

KILPAILUKIELTOVELVOITE YRITYSKAUPASSA

Tommi Pietilä (0191553)

Pro gradu -tutkielma

Velvoiteoikeus

Ohjaaja: Juha Karhu

Lapin yliopisto

Oikeustieteiden tiedekunta

Kevät 2014

Lapin yliopisto, oikeustieteiden tiedekunta

Työn nimi: Kilpailukieltovelvoite yrityskaupassa

Tekijä: Tommi Pietilä

Oppiaine: Velvoiteoikeus

Työn laji: Maisteritutkielma

Sivumäärä: XII + 77

Vuosi: Kevät 2014

Tiivistelmä

Yrityskauppojen yhteydessä tehtävä kilpailukieltovelvoite on yksi tärkeimmistä yrityskauppojen liitännäisrajoituksista, mutta kilpailukiellon sääntely-ympäristö on velvoitteen merkityksellisyydestä huolimatta jätetty epäselväksi ja hajanaiseksi. Tutkielman tarkoituksena on selkiyttää tätä sääntelyä EU:n ja Suomen kilpailuoikeuden sekä sopimusoikeuden näkökulmista myös velvoitteen konkreettisia soveltamistapauksia silmällä pitäen. Laintasoisten säännösten lisäksi viranomaisten ohjeistus on velvoitteen soveltamistilanteissa erityisen tärkeää. Viranomaisten ohjeistus ei kuitenkaan koske suoranaisesti yrityskauppaavalvonnan ulkopuolelle jääviä pienempiä yrityskauppoja, jolloin kyseisten kauppojen juridinen riski kasvaa entisestään. Tutkimuksessa pyritäänkin antamaan ehdotuksia, miten kilpailukieltovelvoitetta tulisi soveltaa näissä epäselvissä tilanteissa. Lisäksi tutkielmassa on kiinnitetty erityistä huomiota erilaisiin yrityskauppoihin ja yrityskaupprosesseissa tehtäviin due diligence -tarkastuksiin, joiden merkitystä kilpailukieltovelvoitteen tavoitteiden ja pätevyyden kannalta ei ole syytä väheksyä.

Avainsanat: Yrityskauppa, kilpailukielto, kilpailunrajoitus due diligence, sopimusoikeus, kilpailuoikeus, EU-oikeus, perusoikeudet

Muita tietoja:

Suostun tutkielman luovuttamiseen Rovaniemen hovioikeuden käyttöön X

Suostun tutkielman luovuttamiseen kirjastossa käytettäväksi X

Suostun tutkielman luovuttamiseen Lapin maakuntakirjastossa käytettäväksi (vain Lappia koskevat) X

SISÄLLYS

TIIVISTELMÄ.....	I
SISÄLLYS.....	II
LÄHTEET.....	IV
1 JOHDANTO.....	1
1.1 Tausta.....	1
1.2 Tutkielman tavoite ja rajaus	3
1.3 Edeltävät tutkimukset ja terminologia	5
2 YRITYSKAUPPA.....	7
2.1 Erilaiset yrityskaupat	7
2.2 Kaupan kohteen ennakkotarkastus	10
2.2.1 Yrityskauppojen due diligence -tarkastus	10
2.2.2 Due diligence -tarkastus ja kilpailukieltovelvoite	12
3 KILPAILUKIELTOVELVOITE.....	14
3.1 Kilpailukieltovelvoite yrityskaupoissa	14
3.2 Sopimussakko kilpailukieltovelvoitteen yhteydessä.....	16
3.3 Kilpailukieltovelvoitteen funktiot	19
3.3.1 Kilpailukieltovelvoitteen tavoitteet ja tehtävät.....	19
3.3.2 Kilpailukieltovelvoitteen uusi funktio – kilpailijan eliminoiminen markkinoilta	25
3.3.3 Johdon ja liiketoiminnan tarkastus kilpailukieltovelvoitteen funktioiden ja pätevyyden kannalta	26
4 KILPAILUKIELTOVELVOITE SOPIMUSOIKEUDESSA	30
4.1 Sopimusvapaus.....	30
4.1.1 Yleistä sopimusvapaudesta.....	30
4.1.2 Sopimusvapaus kilpailukieltolausekkeissa.....	31
4.2 Sopimusten sitovuus	32
4.2.1 Yleistä sopimusten sitovuudesta	32
4.2.2 Sopimusten sitovuuden rajoittaminen kilpailukieltolausekkeissa	33
4.3 OikTL 38 §:n yleissäännös kilpailukieltovelvoitteelle.....	33
5 KILPAILUKIELTOVELVOITE EU:N KILPAILU-OIKEUDESSA.....	36
5.1 EU-kilpailuoikeuden keskeiset säännökset ja tavoitteet kilpailukieltosopimuksen kannalta.....	36
5.1.1 EU-kilpailuoikeuden tavoitteet sekä SEUT 101 ja 102 artiklat.....	36
5.1.2 Yrityskauppavalvonta.....	38
5.1.3 Liitännäisrajoitustiedonanto.....	40
5.2 Yhteenvedo kilpailukieltovelvoitteeseen soveltuvasta EU:n kilpailuoikeuden sääntelystä	41
6 KILPAILUKIELTOVELVOITE SUOMEN KILPAILU-OIKEUDESSA.....	43
6.1 Suomen ja EU:n kilpailuoikeuden välinen suhde.....	43
6.2 Kilpailukieltovelvoitteeseen soveltuvat kilpailulain säännökset	44
6.3 Yrityskauppavalvonta ja yrityskaupan suuntaviivat Suomen kilpailuoikeudessa	45
7 KILPAILUKIELTOSOPIMUS JA PERUSOIKEUDET	48
8 KILPAILUKIELTOVELVOITTEEN SOVELTAMINEN.....	51

8.1	Kilpailukieltovelvoite yrityskauppavalvonnan kynnyksäraja-arvot ylittävissä kaupoissa	51
8.1.1	Kilpailukieltovelvoitteen oikeuttaminen liitännäisrajoitustiedonannon ja yrityskauppojen suuntaviivojen perusteella.....	51
8.1.2	Liitännäisrajoitustiedonannon ja yrityskauppojen suuntaviivojen kohtuullisuusarvioinnissa huomioon otettavat seikat	53
8.2	Kilpailukieltovelvoite kynnyksäraja-arvot alittavissa kaupoissa.....	55
8.2.1	Kilpailukieltovelvoitteen oikeuttaminen OikTL 38:n nojalla	56
8.2.2	OikTL 38 §:n tulkinta uudemman oikeuskäytännön valossa.....	57
8.3	Kilpailukieltosopimuksen pätemättömyys	58
8.3.1	Sopimusoikeudellinen pätemättömyys.....	59
8.3.2	Kilpailuoikeudellinen pätemättömyys	60
8.3.3	Pätemättömyyteen vetoaminen ja huomioon ottaminen	61
8.3.4	Osa- ja kokonaispätemättömyys.....	62
8.4	Kilpailukieltosopimuksen sovittelu.....	64
9	LOPPUPÄÄTELMÄT	67
9.1	Kilpailukieltovelvoite yrityskauppaprosessissa	67
9.2	Kilpailukieltovelvoitteen sopimusoikeudellinen perusta	69
9.3	Kilpailukieltosopimus kilpailuoikeuden sääntely-ympäristössä.....	70
9.4	Perusoikeudet konkreettisten säännösten kivijalkana ja pelastusrenkaana	72
9.5	Kilpailukieltovelvoitteen soveltamistilanteet	73
9.6	Parannusehdotuksia kilpailukieltovelvoitteen sääntelyyn	77

LÄHTEET

Kirjallisuus

(Aalto-Setälä ym. 2008) Aalto-Setälä Ilkka, Aine Antti, Lehto Petri, Parikka Julius, Petäjämäki-Bröklund Anne, Stenborg Markku & Virtanen Pertti, *Kilpailulait ja laki julkisista hankinnoista*, Tietosanoma 4. painos, Helsinki 2008.

(Adlercreutz & Flodgren 1992), Adlercreutz Axel & Flodgren Boel, *Om konkurrensklausuler – i anställningsavtal och vid företagsövertagelse*, Lunds universitet, Lund 1992.

(Aine 2000) Aine Antti, *Kilpailulainsäädännön vaikutus sopimusten pätevyys*, Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja, Turku 2000.

(Aine 2011) Aine Antti, *Kilpailu ja sopimus*, Suomalainen Lakimiesyhdistys, Sastamala 2011.

(Aine 2013) Aine Antti, *Kilpailuoikeudellinen pätemättömyys*, Sanoma Pro, Helsinki 2013.

(Alkio & Wiik 2009) Alkio Mikko & Wiik Christian, *Kilpailuoikeus*, Talentum, 2. painos, Helsinki 2009.

(Aurejärvi 1979) Aurejärvi Erkki, *Oikeustointen kohtuullistamisen yleiset opit ja yrittäjien väliset sopimukset*, LM 1979 s. 724 – 745.

(Bruun DL 2003) Bruun Niklas, *Kilpailukiello työ- ja sopimussuhteissa*, Defensor Legis 5/2003, s. 770 – 785.

(Carlson ym. 1999) Carlsson Kenny, Söderlind Erik & Ulrikson Magnus, *Konkurrenslagen*, Nordstedts Juridik, Stockholm 1999.

(Carter 2004), Carter Nigel, *Environmental due diligence: the role of ISO 14015 in the environmental assesment of sites and organisations*, BSI Business Information, London 2004.

(Cook & Kerse 2009) Cook C.J. & Kerse C.S., *EC Merger Control*, Thomson, Sweet & Maxwell, 4th edition, London 2009.

(Doepel ym. 2011) Andreas Doepel, Christian Fogelholm, Antti Karanko, Ari-Pekka Saanio & Nina Wikman, *Yrityskaupan sopimukset*. Teoksessa: Katramo Mikko, Lauriala Jari, Matinlauri Ismo, Niemelä Jaakko, Svensnas Karin & Wilkman Nina, *Yrityskauppa*, WSOYpro Oy, Helsinki 2011.

(Fahlbeck 1992) Fahlbeck Reinhold, *Företagshemligheter, konkurrensklausuler och yttrandefrihet*, Norstedts Juridik, Göteborg 1992.

(Faull & Nikpay 2007) Faull Jonathan & Nikpay Ali (editors), *The EC Law of Competition*, second edition, Oxford University Press, Oxford 2007.

(FVCA 2002) FVCA osakassopimusmalli 2002, Suomen pääomasijoitusyhdistyksen ry:n osakassopimusmalli vuodelta 2002.

(Goyder, Goyder & Albors-Llorens 2009) Goyder D.G., Goyder Johanna & Albors-Llorens Albertine, *Goyder's – EC competition law*, Oxford University Press, 5th edition, Oxford 2009.

(Hallberg 2011) Hallberg Pekka, *Perusoikeudet tuomioistuimissa*. Teoksessa Hallberg Pekka, Karapuu Heikki, Ojanen Tuomas, Scheinin Martin, Tuori Kaarlo & Viljanen Veli-Pekka, *Perusoikeudet*, WSOY Pro, Helsinki 2011.

(Hemmo I 2003) Hemmo Mika, *Sopimusoikeus I*, Talentum, 2. painos, Helsinki 2003.

(Hemmo II 2003) Hemmo Mika, *Sopimusoikeus II*, Talentum, 2. painos, Helsinki 2003.

(Hiden & Tähtinen 2005) Hiden Paulus & Tähtinen Jyrki, *Pääomarahastot ja niiden sijoitustoiminta*, Talentum, Jyväskylä 2005.

(Hiltunen ym. 1998) Hiltunen Sari, Tammivuori Kristian & Wallin Carl-Henrik, *Yrityskauppavalvonta*, WSOY, Porvoo 1998.

(Huhtamäki 2010) Huhtamäki Heikki A., *Pätevä kilpailukieltosopimus*, Lakimiesliiton kustannus, Vantaa 2010.

(Husa ym. 2005) Husa Jaakko, Mutanen Anu, Pohjolainen Teuvo, *Kirjoitetaan juridiikkaa*, Talentum, Helsinki 2005.

(Immonen 2008) Immonen Raimo, *Yritysjärjestelyt*, Talentum, Helsinki 2008.

(Immonen 2011) Immonen Raimo, *Yritysjärjestelyt*, Talentum, 5. painos, Turku 2011.

(Jones & Sufrin 2008) Jones Alison & Sufrin Brenda, *EC Competition Law*, second edition, Oxford University Press, Oxford 2008.

(Karapuu & Lavapuro 2011) Karapuu Heikki & Lavapuro Juha, *Oikeus työhön ja elinkeinovapaus*. Teoksessa: Hallberg Pekka, Karapuu Heikki, Ojanen Tuomas, Scheinin Martin, Tuori Kaarlo & Viljanen Veli-Pekka, *Perusoikeudet*, WSOY Pro, Helsinki 2011.

(Katramo & Lauriala 2011) Katramo Mikko & Lauriala Jari, *Yritysjärjestelyjen rahoitus*. Teoksessa: Katramo Mikko, Lauriala Jari, Matinlauri Ismo, Niemelä Jaakko, Svennas Karin & Wilkman Nina, *Yrityskauppa*, WSOYpro Oy, Helsinki 2011.

(Kihlman 1999) Kihlman Jon, *Fel*, Mercurius, 1999 Stockholm.

(Kivimäki & Ylöstalo 1981) Kivimäki T.M. & Ylöstalo Matti, *Suomen siviilioikeuden oppikirja*, 4. painos, WSOY, Juva 1981.

(Kuoppamäki LM 2008) Kuoppamäki Petri, *Markkinavoiman sääntely EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa*, Suomalainen lakimiesyhdistys, Jyväskylä 2006.

(Kuoppamäki 2012) Kuoppamäki Petri, *Uusi kilpailuoikeus*, Sanoma Pro Oy, 2. painos, Helsinki 2012.

(Lajoux & Elson 2000) Lajoux Alexandra Reed, Elson Charles, *The Art of M & A Due Diligence – Navigating Critical Steps & Undercovering Crucial Data*, McGraw-Hill, Martinsburg 2000.

(Lauriala 2006) Lauriala Jari, *Due Diligence in High-Tech M & A's*, Edilex-julkaisu 2006.

(Lauriala 2011) Lauriala Jari, *Yritysjärjestelyjen johtaminen*. Teoksessa: Katramo Mikko, Lauriala Jari, Matinlauri Ismo, Niemelä Jaakko, Svennas Karin & Wilkman Nina, *Yrityskauppa*, WSOYpro Oy, Helsinki 2011.

(Leivo ym. 2012) Leivo Kirsi, Leivo Timo, Huimala Hannele & Huimala Mikko, *EU:n ja Suomen kilpailuoikeus*, Talentum, Helsinki 2012.

(Länsineva 2002) Länsineva Pekka, *Perusoikeudet ja varallisuussuhteet*, Suomalainen lakimiesyhdistys, Jyväskylä 2002.

(Länsineva 2011) Länsineva Pekka, *Omaisuuksensuoja*. Teoksessa: Hallberg Pekka, Karapuu Heikki, Ojanen Tuomas, Scheinin Martin, Tuori Kaarlo & Viljanen Veli-Pekka, *Perusoikeudet*, WSOY Pro, Helsinki 2011.

(Muukkonen 1956) Muukkonen P.J., *Sopimusvapauden käsitteestä*, LM, 1956.

(Norros 2010) Norros Olli, *Johdatus velvoiteoikeuteen*, Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Helsinki 2010.

(Poulsen 1991) Poulsen Sune Troels, *Loyalitetspligt og erhversforbud*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, Charlottenlund 1991.

(Pönkä 2008) Pönkä Ville, *Osakassopimuksen tavoitteet ja voimassaolon hallinta*, Edita, Helsinki 2008.

(Pöyhönen 2003) Pöyhönen Juha, *Uusi Varallisuus oikeus*, Talentum, Saarijärvi 2003.

(Rissanen ym. 1999) Rissanen Kirsti, Airaksinen Manne, Castrén Martti, Harju Ilkka, Jauhiainen Jyrki, Kaisanlahti Timo, Kivivuori Antti, Kuoppamäki Petri & Wilhelmsson Thomas, *Yritysoikeus*, Werner Söderström Lakitieto, Juva 1999.

(Saarnilehto ym. 2001) Saarnilehto Ari, Hemmo Mika & Kartio Leena, *Varallisuus oikeus*, WSOY, Helsinki 2001.

(Saarnilehto, Hemmo & Kartio 2004) Saarnilehto Ari, Hemmo Mika & Kartio Leena, *Varallisuus oikeus*, WSOY, 2. Painos, Helsinki 2004.

(Saarnilehto 2009) Saarnilehto Ari, *Sopimus oikeuden perusteet*, Talentum, 7. uudistettu painos, Helsinki 2009.

(Saraviita 2000) Saraviita Ilkka, *Suomen perusoikeusjärjestelmä*, Talentum, Helsinki 2005.

(Savela 2006) Savela Ari, *Vahingonkorvaus osakeyhtiössä*, Talentum, 2. painos, Helsinki 2006.

(Telaranta 1990) Telaranta Kaarlo Armas, *Sopimus oikeus*, Lakimiesliiton kustannus, Vammala 1990.

(Van Bael & Beilis 2010) Van Bael Ivo & Beilis Jean-Francois, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International, 4th edition, Haag 2005.

(Vapaavuori 2005) Vapaavuori Tom, *Yrityssalaisuudet ja salassapitosopimukset*, Talentum, Helsinki 2005.

(Vihma 1950) Vihma Väinö, *Sopimussakko*, Suomalainen lakimiesyhdistys, Helsinki 1950.

(Viljanen 2011) Viljanen Veli-Pekka, *Perusoikeuksien soveltamisala*. Teoksessa: Hallberg Pekka, Karapuu Heikki, Ojanen Tuomas, Scheinin Martin, Tuori Kaarlo & Viljanen Veli-Pekka, *Perusoikeudet*, WSOY Pro, Helsinki 2011.

(Virtanen 2001) Virtanen Pertti, *Markkinavoiman sääntely EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa*, Suomalainen lakimiesyhdistys, Jyväskylä 2001.

(Wilhelmsson 1985) Wilhelmsson Thomas, *Vakiosopimus*, Suomen lakimiesliiton kustannus, Vammala 1985.

(Wilhelmsson ym. 1998) Wilhelmsson Thomas, Sevón Leif & Koskela Pauliine, *Kauppalain pääkohdat*, Kauppakaari Oyj Lakimiesliiton kustannus, 4. uudistettu painos, Jyväskylä 1998.

(Wish 2003) Wish Richard, *Competition Law*, Oxford University Press, 5th edition, Oxford 2003.

(Wrede 1947) Wrede Rabbe Axel, *Laki oikeustoimista 13 päivältä kesäkuuta 1929*, Söderström & C:o, Helsinki 1947.

(Ämmälä 1993) Ämmälä Tuula, *Sopimuksen pätemättömyyden korjaantumisesta*, Lakimiesliiton kustannus, Jyväskylä 1993.

Virallislähteet ja viranomaisten ohjeet

(De minimis -tiedonanto 2001) Komission tiedonanto vähämerkityksisistä sopimuksista, jotka eivät Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 81 artiklan 1 kohdassa tarkoitetulla tavalla rajoita tuntuvasti kilpailua 2001/C368/07.

HE 114/1978 vp.: Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa ja markkinatuomioistuimesta annetun lain muuttamisesta.

HE 247/1981 vp.: Hallituksen esitys Eduskunnalle oikeustoimen kohtuullistamista koskevaksi lainsäädännöksi.

HE 187/2002 vp.: Hallituksen esitys Eduskunnalle velan vanhentumista ja julkista haastetta koskevan lainsäädännön uudistamisesta.

(Kilpailuviraston suuntaviivat 2011) Kilpailuviraston suuntaviivat yrityskauppa-valvonnasta, 1/2011.

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

(Liitännäisrajoitustiedonanto 2005) Komission tiedonanto keskittymiin suoraan liittyvistä ja niiden kannalta välttämättömistä rajoituksista (2005/C 56/03). EUVL 2005:3.

Korkeimman oikeuden ratkaisut

KKO 1985 II 158

KKO 1990:37

KKO 2005:50

Hovioikeuden ratkaisut

Vaasan HO 29.12.2011 1541, Dnro S 10/346.

Itä-Suomen HO 27.09.2012 802, Dnro S 12/262.

Vaasan HO 17.1.2013, Dnro S 11/1267.

Käräjäoikeuden ratkaisut

Oulun KO 16.3.2009 L 08/4558

Etelä-Pohjanmaan KO 15.9.2011 L 10/9279 ja L 11/2026

Markkinaoikeuden ja markkinatuomioistuimen ratkaisut

MT:1992:020, Dnro d:15/91, antopäivä 17.8.1992.

Kilpailuviraston päätökset

Kilpailuviraston päätös Dnro 8/359/98, 22.1.1999.

Kilpailuviraston päätös Dnro 792/81/2001, 7.9.2001.

Unionin tuomioistuin / Euroopan yhteisöjen tuomioistuin

Asia 56 ja 58/64, Etablissements Consten S.a.R.L. ja Grundig-Verkaufs GmbH v. komissio Kok 1966, s. 299.

Asia 56/65 Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm GmbH, Kok. 1966, s. 235.

Asia 22/71 Beguelin Import Co. v. S.A.G.L Import Export s. 155, 162.

Asia 319/82 Sociétedé de Vente de Ciments et Betons de L'est, SA v. Firma Kerpen and Kerpen GmbH und Co. KG. S. 163

Asia C-411/04, Mannesmannrohren-Werke v. EU komissio, Kok. 2007, s. I-959.

Euroopan yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

Asia T-395/94 *Atlantic Container Line AB ym. v. komissio*, s. 183, 210 – 211, 215.

Komission päätökset

Komission päätös IV/M.301 *TESCO LTD/Catteau SA*, annettu 4.2.1993.

Komission päätös IV/M.937 *LEAR/KEIBER*, annettu 22.7.1997.

Komission päätös IV/M.1298 *Kodak/Imation*, annettu 22.9.1998.

Komission päätös COMP/M.1980 *Volvo/Renault V.I.*, annettu 1.9.2000.

Lyhenteet

DL	Defensor Legis
EU	Euroopan unioni
EY	Euroopan Yhteisö
KaupL	Kauppalaki 27.3.1987/355
Kilpailulaki	Kilpailulaki 12.8.2011/948
KirjPL	Kirjanpitolaki 30.12.1997/1336
LM	Lakimies lehti
Maakaari	Maakaari 12.4.1995/540
OikTL	Laki varallisuus oikeudellisista oikeustoimista 13.6.1928/228
Perustuslaki	Perustuslaki 11.6.1999/731
SEUT	Sopimus Euroopan Unionin toiminnasta
SopMenL	Laki sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa 22.12.1978/1061
TSL	Työsopimuslaki 26.1.2001/55
VahL	Vahingonkorvauslaki 31.5.1974/4

1 JOHDANTO

1.1 Tausta

Lähes jokaisen yrityksen odotetaan jossain elinkaarensa vaiheessa käyvän läpi yritysjärjestelytoimia.¹ Vaikka yrityskauppaa ei pidetäkään ahtaasti rajatun terminologian mukaan varsinaisena yritysjärjestelynä, se on yleisin tapa järjestellä yrityksen omistussuhteet ja toimintaperiaatteet uudella tavalla. Lisäksi yrityskauppa on monissa tapauksissa tärkeä osa yritysjärjestelykokonaisuuden sarjaa, johon voi kuulua varsinaisen kaupan lisäksi esimerkiksi fuusioita, jakautumisia tai liiketoimintasiirtoja.² Yrityskauppojen yhteydessä sovitaan usein kilpailukieltosopimuksesta, jolla estetään yrityskaupan myyjää kilpailemasta ostajan kanssa samalla tuotanto- tai jakeluportaalla. Yksinään arvioituna kilpailukieltolauseke tulkittaisiin usein kielletyksi kilpailunrajoitukseksi, mutta yrityskaupan yhteydessä kilpailukieltovelvoite voi saada kilpailuoikeudellisen oikeutuksensa välttämättömänä liitännäisrajoituksena. Ilman kilpailukieltosopimusta yrityskauppaa ei voitaisi toteuttaa taloudellisesti mielekkäästi.³ Jotta siirtyvän yrityksen elinkelpoisuus voidaan taata, myyjän toimintamahdollisuuksia on poikkeuksellisesti voitava rajoittaa.⁴

Oikeuskirjallisuuden mukaan yrityskauppojen määrä on lisääntynyt viime aikoina⁵, jonka johdosta myös kilpailukieltosopimukset ovat entistä yleisimpiä yritysten välisissä omistusjärjestelyissä. Kilpailukieltosopimusten yleistyessä myös yritysten juridinen riski kasvaa, sillä kilpailukieltosopimuksen sääntely on sekä kansallisesti että Euroopan unionin tasolla hyvin hajanaista ja osittain myös epäselvää. Suuremmissa yrityskaupoissa oikeuskäytännölle ja viranomaisten ohjeistukselle on jätetty merkittävä rooli eri säännösten tulkitsemisessa. Pie-nemmissä yrityskaupoissa säännöksiä selkiyttävää lainkäyttöä on taas tarjolla niukemmin. Myöskään viranomaisten ohjeistukset eivät koske suoranaisesti yrityskauppavalvonnan ulkopuolelle jääviä kauppvoja.

¹ Lauriala 2013, s. 19.

² Immonen 2011, s. 19.

³ Kuoppamäki 2012, s. 153.

⁴ Aine 2011, s. 345.

⁵ Lauriala 2013, s. 19.

Yrityskauppojen kilpailukieltovelvoitteille on ominaista, että niihin sovelletaan useita säännöksiä yhtäaikaaisesti. Velvoitteeseen liittyvää sääntelyä on kansallisesti muun muassa perustuslaissa, OikTL:ssa, TSL:ssa sekä kilpailulaissa. Huomioon on otettava myös unionin tasolla sovellettavat EU:n kilpailuoikeuden säännökset. Monet kilpailukieltovelvoitetta rajoittavat säännökset ovat pakottavia, eli indispositiivisia, jolloin säännöksistä ei voida poiketa osapuolten keskinäisellä sopimuksella⁶. Pakottavalla lainsäädännöllä taataan, että investoinnin turvaamiseen liittyvät näkökohdat eivät saa kohtuuttomasti haitata markkinoiden toimivuutta tai osapuolten toimintavapautta. Samanaikaisesti pakottava lainsäädäntö kuitenkin heikentää sopimusten sitovuuden ja sopimusvapauden periaatteita, mikä aiheuttaa ristiriitaa eri oikeudellisten tavoitteiden välillä.

Kilpailukieltosopimuksille on tavallista, että niitä rikotaan usein. Myös rikkomista johtuvat tuomioistuin- ja välimiesoikeusriidat ovat suhteellisen yleisiä.⁷ Tuomioistuinoikeudenkäynnit ja välimiesmenettelyt ovat kuitenkin usein salaisia⁸, minkä vuoksi lainsäädäntöä selkiyttävää oikeuskäytäntöä on tarjolla suhteellisen niukasti. Monet edellä mainitut tekijät vahvistavat, että kilpailukieltovelvoitteen juridinen toimintakenttä voi olla hyvin haastava myös velvoitteen parissa työskenteleville alan ammattilaisille. Jotta kilpailukieltosopimuksen osapuolet eivät kokisi sopimuksessa ilmenevien juridisten epäkohtien vuoksi taloudellista tappiota, on osapuolten oltava tarkkaan tietoisia vallitsevasta lainsäädännöstä, oikeuskäytännöstä ja viranomaisten ohjeistuksesta. Lisäksi huomioon on otettava kilpailukieltosopimuksen erilaiset taloudelliset vaikutukset. Huolellisella perehtymisellä osapuolet voivat vähentää sekä taloudellista että oikeudellista riskiä, joka aiheutuu kilpailukieltosopimuksen haastavasta toiminta- ja sääntelyympäristöstä.

⁶ Ks. myös Huhtamäki 2010, s. 15 – 16.

⁷ Idem., s. 16 – 17.

⁸ Idem., s. 20.

1.2 Tutkielman tavoite ja rajaus

Tämän tutkielman tavoitteena on selvittää oikeusdogmaattisella tutkimusmetodilla⁹, millä tavoin yrityskauppoihin liittyvää kilpailukieltovelvoitetta säännellään erityisesti kilpailu- ja sopimusoikeudessa, ja miten kyseisten oikeudenalojen säännökset, periaatteet ja oikeuskäytäntö vaikuttavat velvoitteen konkreettiseen soveltamiseen. Koska kilpailukieltovelvoitteen juridinen asema on epäselvää erityisesti pienemmissä (yrityskauppavalvonnan kynnyksärajoitettavissa) yrityskaupoissa, tutkielmassa tuodaan esille myös ehdotuksia, miten kyseisten kauppajen kilpailukieltosopimusta voitaisiin soveltaa.

Kilpailukieltosopimukseen soveltuvien säännösten ymmärtämiseksi, on tunnettava sopimuksen taustatarkoitus ja liiketoiminnallinen toimintaympäristö. Tutkielmassa on tämän vuoksi otettu esille suhteellisen kattavasti kilpailukieltovelvoitteen tavoitteet ja tehtävät yrityskaupan toteuttamisessa. Jotta kyseisiä funktioita voitaisiin turvata mahdollisimman hyvin, on ymmärrettävä myös monimuotoisten yrityskauppajen merkitys kilpailukieltovelvoitteen sisällön määrittämisessä. Yrityskauppaprosesseissa on erityisen tärkeää kaupan kohteen kartoittaminen, eli niin sanottu due diligence -tarkastus. Tarkastuksessa tulee ottaa huomioon yrityskaupan kohteen erilaiset rakenteet, jotta yrityksen arvo saataisiin siirrettyä mahdollisimman täydellisesti myyjältä ostajalle. Yrityksen arvon siirtämisessä kilpailukieltovelvoitteella on usein olennainen merkitys, minkä vuoksi due diligence -tarkastusta ja tarkastuksen eri kohteita on tutkittu käytännönläheisesti juuri kilpailukieltotoimintaa silmällä pitäen. Kilpailukieltovelvoitteen funktioita ja yrityskauppajen due diligence -prosesseja ei ole mahdollista tarkastella pelkästään juridiikan näkökulmasta, vaan osa näkökulmista voi raapaista myös taloustieteellisen ajattelun pintatasoa.

Kilpailukieltovelvoitteessa tulee ottaa huomioon erityisesti sopimus- ja kilpailuoikeudelliset säännökset. Velvoitteeseen soveltuvaa sääntelyä on täten käsitelty tutkielmassani erityisesti sopimusoikeuden, EU-kilpailuoikeuden sekä kansallisen kilpailuoikeuden näkökulmista. Nykyisin soveltamiskäytännössä on mahdollista turvautua entistä enemmän myös perusoikeussäännöksiin, sillä perus-

⁹ Oikeusdogmaattinen tutkimus eli lainoppi tarkoittaa tutkimusta, jossa selvitetään voimassa olevan lain sisältöä kulloinkin käsiteltävässä oikeusongelmassa, ks. esim. Husa ym. 2005, s. 13 – 14.

oikeuksien suora soveltaminen ja perusoikeusmyönteinen tulkinta ovat saaneet entistä suurempaa jalansijaa myös tuomioistuinten konkreettisessa lainkäytössä¹⁰. Tämän vuoksi kansalliset perustuslain säännökset ovat oikeutetusti osa tutkielman sisältöä. Kilpailukieltosopimukseen soveltuvia säännöksiä ei ole tarkoituksenmukaista tutkia ainoastaan toisistaan erillisinä ja irrallisina oikeusnormeina, sillä eri oikeudenalojen säännökset vaikuttavat usein myös yhtä aikaa velvoitteeseen. Kun kilpailukieltovelvoitteen kaltaiseen oikeusongelmaan sovelletaan useiden eri oikeusinstituutioiden normistoja, aiheutuu vaara, että ratkaisuista muodostuu keskenään ristiriitaisia¹¹. Kyseessä on niin sanottu päällekkäisongelma¹², jonka vaaran paikkoja tutkimukseen otetulla lähestymistavalla yritetään mahdollisimman onnistuneesti välttää.

Kilpailukieltosopimukseen soveltuvien säännösten ja periaatteiden tulkinnassa on perusteltua ottaa huomioon tuomioistuinikäytäntö ja viranomaisten ohjeistukset. Viranomaisten ohjeistukset ovat pääosin vanhemman unioninlaajuisen oikeuskäytännön sanelemaa. Tämän lisäksi tutkielmassa on otettu esille myös uudempaa kansallista oikeuskäytäntöä, jonka välityksellä voidaan nostaa esiin uusia periaatteita ja vahvistaa myös vanhemman oikeuskäytännön mukaista tulkintaa kilpailukieltovelvoitteen epäselvissä soveltamistilanteissa.

Tutkimuksessa on keskitytty *horisontaalisten ja konglomeraattisten* yrityskauppojen kilpailukieltosopimukseen¹³. Erityisesti horisontaalisiin yrityskauppoihin on kiinnitetty perinteisesti suurinta huomiota kilpailuoikeudellisessa arvioissa.¹⁴ Tutkielman edetessä sivutaan ajoittain myös työ-, johtaja- ja osakassopimukseen liitettyjen kilpailukieltovelvoitteiden ominaispiirteitä. Vaikka yrityskauppojen kilpailukieltovelvoitteilla on omat erityispiirteensä, yrityskauppoihin liitetty kilpailukielto voi saada monissa tilanteissa tulkintavaikutusta myös työ-, johtaja tai osakassopimuksen kilpailukiellon välityksellä.

Kilpailukieltosopimusta olisi mahdollista peilata myös hyvän tavan vastaisuuden ja oikeuden väärinkäytön kiellon kannalta. Kyseisille instrumenteille on ominaista, että ne sisältyvät oikeusjärjestykseen ilman nimenomaista lainsäännös-

¹⁰ Ks. tarkemmin luku 7.

¹¹ Pöyhönen 2003, s. 12.

¹² Ibid.

¹³ Ks. tarkemmin yrityskauppojen terminologiasta luku 2.1.

¹⁴ Ks. esim. Huhtamäki 2010, s. 54.

täkin¹⁵. Tutkielman rajallisen laajuuden vuoksi, tutkielmassa on kuitenkin keskitytty tarkastelemaan konkreettisempia oikeussäännöksiä, joiden määrä on jo itsessään huomattava. Myös veloitteeseen liittyvät vahingonkorvaussäännökset ja erilaiset tuomioistuinprosessit, kuten kieltokanne ja turvaamistoimiprosessi on tyydytty jättämään tutkielman ulkopuolelle. Sopimussakko on niiden sijasta otettu tutkimuksen kohteeksi, sillä sopimussakolla on erityisen tiivis yhteys kilpailukieltosopimuksen seuraamusjärjestelmässä.

1.3 Edeltävät tutkimukset ja terminologia

Yrityskauppojen kilpailukieltosopimusta on EU-tasolla tutkittu lähinnä kilpailuoikeudellisissa perusteoksissa liitännäisrajoitusoppien yhteydessä. Kilpailukieltovelvoite itsessään ei ole saanut kuitenkaan suurempaa huomiota varsinkaan suomalaisissa kilpailuoikeudellisissa teoksissa, joten tätä aukkoa on tullut paikkaamaan vuonna 2010 ilmestynyt *Heikki A. Huhtamäen* teos *Pätevä kilpailukieltosopimus*. Huhtamäen teosta voidaankin pitää kilpailukieltosopimuksen ensimmäisenä kansallisena perusteoksena, ja se on toiminut myös tämän tutkielman merkittävimpänä lähteenä. Teoksessa on tarkasteltu yrityskauppojen kilpailukieltosopimuksen sääntely-ympäristöä monipuolisesti ja kattavasti. Tutkielmani tavoite on tähän teokseen verrattuna tuoda esille uusia näkökulmia ja syventää jo aiemmin esitettyjä ajatuksia. Tutkielmani yksi kantavista teemoista on saada konkreettiset pintatason säännökset ja periaatteet entistä käytännönläheisimmiksi myös todellisia soveltamistilanteita silmällä pitäen.

Huhtamäki on teoksessaan huomauttanut, että kilpailukieltovelvoitteen käsitelmääritelmä vaihtelee kirjoittajien mukana, eikä sen voida katsoa olevan vakiintunut.¹⁶ Tässä tutkielmassa käytetään Huhtamäen teoksen mukaisesti pääosin termiä *kilpailukieltovelvoite*. Synonyymina kilpailukieltovelvoitteelle on käytetty myös termejä *kilpailukieltosopimus*, *kilpailukieltolauseke*, *kilpailukielto* sekä *kilpailunrajoitus*. Yrityskaupan myyjästä on käytetty tutkielmassa käsitettä *velallinen* ja ostajasta taas käsitettä *velkoja*. Koska yrityskauppojen kilpailukieltovelvoitteella ostajalle muodostetaan saamisoikeus veloitteeseen sitoutuneelta

¹⁵ Pöyhönen 2003, s. 87.

¹⁶ Ks. Huhtamäki 2010, s. 21.

myyjältä, käsitteet velkoja ja velallinen kuvaavat parhaalla tavalla osapuolten juridista asemaa.

2 YRITYSKAUPPA

2.1 Erilaiset yrityskaupat

Yrityskauppojen tekemiselle on monia syitä, joista tavallisia esimerkkejä ovat markkina-aseman kasvattaminen, kansainvälistyminen, yksityistäminen, uuden toimialan valtaaminen, lisärahoituksen hankkiminen, omistuspohjan laajentaminen, sukupolven vaihtaminen ja liiketoiminta-alueesta luopuminen. Myös yhtiön listaaminen pörssiin tai sen vieminen pois pörssistä ovat yleisiä yrityskauppojen tavoitteita.¹⁷ Yrityskauppa onkin yleisin keino järjestellä yrityksen omistussuhteet ja toimintaperiaatteet uudella tavalla. Yrityskauppa ei ole tavanomaisesti ainut toimenpide uudelleenjärjestelyissä, vaan järjestelyiden yhteyteen liittyy usein myös sarja muita yritysjärjestelytoimia, kuten fuusioita, jakautumisia ja/tai liiketoimintasiirtoja. Yrityskauppa tehdään tavallisesti yritysjärjestelykokonaisuuden alku- tai loppupäässä, ja sen yleisimmät muodot ovat substanssi- ja omistuskauppa.¹⁸

Substanssi- eli liiketoimintakaupassa ei hankita kohdeyhtiön oikeushenkilöllisyyttä, vaan yrityksen liikeomaisuutta, kuten palveluita, koneita, tuotteita tai henkilökuntaa. Liikeomaisuus voidaan hankkia joko osittain tai kokonaan.¹⁹ Näiden aineettomien tai aineellisten tuotannontekijöiden tulee kuitenkin muodostaa yrityksen itsenäinen ja toiminnallinen kokonaisuuden osa, jotta niiden hankkimista voidaan pitää liiketoimintakauppana. Itsenäisinä toiminnallisen kokonaisuuden osina voidaan pitää muun muassa tulosityksikköä tai tuotantolinjaa.²⁰ Liiketoimintakaupassa myyjäyhtiö säilyttää oman varallisuuspiirinsä ja oikeushenkilöllisyytensä, jolloin myyjän velat ja vastuut eivät siirry ostajalle, ellei ostaja ota näitä erikseen vastattavakseen. Näiden velvoitteiden siirtämiseen ostajalle tarvitaan myös velkojien hyväksyntä, koska velvoitteista vastaava velallinen vaihtuu.²¹ Substanssikauppa on oikeudelliselta perustaltaan irtaimen kauppa silloin, kun kauppa koskee irtainta liikeomaisuutta, kuten koneita. Tällöin

¹⁷ Ks. esim. Doepel ym. 2011, s. 334.

¹⁸ Immonen 2011, s. 19.

¹⁹ Huhtamäki 2010, s. 54.

²⁰ Lauriala 2011, s. 28.

²¹ Immonen 2011, s. 36.

kaupan oikeuksia, velvollisuuksia ja häiriötilanteita sääntelee KaupL. Kaupan kohteena olevan kiinteän omaisuuden osalta kyseessä on taas kiinteistökauppa, jolloin kauppaan sovelletaan maakaaren säännöksiä.²²

Omistuskauppa on kyseessä, kun ostaja hankkii kohdeyhtiön osakekannan tai henkilöyhtiön osuudet. Kauppa voidaan tehdä myös suppeammassa muodossa, jolloin hankitaan vain osa yhtiön osakekannasta tai henkilöyhtiön osuudesta. Tällöin kaupasta voidaan käyttää yrityskaupan määritelmää ainoastaan silloin, kun ostaja saa haltuunsa *määräysvaltaan* oikeuttavan osuuden. Määräysvaltaan oikeuttavaa osuutta mitataan usein 10 prosentin osakeosuudella, jolla saadaan aikaiseksi vähemmistöosuus. Vähemmistöosuus oikeuttaa muun muassa OYL 18 luvun mukaisiin vähemmistönsuojakeinoihin.²³ Tätä suppeampaa osakekauppaa pidetään ainoastaan omistusrakenteen muutoksena.²⁴

Omistuskaupassa myyjänä on kohdeyhtiön omistaja, ja kauppa kattaa lähtökohdaisesti myös kohdeyhtiön varat ja velat. Toisin kuin substanssikaupassa, omistuskaupassa ei tarvita velkojen siirtoon kohdeyhtiön velkojien suostumusta, sillä velallinen pysyy myös kaupan jälkeen samana. Omistuskaupassa kohdeyhtiön oikeushenkilöllisyys ei muutu, vaan velat ja vastuut säilyvät yhtiön varallisuuspiirissä, jolloin ne otetaan huomioon jo kauppahintaa sopiessa.²⁵ Omistuskauppaa säännellään irtaimen omaisuuden kauppana, joten siihen sovelletaan substanssikaupan tavoin KaupL:n säännöksiä suoritusvelvollisuuksien ja kaupan häiriötilanteiden osalta. KaupL:n säännösten lisäksi omistuskauppaa leimaa vahva yhtiö- ja velvoiteoikeudellinen elementti.²⁶

Kilpailulain 21 §:ssä määritellään yrityskaupat kansallisen yrityskauppavalvonnan näkökulmasta.²⁷ Pykälän 1 momentin nojalla yrityskaupalla tarkoitetaan KirjPL:n 1 luvun 5 §:n mukaisen määräysvallan tai vastaavan tosiasiallisen määräysvallan hankkimista, liiketoiminnan tai sen osan hankkimista, sulautumista sekä sellaisen yhteisyrityksen perustamista, joka huolehtii pysyvästi kai-

²² Idem., s. 30.

²³ Immonen 2011, s. 20 – 21. Ks. tarkemmin myös muista määräysvaltaan oikeuttavista osuuksista *ibid.*

²⁴ Immonen 2008, s. 20.

²⁵ Immonen 2011, s. 33 – 34.

²⁶ Idem. s. 31.

²⁷ Ks. tarkemmin kansallisesta yrityskauppavalvonnasta luku 6.3.

kista itsenäiselle yritykselle kuuluvista tehtävistä. Yrityskauppasäännösten soveltamisalaan kuuluvat siis sellaiset markkinoiden rakenteeseen liittyvät järjestelyt, joiden seurauksena määräysvalta vaihtuu tai osapuolten liiketoiminta siirtyy²⁸. Kilpailulain määritelmä yrityskaupasta ei siis poikkea juurikaan oikeuskirjallisuudessa esitetystä yrityskaupan luonnehdinnoista.

Yrityskaupat voidaan jaotella myös strategiansa puolesta. *Horisontaalisessa yrityskaupassa* ostaja ja myyjä harjoittavat toimintaa samalla toimialalla. He myös kilpailevat sekä samoilla markkinoilla että samalla tuotantoportaalla, ja heidän tuotteensa ovat ostajan näkökulmasta identtisiä tai ainakin suuressa määrin toisiaan korvaavia. Horisontaalisessa kaupassa markkinoilta poistuu kilpailija, jolloin kauppa vaikuttaa välittömästi myös markkinarakenteeseen. *Vertikaalisissa yrityskaupoissa* yhdistyvät taas yritykset, jotka toimivat eri tuotantoportailla. Vertikaalisen kaupan yritykset eivät ole kilpailijoita keskenään, jolloin kauppa ei vaikuta markkinaosuuksien muutoksiin.²⁹ Markkinavaikutusten vuoksi yrityskauppojen suurin kilpailuoikeudellinen huomio onkin kiinnitetty horisontaalisiin yrityskauppoihin.³⁰

Myös *konglomeraattisessa yrityskaupassa* on kilpailukieltosopimuksen osalta havaittavissa mielenkiintoisia erityispiirteitä. Konglomeraattisessa yrityskaupassa kaupan kohteena on kokonaan uusiin markkinoihin ja tuotteisiin keskittynyt yritys. Tällaisessa yrityskaupassa myyjä ja ostaja toimivat täysin eri markkinoilla. Konglomeraattisen yrityskaupan tavoitteena voi olla joko markkina-alueen tai tuotelinjan laajentaminen, mutta toisaalta myös liiketoimintariskin hajauttaminen. Vieraalle toimialalle siirryttäessä on analysoitava entistä huolellisemmin yrityskauppaan liittyvät kysymykset.³¹ Tällä on oma merkityksensä erityisesti kaupan kohteen ennakkotarkastuksessa.³²

²⁸ Kilpailuviraston suuntaviivat 2011, s. 14.

²⁹ Kuoppamäki 2012, s. 289.

³⁰ Ks. esim. Huhtamäki 2010, s. 54.

³¹ Lauriala 2011, s. 26 – 28.

³² Ks. tarkemmin ns. due diligence -tarkastuksesta luku 2.2.

2.2 Kaupan kohteen ennakkotarkastus

2.2.1 Yrityskauppojen due diligence -tarkastus

Osapuolten huolimattomuus yrityskauppojen suunnitteluvaiheessa on yleinen virhe, joka ilmenee usein vasta yrityskauppaa tehtäessä tai joskus jopa sen jälkeen.³³ Onnistunut yrityskauppa vaatiikin ostokohteen liiketoiminnan kokonaisvaltaista tuntemusta. Tämä saadaan aikaiseksi kauppankohteen ennakkotarkastuksella, josta käytetään liike-elämässä vakiintuneesti termiä due diligence -tarkastus. Yleisellä tasolla due diligence tarkoittaa asianmukaista huolellisuutta. Due diligence -tarkastuksen ensisijainen tehtävä on antaa yrityskaupan osapuolelle selkeä kuva yritysjärjestelyn kohteesta. Prosessissa on tärkeää määrittää myös kohteen arvo sekä vähentää tuntemattomiin vastuisiin liittyvää riskiä.³⁴ Ostajan näkökulmasta tämä tarkoittaa, että ostettavan yrityksen vastuut ja riskit kartoitetaan ennalta, jolloin niihin voidaan reagoida jo hyvissä ajoin ennen yrityskauppasopimuksen solmimista.

Due diligence -tarkastuksen suorittaa yleensä ulkopuolinen asiantuntija, kuten tilintarkastusyhteisö, liikkeenjohdon konsulttipalvelu tai asianajotoimisto. Tällä vältetään riski siitä, että tarkastuksen tilaajien ammattitaito ei ole riittävää. Ulkopuolinen asiantuntija määrittää myös tarkastuksen laajuuden muun muassa kohdeyrityksen koon ja käytettävissä olevan ajan perusteella. Tarkastus on luonnollisesti suppeampi liiketoimintakaupoissa kuin esimerkiksi kansainvälistä konsernia koskevissa omistuskaupoissa.³⁵ Myös osapuolten tavoitteet, halu sitoutua kauppaan ja muut osapuolten henkilöihin liittyvät seikat saavat merkitystä tarkastuksen laajuutta ja sisältöä määriteltäessä.³⁶

Due diligence -tarkastuksen laajuus ja sisältö ovat tärkeitä erityisesti ostajan kannalta, sillä ostaja vastaa pääsääntöisesti itse huolimattomasta perehtymisestäään kaupan kohteeseen (*caveat emptor* -periaate). Tätä periaatetta mukaillee myös KaupL 20.1 §, jonka mukaan ostaja ei saa virheenä vedota seikkaan,

³³ Lauriala 2006, s. 3.

³⁴ Lauriala 2013, s.50.

³⁵ Idem., s. 51 – 53.

³⁶ Immonen 2011, s. 32.

josta hänen täytyy olettaa tienneen kauppaa tehtäessä.³⁷ Kauppalain säännökset kauppojen virheistä ja yllättävistä vastuista soveltuvat yleislakina listaamattomien yritysten kaupoissa.³⁸ Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että kauppalain säännöksiä voidaan käyttää yrityskaupoissa myös muilta osin soveltavasti.³⁹ Listattujen yhtiöiden yrityskaupoissa sovelletaan edellä mainittujen periaatteiden lisäksi muun muassa arvopaperimarkkinalakia (26.5.1989/95).⁴⁰

Myyjän intressissä voi olla due diligence -tarkastuksessa selvittää erityisesti ostajan taloudellinen tila, jotta voidaan varmistua siitä, että ostaja tulee täyttämään kaupan velvoitteet asianmukaisesti. Myyjän toinen tärkeä tehtävä prosessissa on oikeiden ja riittävien tietojen antaminen, sillä ennakkotietojen antaminen siirtää vastuuta kaupan virheistä ostajalle. Tietojen antamiseen liittyvät myös olenaisilta osin myyjäyrityksen johdon ja sen palveluksessa olevien työntekijöiden lain mukaiset vaitiolo- tai salassapitovelvollisuudet (esimerkiksi OYL 5:25 § ja TSL 3:4 §).⁴¹

Yrityskaupassa tarkastettavat kohteet voidaan määritellä esimerkiksi ostajan tarkastuslistan perusteella. *Lajouxin* ja *Elsonin* jaottelun mukaisesti kyseisiä ostajan tarkastuksen kohteita ovat 1) taloudelliset asiakirjat ja tilinpäätökset, 2) johdon ja liiketoiminnan arvo sekä 3) oikeudelliset vastuut.⁴² Tämän lisäksi ostajan kannattaa kiinnittää huomiota muun muassa kohdeyhtiön verotukseen⁴³ sekä ympäristövastuisiin ja -arvoihin⁴⁴. Due diligence -tarkastus on eroteltavissa myös kaupan kohteen *taloudelliseen tarkastukseen (financial due diligence -tarkastus)* ja *juridiseen tarkastukseen (legal due diligence -tarkastus)*. Taloudellisessa tarkastuksessa kiinnitetään huomiota erityisesti kaupan tuomaan hyötyyn tai lisäarvoon⁴⁵, kun taas juridisessa tarkastuksessa pääpaino on kauppaojektin ja yrityskauppasopimuksen juridisissa vastuissa ja velkasuhteissa.⁴⁶

³⁷ Ibid.

³⁸ Huhtamäki 2010, s. 59.

³⁹ Wilhelmsson ym. 1998, s. 18.

⁴⁰ Ks. esim. Huhtamäki s. 60.

⁴¹ Immonen 2011, s. 32 – 33.

⁴² Lajoux & Elson, 2000, s. 5.

⁴³ Hiden & Tähtinen, 2005, s. 232

⁴⁴ Kyseessä on ns. environmental due diligence -tarkastus, ks. aiheesta enemmän Carter 2004.

⁴⁵ Ks. esim. Lauriala 2011, s. 54.

⁴⁶ Hiden & Tähtinen 2005, s. 93.

2.2.2 Due diligence -tarkastus ja kilpailukieltovelvoite

Huhtamäki on kiinnittänyt huomiota kilpailukieltovelvoitteen osalta due diligence -tarkastukseen erityisesti taloudellisten asiakirjojen ja tilinpäätösten arviointiin (financial due diligence -tarkastus) sekä oikeudellisten vastuiden kartoittamiseen (legal due diligence -tarkastus).⁴⁷ Kyseessä ovat Lajouxin ja Elsonin jaottelun mukaisesti kohdat 1 ja 3⁴⁸. Taloudellisessa tarkastuksessa on huomioitava erityisesti yrityskaupasta saatava hyöty. Pääsääntö onkin, että ostajayrityksen ja myyjäyrityksen tulee olla yhdessä arvokkaampia kuin erikseen.⁴⁹ Taloudellisten tietojen lisäksi tärkeitä tekijöitä taloudellisessa tarkastuksessa ovat myös ostokohteen ja koko yritysjärjestelykokonaisuuden taloudellisten riskien selvittäminen.⁵⁰ Juridisessa tarkastuksessa tärkeässä asemassa ovat taas kaupan kohteen ja yrityskauppasopimuksen oikeudelliset vastuut ja velkasuhteet. Huomiota tulee kiinnittää erityisesti yrityskauppasopimuksen ehtojen sisältöön sekä kohdeyrityksen velvoitteisiin ja vastuisiin suhteessa kolmansiiin osapuoliin.⁵¹

Kilpailukieltosopimuksen oikeutus täytyy saada aikaiseksi jo financial due diligence -tarkastuksessa erityisesti kaupoissa, jotka ylittävät EU:n tai Suomen yrityskauppalain kynnysraja-arvot⁵². Mikäli kilpailukieltota ei voida laskea taloudellisessa tarkastuksessa yrityskaupassa saatavaksi hyödyksi, sen liittämisen sopimukseen voi olla vaikeasti perusteltavissa. Jos kilpailun estäminen ei tuota laisinkaan lisähyötyä ostajalle, voivat kilpailuviranomaiset tulkita sen evättämättömäksi liitännäisrajoitukseksi. Tällöin komissio tai kilpailuviranomainen voivat evätä kilpailukieltovelvoitteen käytön kokonaan yrityskauppasopimuksessa.⁵³ Kilpailukieltovelvoitteen taloudellisessa arvioissa tuleekin aina laskea sen tuottama arvohyöty ostajalle.⁵⁴ Kilpailukiellosta saatava lisäarvo otetaan luonnollisesti huomioon myös koko yrityskaupan kauppasummaa arvioitaessa. Kilpailukiello voi antaa lisähyötyä ostajalle muun muassa yrityskaupassa siirtyvän tietotaidon ja liikearvon muodossa. Täten on myyjän etujen mukaista,

⁴⁷ Huhtamäki 2010, s. 57.

⁴⁸ Ks. tarkemmin edellä luku 2.2.1..

⁴⁹ Huhtamäki 2010, s. 58.

⁵⁰ Lajoux & Elson 2000, s. 69.

⁵¹ Hiden & Tähtinen 2005, s. 93.

⁵² Ks. tarkemmin kynnysraja-arvoista luvut 5.1.2 ja 7.1.

⁵³ Huhtamäki 2010, s. 61. Ks. tarkemmin liitännäisrajoituksista luku 5.1.3.

⁵⁴ Idem., s. 58.

että niiden siirtymisestä ostajan käyttöön saadaan myös asianmukainen korvaus.

Vaikka kilpailukieltosopimuksen välttämättömyys perustellaan jo yrityskaupan taloudellisessa tarkastuksessa, veloitteen muiden edellytysten täytyminen tulee ottaa huomioon erityisesti legal due diligence -tarkastuksessa. Kilpailukieltovelvoite voi olla kilpailuoikeudellisesti tehoton ja sopimusoikeudellisesti pätemätön⁵⁵, jolloin vahinko jää KaupL:n säännöksiä soveltamalla lähtökohtaisesti ostajan selonottovelvollisuuden piiriin. Ostajan tulee juridisessa tarkastuksessa varmistaa myös yrityskaupassa siirtyvien *avaintyöntekijöiden* kilpailukieltovelvoitteen pätevyys ja veloitteen kesto. On huomattavaa, että myös juridinen tarkastus annetaan usein ulkopuolisen neuvonantajan suoritettavaksi. Tällöin velvoitteen pätemättömyys tai tehottomuus saattaa aiheuttaa neuvonantajan korvausvelvollisuuden ostajalle, mikäli se samanaikaisesti tuo ostajalle myös taloudellista vahinkoa.⁵⁶ Pätemättömyysarviossa olennaista on erityisesti veloitteen kohtuullinen sisältö⁵⁷.

⁵⁵ Ks. tarkemmin pätemättömyydestä luku 8.3.

⁵⁶ Huhtamäki 2010, s. 62.

⁵⁷ Ks. Tarkemmin luku 8.1.2.

3 KILPAILUKIELTOVELVOITE

3.1 Kilpailukieltovelvoite yrityskaupoissa

Kilpailukieltosopimukset kuuluvat niin sanottujen kestopimusten joukkoon, joiden avulla pyritään järjestämään asiat pitkähkön sopimuskauden ajaksi.⁵⁸ Kilpailukieltosopimukselle on ominaista, että velvoitteen voimassaolo jatkuu, vaikka tosiasiallinen sopimussuhde asianosaisten välillä olisikin jo päättynyt.⁵⁹ Yrityskauppojen kilpailukieltovelvoitteen osalta se tarkoittaa, että kilpailukielto voi olla voimassa vielä usean vuoden ajan siitä, kun kauppasumma on maksettu ja muut velvoitteet täytetty yrityskauppasopimuksen mukaisesti.

Kilpailukieltoauseke on yleensä yksipuolisesti velvoittava sivuvelvoite, jolla tavoitellaan, että myyjä ei harjoita sopimuksen mukaista kilpailevaa toimintaa ostajaan nähden. Huhtamäen mukaan päävelvoite ei suoranaisesti heijastu tai ole riippuvainen kilpailukieltovelvoitteesta sopimussuhteen voimassaoloaikana. Vasta päävelvoitteen laiminlyönti johtaa tavanomaisesti kilpailukieltovelvoitteen ja muun sopimuskokonaisuuden raukeamiseen.⁶⁰ Huhtamäki on kuitenkin huomauttanut, että tilanne voi olla toinen, mikäli kilpailukieltoausekkeella on yrityskaupassa poikkeuksellisen merkittävä taloudellinen asema. Tällöinkään kilpailukieltosopimus ei aiheuta kevein perustein itsenäisenä ehtona koko yrityskauppakokonaisuuden pätemättömyyttä, vaan kyse on ennemminkin muuttuneista olosuhteista, joita tulee arvioida sopimusoikeudellisesti uudelleen.⁶¹

Kilpailukieltosopimus on sivuvelvoitteen roolistaan huolimatta usein välttämätön osa yrityskauppaa, sillä sen avulla voidaan turvata yrityksen arvon siirtyminen ostajalle sekä yrityskauppasopimuksen asianmukainen täyttäminen. Kilpailukieltosopimusta pidetäänkin usein yrityskaupan välttämättömänä liitännäisrajoituksena, jota ilman yrityskaupan toteuttaminen ei olisi taloudellisesti mielekäästä.⁶²

⁵⁸ Saarnilehto, Hemmo & Kartio 2004, s. 283.

⁵⁹ HE 187/2002, kohta 4.6.

⁶⁰ Huhtamäki 2011, s. 46 – 47.

⁶¹ Ks. esim. Huhtamäki s. 169 – 170 ja Alkio & Wiik 2009, s. 844.

⁶² Kuoppamäki 2012, s. 153.

Kilpailukieltosopimuksessa velallinen sitoutuu olemaan harjoittamatta kilpailevaa toimintaa velkojan kanssa. Toisin sanottuna velallinen sitoutuu kilpailukieltosopimuksella käyttäytymään passiivisesti, jolloin ostajalle muodostuu negatiivisen toimimisvelvoitteen alainen saamisoikeus. Kilpailukieltovelvoitetta voidaan käyttää poikkeustilanteissa myös molempia osapuolia sitovasti esimerkiksi yritysten sulautumisissa. Tämä on kuitenkin käytännössä huomattavasti harvinaisempaa verrattuna yksipuoliseen veloitteeseen, joka sitoo ainoastaan liikkeenluovuttajaa.⁶³

Yrityskaupat ovat hyvä esimerkki sopimustoiminnasta, jossa voiton maksimointi on erityisen tärkeässä osassa. Yrityskauppojen kilpailukieltosopimuksen varallisuusarvoinen teko on se, että velkoja voi velvoitteen voimassaoloajan harjoittaa liiketoimintaa ilman velallisen kilpailusta johtuvaa häiriötä⁶⁴. Kilpailukieltosopimuksille onkin ominaista, että ne liittyvät korostuneesti toimintaan, jossa on voitontuottamistarkoitus⁶⁵. Voitontuottamistarkoitukseen liittyy läheisesti myös sopimussakko⁶⁶, jonka avulla voidaan sekä tehostaa kilpailukieltovelvoitteen sopimuksenmukaista täyttämistä⁶⁷ että vahvistaa sopimus- ja yhtiöoikeudellista lojaliteettivelvollisuutta⁶⁸.

Esimerkki kilpailukieltosopimuksesta, jonka yhteydessä on velvoitetta tehostava sopimussakko:

Myyjät sitoutuvat olemaan (5) viiden vuoden aikana tämän kauppakirjan allekirjoittamisesta suoraan tai välillisesti (kuten osakkaana, rahoittajana, agenttina, neuvonantajana tai muulla tavoin) harjoittamasta toimintaa, joka kilpailee ostaja-yhtiöiden toiminnan kanssa Suomessa tai muualla. Kilpailukiellon rikkomisesta on kutakin rikkojaa kohti sadantuhannen (100 000) euron sopimussakko.⁶⁹

⁶³ Ks. Huhtamäki 2010 s. 15 ja 28 sekä Telaranta 1990, s. 398.

⁶⁴ Huhtamäki 2010, s. 28.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Ks. tarkemmin sopimussakosta luku 3.2.

⁶⁷ Vihma 1950, s. 52.

⁶⁸ Saarnilehto ym. 2001, s. 121.

⁶⁹ Esimerkki kilpailukieltovelvoitteesta on saatu Markkinaoikeuden ratkaisusta MT:1992:020. Valuutta ja sopimussakon määrä on muutettu alkuperäisestä ratkaisusta.

Kilpailukiellosta sovitaan tavanomaisesti yrityskauppasopimuksen erillisessä lausekkeessa, mutta on mahdollista, että kilpailukiello toteutetaan myös itsenäisen sopimuksen avulla. Sopimistavasta riippumatta on tärkeää huomata, että kilpailukieltovelvoite on varsinaisen yrityskaupan johdannaisvelvoite, jolloin se on aina kytköksissä pääveloitteeseen eli liiketoiminnan luovutukseen. Huhtamäen mukaan kilpailukieltovelvoitetta tarkastellaan erillisenä velvoitteena vasta silloin, kun sitä rikotaan tai sen laajuus tulee muuten tutkittavaksi.⁷⁰

Oikeuskäytäntö on osoittanut, että kilpailukieltosopimuksen tutkiminen liikkeenluovutuksesta erillisenä velvoitteena voidaan kyseenalaistaa myös kilpailukielon rikkomisen hetkellä tai sen laajuutta muuten tarkasteltaessa. Liitännäissopimuksen pätevyys ei ole taattua, mikäli kauppasopimuksen ehdot ovat epätasapainossa kilpailukieltovelvoitteen ehtomääräyksiin nähden. Tämä voi ilmetä esimerkiksi tilanteessa, jossa myyjä on rikkonut kilpailukieltovelvoitettaan, mutta varsinaisen yrityskauppasopimuksen ehdot ovat kohtuuttomia kilpailukieltosopimuksen laajuuteen nähden. Sama periaate on ollut esillä Vaasan hovioikeuden 29.12.2011 annetussa ratkaisussa, jossa kilpailukieltovelvoitteen asiallinen sisältö ja ajallinen laajuus ovat olleet kohtuuttomassa suhteessa liiketoimintakaupan alhaiseen kauppahintaan nähden:

Vaasan HO 29.12.2011 1541. Asiassa oli näytetty, ettei liiketoimintakaupan osapuolten tarkoituksena ollut kilpailukiellohdolla estää valittajaa siirtymästä toisen työnantajan palvelukseen ja työskentelemästä tällöin työsuhteisena kirjanpitäjänä. Tätä johtopäätöstä tukivat liiketoimintakaupan alhainen kauppahinta ja toisaalta kilpailukiellon ajallinen ulottuvuus.⁷¹

3.2 Sopimussakko kilpailukieltovelvoitteen yhteydessä

Sopimussakkoa käytetään yleisenä seuraamuksena kilpailukieltovelvoitteen rikkomisesta. Suomen lainsäädännössä ei kuitenkaan ole sopimussakkoa koskevia erityissäännöksiä, jolloin sopimussakon maksamisedellytykset ovat yleisten periaatteiden tai erityisten sopimusehtojen mukaisia.⁷² Jotta velkoja voisi vaatia

⁷⁰ Huhtamäki 2010, s. 44.

⁷¹ Vaasan HO 29.12.2011 1541.

⁷² Hemmo II 2003, s. 336 – 337.

ehtojen mukaista sopimussakkoa, velallisen tulee rikkoa kilpailukieltosopimusta. Velallisen kilpailevalla toiminnalla tulee tällöin olla pääsääntöisesti välitön voitontuottamistarkoitus, jonka malliesimerkki on kilpailevan yhtiön perustaminen. Kilpailukieltosopimuksella on mahdollista rajoittaa myös välillistä kilpailevaa toimintaa, jolloin kiellettyä voi olla esimerkiksi osakkeenomistajana oleminen kilpailevassa yrityksessä. Välillisen toiminnan on katsottu olevan kiellettyä erityisesti silloin, kun se ilmenee jollain tavoin aktiivisena ja velallisen aktiivisella käyttäytymisellä on myös negatiivisia vaikutuksia kilpailukiellon velkojan liiketoimintaan.⁷³ Sopimuksen rikkomisen lisäksi velalliselta on katsottu edellytettävän tietoisuutta kilpailevasta toiminnasta.⁷⁴ Velallisen tietoisuus tarkoittaa lähtökohtaisesti tahallisuutta, joka voidaan todentaa antamalla velalliselle huomautus rikkomisesta. Mikäli velallinen ei huomautuksen jälkeenkään lopeta kilpailevaa toimintaa, on velallisen tietoisuus kilpailukieltota rikkovasta toiminnasta saavutettu.⁷⁵

Sopimussakolla nähdään olevan useita tarkoituksia, jotka vaihtelevat kuitenkin tilannekohtaisesti sopimuksesta toiseen. Sopimussakko voi ensinnäkin toimia painostuskeinona negatiivisen velvoitteen, kuten kilpailukieltosopimuksen noudattamiseen. Sopimussakko toimii painostuskeinona erityisesti silloin, kun velallinen tietää sopimusrikkomukseen liittyvän seuraamuksen jo etukäteen.⁷⁶ Oikeuskäytäntöä tarkastelemalla voidaankin tulla johtopäätökseen, että erityisesti kilpailukieltovelvoitteissa sopimussakko on määrätty usein kiinteäksi, jolloin kilpailukieltovelvoitteeseen sitoutunut velallinen on tietoinen sopimusrikkomuksen seurauksista jo ennen velkojan sopimussakkovaateen esittämistä.⁷⁷ Toisinaan kilpailukieltovelvoitteen sopimussakko on kuitenkin määritelty niin sanottujen prosenttileikkureiden avulla, jotka saattavat vaihdella eri velallisten välillä. Joskus prosenttileikkureilla laskettu sopimussakko määritellään myös kilpailevasta liiketoiminnasta syntyneestä voitosta.⁷⁸ Kilpailukieltovelvoitteeseen liitetyle sopimussakolle on ominaista, että sopimussakon määrä on usein huomattava. Täten sopimussakko toimii sekä tehosteena että varmistuksena pääsopimuksen

⁷³ Huhtamäki 2010, s. 143.

⁷⁴ Pönkä 2008, s. 394 ja Savela 2006, s. 394.

⁷⁵ Huhtamäki 2010, s. 144.

⁷⁶ Hemmo II 2003, s. 336 – 337.

⁷⁷ Ks. myös FVCA 2002 ja Vihma 1950, s. 47 – 48. FVCA:n sopimusmalli koskee osakassopimuksia, joita ei lähtökohtaisesti käsitellä tässä tutkielmassa. Osakassopimusmalli on kuitenkin suuntaa antava myös kilpailukieltovelvoitteiden sopimussakkoa määritettäessä.

⁷⁸ Huhtamäki 2010, s. 151 – 152.

ehtojen täyttämiseksi⁷⁹. Kilpailukieltovelvoitteen sopimussakko ei tule kuitenkaan aina maksettavaksi täydessä määrässään, vaan sitä on mahdollista kohdentaa OikTL 36 §:n nojalla.⁸⁰

Sopimussakolla voidaan turvata velkojan asemaa silloin, kun vahingon toteen näyttäminen on vaikeaa. Sopimussakko ei ole nimittäin sidonnainen tosiasiasa aiheutuneeseen vahinkoon, vaan sopimussakkoa voidaan vaatia maksettavaksi jopa silloin, kun sopimusrikkomus ei aiheuta lainkaan vahinkoa liiketoiminnan ostajalle.⁸¹ Oikeuskirjallisuudessa onkin katsottu, että erityisesti kilpailukieltovelvoitteiden sopimussakolla on tarkoitus helpottaa vahingon näyttämistä toteen, jotta liikesalaisuudet eivät vaarantuisi.⁸² Toisaalta liikesalaisuuksia voidaan usein turvata myös välityslausekkeen avulla, koska välimiesoikeudenkäynnit ovat yleisesti ottaen salassa pidettäviä muiden kuin asianosaisten osalta.⁸³ Kilpailukieltovelvoitteen luonteelle on tavanomaista, että vahingon näyttäminen voi olla taloudellisesti vaikeaa ilman sopimussakkoa. Velallisen kielletystä kilpailusta saama voitto ei ole automaattisesti vahingon suuruus velkojalle, vaan vahingon suuruuden määrittämiseksi voidaan joutua turvautumaan monimutkaisiin markkina-analyysihin. Mikäli samoilla markkinoilla on useita kilpailijoita, lienee tavallista, että velallisen kielletystä kilpailusta aiheutuva tappio jakautuu useille kilpailijoille. Koska vahingon näyttäminen voi kilpailukieltosopimusten rikkomistilanteissa olla vaikeaa, on velkojan edun mukaista, että velallisen maksuvelvollisuus turvataan sopimussakkolausekkeella.

Sopimussakon avulla voidaan supistaa myös tapaukseen sovellettavia relevantteja oikeussäännöksiä⁸⁴. Supistava vaikutus konkretisoituu erityisesti VahL:n osalta. Kilpailukieltovelvoitteet ovat usein puhtaita varallisuusvahinkoja, joiden korvaaminen edellyttäisi VahL 5:1:n mukaan erityisen painavia syitä⁸⁵. Sopimussakon avulla kuitenkin varmistetaan se, että kilpailukieltovelvoitteen rikkomisesta voidaan vaatia korvausta myös ilman VahL 5:1:n poikkeusedellytysten täyttymistä. Tällöin VahL:a ei tarvitse ottaa lainkaan sovellettavaksi oikeus-

⁷⁹ Hemmo II 2003, s. 336 – 337.

⁸⁰ Ks. esim. Telaranta 1990, s. 398.

⁸¹ Hemmo II 2003, s. 337.

⁸² Vihma 1950, s. 47.

⁸³ Huhtamäki 2010, s. 147.

⁸⁴ Hemmo II 2003, s. 337.

⁸⁵ Ks. esim. Huhtamäki 2010, s. 156.

säännökseksi, vaan sopimussakon vaikutuksia voidaan tarkastella ainoastaan sopimusehtojen välityksellä.

3.3 Kilpailukieltovelvoitteen funktiot

3.3.1 Kilpailukieltovelvoitteen tavoitteet ja tehtävät

Kilpailukieltovelvoitteella on useita eri käyttötarkoituksia, joista tavoitteet 1-3 on jaoteltu jo Adlercreutzin ja Flodgrenin teoksessa vuonna 1992.⁸⁶ Myös Hiden ja Tähtinen ovat täydentäneet avainhenkilöiden sitouttamisen periaatteita (tavoite 3).⁸⁷ Huhtamäki on teoksessaan lisännyt tähän jaotteluun myös tavoitteet 4 ja 5.⁸⁸ Kyseiset funktiot antavat hyvät suuntaviivat myös yrityskauppojen kilpailukieltosopimukselle. Tavoitteilla on selvä yhteys myös jäljempänä esitettäviin due diligence -tarkastuksen osa-alueisiin⁸⁹. Lisäksi niistä on löydettävissä tiettyjä yrityskauppojen kilpailukieltosopimuksille ominaisia erityispiirteitä, joita ohessa myös kommentoin:

*1. Asiakaskunnan säilyttäminen.*⁹⁰

Asiakaskunnan ja asiakasrekistereiden säilyttäminen on erityisen tärkeä suoje-lukohde yrityskaupoissa, ja tämä kilpailukieltovelvoitteen tavoite on siten tun-nustettu myös EU-kilpailuoikeuden säädöksissä.⁹¹ Kilpailukieltovelvoitteen käyt-tö mahdollistaa yrityskaupan ostajalle sen, että myyjän omistuksen aikana sol-mittuja asiakassuhteita ei voida kilpailukieltovelvoitteen voimassaoloaikana me-nettää myyjälle. Tänä aikana ostajan täytyy kilpailla kyseisistä asiakassuhteista ainoastaan muiden markkinoilla olevien yritysten kanssa. Ostaja tavoitteleeekin kilpailukieltosopimuksella, että myyjän vanhat asiakassuhteet säilyisivät ostajal-la myös omistajanvaihdoksen jälkeen. Ostajan saadessa yrityskaupassa valmiin asiakaspohjan, voidaan toiminnan suunnittelussa ja markkinoinnissa keskittyä entistä enemmän uusien asiakkaiden hankkimiseen ja markkinoiden kasvatta-

⁸⁶ Ks. tarkemmin Adlercreutz & Flodgren 1992, s. 15 – 16.

⁸⁷ Hiden & Tähtinen 2005, s. 268.

⁸⁸ Ks. tarkemmin Huhtamäki 2010, s. 31 – 32.

⁸⁹ Ks. tarkemmin luku 2.2.

⁹⁰ ”Att bevåra kundkretsens”, Adlercreutz & Flodgren 1992, s. 15.

⁹¹ Ks. myös Liitännäisrajoitustiedonanto 2005 sekä Huhtamäki 2010, s. 29.

miseen. Asiakaskunnan säilyttämisen tavoitteella on selkeä liitántä myös avainhenkilöiden sitouttamiseen (katso tarkemmin tavoite 3)⁹².

2. Liikesalaisuuksien ja erityisen taitotiedon suojeleminen.⁹³

Liikesalaisuus tarkoittaa sellaista velallisen hallussa olevaa salassa pidettävää tietoa, jolla on taloudellista arvoa ja jonka hyödyntäminen kielletään kilpailukieltovelvoitteella.⁹⁴ Taitotiedon (englanniksi *know-how*) käsite on taas Suomen lainsäädännössä epämääräinen, mutta SopMenL:n esitöissä sillä on tarkoitettu yleisesti ottaen *yrittäjäkokemuksia*.⁹⁵ Komission 2010 antamassa ryhmäpoikkeusasetuksessa taitotiedolla on taas tarkoitettu: ” -- sellaisten *käytännön tietojen kokonaisuutta*, joita ei ole patentoitu ja jotka ovat toimittajan *kokemusten ja taitojen tulosta* ja jotka ovat *salaisia, olennaisia ja yksilöityjä* --”.⁹⁶ Vapaavuori on todennut, että liikesalaisuuksien ja taitotiedon erottaminen voi olla vaikeaa, mutta yrityskaupassa sille ei ole usein tarvettakaan, sillä ostaja ei ole aina tietoinen etukäteen, mikä liikesalaisuus tai taitotieto on merkittävin kilpailukiellolla suojeltava kohde.⁹⁷

Taitotiedon ja liikesalaisuuksien suojeltavat kohteet voivat olla usein merkittävä osa yrityskaupan taloudellista arvoa, minkä vuoksi Vapaavuoren kokemukset ostajan tietämättömydestä vaikuttavat erityisen huolimattomalta toiminnalta. Huolellinen due dilligence -tarkastus antaa ostajalle avaimet siihen, että liikesalaisuuksien tai taitotiedon merkittävimmät suojelukohteet eivät jäisi yrityskaupprosessissa hämärän peittoon. Yrityskauppaneuvotteluissa tehtävät salassapitosopimukset sekä myyjän tiedonantovelvollisuudet takaavat sen, että myös liikesalaisuudet ja yleinen taitotieto kuuluvat yleisesti ottaen due dilligence -tarkastuksen piiriin⁹⁸. Huolellisen due dilligence -tarkastuksen jälkeen kilpailukieltosopimuksen ulottuvuus on helpompaa määrittää, ja täten myös taitotieto ja liikesalaisuudet saadaan uuden omistajan käyttöön mahdollisimman tehokkaasti.

⁹² Ks. myös Huhtamäki 2010, s. 29.

⁹³ ”Att skydda företagshemligheter och företagsspecifikt kunnande”, Adlercreutz & Flodgren 1992, s. 15.

⁹⁴ Huhtamäki 2010, s. 29.

⁹⁵ HE 114/1978, s. 14. Ks. aiheesta myös Huhtamäki 2010, s. 29-30 ja Vapaavuori 2005, s. 49.

⁹⁶ Komission asetus 330/2010.

⁹⁷ Vapaavuori 2005, s.43.

⁹⁸ Ks. esim. Immonen 2011, s. 32.

3. Avainhenkilöiden sitouttaminen.⁹⁹

Avainhenkilöiden sitouttaminen konkretisoituu usein työnantajan ja työntekijän välisissä työsopimuksissa, jolloin tapauksiin sovelletaan erityisesti työoikeuden säännöksiä.¹⁰⁰ Myös yrityskaupoissa on tavallista sitouttaa avainhenkilöitä ostoyritykseen silloin, kun yrityksen operatiivinen toiminta rakentuu avainhenkilöiden osaamisesta¹⁰¹. Tällöin työoikeuden lisäksi sovellettavaksi tulevat myös yrityskauppojen kilpailukieltovelvoitteiden muut periaatteet. Ostoyrityksen avainhenkilöiden sitouttaminen on tärkeää, sillä sen avulla aiemman työnantajan palveluksessa saatu merkittävä taitotieto ja prosessiosaaminen saadaan säilytettyä yrityksessä¹⁰².

Avainhenkilöt tunnistaa yleensä siitä, että heillä on muita työntekijöitä paremmat edellytykset perustaa omaa kilpailevaa toimintaa tai siirtyä johtaviksi työntekijöiksi kilpaileviin yrityksiin. Ostajalle huomattavaa on, että edellisen työnantajan kanssa tehty kilpailukieltosopimus sitoo avainhenkilöä myös yrityskaupan jälkeen, mikäli työntekijän työnkuva ja asema säilyvät ennallaan. Ostajan ei siis välttämättä tarvitse uusia olemassa olevia kilpailukieltosopimuksia, mikäli ostettavassa yrityksessä ei tehdä sellaisia muutoksia, että kilpailukieltovelvoitteeseen sitoutuneen työntekijän toimenkuva yrityskaupassa muuttuu.¹⁰³ Ostajan on luonnollisesti huomioitava työntekijän kilpailukieltovelvoitteen voimassaoloaika. On mahdollista, että avainhenkilön vanha velvoite on yrityskaupan jälkeisenä aikana voimassa vain lyhyen aikaa, jonka vuoksi kilpailukieltosopimus saattaa olla järkevää uusia myös uuden omistajan tavoitteita silmällä pitäen. Korkein oikeus on ottanut kantaa ja vahvistanut vanhan työntekijän kilpailukieltovelvoitteeseen soveltuvaa käytäntöä ratkaisussaan KKO 2005:50.

KKO 2005:50 Kauppahuonetoimintaa harjoittaneen yhtiön palveluksessa olleen tuotepäällikön työsopimukseen liittyi kilpailukieltosopimus. Liikkeenluovutuksen johdosta tuotepäällikkö siirtyi toisen yhtiön palvelukseen. Vaikka alkuperäisellä työnantajalla oli ollut kilpailukieltosopimuksen teke-

⁹⁹ Hiden & Tähtinen 2005, s. 268.

¹⁰⁰ Tutkielman rajauksen vuoksi tässä tutkielmassa ei ole mahdollista käsitellä työoikeuden mukaisia säännöksiä. Ks. tarkemmin työsopimusten kilpailukieltovelvoitteista esim. Huhtamäki 2010, s. 115 – 117.

¹⁰¹ Huhtamäki 2010, s. 30.

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ Ibid.

miseen työsopimuslain 16 a §:ssä (724/1990) edellytetty erityisen painava syy, sopimus oli seuraajaan nähden pätevä vain, mikäli myös sillä oli sopimuksen voimassa pitämiseen mainitussa säännöksessä edellytetty erityisen painava syy.¹⁰⁴

Avainhenkilöiden sitouttamisessa konkretisoituu kilpailukieltovelvoitteen *henkilöllinen* ulottuvuus. Kilpailukieltovelvoitteen tavoitteet voivat jäädä saavuttamatta, mikäli ostaja ei rajaa kilpailukieltovelvoitetta kohdistumaan oikeisiin henkilö-tahoihin. Kilpailukieltosopimus voi olla *asiallisesti, alueellisesti ja kestollisesti* riittävä, mutta kilpailukielto voi käydä taloudellisesti arvottomaksi, mikäli se ei kohdistu oikealla tavalla ostoyrityksen avainhenkilöihin. Avainhenkilöt ovat luoneet vanhan työnantajan palveluksessa usein asiakassuhteita, jotka saattavat säilyä myös yrityksen vaihdoksen jälkeen. Monille aloille on ominaista, että asiakkaat eivät ole uskollisia yritykselle¹⁰⁵, vaan heidän asioitaan hoitavalle avainhenkilöille. Avainhenkilöiden vaihtaessa kilpailevaan yritykseen, myös asiakkaalle saattaa olla helpompaa säilyttää vanha työntekijäkontakti ja siirtää asiakkuutensa uuteen yritykseen, jossa avainhenkilö työskentelee. Täten taitotiedon ja prosessiosaamisen häviämisen lisäksi vaarana on, että avainhenkilöiden liikkeitä seuraavat perässä myös vanhat asiakkaat. Avainhenkilöiden sitouttaminen voi tämän vuoksi olla erinomainen keino suojella myös asiakaskuntaa (katso tavoite 1). Kilpailukieltosopimus ei kuitenkaan yksinään takaa, että avainhenkilö jäisi yrityksen palvelukseen, vaan se estää avainhenkilöiltä ainoastaan kilpailevan toiminnan. Sitouttaminen vaatii täten luonnollisesti myös avainhenkilön työpanoksen, joka saadaan aikaiseksi työsopimuksella.

Huhtamäki on lisäksi esitellyt teoksessaan seuraavat tavoitteet:

4. Liikearvon ja yleistaitotiedon säilyttäminen.¹⁰⁶

Yrityskauppojen kilpailukiellolla tavoitellaan kohdeyhtiön liikearvon ja yleistaitotiedon siirtämistä ostajan käyttöön. Yleistaitotieto ei voi lähtökohtaisesti olla yksittäisen työntekijän harteilla, vaan yleistaitotiedolla tarkoitetaan yrityksen prosessiosaamista ja arvonmuodostamisprosessia kokonaisuudessaan. Liikearvon

¹⁰⁴ KKO 2005:50.

¹⁰⁵ Myös yrityksen maineella saattaa olla luonnollisesti vaikutusta asiakasuskollisuuteen, ks. esim. Huhtamäki 2010, s. 64.

¹⁰⁶ Huhtamäki 2010, s. 31 – 32.

ja yleistaitotiedon suojeleminen on erityisen tärkeä tavoite konglomeraattisissa yrityskaupoissa, sillä ostajalla ei ole kyseisissä liikkeenluovutuksissa lainkaan etukäteistä taitotietoa tai kokemusta ostettavan yhtiön liiketoiminnasta. Tällöin ostaja turvaa taitotiedon säilymisen kilpailukieltovelvoitteella, jolla myyjä sitoutetaan jäämään yhtiön palvelukseen vielä yrityskaupan jälkeenkin.¹⁰⁷

Liikearvon ja yleistaitotiedon säilyttäminen ovat osittain päällekkäisiä tavoitteita liikesalaisuuksien ja erityisen taitotiedon suojelemisen kanssa (tavoite 2). Erityisen ja yleisen taitotiedon erottaminen voi olla vaikeaa, sillä yleistaitotiedolla on Huhtamäen määritelmän mukaisesti tarkoitettu *kohdeyrityksen* hallussa olevan prosessiosaamisen ja arvonmuodostamisprosessin säilyttämistä. Mikäli kyseinen prosessiosaaminen on ainoastaan kohdeyrityksen hallussa, on kyseessä ennemminkin erityinen taitotieto tai liikesalaisuus kuin yleistaitotieto. Erityistaitotieto halutaan säilyttää ainoastaan yrityksen sisällä, sillä sen leviäminen kilpailijoiden tietoisuuteen aiheuttaisi merkittävän kilpailuedun menettämistä. Prosessiosaaminen ja arvonmuodostamisprosessi eivät kuitenkaan aina ole pelkästään kohdeyrityksen hallussa, vaan ne voivat olla myös yleisesti tiedossa markkinoilla olevilla kilpailijoilla. Alalla yleisesti käytössä oleva taitotieto voi kuitenkin olla konglomeraattisen yrityskaupan ostajalle täysin uutta, jolloin ostaja haluaa säilyttää sen yrityksessä. Tällöin ostajan ei tarvitse käyttää lisäresursseja kokemuksen hankkimiseen muualta.

Yleistaitotieto voidaan määritellä monin tavoin, mutta tässä yhteydessä sillä ei tulisi tarkoittaa pelkästään kohdeyhtiön hallussa olevaa osaamista, vaan kyseisten markkinoiden hallussa olevia yrityskokemuksia. Yleistaitotieto on siis sellaista osaamista, joka on kyseisen liiketoimintaympäristön yrityksille tuttua, mutta konglomeraattisen yrityskaupan ostajalle uutta ja taloudellisesti arvokasta. On kyseenalaista, voidaanko yleistaitotietoa suojella kilpailukieltosopimuksella lainkaan, sillä yleistaitotiedon voisi saada todennäköisesti yrityksen käyttöön myös vähemmän kilpailua rajoittavalla toimenpiteellä¹⁰⁸, kuten palkkaamalla yrityksen työntekijäksi alan työkokemusta omaava henkilö.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Ks. tarkemmin kilpailukieltosopimuksen välttämättömyyskriteereistä luku 8.1.1.

Liikearvon ja yleistaitotiedon säilyttämisellä on lisäksi yhtymäkohtia avainhenkilöiden sitouttamiseen (tavoite 3). Aina ei ole nimittäin varmaa, onko yleistaitotieto myyjän vai yrityksen avainhenkilöiden hallussa. Yrityksillä voi olla monenlaisia omistusjärjestelyjä¹⁰⁹ ja erityisesti suuremmille yrityksille on ominaista, että yhtiön omistajat eivät hallitse millään tavoin yrityksen yleistaitotietoa. Yhtiön omistajat ovat usein mukana yrityksessä pelkästään rahoittajina, jolloin prosessiosaaminen ei ole varsinaisesti heidän hallussaan. Yrityksen avaintyöntekijät eivät taas välttämättä ole yrityksen omistajia, vaan usein ainoastaan työ- tai johtajasuhteessa yhtiöön. Tällöin Huhtamäen mainitsema myyjien sitouttaminen yritykseen voi olla turhaa yleistaitotiedon säilyttämisen osalta. Tärkeämmäksi tekijäksi nousee avainhenkilöiden sitouttaminen, sillä erityistaitotiedon lisäksi myös yleistaitotieto on usein juuri heidän käsissään.

5. Sidosryhmäsuhteiden turvaaminen ja salaaminen.¹¹⁰

Asiakkaiden lisäksi myös muita sidosryhmiä voidaan suojella kilpailukieltovelvoitteella. Muiden sidosryhmien suojeleminen liittyy muun muassa yhtiön jakelukanavien ja alihankintayritysten tuntemiseen sekä niiden hyväksikäyttöön yrityksen liikearvon säilyttämiseksi. Tietoa, joka liittyy puhtaasti sidosryhmäsuhteen merkitykseen arvontuottamisketjussa, ei voida suojella salassapitosopimuksella, vaan se tulisi tehdä lähtökohtaisesti kilpailukieltovelvoitteen avulla. Huomattavaa on, että jakelukanavat eivät sellaisenaan välttämättä täytä liikesalaisuuden määritelmää.¹¹¹

Mikäli sidosryhmäsuhteiden turvaaminen ei onnistu liikesalaisuuksien suojelemisen funktiolla (tavoite 2), voidaan aiemmin esitetyistä tavoitteista käyttää tähän tarkoitukseen myös muun muassa avainhenkilöiden sitouttamisen funktiota (tavoite 3). Yhtiön jakelukanavien ja alihankintayritysten hyväksikäyttö ei ole lähtökohtaisesti mahdollista muille kuin yrityksen avainhenkilöille. Täten avainhenkilöitä sitouttamalla voidaan samalla turvata ja salata sidosryhmäsuhteita. Sidosryhmäsuhteiden turvaaminen muodostuu erityisen merkittäväksi silloin, kun sidosryhmätiedot ovat poikkeuksellisesti tavallisten työntekijöiden tietoa ja pelkkä avainhenkilöiden sitouttaminen ei riitä. Kilpailukieltosopimus tulee tällöin ulottaa koskemaan myös tavallisia työntekijöitä, jotta yrityksen jakelukanavat

¹⁰⁹ Ks. tarkemmin yrityskaupan omistus- ja rahoitusjärjestelyistä esim. Katramo & Lauriala 2013.

¹¹⁰ Huhtamäki 2010, s. 31 – 32.

¹¹¹ Idem., s. 32.

saataisiin turvattua yrityskaupan jälkeenkin. Tiettyjen työntekijäryhmien kanssa ei kuitenkaan voida tehdä pätevää kilpailukieltosopimusta¹¹², jolloin sidosryhmi-
en turvaaminen täytyy suorittaa vaihtoehtoisilla toimintatavoilla.

3.3.2 Kilpailukieltovelvoitteen uusi funktio – kilpailijan eliminoiminen markkinoilta

Tanskalainen Poulsen on todennut, että yrityskauppojen kilpailukieltovelvoitteel-
la voidaan markkina-alue saada vastaamaan sitä, mitä se on ollut ennen yritys-
kaupan solmimista.¹¹³ Huhtamäki on kuitenkin osuvasti huomauttanut, että eri-
tyisesti horisontaalisten yrityskauppojen kilpailukieltolausekkeella voidaan estää
myyjäyhtiön avaintyöntekijöitä ja omistajia perustamasta kilpailevaa toimintaa
markkina-alueelle, jolla ostettava yritys toimi ennen yrityskauppaa. Horisontaali-
sissa yrityskaupoissa ostajalla on voinut olla jo valmiiksi liiketoimintaa myytävän
yhtiön markkinoilla, jolloin kilpailukieltovelvoitteen avulla markkinoilta poistuu
aiempi kilpailija. Täten markkina-alue ei säily samanlaisena, kuin ennen yritys-
kaupan tekemistä.¹¹⁴

Markkinoiden kasvattaminen kilpailijayrityksen eliminoimisen avulla on usein
yksi yrityskauppojen keskeisimmistä tavoitteista.¹¹⁵ Pelkkä yrityskauppa ei it-
sessään takaa sitä, että kilpailija saadaan eliminoiduksi markkinoilta, sillä ilman
kilpailukieltovelvoitetta kohdeyrityksen avainhenkilöt tai myyjät voivat vapaasti
palata samoille markkinoille ostajan kanssa heti kaupan solmimisen jälkeen.
Jos kilpailukieltovelvoitetta ei käytetä laisinkaan yrityskaupan yhteydessä,
markkinoiden kasvattaminen onnistuu vain siihen saakka, kunnes myyjät palaa-
vat markkinoille.

Jotta markkinoiden kasvattaminen onnistuisi myös pidemmällä aikavälillä, on
kilpailija eliminoitava markkinoilta pidemmäksi aikaa. Tämä onnistuu ainoastaan
kilpailukieltosopimuksen avulla. Markkinoilta poistaminen on käytännön esi-
merkki, jolla liiketoiminnan ostaja yrittää kilpailukieltovelvoitteen avulla maksii-
moida yrityskaupasta saatavaa taloudellista arvoa. Kilpailukieltosopimuksen

¹¹² Ks. esim. Huhtamäki 2010, s. 118.

¹¹³ Poulsen 1991, s. 64 ja 66.

¹¹⁴ Huhtamäki 2010, s. 33.

¹¹⁵ Ks. tarkemmin Lauriala, 2013, s.34.

avulla tehtävä kilpailijan eliminoiminen mahdollistaa kilpailurauhan, jonka välityksellä markkinaosuuden kasvattaminen on ostajalle entistä todennäköisempää. *Kilpailijan eliminoiminen markkinoilta* voidaan täten tulkita täysin uudeksi kilpailukieltovelvoitteen funktioksi, jolla ei ole välitöntä yhteyttä aiemmin esiteltyihin tavoitteisiin.

3.3.3 Johdon ja liiketoiminnan tarkastus kilpailukieltovelvoitteen funktioiden ja pätevyyden kannalta

Kuoppamäen mukaan taloustiede tuo hyödyllisen lisän kilpailuoikeudelliseen päätöksentekoon, mutta se ei kuitenkaan korvaa juridista arviota kokonaan.¹¹⁶ Huhtamäki onkin huomauttanut, että myös kilpailukieltovelvoitteen sisältö ja pätevyys tulee ratkaista sekä juridisin että taloustieteellisin perustein eikä ainoastaan joko tai -arvioinnilla.¹¹⁷ Huhtamäen aiemmin esitelty due diligence -tarkastuksen kohteet ovat hyvä lähtökohta kilpailukieltosopimuksen ehtojen laadinnassa, mutta tarkastuksessa olisi näiden lisäksi hyvä kiinnittää huomiota myös muihin tekijöihin, jotta kilpailukiellon funktiot toteutuisivat mahdollisimman täydellisesti¹¹⁸. Kaikilla jäljempänä esitetyillä tarkastuksen osa-alueilla on jonkinlainen liitanta luvuissa 3.3.1 ja 3.3.2 esiteltyihin kilpailukieltovelvoitteen tehtäviin.

Kun due diligence -tarkastus ulotetaan mahdollisimman laajasti kilpailukieltosopimukselle relevantteihin seikkoihin, myös sopimuksen ehtojen pätevyys on helpommin perusteltavissa. Sekä velvoitteen funktioiden että pätevyyden kannalta olennaisia tekijöitä voivat tarkastuksen osalta olla ainakin johdon arviointi, kohdemarkkinoiden analysointi, tuotteiden tarkastelu ja liiketoimintamallin määrittäminen. Kyseiset tarkastuksen kohteet ovat hyvin pitkälti Lajouxin ja Elsonin tarkastuslistan kohdan 2 (johdon ja liiketoiminnan arvo) mukaisia. Nämä tarkastusalueet on esimerkiksi Huhtamäen teoksessa jätetty lähes kokonaan suuremmatta huomiotta.

¹¹⁶ Kuoppamäki LM 2008, s. 1078.

¹¹⁷ Huhtamäki 2010, s. 62.

¹¹⁸ Ks. tarkemmin kilpailukiellon funktioista luku 3.3.

3.3.3.1 Kohdeyhtiön johdon tarkastus

Kohdeyhtiön johdolla on usein tärkeä merkitys pääomasijoittajille sekä teolliselle ostajalle, joka laajentaa liiketoimintaansa uudelle maantieteelliselle alueelle tai uudelle liiketoiminta-alueelle. Johdon itsenäinen näkemys markkinoista, liiketoiminnasta ja strategiasta saa merkitystä, koska usein johto tuntee kaupan kohteen parhaiten.¹¹⁹ Johdon due diligence -tarkastus onkin onnistuneen yrityskaupan perusta erityisesti konglomeraattisissa yrityskaupoissa, joissa ostajalla ei ole laisinkaan kokemusta kyseiseltä toimialalta. Mikäli johdon osaaminen koetaan tarkastuksessa hyväksi, kokemus uusilta markkinoilta saadaan parhaiten ostajan käyttöön sitouttamalla johto yritykseen. Johdon tarkastuksella on täten vaikutusta avainhenkilöiden sitouttamisen funktioon. Yksi osa tätä sitouttamista on kilpailukieltosopimuksen tekeminen. Johdon osaaminen saa merkitystä myös uusille markkinoille siirryttäessä, sillä johdon itsenäinen tietämys kohdemarkkinoiden käyttäytymisestä voi olla arvokas lisähyöty yrityskaupan ostajalle. Kohdeyhtiön johdon huolellisella tarkastuksella kilpailukiello saadaan ulotettua sellaisiin henkilötahoihin, joilla on merkitystä lisäarvon siirtymisessä ostajan käyttöön.

3.3.3.2 Kohdeyhtiön markkinoiden tarkastus

Myös kohdemarkkinoiden analysointi on tärkeää, kun ostaja siirtyy yrityskaupan myötä uudelle maantieteelliselle alueelle tai kokonaan tuntemattomalle liiketoiminta-alueelle. Merkitystä saavat erityisesti kohdeyhtiön asiakaskunta, kilpailuasetelmat, toimittajat ja markkinoiden sääntely.¹²⁰ Markkinoiden due diligence -tarkastuksella voidaan täten toteuttaa muun muassa asiakaskunnan säilyttämisen ja sidosryhmäsuhteiden turvaamisen funktioita.

Kilpailukieltovelvoitteen pätevyyden kannalta merkitystä on myös markkinoiden maantieteellisellä rajauksella. Lähtökohta on, että kilpailukieltovelvoitteen täytyy rajoittua alueelle, jolla myyjä on ennen kauppaa tarjonnut yrityskaupassa siirryviä palveluita tai tuotteita¹²¹. Velvoitetta on mahdollista laajentaa koskemaan myös alueita, joihin myyjä oli investoinut tai muuten suunnitellut liiketoimin-

¹¹⁹ Lauriala 2013, s. 54.

¹²⁰ Lauriala 2013, s. 54.

¹²¹ Liitännäisrajoitustiedonanto 2005, kohta 20.

taa¹²². Tätä laajemmalle alueelle kohdistuvat rajoitukset ovat pääsääntöisesti kilpailu- tai sopimusoikeudellisesti pätemättömiä.

Tarkastamalla huolellisesti kohdeyhtiön relevantit markkinat, voidaan kilpailukieltosopimuksella eliminoida markkinoilta myös kilpailija. Kilpailijan eliminoimisen funktio toteutuu täydellisesti vain silloin, kun kilpailukieltosopimus on rajattu maantieteellisesti tarpeeksi täsmällisesti. Jos joku myyjän markkina-alueista jää kilpailukieltosopimuksen ehtojen sanamuodosta pois, myyjä voi harjoittaa kilpaillevaa liiketoimintaa kyseisellä alueella myös yrityskaupan jälkeen. Tämä jo due diligence -tarkastuksessa tapahtuva virhe koituu helposti ostajan taloudelliseksi vahingoksi, joten huolellista relevanttien markkinoiden määrittämistä tarkastuksessa ei ole syytä väheksyä.

3.3.3.3 Kohdeyhtiön tuotteiden ja palveluiden tarkastus

Due diligence -tarkastuksen osa-alueena voidaan tarkastella myös tuotteita ja palveluita. Olennaista on selvittää, miten ne tuottavat lisäarvoa asiakkaille ja mikä niiden kilpailukyky on verrattuna kilpailijoiden vastaaviin tuotteisiin tai palveluihin.¹²³ Tuotteiden tai palveluiden kilpailukyvyllä on tärkeä asema esimerkiksi asiakaskunnan säilyttämisessä. Tuotteiden ja palveluiden kilpailukyky suhteessa kilpailijoihin tulee säilyttää myös yrityskaupan tekemisen jälkeen, jotta myyjän asiakaskunta siirtyisi ostajalle mahdollisimman kattavasti.

Jotta tuotteet ja palvelut säilyisivät korkealaatuisina, myös liikesalaisuudet ja erityinen taitotieto on pyrittävä siirtämään ostajan käyttöön sellaisena, kuin ne olivat ennen yrityskauppaa. Liikesalaisuuksien ja taitotiedon säilyttäminen ovat kilpailukieltovelvoitteen tavoitteita, joilla yrityksen tuotteiden tai palveluiden kilpailuetu voidaan turvata myös jatkossa.

Tuotteiden ja palveluiden perusteella määritellään myös kilpailukieltosopimuksen pätevä asiasisältö sekä toimiala, jolla myyjän tulee pidättäytyä kilpailemasta¹²⁴. Kilpailukielto tulisikin määrittää siten, että se kattaa koko myyjän toimialan, mutta ei laajene sen ulkopuolelle. Liian kapealle toimialalle määritetty kilpailu-

¹²² Ibid.

¹²³ Lauriala 2013, s. 56.

¹²⁴ Hiltunen ym. 1998, s. 164.

kielto voi aiheuttaa sen, että myyjä voi todellisuudessa kilpailla tiettyjen tuotteiden tai palveluiden osalta ostajan kanssa. Tällöin tuotteiden ja palveluiden due diligence -tarkastuksessa tehty virhe voi kostautua ostajalle taloudellisena tappiona. Todellisen toimialan ulkopuolelle ulottuva kilpailukieltosopimus taas voidaan helposti tulkita joko kilpailu- tai sopimusoikeudellisesti pätemättömäksi.

3.3.3.4 Kohdeyhtiön liiketoimintamallin tarkastus

Due diligence -tarkastuksessa tulisi ottaa huomioon myös kohdeyrityksen liiketoimintamalli. Liiketoimintamallia analysoimalla saadaan selville, millä tavoin yritys tuottaa kassavirtaa ja millainen kustannusrakenne liiketoimintamalliin liittyy. Tärkeä kysymys on, perustuuko liiketoimintamalli kustannustehokkuuteen ja hinnalla kilpailuun vai jollekin laadulliselle tekijälle tai teknologialle. Lisäksi selvittävänä on kohdeyrityksen kestävätkilpailuedut ja -keinot pidemmällä aikavälillä.¹²⁵ Liiketoimintamalliin kuuluvat osa-alueet, kuten teknologiat ja laadulliset tekijät ovat monilta osin liike-salaisuuksia ja erityistä tietotaitoa, joita on järkevää suojella kilpailukieltosopimuksella. Myös kustannustehokkuutta ja hinnoilla kilpailua voidaan selittää liikesalaisuuksien ja erityisen tietotaidon lisäksi muun muassa hyvillä sidosryhmäsuhteilla.

Yhtiön onnistuneilla jakelukanavilla ja alihankintayrityksillä voidaan saada aikaiseksi huomattavia kilpailuetuja verrattuna kilpaileviin yrityksiin. Siksi myös niiden määrittäminen on kilpailukieltovelvoitteen kannalta tärkeää jo due diligence -tarkastuksen aikana. Liiketoimintamallilla on myös suoranainen vaikutus kilpailukieltosopimuksen keston. Mikäli kohdeyrityksen liiketoimintamalli perustuu esimerkiksi liikearvon, tietotaidon ja teknologian korkeaan tasoon, on kilpailukiellon tavallista pidempi kesto myös helpommin perusteltavissa¹²⁶.

¹²⁵ Lauriala 2013, s. 56 – 57.

¹²⁶ Kyseessä on EU-kilpailuoikeuden oikeuskäytännössä hyväksytty periaate, ks. Tarkemmin luku 8.1.2.

4 KILPAILUKIELTOVELVOITE SOPIMUSOIKEUDESSA

4.1 Sopimusvapaus

4.1.1 Yleistä sopimusvapaudesta

Sopimusvapaus on edelleen yksi länsimaisen vaihdantajärjestelmän kulmakivistä.¹²⁷ Sopimusvapaus muodostaa sopimuksen syntyyn lähtökohdan, jonka toteutumista voidaan kuitenkin rajoittaa oikeudellisen sääntelyn keinoin. Mikäli sopimusvapautta on mahdollista rajoittaa, on perusteluvelvollisuus asetettava sille osapuolelle, joka haluaa poiketa sopimusvapaudesta.¹²⁸

Sopimusvapauden käsitettä on täsmentänyt muun muassa *Muukkonen*, jonka malli on edelleen pääosin hyväksyttävä:

- 1) päätäntävapaus (vapaus tehdä tai olla tekemättä sopimuksia),
- 2) sopimuskumppanin valitsemisvapaus (vapaus valita sopimuskumppani),
- 3) sisältövapaus (vapaus päättää sopimuksen ehtojen sisällöstä),
- 4) tyyppivapaus (vapaus valita sopimuksen tyyppi),
- 5) muotovapaus (vapaus määrittää missä muodossa tai järjestyksessä sopimus tehdään) ja
- 6) purkamisvapaus (vapaus laillisin keinoin vetäytyä sopimuksesta).¹²⁹

Muukkonen jaottelua on monissa yhteyksissä täydennetty muun muassa vapaudella määrittää sopimukseen sovellettava laki sekä vapaudella valita sopimukseen perustuvia riitoja käsittelevä tuomioistuin.¹³⁰ Lisäksi mallia on kritisoitu siitä, että purkamisvapaus on hyvin erilainen vapaus muihin sopimusvapauden elementteihin nähden, sillä sen käyttäminen on täysin riippuvainen toisen osapuolen sopimusrikkomuksesta.¹³¹ Sopimuksen velvoitteista ei siis voida purkamisen avulla vapautua, mikäli purkamiseen oikeuttavaa sopimusrikkomusta ei ole tapahtunut.

¹²⁷ Hemmo I 2003, s. 70.

¹²⁸ Aine 2011, s. 158 – 159.

¹²⁹ Muukkonen 1956, s. 607 – 608.

¹³⁰ Ks. esim. Saarnilehto 2009, s. 38.

¹³¹ Hemmo I 2003, s. 76.

4.1.2 Sopimusvapaus kilpailukieltolausekkeissa

Yrityskauppojen kilpailukieltosopimukseen voidaan lähtökohtaisesti soveltaa edellä esiteltyjä sopimusvapauden periaatteita. Esimerkiksi kilpailukieltosopimuksen muodolla (kohta 5 Muukkosen mallissa) ei ole juridista merkitystä velvoitteen pätevyyden suhteen, vaan sopimus voidaan solmia muotovapaasti. Oletamus kuitenkin on, että kilpailukieltosopimukset tehdään kirjallisesti, koska yrityskauppojen taloudelliset intressit ovat suhteellisen suuria ja kirjallisen sopimuksen todisteluvaikutus on riitatilanteissa suullista sopimusta vahvempi¹³². Tuomioistuimen määrittämismvapauden osalta on huomattavaa, että yrityskaupoissa ja niihin liittyvissä kilpailukielloissa on tavallista käyttää perinteisen tuomioistuimen sijasta vaihtoehtoisena riidanratkaisukeinona myös välimiestuomioistuimia¹³³.

Kilpailukieltosopimusten *sisältövapauden* (kohta 3 Muukkosen jaottelussa) toteutuminen on muihin sopimusvapauden elementteihin nähden poikkeus, sillä kilpailukieltovelvoitteeseen sovelletaan monin paikoin pakottavan lainsäädännön mukaisia säännöksiä¹³⁴. Lähtökohta on, että pakottavan lainsäädännön vastaisilta sopimusehdoilta evätään niiden sitovuusvaikutus. Yleisin syy erilaisen sopimusten sisältövapauden rajoittamiseen on heikomman suojan tehostaminen. Heikomman suoja ja siihen liittyvä kuluttajalainsäädäntö on kuitenkin tarkoitettu lähinnä kuluttaja-asemassa oleville sopimuskumppaneille, joten kyseisiä säännöksiä sovelletaan vain harvoin elinkeinoharjoittajiin, joiden oletetaan toimivan tasapuolisessa toimintaympäristössä.¹³⁵ Yrityskauppojen kilpailukieltosopimukset ovat yleensä elinkeinoharjoittajien välisiä, jonka vuoksi heikomman suojan tehostaminen tulee siis kyseeseen vain harvoin. Hemmo onkin todennut, että elinkeinoelämän suhteissa pakottava sääntely on suhteellisen harvinaista ja sopimusvapaus on vahva pääsääntö¹³⁶.

Yrityskaupan osapuolet eivät kuitenkaan voi määrittää kilpailukieltovelvoitteen sisältöä täysin vapaasti, sillä kilpailukieltosopimuksen sisältövapautta on rajoi-

¹³² Ks. esim. Hemmo 2003 I, s. 180.

¹³³ Ks. esim. Huhtamäki 2010, s. 20.

¹³⁴ Ks. esim. Huhtamäki 2010, s. 15, jossa todetaan monien kilpailukieltosopimusta rajoittavien säännösten olevan indispositiivisia.

¹³⁵ Hemmo I 2003, s. 72 - 75.

¹³⁶ Ibid.

tettu kilpailuoikeudellisilla ja sopimusoikeudellisilla säännöksillä. Varsinaisen lainsäädännön lisäksi esimerkiksi hyvän tavan vastaisuus ja yhteiskuntamoraalin ylläpitäminen on nähty hyväksyttävänä syinä rajoittaa sopimusten sisältövaikutusta. Kaikille edellä mainituille säännöksille ja oikeusperiaatteille on ominaista, että sopimuksen ehdot eivät saa velvoittavuutta aikaan siinäkään tapauksessa, että osapuolet hyväksyvät järjestelyn ja sopimus vastaa heidän yksimielistä tarkoitustaan. Tämä on seurausta instrumenttien vahvasta julkisesta intressistä¹³⁷.

4.2 Sopimusten sitovuus

4.2.1 Yleistä sopimusten sitovuudesta

Sopimusten sitovuus (pacta sunt servanda) on sopimusvapauden ohella Suomen sopimusoikeuden toinen klassinen perusta, joka velvoittaa osapuolet noudattamaan sopimuksesta syntyneitä velvoitteitaan.¹³⁸ Sopimusten sitovuutta on säännelty muun muassa OikTL 1 §:n 1 momentissa:

*Tarjous sopimuksen tekemisestä ja sellaiseen tarjoukseen annettu vastaus sitovat tarjouksen tekijää ja vastauksen antajaa sen mukaan, kuin jäljempänä tässä luvussa säädetään.*¹³⁹

Sopimusten sitovuudesta seuraa, että mikäli sopimusta ei noudateta, sopimusvelvoitteet voidaan viime kädessä panna täytäntöön ulosottoteitse tuomioistuimen päätöksellä. Sopimusten sitovuus ei kuitenkaan ole absoluuttista, vaan sitovuudesta voidaan poiketa silloin, kun sopimuksen ehdot ovat pakottavan lainsäädännön vastaisia. Sitovuuteen voidaan puuttua myös esimerkiksi sopimuksen syntyhäiriön tai kohtuuttoman sisältönsä vuoksi. Sopimusten sitovuuden lähtökohta on kuitenkin aina niin vahva, että perustelu- ja väittämistaakka on jätetty sille osapuolelle, jonka mukaan sopimusehtojen sitovuudesta tulisi poiketa. Sopimussidonnaisuuden periaatteella on sopimusvapauden ohella erityisen tärkeä painoarvo liikesuhteissa.¹⁴⁰

¹³⁷ Ks. tarkemmin esim. Aine 2011, s.376.

¹³⁸ Hemmo 2003, s. 49 – 50.

¹³⁹ OikTL 1§ 1 momentti.

¹⁴⁰ Hemmo I 2003, s.49 – 50.

4.2.2 Sopimusten sitovuuden rajoittaminen kilpailukieltolausekkeissa

Vaikka liikesuhteiden sopimussidonnaisuus on tavallisesti hyvin vahvaa, on kilpailukieltosopimusten velvoittavuutta mahdollista rajoittaa lainsäädännön keinoin. Pakottavan lainsäädännön lisäksi, sopimusten sitovuutta voidaan rajoittaa samoilla elementeillä kuin sopimusvapauttakin. Kyseeseen voivat näin ollen tulla muun muassa sopimusten syntytapaan (esimerkiksi neuvotteluvaiheen harhaanjohtaminen) tai sisältöön (esimerkiksi sopimusvelvoitteiden kohtuuton epätasapaino) liittyvät häiriöt.¹⁴¹

Sopimuksen syntytapaan liittyviä sopimussitovuuden rajoitusinstrumentteja voidaan tavallisesti soveltaa hyvin yleisesti monenlaisiin sopimuksiin. Kilpailukieltosopimuksen syntymekanismi on yleensä sen verran tavanomainen, että syntyhäiriön yleisiä oppeja voidaan käyttää hyväksi myös kilpailukieltovelvoitteen sitovuutta tutkittaessa. Sen sijaan kilpailukieltosopimuksen sisällön sitovuudesta voidaan löytää elementtejä, jotka ovat ominaisia vain kilpailukieltovelvoitteille. Kilpailukiellon sisällöllinen kohtuuttomuus ja siitä seuraava mahdollinen sopimusoikeudellinen sitomattomuus arvioidaan OikTL 38 §:n perusteella, kun taas kilpailukieltosopimukseen usein liitetyn sopimussakkolausekkeen kohtuullistaminen suoritetaan yleisellä kohtuullistamissäännöksellä eli OikTL 36 §:llä¹⁴². Myös kilpailukieltovelvoitetta voidaan oikeuskäytännön mukaan arvioida OikTL 36 §:n nojalla, mikäli tarkasteltavana ei ole ainoastaan kyseinen velvoite, vaan kilpailukieltoon liittyvä sopimussuhde kokonaisuudessaan¹⁴³.

4.3 OikTL 38 §:n yleissäännös kilpailukieltovelvoitteelle

OikTL:a pidetään Suomen sopimusoikeuden peruslakina, jonka juuret ovat 1900-luvun alun Skandinaavisessa lainvalmisteluyhteistyössä.¹⁴⁴ Myös kilpailukieltola koskevat OikTL 38 §:n määräykset ovat alunperin lähtöisin vuosisadan alkupuolelta. Kyseistä säännöstä on pidetty kilpailukiellon sopimusoikeudellise-

¹⁴¹ Ibid.

¹⁴² Telaranta 1990, s. 398. Ks. sopimussakosta tarkemmin luku 3.2.

¹⁴³ KKO 1984-II-83. Ks. tapauksen tarkempi kommentointi Wilhelmsson 1985, s. 89.

¹⁴⁴ Ks. esim. Huhtamäki 2011, s. 35.

na yleissäännöksenä, joka säätelee kilpailukieltosopimusten sitovuutta käyttäen kontrollivälineinä sovittelu- ja pätemättömyysinstrumentteja.¹⁴⁵

OikTL 38 §:ää on muutettu alkuperäisestä muodostaan vuonna 1982, ja voimassa olevan säännöksen sanamuoto kuuluu seuraavasti:

*Sopimus, jolla joku kilpailun estämiseksi tai rajoittamiseksi on sitoutunut olemaan harjoittamatta tiettyä tai tietynlaista toimintaa tai olemaan tekemättä työsopimusta jonkun kanssa, joka harjoittaa sellaista toimintaa, ei sido sitoumuksen antajaa siltä osin kuin se kohtuuttomasti rajoittaa hänen toimintavapauttaan.*¹⁴⁶

OikTL 38 §:n sanamuodon mukaan kilpailukieltolausekkeen sitovuudesta voidaan poiketa, mikäli se on tietyiltä osin kohtuuton sitoumuksen antajalle. Tällöin sopimusoikeudelliset pääperiaatteet sopimusvapaudesta ja sopimuksen sitovuudesta saavat väistyä ja kilpailukieltolauseke voidaan todeta pätemättömäksi. Sopimusta ei todeta kuitenkaan aina kokonaan pätemättömäksi, vaan sopimus voi olla myös osapätemätön tai sen ehtoja voidaan vaihtoehtoisesti kohtuullistaa siten, että sopimuksen tasapaino saadaan palautettua oikeasuhtaiseksi oikeuksien ja velvollisuuksien osalta¹⁴⁷. OikTL 38 §:n vanha sanamuoto on antanut perusteet myös säännöksen nykyiselle soveltamiselle ja täten kilpailukiellon kohtuullisuutta tai pätevyyttä arvioitaessa kiinnitetään edelleenkin huomiota muun muassa velvoitteen 1) ajalliseen keston, 2) maantieteelliseen ulottuvuuteen, 3) velvoitteen tarpeellisuuteen sopimuksessa sekä 4) velallisen ansionsaantimahdollisuuksien ja velvoitteeseen sitoutumisesta maksettavan etuuspalkkioon väliseen tasapainosuhteeseen.¹⁴⁸

Edellä mainittujen arviointitekijöiden lisäksi kilpailukieltosopimuksen sopimusoikeudelliseen arviointiin on lisättävissä ainakin kaksi arvioinnille merkityksellistä elementtiä, jotka ovat 5) sitoumuksen kohdehenkilöt sekä 6) velvoitteen asiiasältö. Kohdehenkilöt ovat henkilöitä, joita kilpailukieltosopimus sitoo, kun taas asiiasällön mukaan määritellään muun muassa toimiala, jolla velallisen tulee

¹⁴⁵ Hemmo II, s. 43 ja 48.

¹⁴⁶ OikTL 38 §.

¹⁴⁷ Ks. tarkemmin osapätemättömyydestä luku 8.3.4 ja kohtuullistamisesta luku 8.4.

¹⁴⁸ Huhtamäki 2011, s. 38.

pidättäytyä kilpailusta. Edellä mainittuja arviointikriteerejä ei ole mainittu suoranaisesti vanhan OikTL 38 §:n mukaisissa esitöissä, vaan ne ovat EU-kilpailuoikeuden liitännäisrajoitustiedonannon mukaisia¹⁴⁹.

Liitännäisrajoitustiedonanto on huomattavasti OikTL 38 §:ää uudempi ja spesifiimpi säännös, jossa on otettu huomioon nykyisten yrityskauppojen ja kilpailukieltovelvoitteiden erityispiirteet. Kyseiset säännökset vaikuttavat kuitenkin suoranaisesti vain yrityskauppavalvonnan kynnyksäraja-arvot täyttävissä kaupoissa, ja tämän vuoksi niiden arviointi on lähtökohtaisesti kilpailuoikeusperustaista. OikTL 38 §:n vuoden 1982 uudistuksessa on kuitenkin nimenomaisesti korostettu, että tuomioistuin ottaa ratkaisuisaan huomioon *kaikki* asiaan vaikuttavat seikat kilpailukiellon pätevyyttä ja kohtuullisuutta arvioitaessa¹⁵⁰. Kyseisessä arvioinnissa huomioitavia seikkoja ei ole siis haluttu rajata, vaan yrityskauppojen erityispiirteiden muuttuessa myös huomioon otettavat tekijät voivat lisääntyä. Vaikka liitännäisrajoitustiedoksiänto soveltuu lähtökohtaisesti yrityskauppavalvonnan kautta vain suurempiin yrityskauppoihin, sen elementtejä lienee sallittua käyttää myös kilpailukieltovelvoitteen sopimusoikeudellisessa arvioinnissa, sillä esille tuodut tekijät (kohdat 5 ja 6 edellä) voivat hyvinkin olla hallituksen esityksessä mainittuja ”*asiaan vaikuttavia seikkoja*”. Täten asiasisällön ja kohdehenkilöiden huomioonottaminen kilpailukieltovelvoitteen sopimusoikeudellista kohtuutta tarkasteltaessa on erittäin perusteltua myös OikTL 38 §:n arviossa ja kynnyksäraja-arvot alittavissa yrityskaupoissa.

¹⁴⁹ Ks. Tarkemmin Liitännäisrajoitustiedonanto 2005.

¹⁵⁰ HE 247/1981, s. 18.

5 KILPAILUKIELTOVELVOITE EU:N KILPAILU-OIKEUDESSA

5.1 EU-kilpailuoikeuden keskeiset säännökset ja tavoitteet kilpailukieltosopimuksen kannalta

5.1.1 EU-kilpailuoikeuden tavoitteet sekä SEUT 101 ja 102 artiklat

Euroopan unionin kilpailuoikeuden keskeisin tavoite on jo vuosikymmeniä ollut tehokkaan kilpailun säilyttäminen yhteismarkkinoilla. Tavoitteen tulkinta on kuitenkin muuttunut olennaisesti, sillä aikaisemmin esimerkiksi EU-tuomioistuimen ratkaisussa on painotettu yritysten toimintavapauden turvaamista, kun taas nykyään keskeistä on kuluttajien hyvinvointi. Kuluttajien hyvinvoinnilla ei kuitenkaan tarkoiteta yksittäisen kuluttajan suojaamista yritysten menettelytavoilta, vaan kuluttajien hyvinvoinnilla viitataan lähinnä kuluttajien taloudelliseen hyvinvointiin. Kilpailupolitiikalla pyritäänkin suojaamaan ennen kaikkea kilpailuprosessia.¹⁵¹

Toinen EU-kilpailuoikeuden tärkeä tavoite liittyy yhtenäisten sisämarkkinoiden toteuttamiseen. Tavaroiden, henkilöiden, palveluiden ja pääomien vapaata liikkuvuutta koskevat säännökset ovat keskeisiä elementtejä sisämarkkinoiden yhtenäistämässä. Näitä tavoitteita toteuttamalla varmistetaan myös se, että yritykset eivät vaikeuta jäsenvaltioiden välistä kauppaa jakamalla markkinoita sopimuksin tai muilla kyseenalaisilla menettelytavoilla.¹⁵² Yhtenäisten markkinoiden tavoittelulla nähdään olevan sekä positiivinen että negatiivinen funktio¹⁵³. Negatiivisen funktion mukaan kilpailuoikeuden säännöksillä voidaan puuttua sellaisiin yritysten toimintatapoihin, joilla ylläpidetään eri hintatasoa ja eriytyneisyyttä eri EU:n jäsenvaltioiden välillä. EU-kilpailuoikeuden positiivinen rooli yh-

¹⁵¹ Leivo ym. 2012, s. 39 – 40.

¹⁵² Idem, s. 50 – 51.

¹⁵³ Wish 2003, s. 21.

teismarkkinoiden luomisessa taas vaikuttaa siten, että sen välityksellä voidaan edesauttaa kaupankäyntiä eri jäsenvaltioiden markkinoilla.¹⁵⁴

Sisämarkkinatavoitteen ja kuluttajien hyvinvoinnin tavoitteiden tulkitaan oikeuskirjallisuuden mukaan olevan sopusoinnuissa keskenään. Keskeisillä tavoitteilla on nähty olevan ristiriitaisia soveltamistilanteita vain harvoissa tapauksissa.¹⁵⁵ Kyseisiä tarkoituspäriä suojellaan ja säännellään kilpailuoikeudellisesti erityisesti sopimuksella Euroopan unionin toiminnasta (SEUT). SEUT 101(1) artiklassa kielletään yritysten ja niiden yhteenliittymien väliset menettelyt ja toimintatavat, jotka voivat vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan ja joiden tarkoituksena tai seurauksena kilpailu yhteismarkkinoilla estyy, rajoittuu tai vääristyy. Saman artiklan 2 kohdan mukaan edellä mainittuja negatiivisia vaikutuksia aiheuttavat sopimusehdot ovat pätemättömiä. Artiklan 3 kohta kuitenkin mahdollistaa poikkeuksen myöntämisen rajoitukselle, jos poikkeus tehostaa tuotantoa tai edistää teknistä kehitystä antaen samalla hyötyä kohtuullisissa määrin myös kuluttajille. Oikeuskirjallisuudessa on ristiriitaisia tulkintoja siitä tulisiko SEUT 101(3) artiklaa soveltaa myös yrityskauppojen kilpailukieltolausekkeisiin¹⁵⁶. Unionin tuomioistuimen ratkaisut kuitenkin puoltavat näkökantaa, jonka mukaan kilpailukieltovelvoitetta ei voida kilpailuoikeudellisesti oikeuttaa kyseisellä poikkeussäännöksellä¹⁵⁷.

SEUT 101(1) kieltoartiklan soveltamisesta voidaan tehdä poikkeus myös niin sanotun *de minimis* -tiedonannon nojalla¹⁵⁸. Sen mukaan sopimukseen, joiden vaikutukset kilpailuun tai jäsenvaltioiden väliseen kauppaan ovat vähäisiä, ei sovelleta 101(1) artiklan kieltoa. Kieltoa sovelletaan siis ainoastaan sopimukseen, jotka vaikuttavat markkinaolosuhteisiin merkittävästi.¹⁵⁹ Tiedonannossa on määritelty markkinaosuuksien kynnyksärajoilla, milloin toimenpide ei ole SEUT 101(1) artiklan mukainen kielletty sopimus¹⁶⁰. Raja-arvojen ylittyminen ei kuitenkaan tarkoita, että kilpailua rajoittava menettely olisi automaattisesti SEUT 101(1) artiklan nojalla kielletty, vaan tällöin tehdään vielä tapauskohtainen arvi-

¹⁵⁴ Goyder, Goyder & Albors-Llorens 2009, s. 12.

¹⁵⁵ Ks. esim. Leivo ym. 2012, s. 50 – 51.

¹⁵⁶ Ks. Huhtamäki s. 72 ja alaviite 197.

¹⁵⁷ Asia 56 ja 58/64 Consten ja Grundig v. komissio sekä ratkaisu T-395/94 Atlantic Container v. komissio, kohta 76.

¹⁵⁸ De minimis -tiedonanto 2001.

¹⁵⁹ Leivo ym. 2012, s. 144 – 145.

¹⁶⁰ Ks. tarkemmin idem., s. 146 – 148.

ointi sopimuksen kilpailunvastaisista vaikutuksista ja niiden merkittävyydestä¹⁶¹. Komission de minimis -tiedonanto ei anna suojaa kuitenkaan niin sanotuille vakavimmille kilpailunrajoituksille. Tällaisina pidetään muun muassa sopimuksia, jotka välillisesti tai välittömästi rajoittavat tuotantoa tai myyntiä taikka muuten jakavat markkinoita tai asiakkaita.¹⁶² EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaisesti kilpailukieltovelvoite ei saa suojaa de minimis -tiedonannon perusteella, sillä kilpailukieltosopimusten tarkoituksena on nimenomaisesti jakaa markkinoita tai asiakkaita vielä yrityskaupan solmimisen jälkeenkin.¹⁶³

Toinen tärkeä EU-kilpailuoikeuden säännös on SEUT 102 artikla, jonka mukaan määräävän markkina-aseman väärinkäyttö on kiellettyä. Määräävä markkina-asema on määritelty huomattavaksi määräksi markkinavoimaa, jolloin yrityksen markkina-osuus on muodostunut selkeästi kilpailijoita suuremmaksi (tavallisesti vähintään 40 – 45 %). Määräävässä markkina-asemassa oleva yritys nauttii kilpailuedusta, joka antaa sille taloudellista valtaa. Määräävä markkina-asema ei ole kuitenkaan itsessään kielletty, vaan kiellettyä on aseman väärinkäyttö suhteessa kilpailijoihin ja asiakkaisiin. Oikeuskäytännössä konkretisoituneet väärinkäytökset ovat olleet lähinnä tapauksia, joissa määräävän markkina-aseman omaava yritys on pyrkinyt estämään kilpailijoiden toimintaa tai sulkemaan ne kokonaan markkinoiden ulkopuolelle¹⁶⁴. Määräävällä markkina-asemalla ei ole itsenäistä merkitystä kilpailukieltovelvoitteen soveltamisessa, mutta se voi vaikuttaa yrityskauppojen sallittavuuteen jäljempänä esiteltävän yrityskauppavalvonnan kautta.

5.1.2 Yrityskauppavalvonta

Yrityskauppavalvonta muodostaa EU-kilpailuoikeuden kolmannen kivijalan kilpailua rajoittavien menettelyjen ja määräävän markkina-aseman väärinkäytön ohella. Yrityskauppavalvontaa on säännelty EU-tasolla fuusiovalvonta-asetuksessa (ETY 4064/89), joka saatiin hyväksytyksi vasta vuonna 1989 noin 16 vuoden valmistelun jälkeen. Asetusta on viimeksi uudistettu vuonna 2004 ja se tunnetaan nykyään yleisemmin nimellä sulautuma-asetus (ETY

¹⁶¹ Idem., s. 145.

¹⁶² De minimis -tiedonanto 2001.

¹⁶³ Ks. ratkaisu Mannesmannrohren-Werke v. EU komissio (II) (2004) ECR II-2223.

¹⁶⁴ Kuoppamäki 2012, s. 24.

139/2004).¹⁶⁵ Asetuksen mukaan tietyt liikevaihtorajat ylittävät yrityskaupat on etukäteen ilmoitettava kilpailuviranomaisille.¹⁶⁶ Kynnysraja-arvojen lisäksi kilpailuvaikutuksia koskevan valvonnan kohteena täytyy olla yrityskauppa, jolla on unioninlaajuisia vaikutuksia. Valvontaan joutuminen ei kuitenkaan automaattisesti tarkoita, etteikö järjestely olisi sallittu. Yrityskaupan tuleekin rajoittaa olennaisesti kilpailua unionin alueella, jotta kilpailuviranomaiset voivat rajoittaa kaupan toteutumista. Arvioinnissa verrataan kaupan jälkeistä tilaa tilanteeseen, joka todennäköisesti vallitsisi ilman kyseistä järjestelyä.¹⁶⁷

Kun yritysjärjestelyn osapuolet ovat päätyneet yrityskauppavalvonnan kohteeksi, kilpailuviranomaiset tarkastelevat yhtenä tekijänä yritysten markkinavoimaa. Markkinavoima on käsite, jota kuvaavat muun muassa suuret myyntikatteet, vaakat ja korkeat markkinaosuudet sekä stabiilit keskittymisasteet¹⁶⁸. Markkinavoimaa ei tule kuitenkaan sekoittaa yrityksen kokoon¹⁶⁹, sillä markkinavoimaa voi olla myös yrityksellä, jonka markkinarakenne on suhteellisen pieni, jos markkina on riittävän paikallinen, keskittynyt ja kilpailijoita on vähän.¹⁷⁰ Horisontaaliset yrityskaupat ovat erityisen tärkeitä markkinavoiman kilpailuoikeudellisia vaikutuksia määriteltäessä, sillä horisontaalisissa kaupoissa yritysten tuotteet ja palvelut ovat toistensa kilpailijoita, jolloin kaupan vaikutus hintojen määräytymiseen voi olla olennaisempi kuin muissa yritysjärjestelyissä.¹⁷¹ Markkinavoima-arvioinnissa keskeinen käsite on myös määräävä markkina-asema, jota pidetäänkin yrityskauppavalvonnan ”kriittisenä mittarina”.¹⁷²

Määräävän markkina-aseman syntyminen on yleisin yrityskauppoihin liittyvä kilpailuongelma, joilla yrityskauppojen toteutumista voidaan yrityskauppavalvon-

¹⁶⁵ Idem, s. 25.

¹⁶⁶ Ks. EU-sulautuma-asetus, 139:2004, artikla 1(2): Yrityskauppa kuuluu yrityskauppavalvonnan piiriin, kun 1) keskittymään osallistuvien yritysten yhteenlaskettu koko maailmasta kertynyt kokonaisliikevaihto on yli 5 miljardia euroa ja ainakin kahden siihen osallistuvan yrityksen EU:n alueelta kertynyt liikevaihto on erikseen yli 250 miljoonaa euroa, ellei jokaisen keskittymään osallistuvan yrityksen omasta EU:n alueelta kertyneestä kokonaisliikevaihdosta yli kaksi kolmasosaa ole kertynyt yhdestä ja samasta jäsenvaltiosta. Ks. myös EU-sulautuma-asetus, 139:2004, artikla 1(3), jossa määritellään toisenlaiset raja-arvot. Ks. tarkemmin esim. Leivo ym. 2013, s. 1055.

¹⁶⁷ Leivo ym. 2013, s. 1129.

¹⁶⁸ Aalto-Setälä ym. 2008, s. 131.

¹⁶⁹ Virtanen 2001, s. 142.

¹⁷⁰ Van Bael & Bellis 2010, s. 675 – 685. Määrittelyssä on sovellettu Komission tiedonantoa merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta (97/C 372/03).

¹⁷¹ Aalto-Setälä ym. 2008, s. 356.

¹⁷² Idem, s. 359. Ks. määräävästä markkina-asemasta enemmän myös luku 5.1.1.

nassa olevien yritysten osalta rajoittaa. Aiemmin se olikin ainut mittari yrityskauppojen hyväksyttävyyttä arvioitaessa (niin sanottu *dominanssitesti*). Komissio on kuitenkin siirtynyt uuteen SIEC-testiin vuonna 2004, minkä vuoksi yrityskauppojen arviointiperusteet ovat muuttuneet ja laajentuneet. Nykyisin komissio voi puuttua myös sellaisten keskittymien järjestelyihin, joiden seurauksena yrityskaupan osapuolten välisen kilpailupaineen poistuminen johtaa kilpailuongelmiin. Kilpailuongelmiin johtaminen ei taas edellytä markkinatoimijoilta yksinomaista tai yhteistä määräävää asemaa.¹⁷³ Täten komissiolla on ainakin teoreettinen mahdollisuus puuttua yhä useammin kauppoihin, joilla nähdään olevan negatiivisia kilpailuoikeudellisia vaikutuksia, vaikka määräävän markkina-aseman mukaiset kriteerit eivät täytykään.

5.1.3 Liitännäisrajoitustiedonanto

Liitännäisrajoitustiedonannossa¹⁷⁴ selvennetään sulautuma-asetuksen säännösten soveltamista muun muassa yrityskauppojen kilpailukieltovelvoitteen¹⁷⁵. Aiemmin esitetyllä yrityskauppavalvonnalla on merkittävä rooli liitännäisrajoitustiedonannon soveltamisessa, sillä tiedonantoa käytetään ohjeena sellaisten yrityskauppojen kilpailukieltosopimuksissa, jotka täyttävät sulautuma-asetuksen kynnysraja-arvot ja kuuluvat siten myös yrityskauppavalvonnan piiriin.¹⁷⁶ Tiedonannon soveltaminen edellyttää yrityskauppavalvonnan edellytysten lisäksi, että kilpailukieltovelvoitteen *tulee koskea suoraan keskittymän toteuttamista* ja sen tulee olla välttämätön osa *yrityskaupan toteutumista*¹⁷⁷.

Jotta kilpailukiellolla olisi suora yhteys keskittymän toteuttamiseksi, kilpailukiellolla tulee olla taloudellinen liitännäisyhteys yrityskauppaan. Taloudellisella liitännällä mahdollistetaan yrityskaupan kohteen sujuva siirtäminen ja haltuunotto.¹⁷⁸ Välttämättömyyden kriteerit taas täyttyvät muun muassa silloin, kun yrityskaupan toteutuminen ilman liitännäisrajoituksena toimivaa kilpailukieltosopimusta olisi huomattavasti epävarmempaa tai kaupan kustannukset kasvaisivat selvästi

¹⁷³ Leivo ym. 2013, s. 1126 – 1127.

¹⁷⁴ Komission tiedonanto keskittymiin suoraan liittyvistä ja niiden kannalta välttämättömistä rajoituksista (2005/C 56/03).

¹⁷⁵ Ks. esim. Huhtamäki 2010, s. 79.

¹⁷⁶ Leivo ym. 2013, s. 1255.

¹⁷⁷ Ibid.

¹⁷⁸ Leivo ym. 2013, s. 1255 – 1256.

suuremmiksi. Myös yrityskauppaprosessin keston pitkittyminen on nähty välttämättömänä syynä kilpailukieltovelvoitteen käyttämiseksi.¹⁷⁹ Mikäli kilpailukieltovelvoitetta ei tulkita suoraan keskittymää koskevaksi ja välttämättömäksi yrityskaupan toteutumisen kannalta, siihen sovelletaan pääsääntöisesti SEUT 101(1) artiklaa. SEUT 101(1) artiklan mukaan kilpailukieltosopimukset ovat kiellettyjä.¹⁸⁰ Tämän vuoksi välttämättömyden ja välittömyden kilpailuoikeudelliset edellytykset tulisi tarkastaa ja perustella jo yrityskaupan due diligence - tarkastuksissa.¹⁸¹

Liitännäisrajoitustiedonantoa sovelletaan erityisen sitovasti sulautumaasetuksen kynnysraja-arvot ylittäviin kauppoihin. EU-komissio onkin katsonut, että tiedonannossa kuvatuista periaatteista voi olla perusteltua poiketa ainoastaan silloin, kun asiaan liittyy *poikkeuksellisia olosuhteita*¹⁸². Kynnysraja-arvot alittavissa kaupoissa tiedonannon sitovuus ja merkitys on heikompi. Oikeuskirjallisuudessa on kuitenkin korostettu, että tiedonanto antaa myös suuntaviivoja siitä, milloin sopimusoikeudellisten liitännäisrajoitusten vaikutukset eivät kuulu SEUT 101(1) artiklan kielto rajoitusten piiriin.¹⁸³ Täten liitännäisrajoitustiedonannoilla voi olla välillistä vaikutusta myös kynnysraja-arvot alittavien kauppojen ja niiden kilpailukieltovelvoitteen sopimusoikeudellisessa arvioinnissa.¹⁸⁴

5.2 Yhteenveto kilpailukieltovelvoitteeseen soveltuvasta EU:n kilpailuoikeuden sääntelystä

Sulautumaasetuksen kynnysraja-arvot täyttävien yrityskauppojen kilpailukieltosopimukseen sovelletaan liitännäisrajoitustiedonantoa, mikäli sallitulle liitännäisrajoitukselle asetetut edellytykset täyttyvät. Jos liitännäisrajoitukselle asetetut välittömyys- ja välttämättömyysvaatimukset eivät täyty, kilpailukieltovelvoite tulkitaan lähtökohtaisesti EU-kilpailuoikeuden vastaiseksi SEUT 101(1) artiklan mukaisesti. Yrityskauppojen kilpailukieltovelvoitetta ei voida tulkita päteväksi myöskään SEUT 101(3) artiklan tehokkuuspuolustuksen nojalla. EU-

¹⁷⁹ Carlson ym., 1999 s. 75.

¹⁸⁰ Ks. esim. Faull & Nikpay 2007, s. 516.

¹⁸¹ Ks. esim. Hiltunen ym. 1998, s. 159, ks. myös luvut 2.2.1 ja 2.2.2.

¹⁸² Ks. esim. Leivo ym. 2013, s. 1259.

¹⁸³ Jones & Sufrin 2008, s. 201.

¹⁸⁴ Idem. s. 200 – 201.

tuomioistuin on lisäksi katsonut oikeuskäytännössään, että kilpailukieltosopimusta ei voida oikeuttaa de minimis -tiedonannon perusteella. Täten yrityskauppojen kilpailukieltosopimukset ovat lähtökohtaisesti hyväksytyjä EU-tasolla ainoastaan liitännäisrajoitustiedonannon ohjeistuksen mukaisesti. Tämän vuoksi osapuolten tulisikin seurata tiedonantoa mahdollisimman tarkasti erityisesti kynnysraja-arvot ylittävissä kaupoissa.¹⁸⁵

Aiemmin yrityskaupan osapuolet ovat voineet tiedustella kilpailukieltosopimuksen lainmukaisuutta joko komissiolta tai kansalliselta kilpailuviranomaiselta.¹⁸⁶ Vuoden 2004 sulautuma-asetus kuitenkin määritteli, että komission hyväksyvä yrityskauppapäätös kattaa myös yrityskaupan liitännäisrajoitukset ilman komission erillistä tarkastelua.¹⁸⁷ Tämä tarkoittaa, että yrityskaupan osapuolten onkin lähtökohtaisesti tutkittava itse, onko yrityskauppaan sisältyvä kilpailukieltosopimus luonteeltaan EU:n kilpailusääntöjen mukainen. Komissiolta on voinut kuitenkin pyytää liitännäisrajoitusarviointia, jos kyse on *uudesta ja ratkaisemattomasta kysymyksestä, joka aiheuttaisi selvästi epävarmuutta*. Poikkeuksellisessa arvioinnissa kyseeseen tulevat lähinnä sellaiset kilpailunrajoitukset, joita ei käsitellä tiedonannossa ja joihin komissio ei ole ottanut kantaa julkaisemassaan tapauskäytännössä.¹⁸⁸ Kilpailukieltosopimuksia on erikseen käsitelty sekä liitännäisrajoitustiedonannossa että tapauskäytännössä, joten komissiolta ei ole pääsäännön mukaan mahdollista saada enää erillistä liitännäisrajoitusarviota. Kilpailukieltovelvoitteen pätevyysarvio tulisikin suorittaa lähinnä liitännäisrajoitustiedonannon ja yrityskauppapäätösten historiallisen oikeuskäytännön perusteella¹⁸⁹.

¹⁸⁵ Ks. tarkemmin edellä luvut 5.1.1, 5.1.2 ja 5.1.3.

¹⁸⁶ Ks. esim. Huhtamäki 2010, s. 78.

¹⁸⁷ Sulautuma-asetuksen johdanto-osan kohta 21.

¹⁸⁸ Leivo ym. 2013, s. 1259.

¹⁸⁹ Ks. esim. Huhtamäki 2010, s. 91.

6 KILPAILUKIELTOVELVOITE SUOMEN KILPAILU-OIKEUDESSA

6.1 Suomen ja EU:n kilpailuoikeuden välinen suhde

EU:n kilpailuoikeus on toiminut esikuvana jo pidempään kansalliselle kilpailulainsäädännöllemme. Vuoden 2004 ja 2011 kilpailulain uudistuksilla kansallinen lainsäädäntö on viimeistään harmonisoitu vastaamaan EU:n kilpailuoikeudellisia säännöksiä.¹⁹⁰ Kullekin EU:n jäsenvaltiolle on kuitenkin jätetty oikeus kehittää kansallista kilpailuoikeuttaan myös kansallisen kilpailuympäristön vaatimalla tavalla.¹⁹¹ Kansallinen lainsäädäntö ei voi olla kuitenkaan ristiriidassa EU-kilpailuoikeuden soveltamisen kanssa, ja tosiasiallisesti EU:n kilpailuoikeudelliset yksityiskohtaiset asetukset ja direktiivit jättävätkin vain vähän liikkumisvaraa kansallisen kilpailuoikeuden säätäjille¹⁹².

EY-kilpailuoikeuden modernisointipaketeiksi kutsutut asetukset 1/2003 ja 773/2004 määrittävät, että kansallisilla kilpailuviranomaisilla on valta soveltaa omassa päätöksenteossaan ja ratkaisuisaan suoraan EU:n perustamissopimuksen mukaisia 101 ja 102 artikloja. Huomattavaa on, että EU:n kilpailuoikeudellisia säännöksiä on mahdollista soveltaa myös rinnakkain Suomen kilpailulain kanssa.¹⁹³ Täten esimerkiksi yrityskauppojen kilpailukieltovelvoitteeseen voidaan soveltaa sekä EU:n kilpailuoikeutta että kansallisia säännöksiä.

Kilpailulakia sovelletaan Suomen alueen markkinoilla kaikkiin elinkeinoaloihin (lukuun ottamatta laissa nimenomaisesti säädettyt poikkeukset). Kilpailulakia voidaan poikkeuksellisesti soveltaa myös tilanteessa, jossa ulkomailla sovittu kilpailunrajoitus kohdistuu suomalaiseseen asiakaspiiriin tai sillä on muu vastaava vaikutus Suomen markkinoilla.¹⁹⁴ Täten kilpailulain mukaisia säännöksiä on noudatettava esimerkiksi tilanteessa, jossa ulkomaisten yhtiöiden toiminta saa aikaan välitöntä kilpailuoikeudellista häiriötä Suomen alueella, vaikka toimista

¹⁹⁰ Kuoppamäki 2012, s. 25.

¹⁹¹ Alkio & Wiik 2009, s. 167.

¹⁹² Kuoppamäki 2012, s. 48.

¹⁹³ Idem., s. 49 – 50.

¹⁹⁴ Idem, s. 41 ja s. 46.

onkin sovittu Suomen ulkopuolella.¹⁹⁵ EU:n kilpailuoikeudelliset säännökset tulevat taas sovellettavaksi aina silloin myös Suomessa, kun kilpailunrajoitus on omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.¹⁹⁶ Kilpailukieltovelvoitteeseen voidaankin soveltaa sekä kansallisia säännöksiä että EU:n kilpailusäännöstöä esimerkiksi tilanteessa, jossa Suomessa toimivien yritysten välisellä kilpailukieltovelvoitteella on myös unioninlaajuisia vaikutuksia jäsenvaltioiden väliseen kaupan toimivuuteen.

6.2 Kilpailukieltovelvoitteeseen soveltuvat kilpailulain säännökset

Kilpailukieltovelvoite on lähtökohtaisesti tulkittu EU-kilpailuoikeudessa kilpailua rajoittavaksi sopimukseksi, mikäli kilpailukieltota ei voida pitää yrityskaupan liittämisrajoituksena¹⁹⁷. Myös Suomessa kilpailukieltovelvoite on lähtökohtaisesti kilpailua rajoittava kielletty sopimus, sillä KilpL 5 § vastaa sisällöltään SEUT 101(1) artiklan kilpailua rajoittavien sopimusten kieltota. SEUT 101(3) artiklan mukaisesta poikkeussäännöksestä säännellään kilpailulain 6 §:ssä.¹⁹⁸ EU-kilpailuoikeuden mallia mukaillen, myös Suomessa on katsottu, että kilpailulain 6 §:llä ei voida oikeuttaa yrityskauppojen kilpailukieltovelvoitteita, sillä kilpailukieltosopimus ei täytä kaikkia kyseisen lainkohdan mukaisia edellytyksiä.¹⁹⁹ Myös määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä sääntelevä kilpailulain 7 § on samansisältöinen perustamissopimuksen 102 artiklan kanssa.²⁰⁰ Määräävällä markkina-asemalla ei kuitenkaan liene itsenäisiä vaikutuksia kilpailukieltosopimuksen soveltamisen kannalta.²⁰¹

¹⁹⁵ Aalto-Setälä ym. 2008, s. 48.

¹⁹⁶ Kuoppamäki 2012, s. 48.

¹⁹⁷ Ks. edellä luku 5.2.

¹⁹⁸ Ks. esim. Kuoppamäki 2012, s. 48.

¹⁹⁹ Kilpailulain 6 §:n mukaan kaikki lainkohdan mukaiset edellytykset tulisi täyttyä, jotta säännöstä voidaan soveltaa. Edellytysten ei ole kuitenkaan katsottu täyttyvän kilpailukieltosopimuksessa, ks. esim. Huhtamäki 2010, s. 111 – 112.

²⁰⁰ Kuoppamäki 2012, s. 48 – 49.

²⁰¹ Ks. myös edellä luku 5.1.2.

6.3 Yrityskauppavalvonta ja yrityskaupan suuntaviivat Suomen kilpailuoikeudessa

Yrityskauppavalvonta tuli Suomeen ensimmäisen kerran sulautuma-asetuksen myötä, kun Suomi liittyi Euroopan Yhteisöön vuonna 1995. Moderni yrityskauppojen valvontajärjestelmä perustui vuoteen 1998 asti lähinnä EY:n sulautuma-asetuksen mukaiseen yrityskauppajärjestelmään, kunnes Suomen kilpailunrajoituslakiin lisättiin uusi 3a luku yrityskauppavalvonnasta.²⁰² Nykyisin yrityskauppavalvontaa koskevat säännökset sisältyvät kilpailulain 4 lukuun. Vuoden 2011 uudistus on yhdenmukaistanut kilpailulain soveltamista EU:n kilpailuoikeuden kanssa muun muassa yrityskauppojen aineellista arviointia koskevien säännösten osalta²⁰³. Lähtökohta onkin, että esimerkiksi EU:n sulautuma-asetuksen säännöksiä liikevaihdon laskemisesta sovelletaan edelleen myös kansallisessa yrityskauppavalvonnassa²⁰⁴. Sulautuma-asetuksen ja kansallisen yrityskauppavalvonnan suurin ero ovat yrityskauppavalvonnan kynnyksäraivat²⁰⁵. Kilpailulain mukainen yrityskauppavalvonta tulee kyseeseen, kun yrityskaupan liikevaihto jää alle sulautuma-asetuksen kynnyksäraivojen, mutta ylittää kansalliset kynnyksäraivat²⁰⁶.

Suomen yrityskauppavalvonnan olennaisimmat muutokset vuoden 1998 jälkeen ovat olleet niin sanotun *kahden vuoden säännön*²⁰⁷ poistuminen ja SIEC-testin²⁰⁸ mukaan ottaminen sisältöarvioon. Kahden vuoden säännön poistaminen laista vuonna 2004 vähensi ilmoitettujen yrityskauppojen määrää tuntuvas-ti. Sulautuma-asetuksen mukaiseen SIEC-testiin siirtyminen vuonna 2011 taas

²⁰² Leivo ym. 2013, s. 1382 – 1383.

²⁰³ Kuoppamäki 2012, s. 25.

²⁰⁴ Idem., s. 306.

²⁰⁵ Ks. esim. Kuoppamäki s. 306 – 307.

²⁰⁶ Kilpailulain 22 §:n mukaan yrityskauppavalvontaa koskevia säännöksiä sovelletaan yrityskauppaan, jossa yrityskaupan osapuolten yhteenlaskettu maailmanlaajuinen liikevaihto ylittää 350 miljoonaa euroa ja jossa vähintään kahden yrityskaupan osapuolen Suomesta kertynyt liikevaihto ylittää kummankin osalta 20 miljoonaa euroa.

²⁰⁷ Katramo ym. 2013, s. 1383 alaviite: ”Säännöksen nojalla hankinnan kohteen liikevaihtoon luettiin myös kaikkien niiden samalla toimialalla Suomessa toimivien yhteisöjen tai säätiöiden liikevaihdot, joissa ostaja tai sen kanssa samaan yritysryhmään kuuluva yritys oli hankintaa edeltävän kahden vuoden aikana hankkinut määräysvallan.”

²⁰⁸ Ks. tarkemmin SIEC-testistä edellä luku 5.1.2.

sai aikaan sen, että myös sellaiset järjestelyt, jotka eivät aiheuta määräävää markkina-asemaa, voidaan ottaa yrityskauppavalvonnan kohteeksi.²⁰⁹

Kilpailuvirasto on antanut vuonna 2011 uudistetut suuntaviivat yrityskauppavalvonnasta (jäljempänä ”suuntaviivat”). Suuntaviivoja sovelletaan, mikäli kilpailulain 22 §:ssä asetetut liikevaihtojen raja-arvot täyttyvät ja yrityskauppa kuuluu valvonnan piiriin. EU:n sulautuma-asetuksen kynnysraja-arvot ylittäviin kauppoihin sovelletaan sen sijaan suoraan EU:n kilpailuoikeuden säännöksiä yrityskauppavalvonnasta.

Kilpailuviraston suuntaviivojen tarkoituksena on selventää yrityskauppavalvontaa koskevien säännösten tulkinnassa noudatettavia periaatteita sekä antaa tarkempia ohjeita säännösten soveltamisessa.²¹⁰ Suuntaviivojen luvussa seitsemän annetaan ohjeistusta yrityskauppojen liitännäisrajoituksista. Yrityskauppojen kilpailukieltosopimukseen sovellettavat periaatteet pohjautuvat hyvin pitkälti liitännäisrajoitustiedonantoon, ja suuntaviivoissa onkin todettu, että myös liitännäisrajoitustiedonanto on syytä ottaa huomioon soveltuvien osin liitännäisrajoitusarvioinnissa.²¹¹ On huomattavaa, että Kilpailuviraston tekemä yrityskauppapäätös kattaa automaattisesti myös yrityskaupalle liitännäiset rajoitukset, jolloin Kilpailuvirasto ei tee erikseen arviota yksittäisen kilpailukieltosopimuksen hyväksyttävyydestä. Yrityskaupan osapuolet voivat kuitenkin halutessaan pyytää myös arviota yrityskauppailmoituksessa kilpailukieltosopimuksen liitännäisrajoitusluonteesta.²¹²

Kilpailuviraston suuntaviivojen mukaan liitännäisrajoitukset ovat yrityskaupan toteuttamiseksi välttämättömiä kilpailunrajoituksia, joita liiketoiminnan arvonsiirtäminen määräysvallan hankkijalle edellyttää. Yrityskaupasta erillisinä rajoituksina niitä taas arvioitaisiin KilpL 5 - 7 §:n mukaisesti, jolloin ne olisivat lähtökohteisesti kiellettyjä. Esimerkiksi kilpailukieltosopimus on yrityskaupasta erillinen, jos se ei liity välittömästi yrityskauppaan eikä ole välttämätön osa sen toteuttamiseksi. Lisäksi kilpailukieltosopimukselle on asetettu EU-sulautuma-asetuksen

²⁰⁹ Katramo ym. 2013, s. 1384.

²¹⁰ Ks. Suuntaviivat 2011, s. 8.

²¹¹ Suuntaviivat 2011, s. 102 alaviite. Ks. myös esim. Huhtamäki 2010 s. 80, jonka mukaan myös vanhemmat yrityskauppojen suuntaviivat on laadittu suoraan liitännäisrajoitustiedoksiantojen perusteella.

²¹² Suuntaviivat 2011, s. 102.

mukaiset kohtuullisuus- ja suhteellisuusvaatimukset. Jos nämä vaatimukset täyttyvät, kilpailukieltosopimus jää liitännäisrajoituksena KilpL 5 §:n soveltamisalan ulkopuolelle ja sopimus voi saada kilpailuoikeudellista suojaa.²¹³

²¹³ Suuntaviivat 2011, s. 102 – 104.

7 KILPAILUKIELTOSOPIMUS JA PERUSOIKEUDET

Kilpailukieltovelvoitetta tarkasteltaessa tulee huomioon ottaa myös perusoikeuksien toteutuminen. Vaikka kilpailukieltosopimus tehdäänkin yritysten välisissä järjestelyissä, kilpailukieltosopimus sitoo todellisuudessa aina luonnollisia henkilöitä. Perusoikeuksien on katsottu soveltuvan suoraan erityisesti luonnollisiin henkilöihin, mutta niitä voidaan soveltaa myös oikeushenkilöihin silloin, kun oikeushenkilöiden perusoikeuksilla voi olla välillistä vaikutusta luonnollisten henkilöiden oikeuksien toteutumisessa²¹⁴. Pöyhönen on katsonut teoksessaan, että perusoikeuksia tulisi toteuttaa jo ennakolta, jolloin perusoikeuksien ja varallisuusosoikeudellisten normien ristiriitojen muodostuminen voidaan jälkikäteen välttää myös veloitteen konkreettisessa soveltamistilanteessa.²¹⁵ Myös kilpailukieltovelvoitetta luonnosteltaessa on syytä ottaa huomioon perusoikeuksien toteutuminen, jotta perusoikeuksien loukkaukset eivät aiheuttaisi jälkikäteen ikäviä yllätyksiä sopimuksen osapuolille.

Kilpailukieltovelvoitteen kannalta olennaiset perusoikeudet ovat erityisesti perustuslain mukaiset elinkeinovapaus ja omaisuudensuoja. Elinkeinovapaus on vapausoikeus²¹⁶, jota voidaan soveltaa suoraan tuomioistuinten ratkaisukäytännössä²¹⁷. Myös omaisuudensuojasäännöksen välitön soveltaminen on yleistynyt lainkäytössä ja muussa oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa.²¹⁸ Suoran soveltamisen lisäksi myös perusoikeusmyönteinen tulkinta²¹⁹ vahvistaa näkökantaa, jonka mukaan perusoikeudet tulee ottaa huomioon jo hyvissä ajoin kilpailukieltovelvoitetta luonnosteltaessa. Perusoikeuksien huomioon ottamien vähentää riskiä siitä, että velvoite voitaisiin tulkita myöhemmin esimerkiksi riitatilanteessa perustuslain vastaiseksi.

Perustuslain 18.1 §:n mukaan *elinkeinovapaus* takaa, että jokaisella on oikeus hankkia toimeentulonsa valitsemallaan työllä, ammatilla tai elinkeinolla. Kun ve-

²¹⁴ Viljanen 2011, s. 96.

²¹⁵ Pöyhönen 2000, s. 138.

²¹⁶ Karapuu & Lavapuro 2011, s. 677.

²¹⁷ Hallberg 2011, s. 852.

²¹⁸ Länsineva 2011, s. 552.

²¹⁹ Ks. tarkemmin perusoikeusmyönteisestä laintulkinnasta Hallberg 2011, s. 864 – 865.

lallinen sitoutuu kilpailukieltovelvoitteeseen, hänen ansionsaantimahdollisuuksiin rajoitetaan perustuslaissa tarkoitetulla tavalla. Elinkeinovapaus suojaakin perusoikeutena erityisesti kilpailukieltosopimuksen velallista. Perustuslain mukainen elinkeinovapaus ei ole kuitenkaan ehdoton perusoikeus, vaan sitä voidaan tietyin edellytyksin rajoittaa. Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että perusoikeuksien rajoitusten tulee perustua aina kirjoitettuun lakiin²²⁰. Tämän vuoksi esimerkiksi oikeuskäytännössä ei ole mahdollista päätyä perustuslain vastaiseen tulkintaan ilman kirjoitettua lainkohtaa.

Huhtamäki on tuonut teoksessaan esille, että yrityskauppojen kilpailukieltovelvoite voidaan perustuslain vastaisena oikeuttaa OikTL 38 §:llä. Oikeutus toteutetaan ennen kaikkea korostamalla velallisen kohtuusnäkökulmaa.²²¹ Kilpailukieltovelvoitteen osalta onkin huomattavaa, että esimerkiksi yrityskaupan suuntaviivat tai komission liitännäisrajoitustiedonanto eivät ole kirjoitettuja lakeja, vaan ne toimivat lähinnä oikeuskäytännön mukaisina ohjeistuksina²²². Täten kyseiset ohjeistukset eivät voi toimia perusoikeuksien rajoittajina itsenäisesti, vaan rajoituksen täytyy tapahtua OikTL:n kirjoitetun lainkohdan välityksellä ja pykälän kohtuullisuusedellytykset täyttämällä.

Huhtamäen mukaan kilpailuoikeuden säännöksillä ei voida rajoittaa elinkeinovapauden toteutumista *yrityskauppojen* osalta, vaan kyseisissä järjestelyissä OikTL 38 § toimii kansallisesti ainoana hyväksyttävänä rajoitusperusteena.²²³ Oikeuskirjallisuudessa onkin katsottu, että esimerkiksi kilpailulain 6 §:n poikkeussäännöstä ei voida soveltaa nimenomaisesti yrityskauppojen *kilpailukieltoon*²²⁴. Täten perustuslain elinkeinovapauden rajoittaminen ei myöskään voi tapahtua kilpailulain säännöksiä soveltamalla, kun tutkitaan perusoikeuksien ja kilpailukieltosopimuksen välistä suhdetta. Edellä mainittu tulkinta ei kuitenkaan tarkoita sitä, etteikö poikkeussäännöstä voisi käyttää elinkeinovapauden rajoittamiseen silloin, kun tarkastellaan yrityskauppoja *yleisesti*. Kilpailulain 6 §:n poikkeussäännöksellä on siis mahdollista rajoittaa elinkeinovapautta yrityskauppojen yhteydessä silloin, kun säännöksen edellytykset täyttyvät ja kysees-

²²⁰ Ks. esim. Länsineva 2002, s. 77 ja Saraviita 2000, s. 156.

²²¹ Huhtamäki 2011, s. 42 – 43.

²²² Ks. tarkemmin komission liitännäisrajoitustiedonannosta ja Kilpailuviraston suuntaviivoista luvut 7.1.3 ja 8.3.

²²³ Huhtamäki 2010, s. 42 – 43.

²²⁴ Idem., s. 111 – 112.

sä ei ole niin sanotut vakavimmat kilpailunrajoitukset, kuten kilpailukieltosopimukset²²⁵.

Kilpailukieltovelvoitteessa konkretisoituu myös toisen perusoikeuden eli perustuslain 15 §:n omaisuuden suojan käyttäminen. Omaisuudensuojan käyttäminen edellyttää, että kyseessä on varallisuusarvoinen omaisuus²²⁶. Myös sopimussuhteisiin ja muihin yksityisoikeudellisiin oikeustoimiin perustuvat varallisuusarvoiset oikeudet rinnastuvat perustuslaissa tarkoitettuun omaisuuteen²²⁷. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on erikseen vahvistanut oikeuskäytännössään erilaisten liikearvojen (esimerkiksi yrityksen asiakaskunnan) olevan omaisuudensuojaan liitettävä varallisuusarvoinen sopimussuhde.²²⁸ Täten on selvää, että kilpailukieltosopimus, jolla siirretään liikearvoa, voidaan katsoa olevan perustuslain mukaista omaisuudensuojaa saava sopimusjärjestely.

Perustuslain elinkeinovapaudella suojataan erityisesti kilpailukieltosopimuksen velallista, kun taas omaisuudensuoja antaa perusoikeuksien mukaista turvaa myyjälle, joka haluaa suojata yrityskaupassa saatavia varallisuusarvoisia etujaan. Kyseessä on kahden perusoikeuden kollisio, joka tulisi ratkaista pääsääntön mukaisesti punninnalla²²⁹. Lähtökohta on, että yksilö ei voi vaatia niin ehdotonta suojaa perusoikeudelleen, että toisen yksilön perusoikeuksien toteutuminen loukkaantuisi. Punninnassa tulisikin saada aikaiseksi ratkaisu, joka mahdollisimman hyvin turvaisi kaikkien kilpailevien perusoikeuksien suojan.²³⁰ Perusoikeuksia ei voida lähtökohtaisesti asettaa ennalta määrättyyn tärkeysjärjestykseen, joten punninnassa voidaan käyttää hyväksi olosuhteista riippuvaisia tilannekohtaisia painoarvoja.²³¹

²²⁵ Ks. tarkemmin kilpailulain 6 §:n sisällöstä luku 6.2.

²²⁶ Viljanen 2011, s. 568.

²²⁷ Idem., s. 571.

²²⁸ Idem., s. 573. Ks. esim EIT *van Marle* 26.6.1986, kohta 41 ja *Iatridis* 25.3.1999, kohta 54.

²²⁹ Viljanen 2011, s. 139.

²³⁰ Ibid.

²³¹ Ks. esim. Pöyhönen 2000, s. 77 – 78.

8 KILPAILUKIELTOVELVOITTEEN SOVELTAMINEN

8.1 Kilpailukieltovelvoite yrityskauppavalvonnan kynnyksärajoitukset ylittävissä kaupoissa

Kilpailukieltovelvoitteeseen sovelletaan EU:n liitännäisrajoitustiedonantoa aina silloin, kun EU:n sulautuma-asetuksen mukaiset raja-arvot täyttyvät. Mikäli yrityskaupan liikevaihdot jäävät alle sulautuma-asetuksen kynnyksärajoitusten, mutta kansallisen kilpailulain mukaiset kynnyksärajoitukset ylittyvät, kilpailukieltoon sovelletaan Kilpailuviraston suuntaviivoja. Huomattavaa on, että Kilpailuviraston suuntaviivat on muotoiltu pitkälti komission liitännäisrajoitustiedonannon pohjalta, jolloin kansallinen soveltaminen ei lähtökohtaisesti voi olla ristiriitaista EU:n oikeuskäytännön ja ohjeistuksen kanssa.²³²

8.1.1 Kilpailukieltovelvoitteen oikeuttaminen liitännäisrajoitustiedonannon ja yrityskauppojen suuntaviivojen perusteella

Kilpailukieltosopimuksen tulee olla komission liitännäisrajoitustiedonannon ja Kilpailuviraston suuntaviivojen mukaan välitön ja välttämätön osa yrityskaupan toteutumisesta, jotta velvoitetta voitaisiin pitää välttämättömänä liitännäisrajoituksena ja siten kilpailuoikeudellisesti pätevänä.²³³ Sekä komissio että kilpailuvirasto ovat katsoneet, että ostajan on saatava suojautua jossain määrin myyjän kilpailulta, jotta ostaja saisi yrityskaupassa siirtyvän omaisuuden itselleen täydessä arvossaan. Kohteen täyden arvon siirtäminen edellyttää, että yrityskaupan mukana siirtyy ostajalle muun muassa ostettavan yrityksen mainetta, taitotietoa tai asiakasuskollisuutta.²³⁴ EU:n tuomioistuin on vahvistanut arvon siirtymistä koskevan periaatteen niin sanotussa *Remia*-asiassa:

²³² Ks. tarkemmin luvut 5.1.3 ja 6.3.

²³³ Ks. tarkemmin luvut 5.1, 5.2 ja 6.3.

²³⁴ Komission liitännäisrajoitustiedonanto (2005), kohta 18.

*”Tapauksessa, jossa kilpailukieltolauseke puuttuisi ja jossa myyjä ja ostaja olisivat yrityskaupan jälkeen kilpailutilanteessa, ei yrityskauppaa koskevaa sopimusta voitaisi toteuttaa. Itse asiassa myyjällä, joka tuntee erityisen hyvin siirrettävän yrityksen, olisi mahdollisuus houkutella aikaisempi asiakas kunta itselleen luovutuksen jälkeen ja tehdä näin kyseisestä yrityksestä elinkelvoton. Tällaisessa tilanteessa yrityskauppaa koskevien sopimusten kilpailukieltolausekkeilla turvataan periaatteessa se, että luovutus on mahdollinen ja todellinen. Tämän vuoksi ne itse asiassa lisäävät kilpailua, koska ne kasvattavat relevanteilla markkinoilla olevien yritysten määrää.”*²³⁵

Komission ja kilpailuviraston ohjeistuksen mukaan kilpailukiello ei ole välttämätön, mikäli yrityskauppa koskee vain aineellista omaisuutta, kuten maa-alueita, koneita tai rakennuksia.²³⁶ Komissio on myös katsonut, että jos yrityskaupassa siirtyy pelkästään yksinoikeuteen perustuvia immateriaalioikeuksia, kilpailukiello ei ole tarpeen. Kilpailukiello ei ole tällöin välttämätön, koska ostaja voi ryhtyä myyjän rikkeen jälkeen välittömiin toimenpiteisiin (kuten immateriaalioikeuksia koskevan loukkauksen nostamiseen) myös ilman kilpailukielloa. Suoja perustuu jo immateriaalioikeuksia koskevaan lainsäädäntöön ja ostajan tavaramerkkien rekisteröintimahdollisuuteen, jolloin suoja ei ole tarpeen enää lisätä kilpailukieltosopimuksella.²³⁷ Viranomaisten ohjeistuksessa on edellä mainittujen periaatteiden nojalla otettava huomioon myös yrityskauppojen muoto. Erityisesti substanssikaupoissa kilpailukieltovelvoitteen välttämättömyys on kyseenalaista tilanteissa, joissa kaupan kohteena on ainoastaan tavanomaista aineellista omaisuutta.

Komission liitännäisrajoitustiedonannossa ja kilpailuviraston suuntaviivoissa edellytetään välttämättömyyden osalta, että kilpailukiellolla saatavaa hyötyä ei ole toteutettavissa vähemmän kilpailua rajoittavin keinoin.²³⁸ Lisäksi välttämättömyyttä arvioitaessa on otettava huomioon velvoitteen sisällön kohtuullisuus. Kohtuullisuusarvioinnissa huomioitavia tekijöitä ovat erityisesti velvoitteen kesto, maantieteellinen ulottuvuus, asiasisältö sekä kohdehenkilöt.²³⁹

²³⁵ Asia 42/84 Remia BV ja muut v komissio, annettu 11.7.1985, kohta 19.

²³⁶ Liitännäisrajoitustiedonanto 2005, kohta 21.

²³⁷ Liitännäisrajoitustiedonanto 2005, kohta 19.

²³⁸ Liitännäisrajoitustiedonanto 2005, kohta 13 ja Kilpailuviraston suuntaviivat 2011, s. 103.

²³⁹ Ks. esim. asia 42/84 Remia BV ja muut v komissio, annettu 11.7.1985, kohta 20 sekä Kilpailuviraston suuntaviivat 2011, s. 104 – 105.

8.1.2 Liitännäisrajoitustiedonannon ja yrityskauppojen suuntaviivojen kohtuullisuusarvioinnissa huomioon otettavat seikat

Kilpailukieltosopimuksen kesto arvioidaan tapauskohtaisesti, mutta se ei voi olla kuitenkaan pääsääntöisesti pidempi kuin kolme vuotta. Kolmen vuoden kilpailukiello on sallittu silloin, kun yrityskaupassa siirtyy ostajalle sekä *liikearvoa (mainetta)* että *taitotietoa*. Mikäli yrityskaupassa siirtyy ostajalle ainoastaan liikearvoa, kilpailukiellon kesto voi olla enintään kaksi vuotta komission tiedonannon mukaisesti.²⁴⁰ Komission tiedonannossa ja kilpailuviraston suuntaviivoissa ei kuitenkaan ole mainintaa, kuinka pitkä kilpailukiello on sallittu silloin, kun ostajalle siirtyy yrityskaupassa ainoastaan taitotietoa. Oikeuskäytäntö ja oikeuskirjallisuus puoltavat näkökantaa, jonka mukaan myös pelkän taitotiedon siirtäminen voi oikeuttaa kahden vuoden kilpailukielloon.²⁴¹

Komissio on sallinut poikkeuksellisesti oikeuskäytännössään myös yli kolmen vuoden mittaisia kilpailukieltoja. Oikeuskäytännössä on hyväksytty esimerkiksi viiden vuoden kilpailukiello silloin, kun alalla on suhteellisen korkea asiakasuskollisuus ja tuotteiden pitkä elinkaari.²⁴² Myös uusia teknologioita sisältävät tuotteet ovat saaneet suojakseen viiden vuoden kilpailukiellon, kun niihin on sisällytynyt pitkä elinkaari ja erityistä taitotietoa.²⁴³ Komissio on lisäksi katsonut, että myytävän yrityksen käynnissä oleva tuotekehitys voi puoltaa kolmea vuotta pidempää kilpailukieltoa.²⁴⁴

Toinen kilpailukieltovelvoitteessa tarkasteltava sisältötekijä on veloitteen *asiallinen ulottuvuus*. Asiallinen sisältö rajaa kilpailukiellon koskemaan vain sellaisia tuotteita tai palveluita, joita yrityskaupan myyjä tarjoaa yrityskauppaa tehtäessä. Täten kilpailukieltoa ei voida ulottaa koskemaan sellaista toimialaa, jolla myyjä ei ole myöskään toiminut ennen yrityskaupan solmimista. Poikkeustilanteissa kilpailukiello voi kuitenkin koskea tuotteita ja palveluita, joita ei ole vielä markki-

²⁴⁰ Liitännäisrajoitustiedonanto (2005), kohta 20 ja Kilpailuviraston suuntaviivat 2011, s. 104.

²⁴¹ Ks. taitotiedon suojasta esim. Kilpailuviraston päätös Dnro 792/81/2001, 7.9.2001. Ks. myös Huhtamäki 2010, s. 83.

²⁴² Komission päätös COMP/M.1980 *Volvo/Renault V.I.*, annettu 1.9.2000, kohta 56.

²⁴³ Komission päätös IV/M.1298 *Kodak/Imation*, annettu 23.10.1998, kohta 73.

²⁴⁴ Komission päätös IV/M.937 (1997).

noitu, mutta joiden kehitystyö on jo pitkällä tai valmistunut kokonaan.²⁴⁵ Itä-Suomen hovioikeuden vuonna 2012 antamassa ratkaisussa on vahvistettu Etelä-Savon kärjäoikeuden tuomion oikeellisuus ja periaate, jonka mukaan kilpailukieltosopimus voi ulottua vain sellaiselle toimialalle, jolla myyjällä on kaupparekisteriotteen mukaan toimintaa. Päätöksessä on otettu huomioon myös yhtiön todellinen toimiala. Ratkaisu noudattaa hyvin pitkälti liitännäisrajoitustiedonanon edellä mainittua periaatetta:

*Asiassa oli selvää, että yhtiön keskeisin toimiala yhtiön kauppaa tehtäessä oli ollut hydraulikkalaitteiden kauppa, huolto, korjaus ja asennustoiminta, mikä ilmeni kaupparekisteriotteesta. Vastaajan sähköasennustöiden ei voitu riittävän selvästi katsoa kuuluneen yhtiön toimialaan.*²⁴⁶

Päätös voisi olla huomattavasti toisenlainen, mikäli yhtiö olisi todellisuudessa harjoittanut toimintaa alalla, jolla velallinen on kilpailua suorittanut. Ratkaisun perusteena ei voitane pitää pelkästään kaupparekisterin mukaista tilaa, vaan tulkinnassa on perusteltua antaa sijaa myös yhtiön todelliselle toiminnalle.

Kilpailukieltovelvoitteen tulee olla kohtuullinen myös *maantieteelliseltä laajuudeltaan*. Velvoitteen tulee rajoittua alueeseen, jolla yrityskaupan myyjä on tarjonnut liiketoimintansa tuotteita tai palveluita ennen yrityskaupan solmimista. Kilpailukieltosopimus voi poikkeuksellisesti kohdistua myös alueelle, jonne myyjä on investoinut tai muuten suunnitellut liiketoimintansa perustamista.²⁴⁷

Kilpailukieltosopimusta määritettäessä on otettava huomioon myös velvoitteen kohdehenkilöt. Myyjä ei voi ulottaa velvoitetta koskemaan kolmansia osapuolia, vaan kilpailukieltosopimus voi kohdistua ainoastaan myyjään itseensä sekä sen tytäryhtiöihin ja kauppaedustajiin. Tärkeää on myös huomata, että velvoite ei saa asettaa jälleenmyyjille tai käyttäjille tuonti- tai vientirajoituksia.²⁴⁸ Komissio on päätöksessään *TESCO/Catteau*²⁴⁹ vahvistanut kolmansia osapuolia koskevan periaatteen. Tulkinnan mukaisesti kilpailukieltosopimus ei voi olla niiltä osin pätevä,

²⁴⁵ Liitännäisrajoitustiedonanto 2005, kohta 23 ja Kilpailuviraston suuntaviivat 2011, s. 105.

²⁴⁶ Itä-Suomen HO 27.9.2012 802.

²⁴⁷ Liitännäisrajoitustiedonanto 2005, kohta 22 ja Kilpailuviraston suuntaviivat 2011, s. 105.

²⁴⁸ Liitännäisrajoitustiedonanto 2005, kohta 24. Ks. myös Kilpailuviraston suuntaviivat 2011, s. 105.

²⁴⁹ Komission päätös IV/M.301 (1993). Myös kilpailuvirasto on tehnyt vastaavanlaisen tulkinnan päätöksessään Dnro 8/359/98.

kun se ulottaa vaikutuksensa myyjän perheenjäseniin, jotka eivät olleet yhtiön osakkeenomistajia. Tulkinta olisi voinut olla erilainen, jos perheenjäsenillä olisi ollut tiiviimpi yhteys myytävään yritykseen esimerkiksi osakeomistuksen tai johdettavan asemansa vuoksi²⁵⁰.

Yrityskaupan yhteydessä voi olla tarpeen myös sopia siitä, että myyjä ei saa houkutella luovutettavan yrityksen henkilökuntaa palvelukseensa tietyn ajanjakson aikana. Kilpailukieltosopimus rinnastuu komission tiedonannon ja Kilpailuviraston suuntaviivojen mukaan myös rekrytointikieltoon. Lisäksi salassapitositoumuksilla on katsottu olevan kilpailukiellon kanssa yhteneväisiä vaikutuksia. Täten kyseisiä liitännäisrajoituksia arvioidaan samoilla periaatteilla, kuin kilpailukieltosopimustakin.²⁵¹

8.2 Kilpailukieltovelvoite kynnysraja-arvot alittavissa kaupoissa

Yrityskaupoissa, jotka eivät toteuta EU:n tai kansallisen yrityskauppavalvonnan kynnysraja-arvoja, liitännäisrajoitustiedonannon ja yrityskaupan suuntaviivojen soveltuminen kilpailukieltosopimukseen on epäselvää. Näissä kaupoissa on tulkittu, että tiedonantoa tai suuntaviivoja ei voida soveltaa kilpailukieltosopimukseen ainakaan velvoittavasti. Oikeuskirjallisuudessa on kuitenkin katsottu, että esimerkiksi komission tiedonantoa voidaan käyttää hyväksi myös veloitteen sopimusoikeudellisessa tulkinnassa.²⁵² Suomessa sopimusoikeudellinen tulkinta tiivistyy erityisesti OikTL 38 §:n mukaiseen kohtuullisuuteen. Säännöksen mukaista kohtuullisuutta arvioitaessa voidaan ottaa huomioon samoja seikkoja, kuin liitännäisrajoitustiedonannon ja yrityskaupan suuntaviivojen mukaisissa tulkinnoissakin. Näiden lisäksi pykälän sanamuoto velvoittaa ottamaan huomioon velallisen ansionsaantimahdollisuudet ja veloitteen sitoutumisesta saatava etuuspalkkio.²⁵³

²⁵⁰ Ks. myös Huhtamäki 2010, s. 82.

²⁵¹ Liitännäisrajoitustiedonanto, kohta 26

²⁵² Ks. esim. Jones & Sufrin 2008, s. 201, idem. alaviite 351 ja Huhtamäki 2010, s. 108.

²⁵³ Ks. tarkemmin OikTL 38 §:stä luku 4.3.

8.2.1 Kilpailukieltovelvoitteen oikeuttaminen OikTL 38:n nojalla

Koska yrityskauppa- ja kilpailuvalvonnan kynnysraja-arvot alittavissa kaupoissa kilpailukieltovelvoitetta ei voida suoraan oikeuttaa liitännäisrajoitustiedonannolla tai yrityskaupan suuntaviivoilla, voidaan kyseisissä kaupoissa oikeutus saada lähinnä OikTL 38 §:n nojalla. Jotta kilpailukieltosopimus voi olla pätevä, velvoitteen tulee ensinnäkin täyttää OikTL 38 §:n mukaiset kohtuullisuusedellytykset. Tämän lisäksi velvoitteella ei saa olla selviä negatiivisia kilpailuvaikutuksia. Muutoin velvoite tulkitaan kilpailulain 5 §:n nojalla kielletyksi kilpailunrajoitukseksi.²⁵⁴

Kilpailukieltosopimuksen hyväksyttävyyssarvion osalta on katsottu, että myös kilpailulain 6 §:n 2 kohta tulisi ottaa huomioon, kun punnitaan onko kilpailukieltosopimus pätevä vai ei. Virtasen mukaan kyseinen lainkohta tulisi ottaa säännöksen sanamuodon mukaisesti huomioon siten, että mikäli kilpailukielto jättää *kuluttajille kohtuullisen osuuden hyödyttä*, velvoite voi olla sallittu.²⁵⁵ Päinvastaisessa tulkinnassa päädyttäisiin oikeuskirjallisuuden mukaan tilanteeseen, jossa kilpailukieltovelvoite tulkittaisiin lähestulkoon aina kilpailuoikeuden kieltämäksi järjestelyksi.²⁵⁶

On kuitenkin kyseenalaista, tulisiko kilpailulain 6 §:ää ottaa velvoitteen oikeuttamisarviointissa laisinkaan huomioon. EU:n kilpailuoikeudessa ei ole tuettu näkökantaa, jonka mukaisesti kilpailulain 6 §:ää vastaavalla 101(3) artiklalla voitaisiin oikeuttaa kilpailukieltosopimusten pätevyys. Myöskään vähämerkityksellisiin sopimuksiin liittyvä *de minimis* –tiedonannon ei ole katsottu koskettavan kilpailukieltosopimusta.²⁵⁷ EU:n kilpailuoikeuden toimiessa kansallisen kilpailuoikeuden esikuvana, olisi poikkeuksellista, että samanlaisia säännöstyöjä soveltaessa suomalaisessa tulkinnassa tehtäisiin täysin erilainen periaatepäätös kuin EU:n kilpailuoikeuden soveltamisessa. Tämän vuoksi pienempien yrityskauppojen kilpailukieltovelvoitteelle ei olekaan välttämätöntä löytää suoranaista oikeutusta kilpailulainsäädännöstä, vaan velvoite voidaan hyväksyä OikTL 38 §:n sekä liitännäisrajoitustiedonannon ja yrityskauppojen suuntaviivojen mukaisella epäsuoralla soveltamisvaikutuksella.

²⁵⁴ Ks. esim. Huhtamäki 2010, s. 112.

²⁵⁵ Huhtamäki 2010, s. 112, idem. alaviite 341. Asian on tulkinnut tämän mukaisesti Virtanen asiantuntijalausunnossaan Oulun KO 16.3.2009 L 08/4558.

²⁵⁶ Ks. esim. Huhtamäki 2010, s. 112 ja Fahlbeck 1992, s. 79.

²⁵⁷ Näin myös Huhtamäki 2010, s. 112. Ks. tarkemmin *de minimis* –tiedonannosta luku 5.1.1.

8.2.2 OikTL 38 §:n tulkinta uudemman oikeuskäytännön valossa

OikTL 38 §:n tulkinnassa voidaan pääsääntöisesti käyttää tukena samoja periaatteita, kuin EU:n sulautuma-asetuksen liitännäisrajoitustiedonannossa ja kansallisissa yrityskaupan suuntaviivoissa. OikTL:n mukaisessa soveltamiskäytännössä on kuitenkin tullut esille myös sellaisia periaatteita, joita ei varsinaisesti ole otettu huomioon komission ja Kilpailuviraston ohjeistuksissa. Periaatteet eivät ole luonnollisestikaan sitovia, mutta niillä voi olla ainakin välillistä vaikutusta myös tulevaan käytäntöön, kun tuomioistuimet joutuvat puntaroimaan, onko velvoite OikTL 38 §:n edellytykset täyttävä ja siten sopimusoikeudellisesti pätevä.

Vaasan hovioikeus on vahvistanut ratkaisussaan vuonna 2013 Etelä-Pohjanmaan kärjäoikeuden tuomion, jossa kilpailukielttoon sitoutuneen velallisen valmisteltu mutta kariutunut hanke ei ole ollut sellainen kilpailukieltoteko, joka olisi rikkonut konsultointisopimukseen liitettyä kilpailukieltosopimusta.²⁵⁸ Kärjäoikeus on tuomionsa perusteluissa käyttänyt vanhemman oikeuskäytännön mukaista sääntöä (KKO 1985 II 158 ja KKO 1990:37), jonka mukaan valmistelevalta toiminnasta pitäisi olla nimenomaisesti sovittu tai valmistelun selaisenaan pitäisi vähintäänkin aiheuttaa toiselle osapuolelle vahinkoa, jotta sitä voitaisiin pitää sopimuksen vastaisena kilpailuna. Vaikka kyseinen periaate on vahvistettu erityisesti työsopimusten mukaisessa käytännössä ja yrityskauppojen ulkopuolella, sääntöä voitaneen käyttää soveltavasti myös yrityskauppojen kilpailukieltosopimuksiin. Näissä tilanteissa on ostajan edun mukaista, että myös myyjän valmisteleva toiminta on määritelty kilpailukieltolausekkeen sanamuodossa kielletyksi kilpailevaksi toiminnaksi. Muussa tapauksessa kilpailukiellon rikkomisesta lienee epätodennäköistä saada korvausta, mikäli valmisteleva toiminta ei ole yksiselitteisesti aiheuttanut vahinkoa ostajalle. Kyseinen virhe jää selkeästi ostajan riskiksi, sillä esimerkiksi varsinaisesta kilpailevasta toiminnasta maksettavaksi tuleva sopimussakko ei edellytä laisinkaan yksiselitteisen vahingon toteennäyttämistä, vaan sopimussakko voi tulla maksettavaksi myös ilman todellista taloudellista menetystä²⁵⁹.

²⁵⁸ Vaasan HO 17.1.2013 S 11/1267 ja Etelä-Pohjanmaan KO 15.9.2011 L 10/9279 ja L 11/2026.

²⁵⁹ Ks. sopimussakosta tarkemmin luku 3.2.

Oikeuskirjallisuudessa on ollut esillä näkemys, jonka mukaan kilpailukieltosopimuksen kaltaista negatiivista toimimisvelvoitetta tulisi tulkita supistavasti. Supistavaa tulkintaa on perusteltu sillä, että kilpailukieltosopimuksella velalliselta kielletään sellainen toiminta, joka olisi ilman velvoitetta sallittua.²⁶⁰ Kyseinen periaate on eräällä tasolla hyväksytty jo edellä esitetystä hovioikeuden päätöksestä. Vielä vahvemmin tämä periaate ilmenee Vaasan hovioikeuden vuonna 2011 annetussa ratkaisussa, jonka vaikutuksia on tutkittu myös luvussa 3.1²⁶¹. Päätöksestä ilmenee, että liiketoimintakaupan osapuolet ovat sitoutuneet kaupassa kilpailukieltosopimukseen, jonka mukaan velallinen ei saanut perustaa velvoitteen voimassaoloaikana kilpailevaa tilitoimistoa tietylle maantieteelliselle alueelle. Hovioikeuden tuomion mukaan liiketoimintakaupan osapuolten tarkoituksena ei ollut kilpailukieltosopimuksella kuitenkaan estää työntekijää siirtymästä toisen työnantajan palvelukseen työsuhteisena työntekijänä. Tuomiossa on huomioitu päätöstä tukevin seikkoina myös liiketoimintakaupan alhainen kauppahinta ja velvoitteen ajallinen kesto.²⁶²

Ratkaisusta voidaan nostaa esille johtopäätös, jonka mukaan kilpailukieltosopimusta ei voida laajentaa koskemaan sellaista kilpailevaa tekoa, jota kilpailukieltosopimuksen sanamuodossa ei ole nimenomaisesti kielletty. Sopimuksen sanamuodossa on otettava täten huomioon erityisesti osapuolten tarkoitus. Ehtojen mukaista sanamuotoa ei ole perusteltua tulkita laajentavasti varsinkaan siten, että sen soveltaminen aiheuttaisi velvoitteeseen sitoutuneelle osapuolelle sopimuksen tarkoituksesta poikkeavan kohtuuttoman lopputuloksen. Täten Noroksen tulkinta²⁶³ negatiivisten velvoitteiden supistavasta tulkinnasta näyttää saaneen vaikutuksia ainakin hovioikeuden ratkaisujen perusteella.

8.3 Kilpailukieltosopimuksen pätemättömyys

Kilpailukieltosopimuksen pätemättömyyttä joudutaan punnitsemaan tyypillisesti oikeudenkäynneissä, joissa velkoja vaatii kilpailukieltoon sitoutuneelta velalliselta seuraamuksia kilpailukiellon rikkomisesta. Yleinen velkojan vaatimus koskee

²⁶⁰ Norros 2010, s. 57.

²⁶¹ Ks. tarkemmin luku 3.1, s. 15.

²⁶² Vaasan HO 29.12.2011 1541.

²⁶³ Norros 2010, s. 57.

sopimuksen mukaista sopimussakkoa.²⁶⁴ Velallinen voi vapautua rikkomisesta johtuvasta seurauksesta vetoamalla joko velvoitteen kilpailu- tai sopimusoikeudelliseen pätemättömyyteen. Kilpailuoikeudellisella pätemättömyydellä tavoitellaan erityisesti tehokkaan kilpailun turvaamista, kun taas sopimusoikeudellisen pätemättömyyden ensisijainen tehtävä on turvata toisen sopimusosapuolen suojaa²⁶⁵. Sekä kilpailuoikeudellisen että sopimusoikeudellisen pätemättömyyden katsotaan johtavan samanlaisiin seuraamuksiin.²⁶⁶ Pääseuraamuksina on suoritusvelvollisuuden lakkaaminen tai sen sijaan tulevan vahingonkorvausvelvollisuuden poistuminen.²⁶⁷ Tällöin kilpailua rajoittavaa sopimusta ei voida panna täytäntöön myöskään yleisessä tuomioistuimessa tai välimiesmenettelyssä.²⁶⁸ Jos sopimus todetaan pätemättömäksi, velkojan seurausvaatimus ei voi pääsääntöisesti perustua pätemättömäksi todettuun sopimuksen osaan, ja esimerkiksi sopimussakon maksuvelvollisuus lakkaa.

8.3.1 Sopimusoikeudellinen pätemättömyys

Kilpailukieltosopimuksen sopimusoikeudellinen pätemättömyys voi aktualisoidua, kun sopimusta ei voida panna täytäntöön sen muodossa, syntymisessä, sisällyksessä tai sopimuksessa itsessään olevan muotovirheen vuoksi.²⁶⁹ OikTL 28 – 33 §:issä säädellään niin sanotuista klassisista pätemättömyysperusteista²⁷⁰. Klassisten pätemättömyysperusteiden on katsottu oikeuskirjallisuudessa olevan säännöksiä, joihin ei voi vedota muut kuin loukattu osapuoli. Klassiset pätemättömyysperusteet soveltuvat yleisinä säännöksinä myös kilpailukieltosopimukseen. Niiden sijasta sopimusoikeudellisen pätemättömyyden mielenkiintoisin osa-alue on kilpailukieltosopimuksen sisällöstä johtuva pätemättömyys. Sen erityispiirteet tulevatkin esille lähinnä OikTL 38 §:n mukaisessa arvioissa.

OikTL 38 §:n mukaan kilpailukieltosopimus ei sido velallista siltä osin kuin se kohtuuttomasti rajoittaa hänen toimintavapauttaan. Pätemättömyysarvioissa tulee huomioida kaikki asiaan vaikuttavat tekijät, kuten velvoitteen ajallinen kesto,

²⁶⁴ Aine 1998, s. 95 ja Huhtamäki 2010, s. 164.

²⁶⁵ Ks. esim. Hemmo I 2003, s. 412 – 413.

²⁶⁶ Huhtamäki 2010, s. 164.

²⁶⁷ Ks. Hemmo I 2003, s. 322 - 323 ja Aine 2013, s. 57.

²⁶⁸ Aine 2013, s. 57.

²⁶⁹ Saarnilehto ym. 2001, s. 375.

²⁷⁰ Ks. esim. Hemmo I, s. 309.

maantieteellinen laajuus, veloitteen tarpeellisuus ja velallisen ansionsaanti-mahdollisuudet²⁷¹. Pätemättömyyttä voidaan siis arvioida hyvin pitkälti samojen tekijöiden osalta, kuin komission liitännäisrajoitustiedonannossa tai kilpailuviraston suuntaviivoissa.²⁷² Kun velvoite on muotoiltu liitännäisrajoitustiedonannon ohjeiden mukaisesti, myös vaara veloitteen sopimusoikeudellisesta pätemättömyydestä pienenee.

Kilpailukieltosopimus ei ole kuitenkaan automaattisesti pätevä, vaikka veloitteen sisältö olisi muotoiltu liitännäisrajoitusohjeistuksen mukaisesti. OikTL:n mukainen pätemättömyysarvio eroaa nimittäin kilpailuoikeudellisesta arviosta siinä, että sopimusoikeudellisessa arviossa tulee huomioon ottaa myös velallisen tila²⁷³. Huomio voi kiinnittyä esimerkiksi velallisen ansionsaantimahdollisuuksiin tai hänen heikkoon taloudelliseen asemaansa kokonaisuudessaan. Arvioinnissa tulee ottaa huomioon myös etuuspalkkio, jonka velallinen sai sitoutuessaan veloitteeseen.²⁷⁴ Velallisen tilan huomioimalla korostetaan osapuolen henkilökohtaista suojaa, jota ei oteta lainkaan huomioon kilpailuoikeudellisissa pätemättömyystilanteissa. Kilpailuoikeudellisessa pätemättömyydessä merkitystä on ainoastaan markkinoiden toimivuudella, jolloin yksittäisen sopimusosapuolen henkilökohtainen asema ei saa suojan kannalta mitään vaikutuksia.

8.3.2 Kilpailuoikeudellinen pätemättömyys

Kilpailukieltoveloitteen kilpailuoikeudellista pätemättömyyttä täytyy tarkastella komission liitännäisrajoitustiedonannon ja kilpailuviraston suuntaviivojen välttämättömyys- ja kohtuullisuusarvioinnin mukaan, erityisesti yrityskauppavalvonnan edellytykset täyttävissä kaupoissa. Tätä pienemmissä yrityskaupoissa sen sijaan viranomaisten ohjeistusten sitovuus on heikompaa²⁷⁵. Mikäli kilpailukieltosopimus ei ole välttämätön, yrityskauppaan välittömästi liittyvä tai se on kohtuuton esimerkiksi ajallisesti, kilpailukieltoa pidetään joko SEUT 101(1) artiklan tai KilpL 5 §:n nojalla kiellettyinä kilpailunrajoituksina.²⁷⁶ Tällöin kilpailukieltovel-

²⁷¹ Ks. tarkemmin pätemättömyysarvioinnissa huomioon otettavista seikoista luku 5.3.

²⁷² Ks. tarkemmin luku 9.1.2.

²⁷³ Ks. myös Huhtamäki 2010, s. 166.

²⁷⁴ Ks. esim. Telaranta 1990, s. 398 – 399.

²⁷⁵ Ks. tarkemmin luvut 8.1 ja 8.2.

²⁷⁶ Ks. tarkemmin luku 8.1.1.

voite on oikeudellisesti arvioituna tehoton.²⁷⁷ EU-tasolla on säännelty, että SEUT 101(1) artiklassa kielletyt sopimukset ja päätökset ovat SEUT 101(2) artiklan mukaisesti mitättömiä. Kansallisesti vastaava mitättömyyssäännös on annettu KilpL 8 §:ssä. Lainkohdan mukaan oikeustoimea, joka on KilpL 5 §:n vastainen, ei saa soveltaa tai panna täytäntöön, mikäli markkinaoikeus ei toisin määrää.

8.3.3 Pätemättömyyteen vetoaminen ja huomioon ottaminen

Sopimusoikeudellisessa tulkinnassa osa pätemättömyysperusteista on relatiivisia, jolloin niihin voi vedota vain se, jonka suojaksi säännös on asetettu (erityisesti OikTL 28 – 33 §).²⁷⁸ Osa pätemättömyysperusteista on taas absoluuttisia, jolloin pätemättömyyteen voi vedota jokainen, jonka oikeuksia sopimus välittömästi koskee.²⁷⁹ Kilpailukiellon kohtuullisuutta sääntelevän OikTL 38 §:n nähdään olevan relatiivinen säännös, joka suojaa yksityistä etua.²⁸⁰ Pääsäännön mukaisesti pätemättömyyteen voi tällöin vedota vain loukattu osapuoli. Toisaalta Wrede on todennut, että kilpailukiello voi käydä vahingolliseksi myös yhteiskunnalle²⁸¹. Myös Huhtamäki on katsonut, että OikTL 38 §:n tulkinta perustuisi edelleenkin myös yhteiskunnan menetykselle.²⁸² Mikäli tulkinta katsotaan edelleen hyväksyttäväksi, pätemättömyyteen voisi vedota helpommin myös kilpailukieltovelvoitteen ulkopuolinen taho, jolla on asiassa tiettyä intressiä.

Kilpailuoikeudellisia säännöksiä leimaa vahva julkinen intressi²⁸³. Julkisella intressillä on muun ohella vaikutusta siihen, kuka pätemättömyyteen voi vedota. SEUT 101(2) artiklan mukaiseen pätemättömyyteen voi EU:n tuomioistuimen käytännön mukaisesti vedota myös sopimussuhteen ulkopuoliset toimijat²⁸⁴. Kilpailuoikeudellisessa arviossa ratkaisevaa ei ole ainoastaan sopimuksen vaikutukset sen osapuolten välillä, vaan huomioon tulee ottaa markkinoiden toiminta kokonaisuudessaan. Kilpailuoikeudellisen suojan kohteena eivät täten ole

²⁷⁷ Ks. esim. Aine 2013, s. 24.

²⁷⁸ Ks. tarkemmin Kivimäki & Ylöstalo 1981, s. 374 – 375.

²⁷⁹ Hemmo I 2003, s. 315.

²⁸⁰ Rissanen ym. 1999, s. 894 – 895.

²⁸¹ Wrede 1947, s. 114.

²⁸² Huhtamäki 2010, s. 37.

²⁸³ Idem., s. 73.

²⁸⁴ Asiat 22/71 Beguelin v. Sagl Import ja asia 319/82 Sociéte de Vente de Ciments et Betons de L'est, SA v. Firma Kerpen and Kerpen GmbH, (1983) ECR 4173, kohta 11

vain sopimuksen osapuolet, vaan myös kolmansille osapuolille on jätetty oikeus vedota kilpailuoikeudellisiin säännöksiin. Kolmannella täytyy olla myös todellinen intressi pätemättömyyteen vetoamiseen. Kilpailunrajoitusten vaikutukset voivat markkinamekanismin kautta levitä laajalle, ja mitä kauemmas tämä vaikutussuhde muodostuu, sitä tarkempia edellytyksiä intressille on asetettava. Kansallisessa sääntelyssä myös kilpailulain 8 §:ssä on omaksuttu samanlainen kanta. Sen mukaan pätemättömyysseuraukseen on voitava vedota kaikkien sellaisten osapuolten, joita kilpailunrajoitus merkittävällä tavalla koskee.²⁸⁵

Julkisen ja yksityisen edun intressit vaikuttavat myös siihen, miten tuomioistuin ottaa pätemättömyyden huomioon. Kilpailuoikeudellinen pätemättömyys tulisi ottaa aina viran puolesta huomioon eikä sen toteutuminen edellytä erillistä reaktiota.²⁸⁶ Tällöin tuomioistuinprosessin osapuolen ei ole välttämätöntä esittää väitettä laisinkaan kilpailuoikeuden mukaisesta pätemättömyydestä. Prosessinjohton tulisi kuitenkin ottaa seikka esille oikeudenkäynnin aikana, jotta pätemättömyysseuraus ei tulisi yllätyksenä osapuolille.²⁸⁷ Sopimusoikeudellisessa katsannossa pätemättömyys seuraa hyvin pitkälti edellä mainittuja vetoamiseen liittyviä piirteitä. Oikeuskirjallisuudessa on esitetty erilaisia näkemyksiä siitä, suojaako OikTL 38 § myös yleistä etua. Tällä ei liene tuomioistuinkäytännössä kuitenkaan suurta merkitystä, sillä velallinen vetoaa yksityisoikeudellisissa pätemättömyysoikeudenkäynneissä pääsääntöisesti juuri OikTL 38 §:n mukaiseen pätemättömyyteen. Kun velallinen vetoaa säännökseen itsenäisesti, tuomioistuimen ei tarvitse lainkaan puntaroida, tulisiko kyseistä säännöstä ottaa huomioon myös viran puolesta.

8.3.4 Osa- ja kokonaispätemättömyys

Kilpailukieltosopimuksen pätemättömyydestä johtuvat oikeusvaikutukset voivat lieventyä sen vuoksi, että vain yksittäiset sopimusehdot katsotaan sitomattomiksi, mutta sopimus jää muilta osin voimaan. Kyseessä on niin sanottu osapätemättömyys.²⁸⁸ Osapätemättömyys voi olla usein edullinen seuraamus sekä

²⁸⁵ Ks. Aine 2013 s. 72 – 73.

²⁸⁶ Ibid.

²⁸⁷ Hemmo I 2003, s. 419.

²⁸⁸ Idem., s. 324.

sopimuksen osapuolille että myös yhteiskunnalle, koska osapätemättömyydellä voidaan välttää muun muassa valmistelukustannusten menettäminen.²⁸⁹

OikTL 38 §:n mukainen pätemättömyys on säännöksen alkuperäisen tarkoituksen mukaisesti voinut olla joko kokonais- tai osittaispätemättömyyttä. Myös nykyisin säännöstä voidaan tulkita siten, että velalliselle kohtuuton kilpailukieltosopimus voidaan tulkita kokonaan tai osittain pätemättömäksi.²⁹⁰ Kilpailukieltosopimuksen osapätemättömyys toteutetaan siten, että velallisen toimintavapautta kohtuuttomasti rajoittava ehto todetaan pätemättömäksi, mutta kohtuullisuusedellytykset täyttävät ehdot pysyvät voimassa. Tällöin tehokkaaksi jäävän sopimusosan itsenäinen toteuttaminen saattaa aiheuttaa sopimustasapainon vääristymistä alkuperäisistä tavoitteista poikkeavalla tavalla²⁹¹. Tätä vääristymistä voidaan korjata sopimuksen päteviin osiin kohdistuvalla kohtuullistamisella.²⁹²

Myös kilpailuoikeudelliseen pätemättömyyteen voidaan soveltaa osittaispätemättömyyttä. Kilpailulain 8 §:n sanamuodon mukaan, kiellettyä *sopimuksen tai oikeustoimen ehtoa* ei saa soveltaa eikä panna täytäntöön. Pätemättömyys kohdistuu säännöksen perusteella vain sopimuksen sellaisiin ehtoihin, jotka ovat kilpailuoikeudellisesti kiellettyjä.²⁹³ Kilpailuoikeudellisessa osittaispätemättömyydessä kilpailukieltosopimuksesta leikkautuu pois kilpailuoikeuden kannalta ongelmallinen aines, jonka jälkeen sopimuksen osalta ei ole tarvetta enää kilpailuoikeudelliselle pätemättömyysarviolle. Kun kilpailua rajoittava toimenpide on todettu pätemättömäksi, sopimus voi jäädä muilta osin voimaan, jolloin sopimuksen jäljelle jäävää osaa arvioidaan lähtökohtaisesti sopimusoikeudellisilla perusteilla.²⁹⁴ Samanlainen kanta on omaksuttu myös EU:n tuomioistuimen käytännössä.²⁹⁵

Myös kilpailuoikeudellisessa osittaispätemättömyydessä on syytä hahmottaa jäljelle jäävän sopimuksen merkitys sopimuskokonaisuuden kannalta. Koko so-

²⁸⁹ Kihlman 1999, s.

²⁹⁰ Ämmälä 1993, s. 96.

²⁹¹ Hemmo I 2003, s. 329.

²⁹² Ibid.

²⁹³ Ks. myös Aine 2013, s. 80.

²⁹⁴ Aine 2013, s. 87.

²⁹⁵ Asia 56/65 Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm, (1966) ECR 250.

pimusjärjestelyn voidaan katsoa olevan pätemätön, mikäli kilpailunrajoitus on muodostanut oleellisen osan sopimuskokonaisuutta. Tällöin pätemätön ehto on ollut niin tärkeä osa sopimusta, että ilman sitä sopimus ei voi kestäväällä tavalla toimia. Liitännäisten ehtojen pätemättömyyden on taas katsottu poistavan sopimuksesta jonkin erityisen ulottuvuuden, mutta kyseisen ulottuvuuden poistuminen ei kuitenkaan vaaranna sopimuksen kokonaisvaltaista toimivuutta.²⁹⁶

Kilpailukieltosopimus on yrityskauppakokonaisuuden kannalta liitännäinen ehto, joten sen osittaispätemättömyys ei ainakaan automaattisesti aiheuta koko yrityskaupan pätemättömyyttä. Kilpailukiellon pätemättömyydellä voi olla suurempi merkitys, jos kilpailukieltosopimuksella on yrityskauppakokonaisuudessa poikkeuksellisen merkittävä taloudellinen intressi. Tässä tilanteessakaan kilpailukieltosopimuksen tehottomuus ei välttämättä johda koko yrityskaupan pätemättömyyteen, vaan kyse on muuttuneista olosuhteista, joita tulee arvioida sopimusoikeudellisesti.²⁹⁷ Sopimusoikeudellisessa arvioissa muuttuneita olosuhteita voidaan arvioida esimerkiksi oikeustoimen kohtuullistamisen välityksellä. Sovittelu voidaan suorittaa joko OikTL 38 §:n tai yleisen kohtuullistamissäännöksen eli OikTL 36 §:n nojalla²⁹⁸.

8.4 Kilpailukieltosopimuksen sovittelu

Kilpailukieltosopimuksen sovittelu voidaan toteuttaa joko OikTL 38 §:n tai OikTL 36 §:n mukaisesti. Oikeuskirjallisuudessa ollaan erimielisiä siitä, onko OikTL 38 § ainoastaan kilpailukiellon pätemättömyyssäännös vai voidaanko sen avulla myös sovittella kohtuutonta kilpailukielttoa.²⁹⁹ Tulkintani mukaan valittava säännös ei ole olennainen kohtuullistamisen kannalta, sillä sekä OikTL 36 §:n että 38 §:n sanamuotojen mukaan sovittelussa tulee ottaa huomioon oikeustoimen sisällön lisäksi muun muassa osapuolen asema ja kaikki muutkin asiaan vaikuttavat seikat. Sovittelun tulos pitäisi siis pääsääntöisesti olla sama, tehdäänkö kohtuullistaminen kumman säännöksen nojalla tahansa. Tätä tulkintaa puoltaa

²⁹⁶ Aine 2013, s. 88 – 89.

²⁹⁷ Alkio & Wiik 2009, s. 844 ja Huhtamäki 2010, s. 169 – 170.

²⁹⁸ Ks. tarkemmin kilpailukieltosopimuksen sovittelusta jäljempänä luku 8.4.

²⁹⁹ Bruun ja Telaranta ovat esittäneet, että kilpailukieltosopimuksen asiallista ja ajallista ulottuvuutta on mahdollista sovittella OikTL 38 §:n nojalla, ks. Bruun DL 2003, s. 782 ja Telaranta 1990, s. 399. Vrt. Ämmälä 1993, s.98. Ämmälä on taas katsonut, että kilpailukieltovelvoitteen pätevyys ratkaistaan OikTL 38 §:n mukaan, mutta varsinainen sopimukseen kohdistuva sovittelu suoritettaisiin yleisen kohtuullistamissäännöksen eli OikTL 36 §:n nojalla.

myös hallituksen esitys vuodelta 1981, jonka mukaan OikTL 38 §:n sovittelusäännökset vastaavat sisällöltään OikTL 36 §:ää. OikTL 36 §:n yleissäännöksen ainoa edellytys sovittelulle on, että ”ehto on kohtuuton tai sen soveltaminen johtaisi kohtuuttomuuteen”³⁰⁰. Samaa tulkintaa voidaan käyttää hyväksi myös silloin, kun kilpailukieltosopimusta kohtuullistetaan OikTL 38 §:n nojalla. Kilpailukieltovelvoitteen sopimussakon sovittelusäännös ei ole taas aiheuttanut epäselvyyttä, vaan sopimussakon määrä kohtuullistetaan kilpailukiello OikTL:n 36 §:n yleissäännöksen nojalla siitäkin riippumatta, mitä säännöstä varsinaisen sopimuksen sisällön kohtuullistamiseen on käytetty³⁰¹.

OikTL 36 §:n tulkinnoissa sopimuksen sovitteluun on suhtauduttu elinkeinoharjoittajien välisissä suhteissa jokseenkin nihkeästi.³⁰² Sovittelulla puututaan tosiasiallisesti osapuolten väliseen sopimusten sitovuuden periaatteeseen, jonka katsotaan olevan vahvinta juuri elinkeinoharjoittajien välillä.³⁰³ Siksi onkin perusteltua, että oikeustoimissa, joissa elinkeinoharjoittajien nähdään olevan tasavertaisessa suhteessa, sovitteluun suhtaudutaan kielteisemmin erityisesti alkuperäisen kohtuuttomuuden tilanteessa³⁰⁴. Näissä tapauksissa sopimuksen mukaisten suoritusvelvoitteiden tasapaino on vinoutunut jo sopimusta tehtäessä.³⁰⁵ Yritysten välisissä suhteissa sovittelu voidaankin toteuttaa lähinnä jälkikäteisen kohtuuttomuuden vuoksi, eli esimerkiksi silloin, kun olosuhteet ovat muuttuneet huomattavasti sopimussuhteen aikana.³⁰⁶ Lisäksi sovittelu edellyttää yritysten välillä olevaa ilmeistä epäsuhtaa sopimuksen oikeuksissa ja velvollisuuksissa.³⁰⁷ Edellä mainituista periaatteista voidaan vetää johtopäätös, jonka mukaan yrityskauppojen kilpailukieltosopimuksen sovitteluun vaaditaan yleensä huomattava epätasapaino sopimuksen suoritusvelvollisuuksissa. Tämän lisäksi epätasapainosta aiheutuvan kohtuuttomuuden tulisi olla jälkikäteistä.

Sovitteluarvioinnissa on erityisen tärkeää ottaa huomioon velallisen asema. Vaikka elinkeinoharjoittajien välisissä sopimuksissa sovittelu ei ole lähtökohtana, kohtuullistaminen voi tulla helpommin kyseeseen, jos loukattu osapuoli on

³⁰⁰ Ks. myös Telaranta 1990, s. 383.

³⁰¹ Telaranta 1990, s. 398.

³⁰² Ks. esim. Aurejärvi, 1979, s. 725 -727.

³⁰³ Ks. esim. Hemmo I 2003, s. 49 – 50.

³⁰⁴ Hemmo II 2003, s. 64.

³⁰⁵ Idem., s. 54.

³⁰⁶ Aine 2013, s. 96.

³⁰⁷ HE 247/1981.

pienyrittäjän asemassa.³⁰⁸ Lisäksi velallisen heikentyneet ansionsaantimahdollisuudet voivat puoltaa sovittelua erityisesti silloin, kun kilpailukiellosta maksettu etuuspalkkio on ollut kilpailukieltovelvoitteen ankaruuteen nähden poikkeuksellisen pieni. Osapuolten tapauskohtaisen asemaan liittyvien tekijöiden lisäksi, kilpailukiellon kohtuullistamisessa tärkeää on myös sopimuksen koko sisältö. Kilpailukieltovelvoitteen sovittelun erityispiirteet tulevatkin esille erityisesti sopimuksen sisällön kohtuullisuusarvioinnissa. Sopimuksen kohtuullista sisältöä tulee puntaroida erityisesti luvussa 8.1 esitettyjen liitännäisrajoitustiedonannon kohtuullisuustekijöiden mukaan. Täten sopimuksen tasapainoa tulee peilata muun muassa velvoitteen ajalliseen keston ja maantieteelliseen ulottuvuuteen nähden.

³⁰⁸ Ks. esim. Hemmo II, s. 65.

9 LOPPUPÄÄTELMÄT

9.1 Kilpailukieltovelvoite yrityskaupprosessissa

Kilpailukieltovelvoitteella on usein merkittävä taloudellinen intressi koko yrityskaupprosessin kannalta. Myyjän kilpailua rajoittamalla voidaan suojella jopa niin suurta arvohyötyä, että koko yrityskaupan tekeminen käy ostajalle epämielekkääksi ilman kilpailukieltosopimuksen funktioiden täyttymistä. Kilpailukieltosopimuksen toivotut vaikutukset voivat jäädä toteutumatta muun muassa silloin, kun kilpailukiellon sopimusehdot eivät vastaa ostajan kokonaistarkoitusta. Virheellinen sanamuoto sopimusehdoissa voi johtua jo due diligence -tarkastuksen aikana tehdystä virheestä. Due diligence -tarkastuksen haastavuudesta kertovat myös oikeuskirjallisuuden näkemykset, sillä esimerkiksi Vapaavuori on todennut teoksessaan, että yrityskaupan ostaja ei ole useinkaan tietoinen siitä, mitä liikesalaisuutta tai taitotietoa kilpailukiellolla todellisuudessa suojellaan³⁰⁹. Jos ostaja ei tiedä, mitä taitotietoa yrityksessä on, miten kilpailukieltokaan olisi mahdollista määrittää siten, että taitotietoa ei pääsisi vuotamaan kohdeyrityksen ulkopuolelle yrityskaupan solmimisen jälkeen?

Esimerkistä käy tilanne, jossa ostaja on tietoinen, että yritykseen on sitoutuneena erityistä taitotietoa, mutta yrityksen suuren koon ja monipuolisten toimintojen vuoksi erilaisten taitotietojen erittely olisi aikaa vievää ja kallista. Ostaja saattaa jättää tässä tilanteessa due diligence -tarkastuksen suppeaksi ja luottaa siihen, että yrityksen omistajia sitova kilpailukielto säilyttää myös erityiset taitotiedot ostajan varallisuuspiirissä. Ostaja ei ole tullut kuitenkaan huomioineeksi sitä, että todellinen taitotieto saattaa olla sitoutuneena esimerkiksi tietyn tuotantolinjan avainhenkilöille, joita kilpailukielto ei ilman erillistä sopimusehtoa sido. Tällöin kilpailukieltosopimuksen tarkoitus käy turhaksi, koska kyseisillä avainhenkilöillä on oikeus kilpailla ostajan kanssa ja käyttää yrityksestä saatuja taitotietoja hyväkseen haluamallaan tavalla. Avainhenkilöiden kilpailu samoilla markkinoilla on omiaan pienentämään ostajan markkinaosuutta ja aiheuttamaan täten myös taloudellista tappiota. Mikäli kilpailukieltosopimuksella todella siirtyy taloudellista arvoa ostajalle, ostajan kannattaisi olla valmis käyttämään aikaa ja rahaa huo-

³⁰⁹ Vapaavuori 2005, s. 43.

lolliseen due diligence -tarkastukseen, sillä väärin määritellyn kilpailukieltosopimuksen tappio voi helposti muodostua suuremmaksi kuin due diligence -tarkastukseen käytetyt taloudelliset resurssit.

Kilpailukieltosopimuksen toivotut vaikutukset voivat jäädä toteutumatta myös kilpailukieltosopimuksen pätemättömyystilanteissa. Pätemättömyys voi aktualisoida monesta syystä, mutta yrityskauppojen monimuotoisuudella ja due diligence -prosessilla on usein merkittävä vaikutus myös pätemättömyysseurauksen osalta. Yrityskauppojen erilaisuus on tunnistettava jo kilpailukieltosopimuksen luonnosteluvaiheessa. Kilpailukieltosopimukset ovat yleensä helpommin perusteltavissa omistuskaupoissa, joissa koko kohdeyhtiön liiketoiminta siirtyy ostajalle. Omistuskaupassa siirtyy usein ostajalle liikearvoa yrityksen hyvän maineen muodossa. Omistuskaupalle on ominaista myös se, että työntekijät jäävät ostajan palvelukseen, jolloin ostajalle siirtyy kaupan mukana myös erityistä taitotietoa. Kilpailukiellon tuleekin pääsääntöisesti tuoda ostajalle asiakasuskollisuutta joko maineen tai taitotiedon muodossa, jotta kilpailukielloa voitaisiin pitää komission liitännäisrajoitustiedonannon mukaan välttämättömänä osana yrityskauppaa³¹⁰.

Substanssikaupassa, jossa ostajalle siirtyy ainoastaan yrityksen irtainta omaisuutta, mutta ei mainetta tai taitotietoa, kilpailukiello on hankalammin perusteltavissa kuin osakekaupassa. Yrityksessä itsessään voi olla liikearvoa hyvän maineen muodossa, kun yritys on tuottanut laadukkaita tuotteita tai palveluita. Erityinen taitotieto on taas useimmiten johdon ja muiden avaintyöntekijöiden hallussa. Substanssikaupassa siirtyvällä koneella tai kokonaisella tuotantolinjalla on vain harvoin erityistä liikearvoa ilman avaintyöntekijöiden panosta ja yrityksen laadukkuuden mainetta. Tilanne voi olla erilainen esimerkiksi silloin, kun kone tai laite on poikkeuksellisen kehittynyttä teknologiaa, joka itsessään takaa asiakasuskollisuuden säilymisen ostajalla. Muissa tilanteissa pelkän tuotantolinjan osto voi muistuttaa ennemminkin irtaimen omaisuuden kauppaa, jolloin kaupan kohdetta voidaan suojella myös vähemmän kilpailua rajoittavin toimin kuin kilpailukieltosopimuksella.

³¹⁰ Ks. tarkemmin luku 5.1.3.

Due diligence -tarkastuksella on tärkeä merkitys myös kilpailukieltosopimuksen kohtuullisuuden kannalta. Komission liitännäisrajoitustiedonannossa on määritelty hyvin tarkkaan, milloin kilpailukielto saa olla kestoaltaan normaalia pidempi, millaiselle maantieteelliselle alueelle rajoitus saa kohdistua ja millainen toimiala voi olla kilpailulta rajoitettua. Kyseisten edellytysten olemassaolo saadaan hyvin pitkälti tietoon jo kaupan kohteen osa-alueiden kartoituksessa. Mikäli tarkastuksessa on arvioitu väärin esimerkiksi myyjän markkina-alue, myös kilpailukielto-sopimus saatetaan määrittää kohtuuttoman laajalle maantieteelliselle alueelle. Kilpailukielto-sopimuksen kohtuuttomat ehdot ovat pääsääntöisesti kilpailu- tai sopimusoikeudellisesti pätemättömiä, jolloin myös sopimuksen toivotut oikeusvaikutukset jäävät näiltä osin toteutumatta.

9.2 Kilpailukieltovelvoitteen sopimusoikeudellinen perusta

Kilpailukieltovelvoitteen lähtökohtana on, että siihen sovelletaan muiden sopimusten lailla sopimusvapauden ja sopimusten sitovuuden periaatteita. Näiden periaatteiden toteutumista rajoittaa kuitenkin joukko pakottavaa sääntelyä, jonka osalta OikTL 38 §:llä on sopimusoikeudellisesti suurin merkitys. Kyseinen säännös rajoittaa erityisesti kilpailukieltovelvoitteen sopimussisältöä, jonka osalta on perinteisesti tarkasteltu muun muassa velvoitteen ajallista kestoä, maantieteellistä ulottuvuutta sekä velvoitteen tarpeellisuutta sopimuksessa.

OikTL on säädetty aikanaan siten, että sen soveltamisessa voidaan ottaa huomioon yhteiskunnan ja erilaisten liiketoimintaympäristöjen muutokset. Olenkin ottanut tutkielmassani esille kahden EU-kilpailuoikeudesta tutun elementin soveltuvuuden myös OikTL 38 §:ään. Sekä kilpailukieltovelvoitteen kohdehenkilöt että sitoumuksen asiasisältö ovat seikkoja, joilla voi olla merkitystä myös velvoitteen sopimusoikeudellista pätevyyttä arvioitaessa. Tulkintani mukaan OikTL 38 §:n soveltaminen olisi täten hyvin pitkälti liitännäisrajoitustiedonannon mukaista, mutta sillä erotuksella, että OikTL 38 §:n tulkinnassa voidaan huomioon ottaa myös velallisen tila.

OikTL 38 §:n soveltamistekijöiden lisääntymistä voidaan perustella toimintaympäristön muutoksella. Lainsäädännön ollessa joustavaa, myös säännösten soveltamisen täytyy olla dynaamista. Tällöin toimintaympäristön erilaisuus ja toi-

mintaympäristön muutokset voivat saada merkitystä uudenlaisessa laintulkinnassa. Pöyhönen on todennut teoksessaan, että vakiintunut toimintaympäristö voi joskus myös hävitä, kun tavanomaisen ja tyyppillisen toiminnan kriteerit muuttuvat³¹¹. Tällaisessa tilanteessa on lainsoveltajan tehtävä määrittää toimintaympäristö uudelleen. Vaikka säännöksen varsinaista sanamuotoa ei muutettaisi-kaan lainsäätäjän toimesta, tuomioistuimen on usein mahdollista tulkita säännöksiä tilannekohtaisesti. Tämän vuoksi myös OikTL 38 §:ä tulisi voida soveltaa pääsääntöisesti samojen arviointiperusteiden mukaan kuin kilpailuoikeudellista liitännäisrajoitustiedonantoa. Soveltamisessa ei ole perusteltua huomioda ai-noastaan vuosikymmenten takaisia tekijöitä, sillä yritysten toimintaympäristö on muuttunut näistä ajoista huomattavasti.

9.3 Kilpailukieltosopimus kilpailuoikeuden sääntely-ympäristössä

Yrityskauppojen kilpailukieltosopimuksen asema on suhteellisen vakiintunut EU:n ja kansallisen yrityskauppavalvonnan edellytykset täyttävissä suuremmis-sa yrityskaupoissa. Näissä kaupoissa kilpailukieltosopimuksen katsotaan ole-van kilpailuoikeudellisesti hyväksytty, mikäli sopimus on kohtuullinen ja sillä on välitön ja välttämätön yhteys yrityskauppaan. Veloitteen oikeutus ei ole lain-tasoista, vaan kilpailuoikeudellinen hyväksyttävyys kilpailukieltovelvoitteille on annettu viranomaisten ohjeistuksilla (Komission liitännäisrajoitustiedonanto ja Kilpailuviraston suuntaviivat). Mikäli ohjeistusten edellytykset jäävät saavutta-matta, kilpailukieltota arvioidaan SEUT 101(1) artiklan ja kilpailulain 5 §:n nojalla, jolloin oikeustoimea pidetään kiellettynä kilpailunrajoituksena.

Yrityskauppavalvonnan ulkopuolelle jääville kilpailukieltosopimuksille ei ole an-nettu varsinaista kilpailuoikeudellista oikeutusta edes viranomaisten ohjeistuk-silla. Viranomaisten ohjeistukset koskevat ainoastaan yrityskauppavalvonnan kynnysraja-arvot täyttäviä yrityskauppoja. Oikeuskirjallisuudessa on kuitenkin katsottu, että pienempien yrityskauppojen kilpailukieltosopimukset ovat päteviä ja jäävät täten muun muassa SEUT 101(1) artiklan kieltoäännöksen soveltami-sen ulkopuolelle, mikäli ne noudattavat liitännäisrajoituksista annettuja viran-omaisten ohjeita. Myös tutkielmassani on omaksuttu näkökanta, jonka mukaan

³¹¹ Pöyhönen 2003, s. 164.

liitännäisrajoitustiedonannon ohjeistusta noudattamalla pienempien yrityskauppojenkin kilpailukieltovelvoitteet voivat olla kilpailuoikeudellisesti päteviä. Tulkin-taa voidaan vahvistaa myös EU:n kilpailuoikeuden tavoitteilla, joilla suojataan erityisesti tehokasta kilpailua ja kuluttajien hyvinvointia. Koska kaikkein suurim-missakin yrityskaupoissa kilpailukieltosopimus voi olla kilpailuoikeudellisesti hy-väksyttävä järjestely, olisi epäloogista, jos velvoitetta ei voitaisi pitää kilpailuo-ikeudellisesti pätevänä myös pienemmissä yrityskaupoissa. Pienemmissä yri-tyskaupoissa tehokas kilpailu ja kuluttajien hyvinvointi vaarantuvat lähtökohtai-sesti suuria yrityskauppoja vähemmän.

Kilpailukieltovelvoitteen oikeuttamista SEUT 101(3) artiklan tehokkuuspuolus-tuksella tai de minimis -tiedonannon perusteilla ei ole hyväksytty EU:n oikeus-käytännössä, ja tämä on aiheuttanut jonkin verran erimielisyyttä myös oikeuskir-jallisuuden kannanotoissa. Myös Suomen kilpailuoikeudessa on katsottu vakiin-tuneesti, että kilpailukieltosopimusta ei voida puolustaa järjestelyjen vähämerki-tyksellisyyden perusteella (kilpailulaki 5 §:ssä on kielletty vain merkittävät kilpai-lua rajoittavat toimenpiteet) tai SEUT 101(3) artiklaa vastaavalla kilpailulain 6 §:n tehokkuussäännöksellä. Virtanen on tästä huolimatta Oulun käräjäoikeuden ratkaisussa³¹² antamassaan asiantuntijalausunnossaan todennut, että kilpailu-lain 6 §:llä voi olla vaikutusta kilpailukieltosopimuksen pätevyYTEEN, jos riidan kohteena olevilla markkinoilla alalle tulon esteet ovat alhaiset ja niillä vallitsee muutoin elinvoimainen tilanne³¹³. Virtasen lausunto on EU-käytännön vastai-suudestaan huolimatta loogisesti perusteltu, kun otetaan huomioon kilpailuo-ikeuden tavoite toimivien markkinoiden turvaajana. Loogisuus ei kuitenkaan täs-sä tilanteessa voi olla riittävä peruste uudenlaiseen soveltamiskäytäntöön, sillä asetuksen 1/2003 16 artiklassa on määräys, että kansallinen tuomioistuin ei voi tehdä EU-tuomioistuimen kanssa ristiriitaista soveltamisratkaisua.³¹⁴ Täten Vir-tasen asiantuntijalausunnossa esille otettu tulkinta on EU-oikeuden vastainen. Kilpailukieltosopimus täytyy pystyä oikeuttamaan muilla perusteilla kuin kilpailu-lain 6 §:n välityksellä.

³¹² Oulun KO 16.3.2009 L 08/4558

³¹³ Huhtamäki 2010, s. 112.

³¹⁴ Ks. myös Aine 2013, s. 100.

9.4 Perusoikeudet konkreettisten säännösten kivijalkana ja pelastusrenkaana

Kilpailukiellon soveltamisessa tulee ottaa huomioon yhtäaikaaisesti perusoikeuksien, kilpailulainsäädännön ja sopimusoikeudellisten säännösten toteutuminen. Perustuslain elinkeinovapauden ja omaisuudensuojan toteuttaminen ovat kilpailukieltosopimuksen kivijalka, jonka avulla kilpailukieltosopimus voidaan muodostaa varmemmin päteväksi myös konkreettisempien sopimus- ja kilpailuoikeudellisten säännösten valossa. Kun osapuolten elinkeinovapautta ja omaisuudensuojaa ei rajoiteta kohtuuttomasti, myöskin vaara alemman asteisten säännösten rikkomisesta pienenee. Perusoikeuksia ei ole välttämättä syytä pitää ainoastaan kirjoitettuna oikeutena, vaan osa perusoikeuksista voi ilmentyä myös periaatteiden tasolla. Pöyhönen onkin lanseerannut teoksessaan *toimivat markkinat* kirjoittamattomaksi perusoikeudeksi³¹⁵.

Kun toimivat markkinat lisätään kilpailukieltovelvoitteeseen liittyväksi perusoikeudeksi, kaikki velvoitteeseen soveltuvat alemman asteiset säännökset ja periaatteet saavat taakseen perusoikeuden suojan. Omaisuudensuoja turvaa sopimusvapauden ja sopimussitovuuden periaatteita, elinkeinovapaus vahvistaa OikTL 38 §:n toteutumista ja toimivat markkinat toteuttavat kilpailuoikeudellisten säännösten mukaisia tavoitteita. Vaikka perusoikeuksia ei tulisikaan nähdä juridisen harkinnan ”valttikortteina”, joilla voidaan sivuuttaa muuntyyppiset oikeudelliset näkökohdat³¹⁶, niiden asema on tosiasiallisesti korostumaan päin myös konkreettisessa lainkäytössä. Perusoikeusuudistuksella on nimenomaisesti pyritty lisäämään perusoikeuksien suoraa sovellettavuutta tuomioistuimissa³¹⁷. Perusoikeussäännökset saattavat vaikuttaa myös yhdessä tavallisen lain kanssa ratkaisun perusteena, jolloin kyse on perusoikeusmyönteisestä tulkinnasta. Tuomioistuinten tulisi valita laintulkinnosta se, joka parhaiten edistää perusoikeuksien tarkoitusten toteutumista ja joka toisaalta eliminoi myös perustuslain ristiriitaiseksi katsottavat vaihtoehdot.³¹⁸

³¹⁵ Pöyhönen 2003, s. 82.

³¹⁶ Idem., s. 138.

³¹⁷ Hallberg 2011, s. 852.

³¹⁸ Idem., s. 865.

Kun perusoikeudet voivat olla edellä mainituin tavoin myös konkreettisen soveltamisratkaisun perustana, myös kilpailukieltosopimuksen osapuolille jää enemmän harkintavaltaa, mihin säännöksiin hänen olisi edullisinta vedota. Tilanteissa, joissa tavallisen lain säännökset eivät toteuta osapuolen oikeuksia riittävän kattavasti, osapuolella on mahdollista saada turvaa myös perustuslain säännöksestä. Siksi perustuslaista ei tulisi puhua ainoastaan tavallisten lainsäädösten kivijalkana, vaan myös hädän hetkellä turvaavana pelastusrenkaana. Perustuslain avulla osapuoli voi saada myös jälkikäteistä suojaa, mikäli konkreettisempi lainsäädös ei riitä turvaamaan osapuolen oikeudellista asemaa riittävän tehokkaasti.

9.5 Kilpailukieltovelvoitteen soveltamistilanteet

Kilpailukieltovelvoitteen hajanaisesta sääntelystä johtuen kilpailukiellon velallisella on mahdollisuus vedota monenlaisiin säännöksiin lieventääkseen sopimuksesta aiheutuvia haitallisia oikeusvaikutuksia. Kilpailukieltosopimusten sitovuutta voidaan horjuttaa erityisesti sopimuksen pätemättömyyden ja sovittelun avulla. Kilpailukiellon rikkomistilanteissa velallisen olisikin järkevää vedota joko pätemättömyyteen tai kohtuuttomuuteen, mikäli rikkomisen seuraamukset, kuten sopimussakon maksaminen, halutaan välttää kokonaan tai ainakin osittain.

Yrityskauppavalvonnan kynnyksärajoitukset ylittävissä kaupoissa velvoitteen pätevyyden kannalta on tärkeintä, että kilpailukieltosopimus on välttämätön ja välittömän osa yrityskaupan toteuttamista. Mikäli kilpailukieltovelvoite todetaan välttämättömäksi ja välittömäksi liitännäisrajoitukseksi, kilpailukielto on kilpailuoikeudellisesti hyväksyttävä, kun se täyttää liitännäisrajoitustiedonannon (tai vaihtoehtoisesti Kilpailuviraston suuntaviivojen) kohtuullisuusedellytykset. Liitännäisrajoitustiedonannossa vaaditaan kohtuullisuutta esimerkiksi velvoitteen ajallisen keston ja maantieteellisen ulottuvuuden osalta. Kohtuullisuuden rajat on myös määritelty hyvin tarkasti, joten siitä poikkeamiseen ei pääsääntöisesti ole perusteita. Mikäli velvoite on kaikilta osin määritelty liitännäisrajoitustiedonannon mukaisesti, velvoitteen pätemättömyydelle ei ole kilpailuoikeudellisia perusteita. Mikäli liitännäisrajoitustiedonannon edellytykset eivät taas täyty, sekä kilpailuviranomaisten että yleisten tuomioistuinten tulisi ottaa kilpailuoikeudellinen päte-

mättömyys viran puolesta huomioon, jolloin pätemättömyyden vaikutusten aikaansaanti ei vaadi sopimuksen osapuolelta erillistä vetoamista³¹⁹.

Viran puolesta huomioiminen voi olla kyseenalaista erityisesti pienempien yrityskauppojen yksityisoikeudellisissa riitatapauksissa. Näissä tapauksissa kilpailuoikeudellisen sääntelyn liitännäisrajoitustiedonanto on epäselvää, sillä esimerkiksi liitännäisrajoitustiedonanto ei sovellu sellaisenaan veloitteen tulkinnaan. Näkökanta on, että liitännäisrajoitustiedonannon sitovuus on näissä kauppoissa vain ohjeellista, jolloin tuomioistuimen ei ole välttämätöntä perustaa ratkaisuaan ohjeistuksen antamiin kohtuullisuusedellytyksiin. Erityisesti näissä tapauksissa velallisen voi olla edullista vedota vaihtoehtoisesti sopimusoikeudelliseen OikTL 38 §:n säännökseen. OikTL 38 § on myös sen vuoksi kilpailulainsäädäntöä edullisempi vaihtoehto velalliselle, että pykälän soveltamisessa voidaan ottaa huomioon samoja tekijöitä kuin liitännäisrajoitustiedonannossa, mutta sen lisäksi arvioinnissa voi saada merkitystä velallisen tapauskohtainen asema. Mitä kohtuuttomammassa asemassa sopimuksen osapuoli on, sitä todennäköisempää on myös veloitteen tiettyjen oikeusvaikutusten pätemättömyys. Sopimusoikeudellinen pätemättömyys voi siis kilpailukieltoveloitteen osalta antaa huomattavasti laajempaa suojaa velalliselle kuin kilpailuoikeudellinen pätemättömyys, jonka mukaisessa arvioinnissa merkitystä saavat lähinnä markkinoiden toimivuus ja siitä koituva yleinen etu.

Liitännäisrajoitustiedonannon ohjeistuksella on katsottu olevan vaikutuksia myös sopimusoikeudellisessa tulkinnassa silloin, kun yrityskaupat jäävät yrityskauppavalvonnan ulkopuolelle.³²⁰ Täten OikTL 38 §:n mukaisessa pätemättömyysarvioinnissa voidaan ottaa huomioon samoja kohtuullisuusedellytyksiä kuin viranomaisten kilpailuoikeudellisissa ohjeistuksissakin. Tämä oikeuskirjallisuudessa esitetty kannanotto ei kuitenkaan sido tuomioistuimia millään tavoin. Täten on mahdollista, että veloitetta voidaan pitää sopimusoikeudellisesti pätevänä, vaikkei sopimus täyttäisikään liitännäisrajoitustiedonannon vaatimuksia. Osapuolen kannalta onkin tärkeää määrittää, mihin mahdollinen pätemättömyys perustuu. Kun pätemättömyys perustuu osapuolen asemaan, on vetoaminen sopimusoikeudellisiin OikTL:n säännöksiin perusteltua. Jos taas pätemättömä-

³¹⁹ Aine 2013, s. 72 – 73.

³²⁰ Ks. tarkemmin esim. luku 8.2.

nä pidetty sopimus saa aikaan haitallisia markkinavaikutuksia, voi pätemättömyyden peruste olla ennemminkin kilpailuoikeudellinen.

Kilpailukieltovelvoitteen kokonaispätemättömyyden oikeusvaikutuksia voidaan lieventää sekä osittaispätemättömyydellä että sovittelulla. Näillä instrumenteilla on myös mielenkiintoinen keskinäinen yhteys. Sovittelulla puututaan perinteisesti sopimuksen kohtuuttomiin ehtoihin siten, että sopimuksen ehtoja korjamalla palautetaan tasapaino sopimukseen. Sovittelua ja osittaispätemättömyyttä voidaan kuitenkin käyttää myös rinnakkain. Sovittelu voi nimittäin tulla kyseeseen myös osittaispätemättömyyden jälkiseurauksena silloin, kun kilpailuoikeudellinen pätemättömyysseuraus järkyttää jäljelle jäävän sopimuskokonaisuuden tasapainoa huomattavalla tavalla³²¹. Tällöin yksittäisen ehdon poisjäänti voi muuttaa merkittävästi sopimuksen alkuperäistä tarkoitusta, ja tuomioistuimet voivat kohtuullistaa päteväksi jäänyttä sopimuksen osaa OikTL 36 §:n välityksellä.³²² Huomiota tulee luonnollisesti kiinnittää myös yleisiin sovitteluedellytyksiin³²³.

Edellä mainitun tulkinnan mukaisesti kilpailukieltota olisi mahdollista sovitella myös tilanteessa, jossa osapätemättömyys saa aikaan sellaisen olosuhteiden muutoksen, että sovittelun edellytykset täytyisivät. Toisaalta oikeustoimen sovitteluun on suhtauduttu kielteisesti silloin, kun olosuhteiden muutos on ollut ennakoitavissa³²⁴. Kilpailuoikeuden vastainen sopimusehto on lähtökohtaisesti sopimusosapuolten ennakoitavissa, jonka vuoksi sovittelu ei olisi pääsääntöisesti osittaispätemättömyyden tilanteessa mahdollista. Kun taas otetaan huomioon kilpailukieltovelvoitteen haastava ja tulkintaa aiheuttava sääntelyympäristö, on mahdollista, että kilpailukieltosopimuksen osittaispätemättömyys voi tulla tietyissä tilanteissa osapuolille myös yllätyksenä. Täten sovitteluedellytykset voisivat täytyä helpommin ainakin pienempien yrityskauppojen osalta, sillä niiden kilpailukieltosopimukset voivat aiheuttaa enemmän tulkintaa. Osapuolet ovat voineet olla molemmin puolin perustellussa uskossa, että kilpailukieltosopimus on kaikkien ehtojen osalta kilpailuoikeudellisesti pätevä. Jos sopimus todetaan jonkin ehdon osalta pätemättömäksi vastoin osapuolten perus-

³²¹ Aine 2013, s. 95.

³²² Ibid.

³²³ Ks. tarkemmin luku 8.4.

³²⁴ Telaranta 1990, s. 392.

teltuja odotuksia, voi sovittelun kynnyks madaltua. Epäselvä lainsäädäntö voi tehdä tilanteesta erityisen odottamattoman.

Kilpailukieltosopimuksen tavallisimpiinkin sovittelutilanteisiin liittyy osittaisia tulkinnanvaraisia kysymyksiä. Juridisesti on esimerkiksi epäselvää, tuleeko sovitteeluun asettaa OikTL 38 §:n nojalla yhtä tiukkoja edellytyksiä, kuin yleisessä OikTL 36 §:n mukaisessa sovittelusäännöksessä on katsottu olevan. OikTL 36 § on korostetusti sopimuksen osapuolen henkilökohtaisia etuja suojaava säännös. OikTL 38 §:llä on sen sijaan nähty olevan myös julkista intressiä turvaavia näkökohtia³²⁵. Mikäli 38 §:ään liitetyt julkisen edun tulkinnat ovat edelleen hyväksyttävissä, myös pykälän mukainen sovittelu voi mahdollisesti tulla kyseeseen lievemmin perustein kuin yleisen sovittelusäännöksen (OikTL 36 §) mukaisessa kohtuullistamisessa. Tämän tulkinnan mukaan myös tasavertaisessa asemassa olevien elinkeinoharjoittajien kilpailukieltosopimuksia voisi olla mahdollista sovittaa jopa tilanteessa, jossa sopimus on ollut jo alun perin kohtuuton. Julkista intressiä toteuttaisi parhaiten, jos sopimusta kohtuullistamalla saataisiin minimoitua kilpailulle haitalliset vaikutukset, mutta sopimus pidettäisiin muilta osin voimassa. Tällöin sopimus ei häiritsisi toimivan kilpailun toteutumista eivätkä kaupan järjestelyistä aiheutuvat transaktiokustannukset valuisi hukkaan. Julkisen edun lisäksi sovittelulla olisi suotuisia vaikutuksia myös osapuolten henkilökohtaisen aseman kannalta.

Kilpailukieltosopimuksen ehtojen kohtuullistamista ei saa sekoittaa kilpailukiellon yhteydessä olevan sopimussakon kohtuullistamiseen, sillä sopimussakon määrää sovitellaan yleisesti OikTL 36 §:n nojalla. Sopimussakko vaikuttaa ainostaan osapuolten välisessä oikeussuhteessa eikä sillä ole suoranaisia vaikutuksia yhteiskunnan yleiseen etuun esimerkiksi kilpailuhäiriöiden muodossa. Täten sopimussakon määrää koskevat sovitteluedellytykset voivat olla perustellusti huomattavasti tiukemmat kuin kilpailukieltovelvoitteen sisällön kohtuullistamisessa.

³²⁵ Ks. esim. Wrede 1947, s. 114.

9.6 Parannusehdotuksia kilpailukieltovelvoitteen sääntelyyn

Kilpailukieltovelvoitteen sääntely-ympäristö on poikkeuksellisen epäselvä yritys-kauppavalvonnan ulkopuolelle jäävissä pienemmissä yrityskaupoissa. Pienempien yrityskauppojen kilpailukieltovelvoitetta ei ole kilpailuoikeudessa oikeutettu laisinkaan, ja velvoitteen pätevyyttä onkin perusteltu lähinnä OikTL 38 §:n nojalla. Pienempiä yrityskauppoja tehdään paljon, ja epäselvän juridisen tilan vaikutukset näkyvät ennen kaikkea osapuolten välisessä oikeusvarmuudessa. Pienemmillä yrityskaupoilla voi olla myös merkittäviä kilpailuoikeudellisia vaikutuksia silloin, kun markkina on hyvin paikallinen, keskittynyt ja kilpailijoita on vähän³²⁶. Sääntelyn selkiyttäminen toisi oikeusvarmuutta ja ennakoitavuutta erityisesti osapuolten välille, mutta samaan aikaan se parantaisi myös yleisten kilpailuoikeudellisten tavoitteiden toteutumista. Komission selkeillä ohjeistuksilla myös pienempien yrityskauppojen juridinen tila saataisiin vakiinnutettua, jolloin kilpailukieltovelvoitteen konkreettisissa soveltamistilanteissa ei tarvitsisi tyytyä ainoastaan ristiriitaisten oikeuskirjallisuuden kannanottojen varaan.

Kansallisessa lainsäädännössä suurin ongelma on OikTL 38 §:n tulkinta erityisesti silloin, kun kilpailukieltovelvoitteeseen ei voida soveltaa suoranaisesti komission liitännäisrajoitustiedonantoa tai Kilpailuviraston suuntaviivoja. OikTL 38 §:n tulkinnassa on jätetty runsaasti liikkumavaraa tulkinnalle, joten oikeuskäytännön yhtenäistämiseksi ja oikeusvarmuuden turvaamiseksi myös OikTL 38 §:n soveltamiseen olisi ajankohtaista saada lainsäätäjän tai lainsoveltajan päivitettyä kannanottoa. Myös OikTL 36 §:n ja OikTL 38:n sovitteluun liittyvää päällekkäistä sääntelyä olisi syytä joko purkaa tai tuoda selkeästi esille, miten kyseisiä säännöksiä tulisi kilpailukieltovelvoitteen kohtuullistamiskäytännössä tulkita. Mikäli kyseisiä pykäläitä sovelletaan täysin samoilla perusteilla, päällekkäinen sääntely aiheuttaa ainoastaan turhaa epävarmuutta asianosaisten välillä. Toisaalta pykälien erilaiset sanamuodot voivat ainakin teoriassa antaa erilaisia lopputuloksia sovellettavasta säännöksestä riippuen. Epäselväksi kuitenkin jää, mikä on lainsäätäjän päällekkäisen sääntelyn lopullinen tarkoitus. Myös näille tulkintakysymyksille jäädään odottamaan tarkempia linjauksia lähitulevaisuuden lainsäädännön ja oikeuskäytännön muodossa.

³²⁶ Van Baell & Bellis 2010, s. 675 – 685.