeus, tuomio 33766, dnro 02/15593, jossa on tähän mennessä maksettu kotimaisista tapauksista suurimmat vahingonkorvaukset.

⁸⁴ Esimerkiksi Metsäkartellin yhteydessä suurimpana vahingonkärsijänä ollut Metsähallitus käytti asiantuntijoita laskiessaan 159,4 miljoonan euron vaatimuksensa suuruuden. Kartellivahingon arvioimiseksi Metsähallitus pyysi selvitykset kolmelta riippumattomalta kilpailun talouden ja metsäekonomian asiantuntijalta. Ekonometriset selvitykset laadittiin eri lähdeaineistoista osin eri menetelmin ja näin pyrittiin muodostamaan mahdollisimman objektiivinen ja oikea käsitys kartellivahingon suuruudesta. Metsähallituksen pääjohtaja Jyrki Kangas oli Metsähallituksen antamassa tiedotteessa sitä mieltä, että eri selvitysten pohjalta tehdyt johtopäätökset kartellin aiheuttamasta vahingosta Metsähallitukselle olivat kuitenkin hyvin yhdensuuntaiset.

moitittavampaa vahingonkärsijän toiminta on ollut ja mitä enemmän se on vaikuttanut vahingon syntymiseen tai sen suuruuteen, sitä suuremmin se vaikuttaa korvausta alentavasti.⁸⁵

Myötävaikutus

Kilpailunrajoitustilanteissa on kovin vaikea löytää vahingonkärsijän toiminnasta myötävaikutusta vahinkoon. Toki kilpailunrajoituksesta syytetty vastaajataho voisi vedota vahingonkorvauksen hakijan myötävaikutukseen, kun hakija on esimerkiksi solminut kilpailunrajoituksia sisältävän sopimuksen. Todellisessa tilanteessa, jossa kilpailunrajoitus on toteutettu tai toteutunut, on kilpailunrajoitukseen syyllistyneellä yrityksellä oltava merkittävä markkinavoima, jotta se on edes ollut kykenevä toteuttamaan kilpailunrajoituksen. Tällöin vahingonkärsijä toimimismahdollisuudet ovat olleet vähäiset. Äärimmäisessä tapauksessa kilpailunrajoittaja voisi olla monopoli, joka myy vahingonkärsijälle välttämättömyshyödykettä.⁸⁶ Tällöin vahingonkärsijän on edullisempaa hyväksyä sopimus ja saada pienempi kate toiminnastaan, kuin vaarantaa toimintansa jatkuvuus irtautumalla tai kieltäytymällä sopimuksesta.

Erityinen vahinkoalttius

Myötävaikutusta lähellä on vahingonkärsijän erityinen alttius vahingoille. Myötävaikutuksesta tämä eroaa siten, että se ei edellytä aktiivista toimintaa tai muuten moitittavaa käyttäytymistä, mutta se on kuitenkin vahingonkärsijän vastuupiiriin kuuluva seikka.⁸⁷ Kilpailunrajoituksen yhteydessä vahinkoalttius voisi olla esimerkiksi sellainen vahingonkärsijän toteuttama riskialtis liiketoimintastrategia, joka on altistanut yrityksen suuremmille tai laajemmille vahingoille, kuin kilpailunrajoituksesta muuten olisi johtunut. Tällaista toimintaa on kuitenkin arvioitava liiketoiminnalle ominaisten arviointikriteerien mukaan, ja jos hyödyt ja riskit ovat oikeanlaisessa suhteessa, ei toiminta poikkea normaalista liiketoiminnallisesta

⁸⁵ Ks. aiheesta enemmän Hemmo 2005, s. 207- 212.

⁸⁶ Havu ym. 2010, s. 80.

⁸⁷ Hemmo 2005, s. 214.

käyttäytymisestä. Riskinoton ei myöskään voisi katsoa edesauttaneen vahingon syntymistä. Arviointi on kuitenkin tehtävä tapauskohtaisesti ja myös kilpailuoikeudellisessa vahingonkorvauksessa nämä vahingonkärsijän toimet on otettava huomioon.

Vahingon rajoittamisvelvollisuus

Vahingon rajoittamis- tai minimoimisvelvollisuus on ehkä merkittävin vahingonkorvausta rajoittava seikka kilpailuoikeudellisten vahinkojen yhteydessä. Vahingonkärsijällä on siis velvollisuus vahingon uhatessa tai sen jo tapahduttua rajoittaa vahinkoaan. Kilpailunrajoitusten ja niiden aiheuttamien vahinkojen monimuotoisuuden vuoksi myös vahinkoa rajoittavat toimet ovat hyvin monenlaisia ja erittäin pitkäkestoisiakin. Esimerkiksi elinkeinonharjoittaja voi joutua suunnittelemaan liiketoimintansa uudelleen siten, että kilpailunrajoituksesta kärsimä vahinko minimoituu. Kilpailunrajoituksille ominaisten varallisuusvahinkojen rajoittamisessa on otettava huomioon vahingon rajoittamistoimien aiheuttamat kustannukset ja niiden toteutumispotentiaali ja – mahdollisuudet sekä toimilla saavutettava hyöty. Vahingon minimoiminen on toteutettava kustannustehokkaasti. Ongelmia saattaa kuitenkin ilmetä esimerkiksi muuten taloudellisesti viisaasti toimivan vahingonkärsijän taloudellisten resurssien puutteesta, jolloin aiotut ja samalla vahingon minimoimisen edellyttämät toimet jäävät tekemättä.⁸⁸ Oikeuskäytännössä sopimusoikeudellisissa vastuutapauksissa tällaisen kysymyksen yhteydessä on päädytty siihen, että taloudellisten mahdollisuuksien puuttumista ei yksioikoisesti katsota vahingonkärsijän rasitukseksi.⁸⁹

Vahingonkärsijän toimiin kilpailuoikeudellisen vahingon minimoimiseksi tulisi kuulua ainakin epäedullisten sopimusehtojen uudelleen neuvottelemineen. Tästä voi kuitenkin koitua ongelmia, sillä kilpailunrajoituksille on ominaista tietynlainen kilpailunrajoittajan ylivalta markkinavoimassa mitattuna, jolloin sopimusten uudelleen neuvottelemineen on todennäköisesti tuloksetonta. Sen sijaan ylihintaisista tuotteista aiheutuva haitta

⁸⁸ Hemmo 2005, s.213.

⁸⁹ Ks. KKO 1990:30 ja KKO 1994:37.

voidaan minimoida liiketoiminnan sopeuttamisella, kuten korvaavien hyödykkeiden käyttämisellä, jotka olisivat normaalin kilpailun tilanteessa olleet kalliimpia. Koska kaikki elinkeinonharjoittajat normaalisti toimivat taloudellisesti perustellulla tavalla, voidaan rajoittamisvelvollisuuden laiminlyönti todelliseksi vasta silloin, kun vahingonkärsijä ei tee mitään toimia helpottaakseen tilannettaan. Rajoittavien toimien onnistumistahan ei voida etukäteen ennustaa, koska niihin liittyy aivan normaaleja liiketaloudellisia riskejä. Vahingon rajoittamiseksi ei mielestäni voida katsoa sisältyvän velvollisuutta vierittää vahinkoa eteenpäin (*passing-on*), sillä kyse on kielletystä toiminnasta. Tällöin kilpailusääntöjen rikkoja vois vedota omien toimiensa vaikutuksiin, mikä ei ole kovin perusteltua.

Markkinoilta sulkemisen yhteydessä vahinkojen rajoittamistoimet voisivat käsittää esimerkiksi investointien uudelleen kohdistamisen kannattaviin kohteisiin. Esimerkiksi tuotanto- tai varastointitilojen ottaminen muuhun käyttöön tai edelleen vuokraukseen, mikäli ne ovat jääneet tyhjilleen markkinoiden kadottua ja tuotannon supistuttua. Mikäli kyse on uponneista kustannuksista, eli investoinneille ei voida löytää muuta käyttöä niiden erikoislaatuisuuden vuoksi, ei rajoittamisvelvollisuutta tällöin voisi katsoa olevan. Liiketoiminta on myös sopeutettava laajuudeltaan oikeaksi, jos esimerkiksi kysynnän väheneminen tai markkinoilta sulkeminen ei ole ohimenevää. Tällöin liiketoimintaa on joko pienennettävä tai kohdistettava uudelleen vallitsevaan tilanteeseen sopivaksi. Vahingon rajoittamisvelvollisuus kilpailuoikeudellisten vahinkojen yhteydessä käsittää kutakuinkin sellaisia toimia, joita huolellinen elinkeinonharjoittaja tekisi joka tapauksessa. Kysymys on lähinnä siitä, kuinka nopeasti ja kauaskantoisiin toimiin vahingonkärsijän on ryhdyttävä.

Kohtuusperusteinen sovittelu

Vaikka vahingonkorvaus perustuu täyden korvauksen periaatteelle, on poikkeuksia, jolloin täyttä korvausta ei makseta. Yksi poikkeus on kohtuusperusteinen sovittelu. Vahingonkorvauslain 2:1.2 § on perussäännös kohtuusperusteiselle sovittelulle. Kilpailulain vahingonkorvausta säätelevä 20 § sisältää suoran viittauksen tähän

säännökseen kilpailuoikeudellisen vahingonkorvauksen sovittelusta. VahL 2:1.2 kuuluu seuraavasti:

”Vahingonkorvausta voidaan sovittaa, jos korvausvelvollisuus harkitaan kohtuuttoman raskaaksi ottaen huomioon vahingon aiheuttajan ja vahingon kärsineen varallisuusolot ja muut olosuhteet. Jos vahinko on aiheutettu tahallisesti, on kuitenkin täysi korvaus tuomittava, jollei erityisistä syistä harkita kohtuulliseksi alentaa korvausta.”

Sovittelu tarkoittaa korvauksen määrän alentamista, jolloin perusteena laajan sovittelun määritelmän mukaan voivat olla aiemmin käsitellyt vahingonkärsijän myötävaikuttavat toimet. Suppeammassa mielessä vahingonkorvauksen sovittelu tarkoittaa vahingonaiheuttajan olosuhteiden huomioimista ja tarkastelua, muodostuuko vahingonkorvauksesta kohtuuton seuraus. Olosuhteiden arvioinnissa otetaan huomioon vahingonaiheuttajan tulot, varallisuus, elatusvelvollisuudet ja muut talouteen vaikuttavat seikat. Vahingonkorvauslain valmistelun yhteydessä kohtuuttomuus määriteltiin korvausvastuiksi, joka täysin tuhoaisi korvausvelvollisen talouden tai olisi tämän kannalta selvästi loukkaava tai kohtuuton.⁹⁰ Tämä on aika korkea kynnyks sovittelulle ja tarkoituksenmukaisempaa voisi olla vaikutusten arvioiminen tapauskohtaisesti. Tarkoitus on joka tapauksessa, että täyden korvauksen periaatteesta ei luovuta niissä tapauksissa, joissa korvausvelvollisuus ei muodostu liialliseksi taakaksi.

Kilpailunrajoitusten kohdalla sovittelusäännöksen soveltaminen on kyseenalaista. Kuten sanamuodosta käy ilmi, sovittelu ei tule kysymykseen, mikäli vahinko on aiheutettu tahallisesti. Kilpailunrajoitukset ovat, etenkin vakavimmat niistä, tahallisia, oikeudettomat taloudellisen edun hankkimiseen tähtääviä ja lainvastaisia tekoja. Vaikka säädöstä lievennetään erityisten syiden harkinnalla, on kynnyks kohtuullistamiseen huomattavasti korkeammalla, kuin normaalissa tilanteessa. Tällöin taloudellisten vaikutusten lisäksi olisi löydettävä paljon muita sovittelua puoltavia seikkoja. Kilpailunrajoitusten luonteen vuoksi näitä tuskin on löydettävissä, jolloin sovittelun menestymismahdollisuudet ovat olemattomat. Huomioitavaa on, että

⁹⁰ HE 187/1973, s. 13.

aikaisempaan sovittelusäännökseen, kilpailunrajoituslain 18a §:n 2 momenttiin, vedottiin useissa oikeudenkäynneissä, mutta sitä ei sovellettu kertaakaan. Tämä kertoo myös jotain kielteisestä suhtautumisesta sovitteluun kilpailunrajoitusten yhteydessä. Mielenkiintoista on nähdä, miten sovitteluun sovellettavaa viittausta vahingonkorvauslain sovittelusäännökseen sovelletaan sopimusperusteisissa vahingonkorvauksissa. Sopimukseen liittyviin sovittelukysymyksiin soveltuu lähtökohtaisesti oikeustoimilain 36 §, mutta KKO on ennakkotapauksessaan vuonna 2006 ottanut kannan, jonka mukaan sopimusperusteisen vahingonkorvauksen sovittelussa ei voida nojautua oikeustoimialain 36 §:ään ellei kysymys ole sopimuksessa olevan korvausehdon kohtuuttomuudesta.⁹¹

Oikeuskirjallisuudessa sen sijaan sovittelun mahdollisuutta on puollettu esimerkiksi yrityksen noudatettua omaa kilpailuoikeuden noudattamisohjelmaansa.⁹² Sovittelun edellytyksiä on myös sidottu seuraamusmaksun koventamis- tai lieventämisperusteisiin, jolloin esimerkiksi kilpailunrajoituksen vähäinen merkitys toimivalle ja terveelle kilpailulle olisi sovittelua puoltava seikka.⁹³

Rikastumiskielto

Vahingonkorvaukseen liittyy olennaisena osana aiemminkin jo mainittu rikastumiskielto. Se liittyy olennaisesti täyden korvauksen periaatteeseen, jolloin kiellon tavoite on, ettei vahingonkärsijä saa perusteetonta etua. Oikeuskäytäntö rikastumiskieltoon liittyen koskee lähinnä erilaisia vakuutus- ja muiden korvausjärjestelmien yhteensovittamista siten, että samaa vahinkoa ei korvata useaan kertaan.⁹⁴

Kilpailuoikeudellisten vahinkojen yhteydessä rikastumiskieltoon liittyvät tilanteet voisivat koskea esimerkiksi tilanteita, jolloin korvaus on aiemmin käsiteltyjen arviointivaikeuksien vuoksi jo itsessään liian suuri tai *passing-on* ilmiön vuoksi vahinkoa on tuotanto- tai jakeluketjussa vieritetty eteenpäin ja todellisuudessa aiheutunut

⁹¹ KKO 2006:56.

⁹² Virtanen 2001, s. 449.

⁹³ Mentula 2002, s. 152.

⁹⁴ Ks. esim. KKO 1981 II 74; KKO 1987:24; KKO 1988:20 ja KKO 1994:74.

vahinko on pienempi kuin laskelmissa. Jos esimerkiksi kilpailunrajoittajan asiakas saa vahingonkorvusoikeudenkäynnin seurauksena koko ylihintaa vastaavan määrän, vaikka on onnistunut vierittämään siitä puolet eteenpäin omille asiakkailleen, tullaan rikastumiskiellon vastaiseen lopputulokseen.

Rikastumiskiellosta ja sen soveltamisesta seuraa, että vahingon siirtämisketjussa jokaisella portaalla oleva vahingonkärsijä on oikeutettu saamaan korvausta vain siitä osasta, jota se ei ole onnistunut siirtämään seuraavalle portaalle. Tämä seuraa vahingon fragmentoituminen, jolloin parin portaan jälkeen se on niin pienissä osissa, ettei kenelläkään ole mahdollisuuksia tehokkaasti vaatia korvausta. Yhdysvalloissa kilpailurikkomuksiin ja vahingonkorvauksiin liittyvä sanktiotarkoitus on johtanut siihen, ettei rikastumiskieltoa huomioida. Oikeuskirjallisuudessa on esitetty, että kilpailuoikeuden osalta rikastumiskieltoon voisi tehdä poikkeuksia.⁹⁵

4.3 Syy-yhteyden näyttäminen vahingon etääntyessä

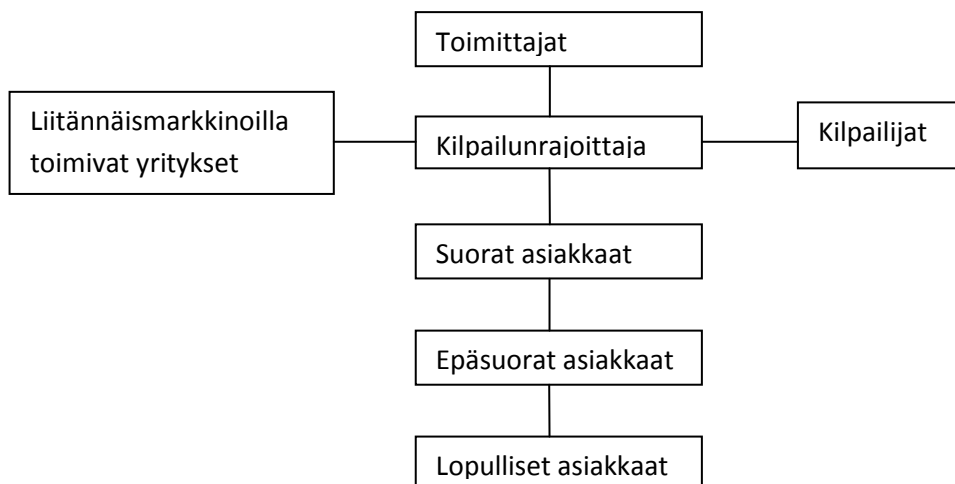
Kuten aiemmissa luvuissa on käynyt ilmi, kilpailunrajoitusten paljastamisen ja toteamisen lisäksi suurimmat ongelmat itse vahingonkorvauksessa ovat syy-yhteyden ja vahingon määrän mittaamisessa. Tämä vaatii lähes poikkeuksetta laajat resurssit ja erityisosaamista, joihin käytännössä on varaa vain kilpailuviranomaisilla. Tämä tarkoittaa myös, että prosessikustannukset nousevat helposti suuriksi, jolloin vahingonkärsijän kynnys lähteä oikeusteitse vaatimaan korvauksia nousee. Etenkin tilanteissa, joissa kilpailunrajoitus paljastuu tai tulee yleiseen tietoisuuteen kilpailuviranomaisten tutkinnan seurauksena, saattaa paljastua vahinkoja, jotka ovat hyvin etäällä itse vahinkotapahtumasta. Etäisyys voi olla markkinallista, jolloin vahingonkärsijä on joko *passing-on* ilmiön tai jonkun muun seikan vuoksi etäällä vahingonaiheuttajasta. Vahingonkärsijä voi olla esimerkiksi jälleenmyyjä ja vertikaalisessa markkinasuhteessa kartellista vahinkoa kärsineeseen yritykseen, joka on vierittänyt vahingon suoraan eteenpäin. Toisin sanoen, vahingonkärsijän rooli ja asema suhteessa kilpailunrajoittajaan vaikuttaa syy-yhteyden muodostamiseen.

⁹⁵ Hemmo 2006, s. 1150–1151.

Toinen etäännyksen muoto on vahingon ajallista etäisyyttä itse vahinkotapahtumasta. Usein kilpailunrajoitukset paljastuvat vasta joidenkin vuosien päästä, kun kartelli on vaikuttanut ja se saattaa olla jo lakannutkin. Esimerkiksi 2000-luvun alkupuolella vaikuttanut kartelli saattaa paljastua vuonna 2012, jolloin ajan kulumisen vaikeuttaa entisestään syy-yhteyden muodostamista.

4.3.1 Markkinallisesti etäännytynyt vahinko

Vahingonkärsijä asema suhteessa kilpailunrajoittajaan luo erilaiset lähtökohdat syy-yhteyden muodostamiselle, riippuen siitä, onko vahingonkärsijä kilpailunrajoittajan kilpailija, välitön tavarantoimittaja, ostaja tai alkutuottaja. Haluan havainnollistaa erityisesti vertikaalisessa suhteessa kilpailunrajoittajaan olevien vahingonkärsijöiden asemaa vahingonkorvausprosessissa.



Oheisesta kuviosta näkyy mahdolliset kilpailunrajoittajan kanssa yhteyksissä olevat vahingonkärsijät. Toimittajat, liitännäismarkkinoilla toimivat ja kilpailijat ovat niitä, joille on mahdollista aiheutua vahinkoa kilpailunrajoituksesta. Kilpailunrajoittajan asiakkaat, eli tuotanto- ja jakeluketjuun osallistuvat yritykset ja tahot sekä lopulliset asiakkaat ovat niitä, jotka kärsivät aina vahinkoa kilpailunrajoituksesta. Mitä kauemmaksi ketju etenee kilpailunrajoittajasta, sitä enemmän alkuperäinen vahinko hajautuu vahingonkärsijöiden kesken. Suorat asiakkaat kärsivät siis suurimman osan vahingosta.

Kilpailulain 20 § sisältää nimenomaisesti kaikkien vahingonkärsijöiden verkostoon osallisten oikeuden vahingonkorvaukseen. Tosiasiallisesti korvaukseen oikeutettujen joukkoa rajaa se, mitä etäämmäksi sopimisverkostoa edetään, sillä sitä vaikeampaa on enää osoittaa kärsityn vahingon, kuten tuotannon tai tulojen vähentymisen syy-yhteys vahinkoon.⁹⁶ Ongelmia tulee siis vastaan siinä vaiheessa, kun vahinkotapahtuman ja vahingon välisen syy-yhteyden määrittäminen on ajankohtaista, vaikka kilpailunrajoitus olisi tutkittu ja todettu viranomaisen toimesta.

Seuraavassa esimerkissä yritän havainnollistaa epäsuorien asiakkaiden ja muiden välillisten vahinkojen kärsijöiden ongelmia syy-yhteyden osoittamiseksi:

Oletetaan tilanne, jossa C myy tuotetta, jonka erästä raaka-ainetta tuottaa A ja jonka tärkeän osan B valmistaa A:n tuottamasta raaka-aineesta. Aluksi A laskuttaa B:tä 1 euron yhteen osaan tarvittavasta raaka-ainemäärästä. B myy osan C:lle 10 euron kappalehintaan ja C kokoaa sekä myy lopputuotteen.

A ryhtyy kilpailijoidensa kanssa hintakartelliin, minkä johdosta A myy raaka-ainetta B:lle puolitoistakertaiseen hintaan, eli yhden osan raaka-aine maksaakin 1,50 euroa. B huomioi hinnannousun ja siirtää sen osiensa hintaan, jolloin yhden C:n tarvitseman osan hinta on 10,50 euroa. C ei pidä tästä, mutta joutuu ostamaan osat edelleen B:ltä, joka on maan ainoa osien valmistaja.

C on tehnyt markkina-analyysin, jonka tulokset osoittavat, että mikäli C nostaa vähääkään tuotteidensa hintaa, asiakkaat siirtyvät käyttämään X:n myymiä tuotteita, joita voi käyttää samaan tarkoitukseen. Näin C ei voi siirtää 0,50 euron kustannusnousua lopputuotteen hintaan, vaan hänen katteensa pienenee tämän verran.

Myöhemmin paljastuu, että A on kartellin jäsen ja C ymmärtää, että mahdollisesti B:n osien hinnannousu johtuu A:n kartellilla nostamista hinnoista. Pystyäkseen osoittamaan kartellin ja osakohtaisen 0,50 euron välisen yhteyden, C:n on osoitettava, että B:n myymien osien hinnannousu johtuu A:n hinnankorotuksesta ja A:n hinnankorotuksen johtuminen kartellista (mikäli A:n hinnankorotuksen johtumista kartellista ei ole osoitettu viranomaisen toimesta). B on kuitenkin voinut korottaa hintojaan myös muista syistä, eikä C tiedä millä hinnalla A myy raaka-ainetta B:lle. Osoittaakseen syy-yhteyden A:n kilpailunrajoitukseen asti, C:n olisi saatava käyttöönsä tiedot B:n hinnoitteluperusteista ja A:n ja B:n välillä sovelletuista hinnoista ennen kartellia ja sen aikana.

Tilannetta mutkistaisi esimerkiksi vielä se, jos B olisikin korottanut osakohtaista hintaa aluksi vain 0,25 eurolla ja jonkin ajan kulutta kasvattanut korotusta 1

⁹⁶ Havu ym. 2010, s. 63.

euroon. C:n olisi vielä hankalampi osoittaa, mikä näistä kokonaan hänen haitakseen koituneista korotuksista olisi seurausta A:n kilpailunrajoituksesta ja siten korvauskelpoista vahinkoa.

Esimerkki osoittaa, kuinka moninaisia vaikutuksia ja monimutkaisia ketjuja kilpailunrajoituksella voi olla. Etenkin *passing-on* tilanteissa epäsuorien vahingonkärsijöiden on vaikea näyttää toteen vahingon eteenpäin vierittämisen tosiasiallinen tapahtuminen. Valkoisessa kirjassaan komissio on tehnyt ehdotuksen analysoidessaan epäsuorien ostajien asemaa, että näiden todistustaakkaa keventääkseen olisi mahdollisuus vedota kumottavissa olevaan olettaamaan kilpailuoikeutta rikkoneen ylihinnan kokonaisuudessa siirtyneen tuotantoketjussa eteenpäin. Ehdotus koski ensisijaisesti EU-oikeuden rikkomisesta johtuvia kanteita, mutta se voitaisiin ottaa myös osaksi kansallista menettelyä.⁹⁷

Myös se on huomioitavaa, että pystyäkseen yksilöimään aiheutuneen vahingon lähteen, eli tässä tapauksessa B:n nousseet raaka-ainekustannukset, joka johtui kartellista, C:llä olisi oltava hallussaan tietoja, jotka ovat ainoastaan A:n ja B:n hallussa. Normaalitylanteessahan C ei tulisi koskaan saamaan näitä tietoja haltuunsa ja tässä tilanteessa hänen olisi osattava lähteä hakemaan juuri oikeita tietoja juuri oikeasta paikasta. Markkinallisesti etääntyneen vahingon ja vahinkotapahtuman välillä muodostettavan syy-yhteyden yksi edellytys voi siis olla sellaisten tietojen saaminen, jotka ovat osa luottamuksellista sopimussuhdetta muiden välillä. Etenkin kartellien yhteydessä asiakirjatodistelua on vähän ja kirjallinen todistusaineisto on pääsääntöisesti kilpailusääntöjen rikkojan hallussa.⁹⁸ Näyttötaakan jakautumisen merkitys oikeudenkäynnin osapuolten kesken korostuu tällöin. Näyttötaakasta lisää myöhemmin.

4.3.2 Ajallisesti etääntynyt vahinko

Todistusaineiston saaminen on siis aiemman perusteella haasteellista, mutta välttämätöntä syy-yhteyden muodostamisessa. Jos ajatellaan tilanne, jossa 2002–2007

⁹⁷ Suomessa kilpailusääntöjen korvaussäännöksissä nojataan periaatteeseen, että kantajan on näytettävä syy-yhteys toteen.

⁹⁸ Kanniainen ym. 2006, s. 419.

vaikuttanut kartelli paljastuu vasta vuonna 2012, kulunut aika tuo oman haasteensa tähän todisteluketjuun. Voi olla, että kartelliin osallistuneita yrityksiä ei enää ole olemassa, tai ne ovat esimerkiksi sulautuneet yritysjärjestelyjen seurauksena muihin yrityksiin. Vaikka seuraantovastuun kautta vastuu kilpailunrajoituksella aiheutetuista vahingoista siirtyykin uudelle omistajalle,⁹⁹ tuo ajan kulumisen ensisijaisesti esiin ongelman todistusaineiston saamisesta, jotta syy-yhteys voidaan näyttää toteen.

Aiemmin käsitelty riittävän ja välttämättömän syyn yksi edellytys oli, että se on pitänyt olla ajoittunut suhteessa seuraukseen niin, että kausaaliyhteys oletetusta syyistä on mahdollinen. Kun syy-yhteysarviointi perustuu hypoteettisen tapahtumakulun, joka olisi tapahtunut ilman tarkasteltavaa syytä, arviointiin, saattaa ajan tuoda lisää epävarmuustekijöitä mukaan arviointiin. Ajan kulumisen saattaa tehdä siitä entistä spekulatiivisemmän ja vastaajalla on helpompi kyseenalaistaa arviointi tekemällä oman analyysinsä, jossa muuttaa joitakin tekijöitä, jotka ovat aivan yhtä todennäköisiä hypoteettisesti ja analyysin pohjalta tehty arviointi syy-yhteyden olemassaolosta muuttuukin vastaajalle edulliseksi. Mikäli vastaaja pystyy saattamaan todennäköiseksi, että vahingon syynä on voinut olla jokin muukin syy kuin esimerkiksi kartelli, korvausvaatimus tulee yleensä hylätä. Mikäli tuottamuksellisen teon lisäksi vahingon syynä voi olla osittain myös jokin muu vahingon aiheuttajan menettelyyn liittymätön seikka, saattaa korvausvastuu tällöin rajoittua siihen osaan vahingosta, joka johtuu asianomaisesta teosta.¹⁰⁰ Toisaalta hypoteettisen tapahtumakulun todennäköisyys saattaa kasvaa ajan kulumisen myötä, kun vuosien aikana voidaan saada enemmän vertailukelpoista materiaalia, johon tilanteita voidaan verrata kartellin vaikuttamisen aikana sekä ennen ja jälkeen sen vaikuttamista.¹⁰¹ Ennen kilpailunrajoitusta, sen aikana ja sen jälkeen tarkasteltavana olevien ajanjaksojen on oltava yhdenmukaisia, jotta vertailu voidaan suorittaa. Esimerkiksi neljän vuoden jaksoa ennen kartellia ei voida verrata kymmenen kuukauden jaksoon kartellin aikana, etenkin, jos ajanjaksoja koskevat tiedot ovat saatavilla.

⁹⁹ Ks. lisää seuraantovastuusta esimerkiksi Havu ym. 2010, s. 177–184.

¹⁰⁰ Kanniainen ym. 2006, s. 424.

¹⁰¹ Ennen ja jälkeen – menetelmää (*before-and-after method*) voidaan käyttää tällöin melko tehokkaasti, mikäli kantajalla on näyttää tarpeeksi tilastotietoa kartellin vaikutuksista. Menetelmästä lisää viimeisessä jaksossa.

Kauan kartellin lakkaamisesta tapahtuva paljastuminen on todennäköisintä kilpailuviranomaisten tutkinnan seurauksena. Ei ole realistista ajatella, että joku yksityinen taho ensinnäkin huomaisi lähteä tutkimaan, saattikka olisi resursseja tutkia vuosia sitten tapahtunutta mahdollista kilpailunrajoitusta ja sen olemassaoloa. Perusteltua on ajatella, että tuollainen kilpailunrajoitus paljastuu joko toisen tutkinnan yhteydessä tai jonkun osallisen ilmoituksesta. Koska Kilpailuviraston ei tarvitse tutkia kaikkia kilpailunrajoituksen vaikutuksia, vaan heille riittää ainoastaan kieltotunnusmerkistön täytyminen seuraamusmaksun määräämiseksi, saattaa yksittäisen vahingonkärsijän olla vaikea tukeutua viranomaistutkinnan lopputulokseen oman vahinkonsa ja erityisesti syy-yhteyden osalta. Kantajan tulisi näet omassa vahingonkorvausprosessissaan pystyä osoittamaan esimerkiksi tarjouskartellitilanteessa vastaajayrityksen sopineen kussakin konkreettisesti kantajaa koskeneessa tarjouskilpailussa tarjoushinnastaan tai jättäytyvänsä pois tarjouskilpailusta osana tarjouskartellia. Vahingonkorvauksen perusteeksi ei tällöin riitä, että kartelliyrityksen toiminta on voinut olla osaltaan vaikuttamassa tarjoushintojen kohoamiseen esimerkiksi jollakin toisella maantieteellisellä alueella. Kantajan olisi osoitettava, että näin on todella tapahtunut myös häntä koskeneissa konkreettisissa tarjouskilpailuissa.¹⁰² Mielenkiintoinen näkökulma on myös kilpailulain vanhentumissääntöjen soveltumattomuus ennen lain voimaantuloa tapahtuneisiin kilpailunrajoituksiin. Lain voimaantulosäännöksissä on erikseen mainittu, että ennen sen voimaantuloa tapahtuneisiin rikkomuksiin sovelletaan silloin voimassa ollutta lainsäädäntöä, pois lukien *leniency* -säännökset ja viranomaistutkintaa koskevat 32–38 §:t. Tämä tarkoittaa, että vanhentumissäännöksissä oleva vähintään vuoden vanhentumisaika lainvoimaisen ratkaisun antamisesta vaikuttaa vasta yli kymmenen vuoden päästä kilpailulain voimaantulemisesta. Eli yli viisi vuotta sitten vaikuttaneiden kartellien aiheuttamat vahingot ovat jo vahingonkorvausvaatimusten osalta vanhentuneet, vaikka Kilpailuvirasto aloittaisikin tutkinnan kilpailulain voimassa ollessa.

¹⁰² Ks. esimerkiksi *Asfalttikartelli* (KHO 2009:83), jossa tuomioistuin totesi Kilpailuviraston esityksen mukaisesti, että kartelli on vaikuttanut koko maan alueella, vaikka näyttö oli melko hajanaista niin alueellisesti kuin ajallisestikin.

4.4 *Leniency* suhde vahingonkorvaukseen

Leniency-menettelyn vaikutuksesta vahingonkorvaukseen on pakko ottaa pieni maininta tähänkin tutkielmaan. Kyse on viranomaisen yhdestä tehokkaimmista järjestelmistä ja sitä kautta on paljastettu useita salaisia kartelleja. Menettelyn tavoitteet ovat lähtökohtaisesti julkisia, jolloin yksityisoikeudellinen ulottuvuus on toissijaista. Menettelyllä on kuitenkin paljon merkitystä vahingonkärsijöiden kannalta, kun he hakevat kompensatiota paljastuneen kartellin aiheuttamista vahingoista. Siviilioikeudellisesta näkökulmasta tarkasteltuna on selvää, että menettelyyn liittyvät julkisoikeudelliset sanktiot tai niiden anteeksiantaminen eivät vaikuta vahingonkärsijän asemaan, vaan vahingonkorvausvastuun edellytykset ja määrä ovat muista seuraamuksista riippumattomia

Leniency tarkoitus on houkuttaa kartelliin osallisena olevia yrityksiä paljastaa kartellin olemassaolo ja toimittaa viranomaisille tarpeeksi todistusaineistoa, jotta nämä pystyvät määräämään seuraamukset kilpailusääntöjä rikkoneille yrityksille. Vastineeksi paljastamisesta elinkeinonharjoittaja saa vapautuksen tai lievennyksen seuraamusmaksusta, riippuen yhteistyön hyödyllisyydestä ja siitä, kuinka moni saman kartellin jäsen on jo ehtinyt tehdä ja toimittaa *leniency*-hakemuksen. Sakkovapautus tai – lievennys ei kuitenkaan estä elinkeinonharjoittajaa joutumasta vastaajaksi vahingonkorvausoikeudenkäyntiin kartellin aiheuttamista vahingoista. Jotta järjestelmä säilyisi houkuttelevana vaihtoehtona, on kartellin paljastaneen yrityksen pystyttävä suojautumaan tulevilta vahingonkorvausvaatimuksilta. Tämä taas vaikeuttaa vahingonkärsijöiden mahdollisuuksia saada todistusaineistoa käsiinsä.

Erilaisilla *discovery* – säännöillä¹⁰³ on pyritty vaikuttamaan *leniency* – hakemusten kautta viranomaisen haltuun tulleen todistusaineiston esittämisvelvollisuuksiin. Suomessa ei tunneta *discovery* – tyyppisiä sääntöjä, joiden perusteella *leniency* – hakemus voitaisiin vaatia esitettäväksi vahingonkorvausoikeudenkäynnissä. Vaikka julkisuuslain mukaan viranomaisen asiakirjat ovat julkisia, niin *leniency* osalta oikeustila on vielä avoin. Tämä laskisi ainakin teoriassa *leniency* houkuttelevuutta, jos

¹⁰³ *Discoveryllä* tarkoitetaan tilannetta, jossa oikeudenkäynnin osapuolet voivat vaatia oikeudenkäyntiin liittyviä asiakirjoja nähtäväkseen. Suomessa puhutaan editiovelvollisuudesta.

hakemuksen tehnyt yritys joutuisi maksamaan suuriksikin kasvavia vahingonkorvauksia sen todistusaineiston perusteella, jota se on toimittanut kilpailuviranomaiselle.

Tällaisten sääntöjen puuttuessa, todistusaineistoon käsiksi pääseminen on hankalaa. Ainoa mahdollisuus on pyrkiä saamaan viranomaisen ratkaisusta niin paljon irti, että kilpailunrajoitukseen syylistyminen voidaan näyttää sen perusteella toteen.¹⁰⁴ Myös Kilpailuviraston ja markkinaoikeuden rikkomuksen toteavat ratkaisut voivat osaltaan helpottaa kantajan pyrkimyksiä, vaikka ne eivät yksinään riitäkään todistusaineistoksi.

¹⁰⁴ Komissio on muun muassa tuonut erityisesti esiin tiedotteissaan kartelliasioista, että sen päätöksen osia voidaan käyttää todisteena kilpailunvastaisesta toiminnasta. Ks. komission lehdistötiedote IP/08/1007, 25.6.2008.

III JOHTOPÄÄTÖKSIÄ

5. Oikeuskeinojen punnintaa

Kiellettyyn kilpailunrajoitustoimintaan syyllistyneeseen tahoon sopimussuhteessa olleella on valittavissa siis useita eri oikeuskeinoja ja – perusteita, joihin vedota. Näistä jokainen on yhtä helppo valita, mutta vahingonkärsijän on viisainta valita näistä tehokkain. Oikeuskeinovalinnalla kantaja ei pysty vaikuttamaan vahingon syy-yhteyden muodostamiseen tai vahingon määrän mittaamiseen. Näiden kahden osalta kantajalla on jo suuri näyttötaakka, joten järkevä on valita sellainen oikeuskeino, jonka perusteella kokonaisnäyttötaakka prosessissa muodostuisi mahdollisimman pieneksi. Oikeuskeinovalinnalla kantaja pystyy vaikuttamaan ainoastaan teon tuottamukseen liittyvän näyttötaakan jakautumiseen.

Selvästikin tehokkaimmat nimenomaan vahingonkorvaukseen perustuvat oikeuskeinot ovat kilpailusääntöihin ja sopimukseen perustuvat vahingonkorvausvaatimukset. Vahingonkorvausvastuun ja kilpailuoikeudellisen vahingonkorvausoikeudenkäynnin olennaisten käsitteiden, tuottamuksen ja näyttötaakan jakautumisen, läpikäymisellä voidaan vertailla, onko sopimukseen ja nimenomaiseen sopimusehtoon perustuva vaatimus niin paljon tehokkaampi ja vaivattomampi kantajan kannalta, että sopimukseen on järkevin perustein otettavissa tällainen ehto.

Kilpailuoikeuden ja sopimusoikeuden näkökulmat erottuvat toisistaan selvästi siinä, että kilpailuoikeudellinen sääntely perustuu markkinoiden toimivuuden ja siitä yhteiskunnalle koituvien hyötyjen turvaamiseen. Tällainen *yleisen edun edistäminen* taas ei vastaavalla tavalla tule esille etenäkään kaupallisessa sopimusoikeudessa, jossa pikemminkin painotetaan sopimuspuolten yhteisten tarkoitusten painoarvoa johtavana sopimuksen tulkintasääntönä ja moniin muihin kysymyksiin, kuten riskinjakoon, liittyvänä perusargumenttina.¹⁰⁵ Kilpailuoikeuden säännöt kuitenkin yhtyvät siinä mielessä sopimusoikeuteen, että ne useassa tapauksessa määrittelevät sopimusoikeuden sisältöä tarkemmin. Keskustelua on käyty ainakin sopimusoikeuden periaatteiden merkityksestä ja sisällöstä ja kilpailusäännöt määrittelevät ainakin

¹⁰⁵ Hemmo 2006, s. 1135.

jossain määrin esimerkiksi lojaliteettiperiaatteen rikkomisen ja sen oikeusvaikutukset sopimussuhteessa.

5.1 Kilpailulain säännöksille perustuva korvausvaatimus

5.1.1 Tuottamus kilpailunrajoituksissa

Kilpailulain 20 §:ssä ei pyritty muuttamaan kilpailunrajoituslain mukaista vahingonkorvauksen tuottamuskäsitettä. Kilpailulain mukaan elinkeinonharjoittaja tai elinkeinonharjoittajien yhteenliittymä, joka tahallaan tai huolimattomuudesta rikkoo 5 tai 7 §:ssä taikka Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 tai 102 artiklassa säädettyä kieltoa, on velvollinen korvaamaan kilpailunrajoituksesta aiheutuneen vahingon.

Tuottamusvastuu sopimuksenulkoisissa tilanteissa tarkoittaa perusmuodossaan todistustaakan jaon osalta vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan sitä, että vahingonkärsijällä on korvausvastuun edellytysten – vahingon, tuottamuksen ja syy-yhteyden osoittamista koskeva näyttötaakka.¹⁰⁶ Vahingonkorvauslaki kuin ei myöskään kilpailulaki edellytä tällaista näyttötaakan jakoa, vaan muunkinlainen jako on mahdollinen ja riippuu paljolti tapauksesta ja sen mahdollisesti erityisestä luonteesta.¹⁰⁷ Mikäli perussäännöstä poiketaan, vahingonaiheuttajan on vastuusta vapautuakseen näytettävä toteen huolellinen toiminta. Kilpailunrajoitusten yhteydessä periaatteena on sopimuksenulkoisissa tilanteissa, eli muun muassa epäsuorien asiakkaiden tapauksissa, että kantajan on näytettävä tuottamus toteen. Tämä poikkeaa sopimusoikeudellisesta vastuusta, jossa vallitsee lähtökohtaisesti käännetty todistustaakka.

¹⁰⁶ Havu ym. 2010, s. 100. Tuottamuksen käsitteen merkityksestä tarkemmin ks. lisää esimerkiksi Hemmo 2005, s. 23-24.

¹⁰⁷ Todistustaakalla tarkoitetaan aitoa, lakiin tai muuhun oikeuslähteeseen perustuvaa todistustaakan jakosääntöä, joka on riippumaton yksittäisen jutun näytöstä. Lainsäädännössä todistustaakkaa koskeva yleisnormi löytyy oikeudenkäymiskaaren 17:1.1 §:stä, joka velvoittaa kantajan ja vastaajan näyttämään toteen vetoamansa seikat. Erityislainsäädäntöön sisältyy joitakin todistustaakkasäännöksiä, minkä lisäksi todistustaakasta on voitu säätää näyttökynnyssäännöksissä.

Kilpailunrajoitusten osalta tuottamuksen olemassaolo voi olla hyvinkin helposti näytettävissä. Yleensä kilpailun rajoittamiseen tähtäävät toimet ovat luonteeltaan sellaisia, että ne ovat tiedostettuja ja harkittuja, kuten kartelliin osallistuminen tai määräävän markkina-aseman väärinkäyttäminen. On kuitenkin olemassa myös tilanteita, joissa lain rikkomisen tuottamuksellisuuden arvioiminen on hyvin vaikeaa. Esimerkiksi määräävän markkina-aseman väärinkäytön tilanteissa asian kilpailuoikeudellinen arviointi perustuu usein hyvin monimutkaiseen taloudellisiin analyyseihin, eikä edes määräävän markkina-aseman olemassaolon tunnistaminen ole aina helppoa. Vaikka lähtökohtana on, että yritysten tulee tuntee kilpailunrajoituslainsäädäntö ja sen tulkinnat, viranomaisten ratkaisut voivat tuottaa yllätyksiä.

Kilpailulakia valmisteleva työryhmä pohti vahingonkorvaussäännöksen osalta mahdollisuutta ottaa käyttöön vastaavanlainen tuottamusolettama kuin osakeyhtiölaissa.¹⁰⁸ Myös Korkein oikeus puuttui lausunnossaan Kilpailulaki 2010 – mietinnöstä¹⁰⁹ tuottamukseen ja mahdolliseen tuottamusolettamaan. KKO:n mukaan, kun korvausedellytyksenä joka tapauksessa on se, että vahinkoa on aiheutettu laissa kielletyllä menettelyllä, sitä koskeva tuottamusvaatimus ei välttämättä olisi perusteltu. Myös muualta lainsäädännöstä löytyy esimerkkejä säännöksistä, joiden mukaan korvausvastuu seuraa siitä, että vahinko on aiheutettu lakia rikkomalla.¹¹⁰ Koska tuottamusolettama on kuitenkin poikkeus yleisesti noudatettavasta linjasta ja koska erityisesti monimutkaiseen taloudelliseen analyysiin perustuvissa kilpailunrajoitustapauksissa vastaajan olisi hyvin vaikea osoittaa tuottamuksen puuttuminen, työryhmä päätyi jättämään tuottamusolettaman pois kilpailulain vahingonkorvaussäännöksestä.

Kilpailusääntöjen rikkomista on tuottamuksenkin osalta tutkittava erillään aiheutetuista vahingoista. Ensiksikin jo kilpailulain 20 §:n sanamuodon perusteella tuottamusta edellytetään ainoastaan kilpailusääntöjen rikkomiselta, eikä siis vahingon

¹⁰⁸ Osakeyhtiölain vahingonkorvaussäännöksiin on sisällytetty säännös tuottamusolettamasta. Olettaman mukaan osakeyhtiölain vastaisella toiminnalla aiheutettu vahinko katsotaan aiheutetuksi huolimattomuudesta, ellei vastaaja osoita menettelleensä huolellisesti. Kyse on kuitenkin vain olettamasta, joten vastaajalla on mahdollisuus näyttää huolimattomuuden puuttuminen.

¹⁰⁹ KKO OH2009/27, 6.5.2009.

¹¹⁰ KKO OH2009/27, 6.5.2009.

osalta. Lisäksi kilpailusääntöjen rikkomista tutkitaan yleensä Kilpailuvirastossa, markkina-oikeudessa ja korkeimmassa hallinto-oikeudessa ennen, kuin yksityisoikeudellisia vaatimuksia tehdään yleisissä tuomioistuimissa. On huomattava, että vaikka mahdollinen tuottamusolettama olisikin otettu kilpailulakiin, ei se poistaisi näyttötaakkaa syy-yhteyden ja vahingon määrän osoittamisen osalta.

Vahingonkorvauskanne nostetaan säännönmukaisesti kilpailuprosessin jälkinäytöksenä (*follow-on action*) ja perustana on siis viranomaisen ratkaisu. Tässä tullaan tuottamuksen osalta mielenkiintoisen kysymyksen eteen. Markkinaoikeushan siis määrää Kilpailuviraston esityksestä kilpailulain kieltojen rikkomisen sanktiona seuraamusmaksu, jonka määräämisen perusteeksi riittää pelkkä kieltotunnusmerkistön täyttyminen. Maksu voi liikevaihdon perusteella laskettuna nousta varsin suuriin summiin. Tahallisuutta tai tuottamusta ei tarvitse osoittaa eikä tuottamuksen puute vapauta maksusta. Kilpailuviranomaiset eivät siis päätöksissään ota kantaa teon tuottamuksellisuuteen. Mikäli vahingonkorvauskanne nostetaan itsenäisenä kanteena, tuottamus täytyy osoittaa kieltojen rikkomisen osalta. Samoin on myös tuomioistuimen ratkaisuun nojaavassa vahingonkorvausprosessissa. Näyttökynnys voi osoittautua yllättävän raskaaksi, mikäli ratkaisusta ei ole löydettävissä tuottamuksen osoittavia seikkoja.¹¹¹ Markkinaoikeus saattaa kyllä käyttää perusteluissaan seuraamusmaksun suuruuteen vaikuttavia seikkoja, jotka ovat analogisia tuottamusarvioinnin elementeille, jolloin ratkaisua voidaan hyödyntää tuottamuksen toteennäyttämässä.¹¹²

Näyttötaakka tuottamuksen olemassaolosta on siis korvauksen hakijalla. Komissio on valkoisessa kirjassaan¹¹³ ottanut kantaa tuottamuksen arviointiin. Sen mukaan kilpailunrajoitustilanteissa on harvinaista, että tuottamusta ei ole. Näin ollen tuottamuksen osoittamiseen liittyvä kantajan näyttötaakka muun näyttötaakan kanssa

¹¹¹ Itsenäisten kanteiden yhteydessä tuomioistuimella on mahdollisuus pyytää Kilpailuviraston lausunto asiasta. Tämä on tehokas apukeino, sillä tuomioistuimelta puuttuu yleensä markkinoiden ja niiden häiriöiden tarvittava erityisasiantuntemus. Epäselväksi on vielä jäänyt, voiko Kilpailuvirasto ottaa tällöin kantaa myös tuottamukseen. Ks. myös Virtanen 2008, s. 521, joka on sitä mieltä, että lausunto koskisi vain tosiasiakysymystä kilpailunrajoituksen olemassaolosta, kuten viraston omissakin päätöksissä.

¹¹² Vahingonkorvauksen preventiivinen merkitys, joka komission kilpailuvalvontaa koskevilla uudistushankkeissa korostuu, olisi selvästi nykyistä suurempi, jos pelkkä kartellikiellon tai määräävän aseman väärinkäytön kiellon rikkominen riittäisi korvausperusteeksi.

¹¹³ KOM(2008) 165.

ei saisi muotoutua niin raskaaksi, että kilpailuoikeuden suomien oikeuksien toteutuminen riippuisi tästä.¹¹⁴

5.1.2 Tuottamuksen poistavia seikkoja

Kilpailunrajoitusten yhteydessä voi tulla eteen tilanteita, jolloin vastaaja pyrkii vetoamaan tietämättömyyteen kilpailusääntöjen sisällöstä. Tätä kutsutaan oikeuserhdykseksi. Pääsääntönä kotimaisessa oikeudessa on, että erehdys oikeusnormien sisällöstä tai merkityksestä ei poista tuottamuksellisuutta.¹¹⁵ Elinkeinonharjoittajien velvollisuuksiin kuuluu selvittää omaa toimintaa koskevien relevanttien oikeussääntöjen sisältö. Kilpailunrajoitusten luonteen vuoksi on epätodennäköistä, että oikeuserhdykseen vetoaminen menestyisi oikeudenkäynnissä.

Selvempi peruste korvausvastuusta vapautumiselle kilpailunrajoitustilanteissa voitaisiin pitää tosiseikkoihin liittyvää erehdystä. Määräävän markkina-aseman väärinkäytöstapauksissa voi olla tilanne, jossa määräävässä asemassa oleva ei tiedosta omaa dominanssiaan, mutta tietää määräävää markkina-asemaa ja sen väärinkäyttöä koskevien normien sisällön. Kilpailua rajoittavien sopimusten osalta sen sijaan tosiseikkoja koskeva erehdys ei tunnu kovin käyttökelpoiselta. Sopimus, jonka vaikutuksena, eikä tarkoituksena, on kilpailun rajoittuminen, tosiseikkaerehdykseen voisi ainakin teoriassa olla mahdollista vedota, jos sopimuksen vaikutuksia ei ollut ymmärretty kokonaisuudessaan.

Komissio on käsitellyt valkoisessa kirjassaan korvausvastuusta vapautumista. Sen mukaan vastuusta olisi mahdollista vapautua osoittamalla, että rikkominen johtui anteeksiannettavasta erehdyksestä. Erehdys olisi anteeksiannettava, jos huolellisesti toimiva järkevä henkilö ei olisi voinut tietää, että toiminnalla on rajoitettu kilpailua.¹¹⁶ Oikeuserhdyksellä ei siis vapauttaisi vastuusta, mutta erittäin suppealle käyttöalalle tarkoitettu tosiasioita koskeva sen sijaan saattaisi vapauttaa.

¹¹⁴ Ks. myös tehokkuusperiaatteesta tutkielman alussa.

¹¹⁵ Hemmo 2005, s. 47.

¹¹⁶ KOM(2008) 165, kappale 2.4.

Ristiriitaisia mielipiteitä on esitetty ns. *competition compliance* – ohjelman käytössä olosta ja sen vaikutuksista tuottamuksen arviointiin.¹¹⁷ Toisaalta ohjelma voisi olla merkki siitä, että yritys on pyrkinyt tietoisesti välttämään kilpailusääntöjen rikkomista ja samalla tiedostamaan oman asemansa ja markkinavoimansa paremmin. Merkitystä voisi ehkä antaa määräävän markkina-aseman väärinkäytön tilanteissa tai vastaavissa, joissa tuottamuksen käsillä olo ei ole niin selvää, kuin kartellien ja muiden paljaiden kilpailunrajoitusten yhteydessä. Toisaalta jos kyseisille ohjelmille annettaisiin suuri painoarvo tuottamuksen arvioinnissa, yritykset saattaisivat laatia ohjelmia jo tätä silmällä pitäen, ilman aikomustakaan noudattaa niitä. Ohjelma voitaisiin ottaa sen sijaan tuottamuksen astetta lisäävänä tekijänä, kun kilpailunrajoituksia toteuttavat tahot olisivat paremmin tietoisia kilpailuoikeuden sisällöstä ja rikkomusten vaikutuksista.

5.2 Sopimusperusteinen vahingonkorvausvastuu – käännetty todistustaakka

5.2.1 Tuottamusolettama ja ekskulpaatiovastuu

Sopimusoikeudellisen vahingonkorvauksen vastuuperuste on niin kutsuttua käännettyä tuottamuvastuuta eli ekskulpaatiovastuuta. Vastaajan on siis vapautuakseen korvausvelvollisuudesta osoitettava toimineensa huolellisesti tai että vahinko on johtunut jostakin muusta kuin hänen vastuullaan olevasta syystä.¹¹⁸ Vastuumuoto soveltuu myös kilpailunrajoitukseen liittyvän sopimusrikkomuksen aiheuttaman vahingonkorvausvastuun yhteydessä.¹¹⁹ Vastuun soveltuvuuden edellytyksenä on tietenkin, että sopimusvelvoite on täytetty puutteellisesti, ja tämän seurauksena on vahinkoa aiheutunut, eli sopimusvastuussa on edellytyksenä, että kilpailunrajoitus muodostaa samalla sopimusrikkomuksen.

KKO on kilpailulain esitöissä sitä mieltä, että kilpailunrajoitukseen syyllistynyt on samalla rikkonut sopimusta, koska asianmukainen sopimuskäyttäytyminen edellyttää, ettei sopimuskumppanille aiheuteta vahinkoa lain kieltämällä

¹¹⁷ Ohjelmalla pyritään kilpailusääntöjä koskevan tietoisuuden lisäämiseen ja noudattamiseen kaikilla organisaatiotasoilla. Ks. Virtanen 2008, s. 522.

¹¹⁸ Hemmo 2005, s. 304.

¹¹⁹ Virtanen 2008, s. 521.

kilpailukäyttäytymisellä.¹²⁰ Myös Kuoppamäki on sitä mieltä, että esimerkiksi asiakkaaseen kohdistuva kilpailunrajoitus täyttää sopimusrikkomuksen tunnusmerkistön.¹²¹ Päinvastaisella kannalla ovat monet kilpailuoikeuden tutkijat, jotka ovat sitä mieltä, että kilpailunrajoituksen yhteydessä aiheutettu vahinko aiheutuu usein juuri sopimuksen täyttämistä.¹²² He eivät tulkitse asianmukaisen sopimuskäyttäytymisen vastaista toimintaa suoraan sopimusrikkomukseksi, josta seuraisi sopimusoikeudellinen vastuu rikkojalle. Mielestäni KKO:n kanta on perustellumpi ja se tarjoaa samalla tehokkaan lisän kantajan sopimusoikeudelliseen vastuuseen perustuvien vaatimusten tueksi. Tulkintaan on perusteltua luottaa, sillä juuri tuomioistuinnan on taho, joka kantajan vaatimuksesta ratkaisee, onko tietynlainen käyttäytyminen sopimusvelvoitteiden vastaista toimintaa. Käännetyllä todistustaakalla voidaan joka tapauksessa parantaa merkittävästi kantajan asemaa oikeudenkäynnissä.

Verrattuna kilpailulain perusteella haettavaan vahingonkorvaukseen tämä tarjoaa ratkaisevan edun nimenomaan kokonaisnäyttötaakan kannalta.¹²³ *Havu, Kalliokoski ja Wikberg* ovat sitä mieltä, että ns. käännetyllä todistustaakalla ei ole kilpailunrajoituksissa merkitystä, sillä on vaikea kuvitella kilpailuoikeutta rikkoneen toimineen huolellisesti.¹²⁴ Tällä on mielestäni kuitenkin merkitystä, sillä näyttötaakka ja sen raskaus on yksi yksityisoikeudellisten kanteiden vähyyden syistä.¹²⁵ Vaikka käännetty todistustaakka ei koskekaan kilpailunrajoituksen toteamista, ei nykyisen käytännön valossa tällä ole paljon merkitystä, sillä kilpailunrajoitus on tähän mennessä lähes poikkeuksetta näytetty jo viranomaisprosessissa.

Ekskulpaatiovastuun soveltuessa vain kilpailunrajoituksiin, joihin liittyy myös sopimusvelvoitteiden rikkominen, ei se välttämättä tuokaan suurta helpotusta verrattuna kilpailulakiin perustuvaan vahingonkorvaukseen. Tässä korostuu jo KKO:n

¹²⁰ KKO OH2009/27, s. 1.

¹²¹ Kuoppamäki 2012, s. 98.

¹²² Ks. esim. *Havu ym.* 2010, s. 101 ja 103.

¹²³ Toisin olisi, jos kilpailulakiin olisi liitetty KKO:n kannan mukainen tuottamusolettama. Ks. edellä jaksoissa 5.1 ja 5.2 käsiteltyä sekä KKO, lausunto OH2009/27, 6.5.2009.

¹²⁴ *Havu ym.* 2010, s. 38.

¹²⁵ KOM(2008) 165. Näyttötaakan keventämisellä on siis laajempiakin vaikutuksia, kuin vain yksittäistapauksissa. Se saattaa johtaa yksityisoikeudellisten vaatimusten lisääntymiseen, joka on ollut yksi komission tavoitteista.

lausunnossaan esiin ottama ja aiemmin mainitsemani kanta sopimusrikkomuksen määrittelystä. Mikäli kilpailunrajoitukseen syyllistynyt sopimuskumppani katsotaan syyllistyneen myös sopimusrikkomukseen, on sopimusperusteinen vastuu merkittävä väline tulevilla kilpailuoikeudellisilla vahingonkorvausoikeudenkäynneissä. Oikeuskäytäntö tulee todennäköisesti tarjoamaan vastauksen tähän kysymykseen tulevina vuosina. Oikeustilan epäselvyyden vuoksi erityinen vahingonkorvausehto olisi oiva keino turvata toimivalla ja tehokkaalla tavalla sopimuksen taloudellisten tavoitteiden täyttyminen.

5.2.2 Vahingonkorvausehto sopimuksessa - esimerkkinä Metsäkartelli

Metsäkartelliin syyllistyneet metsäyhtiöt olivat saaneet langettavan tuomion jo aiemmin kielletystä hintayhteistyöstä, josta saivat seuraamusmaksuja 100.000 markkaa jokainen.¹²⁶ Lisäksi ne olivat harjoittaneet kiellettyä yhteistyötä vuosien ajan, josta oli useita viranomaisten ratkaisuja ja lausuntoja.¹²⁷ Tämän olisi pitänyt herättää metsänomistajien yhdistykset ja etujärjestöt sekä Metsänomistajien liiton siihen todellisuuteen, mitä raakapuun markkinoilla tapahtui suurten toimijoiden toimesta. Ensimmäisen tuomion jälkiseurauksena metsänomistajilla olisi ollut perusteltua ottaa sopimukseensa erillinen vahingonkorvausehto metsäyhtiön mahdollisen kielletyn hintayhteistyön varalta. Ehto olisi ollut luonnollinen valinta turvaamaan sitä vakuutusta, jonka metsäyhtiöt tekivät komissiolle 20.6.1996 ilmoittamassaan lisäpöytäkirjassa olla ”toimimatta tai ryhtymättä hintoja koskevaan yhteistyöhön muiden metsäteollisuutta harjoittavien yritysten kanssa.” Alalle olisi lisäksi vielä suurten sopimusmäärien vuoksi ominaista käyttää samankaltaisia sopimuksia ja sopimusehtoja tai ns. vakioehtoja. Jälkikäteen on helppo olla viisas, mutta normaaliin sopimuskäyttäytymiseen kuuluu varautua etenkin tiedossa oleva vastapuolen toiminta huomioiden ja neuvotella sopimukset toisen käyttäytymishistoriaa silmällä pitäen.

¹²⁶ Kilpailuneuvoston päätös dnro 46/690/2000, 13.11.2000.

¹²⁷ Ks. lisää esim. Kilpailuviraston esitys markkinaoikeudelle dnro 416/61/2004, 21.12.2006, s. 6-9. Kilpailuvirasto kävi läpi yksityiskohtaisesti aiemmat päätökset koskien metsäyhtiöiden välisiä sopimuksia, sekä viranomaisten niistä antamia lausuntoja ja ratkaisuja. Kilpailuvirasto käytti esityksessään raskauttavana perusteena seuraamusmaksuesitystä tehdessään asianosaisten aiempaa käyttäytymistä, joka oli useista viranomaisten kirjelmistä ja ratkaisuista huolimatta jatkuvasti yhteisön ja kansallisen oikeuden kilpailusääntöjen vastaista.

Jos raakapuun toimittajat eli metsänomistajat olisivat vaatineet toimitussopimukseen metsäyhtiöiltä kyseisenlaista ehtoa tai vakuutusta itsenäisestä toiminnasta, olisi heidän huomattavasti helpompi saada hyvitystä kärsimistään vahingoista. Vahingonkorvausehto helpottaisi oikeudenkäyntiä usealla tapaa:

Vahingonkorvausehto ei lähtökohtaisesti sisällä kilpailulain 5 §:n merkittävyysarviointia kilpailunrajoituksesta, jos kyseisessä sopimusehdossa ei viitata kilpailulakiin. Tämä

Ehto helpottaisi vahingonkorvauksen määrän arvioimista, jos ehtoon kytketään sopimussakko. Tämä sopimussakko voisi olla tietty prosenttiosuus hankinnan tai toimituksen kokonaisarvosta. Erikseen olisi vielä sovittavissa, että sopimussakkoa ei oteta huomioon vahingonkorvauksen määrässä, vaan ne soveltuvat yhtäaikaisesti.

Vahingonkorvausehdon käyttäminen sopimuksissa parantaa kantajan asemaa prosessuaalisesta näkökulmasta. Ehdon ollessa voimassa kilpailuoikeudellista vahingonkorvausta on mahdollista vaatia samassa oikeudenkäynnissä, jossa mahdollisesti käsitellään muita sopimukseen liittyviä rikkomuksia ja näistä johtuvia vahinkoja ja vaatimuksia. Tämä on lähinnä teoreettinen etu, mutta mahdollinen niissä tapauksissa, joissa kante nostetaan erikseen muista sopimusrikkomuksista ja kohta näiden jälkeen havaitaan sopimuspuolen syyllistyneen myös kilpailunrajoituksiin. Useat kanteet samaa vastaajaa vastaan on siis käsiteltävä samassa oikeudenkäynnissä, kun ne johtuvat samasta perusteesta (OK 18:1).

Vahingonkorvausehdolla on merkitystä myös näyttötaakan kannalta. Vastaajan on sopimukseen liittyvän eskulpaatiovastuun perusteella näytettävä, että on noudattanut sopimusta. Ehdon yhteydessä käännetty todistustaakka tarkoittaisi ainakin periaatteessa sitä, että sopimusosapuoli joutuisi näyttämään, ettei se ole syyllistynyt kartellikäyttäytymiseen juuri sopimuksessa tarkoitetun toiminnan ja tavoitteen yhteydessä. On tietenkin tärkeää muistaa, että todistustaakan jakautumisesta päättää yksittäistapauksessa asian ratkaiseva tuomioistuin vapaan harkinnan perusteella. Tuomioistuin saattaa päätyä painottamaan sitä, että kantajan pitää esittää sopimusrikkomuksesta näyttöä. Oikeudenkäymiskaarihan sisältää todistustaakan jakautumisesta vain yleisluontoiset lähtökohdat.

Vahingonkorvausehdon käyttämisellä ei ole vahingonkärsijän näkökulmasta ainakaan haitallisia vaikutuksia näyttötaakan kannalta.¹²⁸

Vahingonkorvausehto ei siis välttämättä ole luonnollinen tai käytännöllinen vaihtoehto ihan mille tahansa alalle, mutta joidenkin alojen piirteisiin se voisi sopia erittäinkin hyvin ja sen käyttäminen on perusteltua. Tarkka asioista sopiminenhan ei ole epäluottamuslause toista kohtaan, vaan juuri toisen yllättävää käyttäytymistä varten sovittava asia. Isoimmat riidathan johtuvat juuri siitä, että asioita ei ole sovittu vaadittavalla tarkkuudella etukäteen.

6. Lopuksi – De Lege Ferenda

Kuten tutkielman alussa jo tuli ilmi, kilpailuoikeus on nuori ja kehittyvä oikeudenala. Kehitystyö on vasta alussa ja listaa parannettavista tai muutettavista asioista voisi jatkaa loputtomiin. Vaikka lainsäädännön suomat puitteet ovat kunnossa, on oikeuskäytännön ja ennakkotapausten puute yksi merkittävä asia, joka varmasti vaikuttaa vahingonkorvauskanteiden määrään ja prosessiin. Tämä liittyy myös nimenomaan vahingon määrän osoittamiseen ja siihen tarvittavan näytön esittämiseen. Tähän voitaisiin ottaa apua Yhdysvaltojen oikeuskäytännöstä. Nyt kun oikeita askelia on otettu kohti tehokkaampaa seuraamusjärjestelmää, voitaisiin oikeudellisen kehityksen kehittämisen lisäksi kehittää käytäntöä.

6.1 Kilpailuoikeudelliset vahingonkorvaukset Yhdysvalloissa

Yhdysvalloissakin yksityisoikeudelliset vaatimukset kilpailunrajoituksista jäivät ensimmäisen 50 vuoden ajan melko marginaaliseen osaan. Vahingonkorvauskanteiden määrä lähti merkittävään kasvuun vasta 1960-luvun alussa, kun yksi laajamittainen kartelli johti suuriin vahingonkorvauksiin ja osoitti kilpailuoikeudellisten

¹²⁸ Aalto-Setälä 2011, s. 7.

vahingonkorvauskanteiden kannattavuuden.¹²⁹ Oikeuskäytäntö onkin muokannut ja selkeyttänyt tulkintoja kilpailuoikeuden eri aloilta. Eritoten vahingon mittaamisessa ja asiantuntijatodistelussa käytäntö on muodostunut vahvaksi. Suomessa ja EU:ssa sen sijaan vakiintunutta käytäntöä tältä osin ei ole ja vahingon mittaaminen onkin koettu yhdeksi vaikeimmista edellytyksistä kilpailuoikeudelliseen vahingonkorvaukseen.

6.1.1 Vahingon mittaamiseen käytettävät menetelmät

Yhdysvalloissa on oikeuskäytännön myötä kehitetty neljä menetelmää, joita voidaan käyttää kilpailunrajoituksella aiheutettujen vahinkojen mittaamiseen: 1) mittatikkumenetelmä (*yardstick method*), 2) ennen ja jälkeen menetelmä (*before-and-after method*), 3) markkinaosuusmenetelmä (*market-share method*) ja 4) käyvän arvon menetelmä (*going-concern method*). Etenkin kahden ensimmäisen menetelmän yhtäaikainen käyttö on tehokasta vahingon mittaamisessa.¹³⁰

Mittatikkumenetelmässä vahingonkärsijä vertaa liiketoimintansa tuloksia olennaisesti samanlaisen kohteen, ”mittatikkun”, tuloksiin. Tällä tavalla kantaja voi tehdä päätelmiä, kuinka liiketoiminta olisi toteutunut ilman kilpailunrajoituksen vaikutuksia. Suurin haaste on sopivan mittatikkun löytäminen ja nimenomaan kantajan velvollisuus on näyttää kohteiden riittävä vertailukelpoisuus. Erityisesti hintasyrjintä on tilanne, johon mittatikkumenetelmä sopii hyvin. Ylihintaa maksaneen on helppo osoittaa vahingon määrä vertaamalla maksamaansa hintaa niihin, jotka ovat maksaneet vähemmän samasta suorituksesta.

Ennen ja jälkeen – menetelmässä kantaja arvioi vahinkoa vertailemalla oman liiketoimintansa tuloksia ennen kilpailunrajoituksen alkua ja sen päättymisen jälkeen. Ylihintatapauksissa maksettua hintaa verrataan ennen tai jälkeen kilpailunrajoituksen vaikutuksia vallinneeseen hintatasoon. Markkinoilta sulkemistapauksissa menetetyt voitot arvioidaan vertaamalla kantajan tilannetta siihen, mikä se oli ennen kilpailunrajoitusta. Ennen ja jälkeen – menetelmää voidaan käyttää

¹²⁹ Posner 2001, s. 45–46. Kanteiden määrä kasvoi vuodessa 378:sta 2005:een

¹³⁰ Ks. menetelmistä lisää Havu ym. 2010, s. 74–79.

mittatikkumenetelmän kanssa yhtäaikaisesti. Mikäli molemmat antavat samansuuntaiset tulokset, voidaan vahingon määrää pitää pätevänä.

Menetelmää voidaan käyttää virheellisesti, mikäli vertailtavat ajanjaksot eivät ole siihen kelpoisia. Esimerkiksi neljän vuoden kilpailunrajoitusjaksoa ei voida verrata sen päättymisen jälkeiseen kymmenen kuukauden jaksoon. Vertailukelpoisuus täytyy myös perustella riittävästi, eli pelkkä yhtä pitkä aika ei ole riittävä edellytys vertailtavuudelle. Myös menetelmän antamat liiketoiminnan tulokset on perusteltava riittävällä tarkkuudella ja taloustieteen menetelmillä. Menetelmää on siis sovellettava oikein suhteessa tosiseikkoihin.

Markkinaosuusmenetelmä voidaan käyttää joko itsenäisenä tai sitten välineenä kahdessa aiemmin mainitussa menetelmässä. Itsenäisenä laskentamenetelmänä käytettäessä vahinko lasketaan kilpailunrajoituksen vuoksi menetetyt markkinaosuuden kautta. Markkinaosuuden avulla menetykset muutetaan yksikkömääräisiksi ja sitä kautta lasketaan menetetyt voitot. Eritoten markkinoilta sulkemistapauksiin menetelmä sopii hyvin.

Käyvän arvon menetelmä ei myöskään sovellu kovin hyvin itsenäiseksi vahingon arvioimisen menetelmäksi. Sitä voidaan käyttää tilanteissa, joissa vahingonkärsijä on ajettu kokonaan markkinoilta. Menetelmällä mitataan, mitä kohtuullinen ostaja olisi maksanut kilpailunrajoituksen kohteeksi joutuneesta yrityksestä ennen kilpailunrajoituksen täytäntöönpanoa. Hintaan vaikuttaa siis voittojen nykyarvo ja käyttökelpoinen omaisuus.

Kaikkien menetelmien käyttökelpoisuus oikeudenkäynnissä riippuu niiden käyttäjästä, eli asiantuntijasta, joka laatii laskelmat menetelmiä apuna käyttäen. Yhdysvalloissa myös asiantuntijoille on asetettu tiettyjä vaatimuksia oikeudenkäyntiä varten. Liittovaltion korkein tuomioistuin, *Supreme Court* on tapauksessa *Kumho Tire v. Carmichael*¹³¹, todennut, että asiantuntijan on, riippumatta siitä perustaako hän lausuntonsa ammattiosaamiseensa vai omiin kokemuksiinsa, käytettävä samaa älyllistä kurinalaisuutta, joka luonnehtii asiantuntijan toimintaa kyseisellä alalla. Tuomioistuimella on siis laaja harkintavalta ja se vastaakin kotimaista vapaata

¹³¹ 526 U.S 137 (1999).

todistusharkintaa. Tuleva oikeuskäytäntö tulee osoittamaan, kuinka korkea kantajan näyttökynnys tulee olemaan vahingon määrän osalta.