



Vaasan yliopisto
UNIVERSITY OF VAASA

Tuuli Jalande

Osapätemättömyys kartellisopimuksissa

Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden vuoropuhelu

Laskentatoimen ja rahoituksen akateeminen yksikkö
Talousoikeuden pro gradu -tutkielma
Kauppatieteiden maisteri

Vaasa 2022

VAASAN YLIOPISTO**Laskentatoimen ja rahoituksen akateeminen yksikkö**

Tekijä:	Tuuli Jalande		
Tutkielman nimi:	Osapätemättömyys kartellisopimuksissa : Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden vuoropuhelu		
Tutkinto:	Kauppätieteiden maisteri		
Oppiaine:	Talousoikeus		
Työn ohjaaja:	Pekka Vainio		
Valmistumisvuosi:	2022	Sivumäärä:	109

TIIVISTELMÄ:

Kartellit ovat yksi vakavimmista kilpailunrajoituksen muodoista. Ne vääristävät markkinoita, jonka seurauksena kilpailun tehokkuus kärsii. Näiden seikkojen lisäksi kartellit ovat erittäin haastavia havaita. Vastauksena kartellien tehokkaampaan tunnistamiseen on kehitetty esimerkiksi leniency-ohjelmat, joissa on mahdollista tietyin kriteerein vaikuttaa seuraamusmaksun suuruuteen. Edellä kuvaillut seikat kuuluvat puhtaasti kilpailuoikeuden alaan. Tässä tutkielmassa sopimusoikeus tuodaan kilpailuoikeuden rinnalle kartellitoiminnan arviointiin ja tutkitaan, miksi osapätemättömyys on kokonaispätemättömyyttä tai -mitättömyyttä kannattavampi vaihtoehto. Sopimusoikeudellisten käsitteiden osapätemättömyys, kokonaispätemättömyys ja mitättömyys sekä oikeudenalan oppien avulla arvioinnin painopistettä siirretään itse sopimukseen ja osapuolten vaikutusmahdollisuuksiin oikeustoimen kannalta. Sopimusoikeudella ikään kuin täydenne-tään kilpailuoikeuden jättämiä aukkoja. Oikeudenaloja sovelletaan siis rinnakkain. Kapean näkökulman mukaan kartellisopimus tuomitaan kokonaispätemättömäksi ja osapuolille määrätään seuraamusmaksut. Kilpailulakia ja EU:n oikeuskäytäntöä tulkitsemalla havaitaan, että pätemättömyys tulisi kohdistaa ainoastaan kilpailunrajoituksen alaisiin lausekkeisiin. Muiden lausekkeiden kohdalla sovellettaisiin kansallista sopimusoikeutta. Suomessa sopimusoikeutta sääntelee oikeustoimilaki. OikTL 36 § 1 mom sisältää kriteerit osapätemättömyydelle, sillä säännöksessä puhutaan yksittäisten ehtojen kohtuullistamisesta tai poistosta eikä koko oikeustoimesta kerralla. OikTL 36 § 2 mom sääntelee muun sopimuksen kohtuullistamista pätemättömäksi tuomit-tujen lausekkeiden kohtuullistamisen tai poiston jälkeen. Huomioitavaa on, että osapuolet ensi-sijaisesti itse sopivat kohtuullistamisesta tai poistosta. Näin ollen kilpailuoikeudesta johdetaan pätemättömyysperusteet kartellilausekkeille ja sopimusoikeudesta muun oikeustoimen kohtelu pätemättömyyden toteamisen jälkeen. Sopimusoikeudellisen pätemättömyyden keinoin päte-mättömyys saadaan kohdistettua myös sellaisiin lausekkeisiin, joihin ei saada kilpailuoikeudel-lista pätemättömyysperustetta. Siten kilpailuoikeuden ja sopimusoikeuden soveltamisella rin-nakkain saavutetaan huomattavia etuja verrattuna pelkkään kilpailuoikeudelliseen arviointiin, mikä havaitaan tutkielmassa esimerkiksi kartellin aikajanan eri vaiheita tarkastelemalla. Aikaja-nalla käsitellään muun muassa sopimuksen syntymistä osapuolten kesken, epäily- ja tutkintavai-hetta sekä kartellin päättymistä. Osapätemättömyyden teema ja oikeudenalojen rinnakkain so-veltaminen kulkevat mukana läpi tutkielman. Siten tutkimuskysymyksiin rakennetaan vastaus-pohjaa jatkuvasti tutkielman edetessä. Tutkielmasta on näin ollen mahdollista nostaa osapäte-mättömyyden hyötyjä eri teemojen käsittelyssä. Yksi havaittavista hyödyistä on se, että osapu-olet saadaan osaksi sopimuksen kohtelua pätemättömyysprosessissa. Toisekseen itse sopimuk-sesta on mahdollista säästää ehtoja, jotka sisältävät positiivisia markkinavaikutuksia. Tästä hyö-tyvät muun muassa kilpailu ja asiakkaat. Lopulta tarkastellaan edellä mainittuja seikkoja hyö-dyntäen, miksi osapätemättömyys nousee kokonaispätemättömyyden ohi.

AVAINSANAT: kartelli, kilpailuoikeus, osapätemättömyys, pätemättömyys, sopimus, sopimus-oikeus

Sisälllys

1	Johdanto	9
1.1	Tutkimuskysymykset	10
1.2	Tutkimuslähteet ja -menetelmät	11
1.3	Tutkielman tausta	12
1.4	Pätemättömyyden eri muodot tutkielmassa	13
1.4.1	Kokonaispätemättömyys	14
1.4.2	Osapätemättömyys	15
1.4.3	Mitättömyys	16
2	Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden arviointia	17
2.1	Sopimusoikeus	17
2.2	Kilpailuoikeus	18
2.2.1	Säätely	20
2.2.2	Valvonta	21
2.3	Oikeudenalojen keskinäinen suhde tutkimusaiheeseen	22
3	Sopimuksen synty ja muita tekijöitä	25
3.1	Synty	25
3.1.1	Tarjous	25
3.1.2	Vastaus	27
3.1.3	CISG	28
3.2	Konkludenttinen kartellisopimus	30
3.2.1	Osatekijöiden suhde toisiinsa	30
3.2.2	Hiljainen sopimus argumentaatiivälineenä	32
3.3	Sopimusosapuolet	33
3.4	Sitovuus	35
3.5	Kartellilausekkeet – Milloin sopimusehto on kartellilauseke?	36
4	Osapätemättömyys	39
4.1	Sopimusoikeudellinen pätemättömyys	39
4.1.1	OikTL 36 § soveltaminen	40

4.1.2	Klassinen pätemättömyysoppi	41
4.1.3	Analyyttinen pätemättömyysoppi	42
4.1.4	Pätemättömyyden kohdistus	44
4.1.5	Pätemättömyyden tavoitteet	45
4.1.6	Pätemättömyyden seuraukset	46
4.2	Kilpailuoikeudellinen pätemättömyys	48
4.2.1	Pätemättömyysperusteet ja oikeudellinen tausta	49
4.2.2	Pätemättömyyden kohdistus	51
4.2.3	Pätemättömyyden tavoitteet	52
4.2.4	Pätemättömyyden seuraukset	53
4.3	Sopimusoikeudellisen ja kilpailuoikeudellisen pätemättömyyden vertailu	55
4.3.1	Kilpailuoikeudellinen OikTL 36 § arviointi	56
4.3.2	Klassinen ja analyttinen pätemättömyysoppi	59
4.3.3	Pätemättömyysperusteet ja kohdentaminen	60
4.4	Sopimus-kilpailuoikeudellinen pätemättömyys	63
5	Kartellin aikajana pätemättömyyden näkökulmasta	67
5.1	Sopimuksen syntyprosessi	68
5.1.1	Sopimusvapaus	68
5.1.2	Salassapito	71
5.1.3	Severability-ehto	72
5.1.4	Sopimuksen voimaantulo	73
5.1.5	Pätemättömyys syntyprosessissa	74
5.2	Kartellin epäily ja tutkinta	75
5.2.1	Viranomaiset ja <i>leniency</i> -menettely	75
5.2.2	Tutkintaprosessi	77
5.2.3	Sopimusoikeuden rooli tutkinnassa	80
5.2.4	Pätemättömyyden ja <i>leniency</i> -menettelyn yhteys sopimuksen kannalta	82
5.3	Seurausten määrittäminen	85
5.3.1	Seuraamusmaksun määrittäminen	86
5.3.2	Sopimusoikeus seurausten määrittämisen apuna	89

5.4	Kartellin päätyminen	91
5.4.1	Kilpailulain uudistusten sopimusoikeudellinen soveltaminen	92
5.4.2	Oikeustapausesimerkki: voimajohtoasia	93
5.4.3	Osapuolten yhteistyön jatkuminen lainmukaisin sopimuksin	94
6	Miksi osapätemättömyys kannattaa?	96
6.1	Osapuolten asemat	96
6.2	Hyödyllisen sopimuksen kriteerit	98
6.3	Osapätemättömyys nousee kokonaispätemättömyyden ohi	101
	Lähteet	103
	Liitteet	109
	Liite 1. Kilpailunrajoituksen tutkintamenettelyn vaiheet.	109

Kuvat

Kuva 1. Sopimussuhteen tasapainotilat.	46
Kuva 2. Pätemättömyysperusteen vaikutus oikeudenalojen soveltuvuuteen.	65

Kuviot

Kuvio 1. Sopimus-kilpailuoikeudellinen pätemättömyysprosessi.	63
Kuvio 2. Kartellin aikajana.	67
Kuvio 3. Pätemättömän ja sallittavan lausekkeen raja.	100

Taulukot

Taulukko 1. Oikeudenalojen pätemättömyyden vertailu.	56
------------------------------------------------------	----

Lyhenteet

EUT	Euroopan unionin tuomioistuin
HE	Hallituksen esitys
KilpL	Kilpailulaki 948/2011
KHO	Korkein hallinto-oikeus
KKO	Korkein oikeus
KKV	Kilpailu- ja kuluttajavirasto
KO	Käräjäoikeus
KPL	Kirjanpitolaki 1997/1336
MaO	Markkinaoikeus
OikTL	Laki varallisuus oikeudellisista oikeustoimista (oikeustoimilaki) 1929/228
SEUT	Sopimus Euroopan unionin toiminnasta

Oikeustapausluettelo

Korkein hallinto-oikeus

29.9.2009 taltio 2389	KHO 2009:83	s. 13, 88
10.6.2019 taltio 2707	KHO 2019:74	s. 93, 94
20.8.2019 taltio 3712	KHO 2019:98	s. 13
20.8.2021 taltio 402	KHO 2021:112	s. 94

Korkein oikeus

3.5.2018 taltio 911	KKO 2018:37	s. 63
23.2.2016 taltio 403	KKO 2016:10	s. 63
16.9.2014 taltio 1786	KKO 2014:65	s. 34
17.4.2012 taltio 725	KKO 2012:40	s. 40

Käräjäoikeus

28.11.2013 diaarinumero L 09/10623		s. 85
4.7.2013 diaarinumero L 11/16750		s. 81

Markkinaoikeus

3.3.2021 diaarinumero 2018/478	MaO:70/2021	s. 58
29.12.2020 diaarinumero 2020/393	MaO:581/20	s. 70
20.12.2011 diaarinumero 159/10/KR	MaO:594/11	s. 13
3.12.2009 diaarinumero 407/06/KR	MaO:614/09	s. 13, 89

Euroopan unionin tuomioistuin

14.1.2021 Asia C-450/19

s. 76, 94

Euroopan unionin yleinen tuomioistuin

26.1.2022 Asia T-286/09 RENV

s. 79

1 Johdanto

Tämä tutkielma jatkaa kandidaatin tutkielmasta, joka on kirjoitettu otsikolla Pätemättömyys kartellisopimuksissa (2020). Pää tavoitteena on eri näkökulmia hyödyntäen todistaa, miksi osapätemättömyys on kartellisopimuksien arviointiin hyödyllinen vaihtoehto. Tutkielman yksi osatavoitteista on luoda lähtökohtia jatkotutkimukselle niin tuomioistuimen kuin liiketoiminnankin kannalta osapätemättömyyden arviointiin kartellisopimuksissa. Tarkoituksena ei ole antaa tyhjentävää esitystä aiheesta.

Tavoitteiden saavuttamiseksi syvennyttään tarkemmin sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden tuomiin mahdollisuuksiin ja rajauksiin. Tässä tutkielmassa tarkastellaan yksityiskohteisemmin, mitä vaaditaan osapätemättömyyden relevantille hyödyntämiselle kartellisopimukseen ja ylipäätään mitä osapätemättömyys on. Tutkielman edetessä havaitaan, että osapätemättömyys on itse asiassa kartelliin osallistuneille oikeustoimen eli sopimuksen kohtelun kannalta lievempi seuraus kuin kokonaispätemättömyys tai -mitättömyys. Sen vuoksi sopimusosapuolille on asetettava vastavuoroisesti vaatimuksia osapätemättömyyteen päätymiseksi. Taloudellinen seuraus seuraamusmaksujen muodossa on pidettävä oikeustoimen kohtelusta erillään. Kartelleihin tiiviisti liittyvää *leniency*-sääntöä arvioidaan erikseen suhteessa sopimuksen pätemättömyyteen.

Tutkielmassa käsitellään tiiviisti sopimusoikeudellista ja kilpailuoikeudellista sääntelyä rinnakkain. Kumpikin oikeudenala käsittelee pätemättömyyttä eri oikeuslähteissä ja vahvasti omalta näkökannaltaan. Kartellisopimus sisältää jo nimensä puolesta vahvoja viitteitä sekä kilpailuoikeudesta (kartelli) että sopimusoikeudesta (sopimus). Termiä voidaan kuvailla kytkökseksi ja lähtöpisteeksi, joiden avulla on mahdollista tuoda kaksi oikeudenalaa lähemmäksi toisiaan. Tutkielmassa käsitellään oikeudenaloja yhdessä ja erikseen. Rakenteen selkeyden vuoksi seurataan seuraavaa linjaa eri teemojen sisällä: oikeudenalojen piirteitä tutkitaan ensin erikseen, jonka jälkeen havainnot liitetään toisiinsa ja arvioidaan havaittuja ominaisuuksia yhdessä.

1.1 Tutkimuskysymykset

Tutkimuskysymysten avulla johdatetaan lukija aiheeseen ja selvennetään, mikä on tutkimuksen tavoite. Tarkoituksena ei ole vastata tyhjentävästi tutkimuskysymyksiin, sillä aiheesta nousee tutkielman edetessä uusia asianhaaroja, joita ei tässä tutkielmassa käsitellä laajuutensa vuoksi. Kun tutkimuskysymyksiin rakennetaan vastauspohjaa, niin todellisuudessa rakennetaan pohjaa lisätutkimuksen mahdollisuudelle. Yksi tavoiteltu seuraus tutkimuskysymyksiin vastatessa on herättää lukijassa uusia tutkimuskysymyksiä, joihin tämän tutkielman puitteissa ei vastausta saada.

Tutkimuskysymykset ovat rakentuneet niin, että luodaan uutta näkökulmaa kartellisopimusten arviointiin. Nykyiset arvioinnin työkalut mitättömyys ja kokonaispätemättömyys siirretään syrjään. Tutkitaan neutraalilta pohjalta kartellisopimusten arviointia ja edetään uutta näkökulmaa pitkin. Tutkimuskysymykset ovat seuraavat: *Minkä takia osapätemättömyys on varteenotettava vaihtoehto kartellisopimuksien arviointiin? Mitä tekijöitä on otettava huomioon, jotta siihen on ylipäättään mahdollista päätyä?* Ensimmäinen tutkimuskysymys on luonteeltaan laajempi ja jälkimmäinen tarkentaa ensimmäistä.

Ensimmäisen tutkimuskysymyksen tarkoitus on johdattaa aiheeseen ja samalla osittain rajata aihetta. Pätemättömyyden muodoista keskitytään osapätemättömyyteen, joka tuo sopimusoikeuden vahvaksi osaksi tutkielmaa. Kartellin kuulumisen kilpailunrajoitukseen tuo puolestaan tutkielmaan mukaan kilpailuoikeuden sopimusoikeuden rinnalle. Toisen tutkimuskysymyksen avulla saadaan arviointi kohdennettua useampaan eri tahoon kartellisopimuksen kohdalla. Tarkasteltavia osapuolia ovat muun muassa sopimusosapuolet, kilpailuviranomainen, markkinat ja itse oikeustoimi. Tiivistäen tahot, joihin kartellitoiminnan vaikutukset ulottuvat tavalla tai toisella.

1.2 Tutkimuslähteet ja -menetelmät

Tässä tutkielmassa lähdeaineistoa tutkitaan pätemättömyyden näkökulmasta. Kerätään yhteen kriteerejä ja näkökulmia, jotka ovat liitännäisiä sekä sopimusoikeudelliseen että kilpailuoikeudelliseen pätemättömyyteen. Merkittävämmät lähdeaineistot muodostuvat oikeustoimilain ja kilpailulain pohjalta. Sopimusoikeus ja oikeustoimilaki ovat kansallista oikeutta, joten kansallinen oikeuskirjallisuus on sopimusoikeuden näkökulmasta tärkein lähdeaineisto. Kilpailuoikeus on puolestaan kansainvälistä ja kilpailulain sisältö on muodostunut pitkälti EU-oikeudesta. Sen tavoitteena on yhtenäistää unionin alueen kilpailulainsäädäntöä. Siksi kilpailuoikeuden lähteissä kansallisen lähdeaineiston rinnalle tuodaan kansainvälisiä lähteitä. Kilpailuoikeuteen liittyy vahvasti viranomaisten kilpailunvalvonta. Kilpailu- ja kuluttajavirasto sekä Euroopan komissio ovat kilpailua valvovat viranomaiset kansallisella ja EU-tasolla, joten niiden internetsivujen tarjoamaa tietoa hyödynnetään läpi tutkielman.

Oikeustapaukset muodostavat yhden merkittävän lähderyhmän tutkielmalle. Tapausten avulla havaitaan suuntaviivoja, miten tuomioistuimet ovat soveltaneet eri oikeudenaloja ratkaisutoiminnassa. Oikeustapauksia hyödynnetään niin sopimusoikeuden kuin kilpailuoikeuden alalta. Pyritään löytämään tulkintalinjoja, jotka ovat hyödyksi tutkimusaiheen perusteluille. Lopulta edellä mainittujen lähteiden avulla vastataan tutkimuskysymyksiin.

Tutkimusmenetelmänä hyödynnetään tulkintametodia, josta tarkemmin erityisesti systemaattista tulkintaa. Lainsäädännön tutkimisessa hyödynnetään sanamuodon mukaista tulkintaa. Tulkintametodit on kuvattu välineiksi, joiden avulla oikeuslähteistä eli tulkinta-perusteista saadaan johdettua tulkintatulokset eli tulkintakannanotto.¹ Tämä tutkielma rakentuu kyseisen prosessin mukaisesti. Sanamuodon mukaisessa tulkinnessa pitäydytään lainsäädännön kirjaimellisessa eli arkikielen antamassa merkityksessä. Systemaattisessa tulkinnessa lainsäädännön tulkinnan lisäksi puolestaan huomioidaan muun

¹ Hirvonen, 2011, s. 38.

muassa oikeudenalan yleiset opit, muut oikeusnormit ja lainopin teorit.² Kilpailulakia ja oikeustoimilakia tulkitaan sanamuodon mukaisella tulkinnalla ja havainnot sisällytetään tutkimusaiheeseen systemaattisen tulkinnan keinoin esimerkiksi oikeuskirjallisuuden ja oikeustapausten avulla.

1.3 Tutkielman tausta

Kandidaatin tutkielmassa Pätemättömyys kartellisopimuksissa (2020) on esitelty eri kartellimuotoja, kuten hintakartelli, tarjouskartelli ja markkinoiden jakaminen joko asiakkaiden kesken tai maantieteellisesti. Jokainen kartellimuoto liittyy eri tilanteisiin ja olosuhteisiin, joissa kartellin on mahdollista muodostua. Yhteistä eri kartellityypeille on se, että jokainen niistä on vakavan kilpailunrajoituksen muoto. Kartellityyppejä ei erotella toisistaan vakavuuden asteen mukaan, joten harjoittamisen muoto ei vaikuta esimerkiksi seuraamusmaksun määrittämisessä. Jokainen kartellityyppi on haastavaa todeta ja paljastaa tiedostetun salassapidon vuoksi. Yksi tulevaisuuden haaste onkin houkutella kartellin jäseniä paljastamaan matalammalla kynnyksellä osallisuus kilpailunrajoitustoimintaan. Kartellien havainnoinnin vaikeutta ei voi olla korostamatta.

Toinen tärkeä seikka nostaa esiin kandidaatin tutkielmasta on erilainen sopimuksen lähestymistapa. Siirretään tyypillinen ajatus kartellien lainvastaisuudesta ja rangaistavuudesta syrjään ja tarkastellaan neutraalista lähtökohdasta sopimussisältöä sekä yksittäisiä sopimuslausekkeita. Ehdot ja niiden kytkökset muihin sopimusehtoihin tulisi tulkita ja arvioida yksittäin eikä suppeasti koko sopimuskokonaisuutta kerralla. EU:n ratkaisukäytännössä on annettu mahdollisuus kyseiselle tulkintatavalle. Tapauksessa *Société Technique Minière* vuodelta 1966 EU-tuomioistuimien on todennut, että vain EU:n kilpailulainsäädäntöä rikkovat sopimuksen osat ovat pätemättömiä. Oikeustoimi on tuomittava kokonaan pätemättömäksi, jos pätemättömiä osia ei saada erotettua muusta

² Hirvonen, 2011, s. 38–39.

sopimuksesta.³ Ajatuksen kääntämällä voidaan todeta, että jos pätemättömät osat saadaan irrotettua kokonaisuudesta, osapätemättömyyteen voidaan päätyä. KilpL 8 § tehostaa ajatusta, koska säännöksessä puhutaan vain yksittäisistä ehdoista eikä kokonaisuudesta. Kandidaatin tutkielmassa edellä nostetut seikat ratkaisukäytännön ja lain sanatarakan sisällön kannalta ovat perusteet sille, miksi tämä tutkielma jatkaa yhä syvempään aiheen potentiaalin tarkasteluun.

1.4 Pätemättömyyden eri muodot tutkielmassa

Sopimus on kaksipuolinen oikeustoimi, jonka oikeusvaikutus syntyy, kun sopimuksen osapuolet (vähintään kaksi) ovat yhtä mieltä oikeustilan muutoksesta.⁴ Oikeustoimi on määritelty oikeuskirjallisuudessa ”tahdonilmaisuksi, jonka henkilö antaa oikeuksien perustamiseksi, muuttamiseksi, siirtämiseksi tai kumoamiseksi”.⁵ Sopimuksen kaksipuolisuuden johdosta oikeustilan muutos kohdistuu useampaan eri tahoon. Huomioitavaa on, että ”kaksipuolisuus” ei tarkoita määrällisesti tasan kahta sopimusosapuolta, vaan määritelmä kuuluu ”kaksi tai enemmän”. Näin ollen kartellisopimuksessa voi olla esimerkiksi kymmenenkin eri elinkeinonharjoittajaa. Oikeustapaukset osoittavat, että tyyppillisesti kartellin muodostavat enemmän kuin kaksi elinkeinonharjoittajaa⁶ tai yksi elinkeinonharjoittaja, joka asettaa kartelliehdot esimerkiksi jälleenmyyjilleen ja sitä kautta kartellin jäseniä on useita⁷. Kartelli voi muodostua myös näiden kahden yhdistelmästä.

Oikeustoimen pätemättömyydellä tarkoitetaan tilannetta, jossa tahdonilmaisulla osoitettu ja haluttu oikeusvaikutus jää toteutumatta. Yksi syy on esimerkiksi pakottavan lain säädännön vastaisuus.⁸ Oikeusvaikutus jää toteutumatta oikeustoimen virheen vuoksi. Virhe voi kohdistua sopimuksen tekemiseen, muotoon, sisältöön tai muuhun

³ Aine, 2013, s. 58.

⁴ Hoppu, E. ja Hoppu, K., 2011, s. 50.

⁵ Hoppu, E. ja Hoppu, K., 2011, s. 45.

⁶ Ks. esim. KHO 2019:98 ja MaO:614/09.

⁷ Ks. esim. KHO 2009:83 ja MaO:594/11.

⁸ Hemmo ja Hoppu, K., 2006/2021, luku 6., Sopimuksen pätemättömyys. Viitattu 13.11.2021.

oikeustoimessa itsessään olevaan virheeseen.⁹ Kartellisopimuksen kohdalla voidaan todeta, että sopimuksen tekemisessä on oltu yhteisymmärryksessä KilpL 5 tai 7 § vastaisen toiminnan harjoittamisesta. Muotoseikkaan ei voida vedota, sillä kartellisopimuksen on mahdollista syntyä esimerkiksi konkludenttisesti tai suullisesti ja lainvastaisten sopimusten kohdalla oikeustoimen virhe ei voi perustua muotoon, sillä muotovaatimuksia ei luonnollisesti ole.¹⁰

Jäljelle jäävät sisältö ja muu oikeustoimen sisältämä virhe. Pätemättömyys on mahdollista kohdistaa kartellisopimuksen kohdalla kumpaankin tekijään. Kilpailunrajoituksen alaiset noudatettavat lausekkeet löytyvät sisällöstä (sisältövirhe) ja esimerkiksi konkludenttisen sopimuksen kohdalla yhdenmukaistetun menettelystä eli tosiasiallisesta käytöksestä sopimuksen noudattamiseksi (muu oikeustoimen sisältämä virhe). Näin ollen pätemättömyys kohdistuu sisältöön tai sopimusosapuolten käytökseen suhteessa toisiinsa ja markkinoihin. Pätemättömyys voidaan jakaa pienempiin osiin ja määritellä ne erikseen. Tämän tutkielman kannalta eri osat ovat avainasemassa halutun lopputuloksen saavuttamiseksi. Määriteltävät termit ovat *kokonaispätemättömyys*, *osapätemättömyys* ja *mitättömyys*.

1.4.1 Kokonaispätemättömyys

Kokonaispätemättömyydestä johtuu koko oikeustoimen eli tässä tapauksessa sopimuksen pätemättömyys. Jos sopimuksessa on kymmenen lauseketta, pätemättömyys kohdistetaan jokaiseen kymmeneen lausekkeeseen kerralla. Pätemättömyyden teorian mukaan vaihtoehtoina ovat lausekkeiden kohtuullistaminen tai huomiotta jättäminen¹¹. Jos lausekkeiden kohtuullistaminen tai sovittelu eivät ole vaihtoehtoja, sopimus määrätään raukeamaan¹². Silloin sopimuksen tuomat oikeudet ja velvollisuudet eivät enää sido

⁹ Hoppu, E. ja Hoppu, K., 2011, s. 69.

¹⁰ Ks. 3.2.1.

¹¹ OikTL 36 § 1 mom.

¹² OikTL 36 § 2 mom.

sopimusosapuolia. Kokonaispätemättömyyden tilannetta voidaan kuvata yhtä lailla eräänlaisena oikeustilan muutoksena sopimusosapuolille kuin sopimuksen syntymistä.

Kokonaispätemättömyyden seurauksena jäljelle ei jää oikeustoimea, jota noudattaa siinä olleen virheen vuoksi. Pätemättömyys on joko absoluuttista tai korjauskelpoista. Ensin mainitussa tilanteessa oikeustoimen virhettä ei voida korjata ja ainoa mahdollisuus on tehdä uusi oikeustoimi tahdotun oikeustilan saavuttamiseksi. Toisinaan pätemättömyyteen johtanut virhe voi olla korjattavissa. Korjautuminen voi tapahtua usealla eri tavalla, kuten pelkän ajan kulumisen seurauksena. Pätemättömyysperusteen poistumisen jälkeen oikeustoimi saa aikaan sen halutut vaikutukset.¹³ Kokonaispätemättömyys eroaa alla esitellystä osapätemättömyydestä siten, että pätemättömyys kohdistuu oikeustoimeen kokonaisuutena, kun taas osapätemättömyydessä kokonaisuutta tarkastellaan pienempinä osina. Pätemättömyys kohdennetaan yksityiskohtaisemmin ehto kerrallaan.

1.4.2 Osapätemättömyys

Osapätemättömyydessä pätemättömyyttä ei kohdisteta koko oikeustoimeen, vaan niimensä mukaisesti vain osaan siitä. Tutkielmassa tullaan havaitsemaan, että pätemättömyyden ensisijaisena kriteerinä tutkittavan teeman kannalta on lainvastaisuus kilpailuoikeuden astuessa esiin indispositiivisena eli pakottavana lainsäädäntönä¹⁴. Sopimusoikeyden perustana oleva oikeustoimilaki on puolestaan dispositiivista eli tahdonvaltaista¹⁵. Osapuolet voivat poiketa tahdonvaltaisesta lainsäädännöstä esimerkiksi sopimuksella toisin kuin pakottavan lainsäädännön kohdalla¹⁶.

Pakottavan lainsäädännön astuessa voimaan, tilanne ei tarkoita automaattisesti sitä, että oikeustoimeen tulee soveltaa kokonaispätemättömyyttä. Pätemättömyys kohdistetaan

¹³ Saarnilehto ja Annola, 2018, s. 105.

¹⁴ Aine, 2013, s. 54.

¹⁵ Hemmo, 2006/2021, luku 6: Muita sopimuksen syntytapoja: *Tahdonvaltaisuus*. Viitattu 15.11.2021.

¹⁶ HE 48/2017 vp., s. 77.

pikemminkin ainoastaan osapuolten kesken sovittuihin pakottavan sääntelyn vastaisiin kohtiin eli kartellilausekkeisiin, ja muuten sopimuksen on mahdollista jäädä voimaan. Ari Saarnilehto ja Vesa Annola toteavatkin, että ”tällainen yhden ehdon pätemättömyys tai mitättömyys ei johda koko sopimuksen pätemättömyyteen”.¹⁷ Kaikki edellä kuvailtu voidaan tiivistää termiin *osapätemättömyys*.

1.4.3 Mitättömyys

Mitättömyyden voidaan katsoa olevan kolmesta termistä vahvinta pätemättömyyttä. Ari Saarnilehdon mukaan se on itsestään vaikuttavaa pätemättömyyttä¹⁸. Tosin esimerkiksi ratkaisukäytännössä tuomioistuimien puolesta ei ole löydetty termille yhtenäistä linjaa, sillä sitä on käytetty niissä kirjavasti¹⁹. Muissa virallislähteissä, kuten hallituksen esityksissä, termi on myös määritelty eri tavoin. Mitättömyydellä on esimerkiksi tarkoitettu sitä, että sopimusehtoa ei yksinkertaisesti huomioida ja muu sopimus jää voimaan alkuperäisillä ehdoilla²⁰. Toisaalta mitättömyyden on katsottu mahdollisesti olevan riippuvainen myös voimassa olevasta lainsäädännöstä ja ennen mitättömyyden toteamista osapuolten tulisi neuvotella keskenään²¹.

Mitättömyys voidaan jakaa pätemättömyyden tavoin kokonais- ja osamitättömyyteen. Kokonaismitättömyyden tilanteessa koko oikeustoimi tuomitaan mitättömäksi eli sen oikeusvaikutukset lakkaavat välittömästi ja sopimus jätetään kokonaan huomiotta. Osamitättömyyden kohdalla, kuten osapätemättömyydessäkin, mitättömyyden tarkastelu kohdennetaan yksityiskohtaisemmin ainoastaan oikeustoimen valittuihin osiin ja ne jätetään huomiotta. Muu oikeustoimi jää voimaan.

¹⁷ Saarnilehto ja Annola, 2018, s. 135.

¹⁸ Saarnilehto, 2009, s. 111.

¹⁹ Saarnilehto ja Annola, 2018, s. 105.

²⁰ HE 230/2018 vp., s. 14.

²¹ Kilpailu- ja kuluttajavirasto, 2021a, 3. *Yksityisten palveluntarjoajien sopimusten mitätöinti*.

2 Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden arviointia

Sopimusoikeus ja kilpailuoikeus ovat hyvin laajoja ja vanhoja oikeudenaloja. Esimerkiksi kilpailuoikeuden juuret ulottuvat jopa antiikin ajoille²². Sen vuoksi ennen tarkempaa pätemättömyyden arviointia on syytä tehdä nostoja kummastakin oikeudenalasta, joita hyödynnetään tutkittavaan aiheeseen. Ne koskevat esimerkiksi sopimusvapautta ja kartellisopimuksen osapuolten juridista muotoa kilpailulain näkökulmasta.

2.1 Sopimusoikeus

Sopimusoikeuden tahdonvaltaisen luonteen vuoksi sopimusosapuolet voivat poiketa lainsäädännöstä oman ja yhteisen edun nimissä, jos laissa ei toisin säädetä tai sitä ei muuten katsota kielletyksi²³. Sopimusoikeuden dispositiiviseen luonteeseen liittyy vahvasti oikeudenalan yksi vanhimmista ja tärkeimmistä periaatteista eli sopimusvapauden periaate. Olli Norros on tiivistänyt periaatteen tarkoituksen seuraavasti: ”Sopimusvapaus merkitsee sitä, että sopijapuolet saavat itse päättää kaikesta sopimukseensa liittyvästä, ellei laista muuta seuraa”.²⁴ Toisin sanoen sopimusosapuolet voivat sopia sopimusehdot muun muassa sopimuksen tarkoituksen ja solidaarisesti halutun oikeustilan muutoksen mukaisesti, kunhan ehdoissa pysytään lainsäädännön asettamien reunaehtojen sisällä. Näin ollen dispositiivisesta laista poikkeaminen on hyväksyttävää.

Toinen sopimusoikeuden tärkeä elementti on huomion kiinnittäminen sopimusosapuolten kohteluun. Oikeudenala ottaa kantaa siihen, mitä vaikutuksia eri toimilla oikeustoi-
mea kohtaan on sopimusosapuolten kannalta. Tästä esimerkkinä suoraan pätemättö-
mien sopimusehtojen kohtuullistamisen mahdollisuus OikTL 36 § nojalla. Sännöksen mu-
kaan osapuolet voivat joko sovitella ehtoa kohtuullisemmaksi tai jättää sen huomioi-
matta. Lisäehtona kohtuuttomuuden arvostelussa tulee huomioida muun muassa

²² Kuoppamäki, 2018, s. 6.

²³ HE 48/2017 vp., s. 77–78.

²⁴ Norros, 2018, s. 28.

osapuolten asema ja oikeustoimen sisältö kokonaisuudessaan.²⁵ Kuten jo lain säännöksestä havaitaan, osapuolille annetaan vaihtoehtoja tilanteen ratkaisemiseksi ja jopa mahdollisuus valita heille itselleen sopivin ratkaisu oikeustoimen kannalta.

Valta päättää kohtuuttoman lausekkeen kohtelusta on sopimusosapuolilla itsellään eikä ratkaisu tule annettuna sopimussuhteen ulkopuoliselta kolmannelta osapuolelta, kuten viranomaiselta. Tilanne muuttuu, jos osapuolet eivät pääse kohtuuttomasta ehdosta yksimielisyyteen ja sitä joudutaan sovittelemaan esimerkiksi välimiesmenettelyssä tai viime kädessä tuomioistuimessa. Huomioitavaa on, että riidanratkaisumenettelystäkin on yleensä sovittu sopimuksessa sopimusvapauden nojalla mahdollisia riitatilanteita varten. Lähtökohtana on lopulta se, että sopimusosapuolilla on *ensisijaisesti* itsellään valta ja oikeus päättää oikeustoimen kohtuuttomuuden arvioinnin keinoista. Tämä osapuolille annettu päätäntävalta on merkittävä seikka vertailussa kilpailuoikeuden kanssa.

Sopimuksen tulkinnan lähtökohtana on osapuolten tahdon selvittäminen. Sopimussisällön tulkinnan lisäksi voidaan hyödyntää materiaalia (esimerkiksi sopimustyyppiin liittyvät odotukset), jota ei ole osapuolten toimesta sisällytetty sopimukseen tai jota osapuolet eivät ole olleet tuottamassa. Tätä kutsutaan *objektiiviseksi kontekstitulkinnaksi*. Sopimusta ei tulkita tyhjiössä, vaan osana toimintaympäristöään. Kontekstitulkinnan hyödyntämisessä kriteerinä on, että se pystytään liittämään osapuolten tarkoituksen selvittämiseen.²⁶ Teorialla liitetään sopimus sen todelliseen tulkintaympäristöön eli markkinoille.

2.2 Kilpailuoikeus

Kilpailuoikeus on sopimusoikeudesta poiketen indispositiivista eli pakottavaa oikeutta. Tärkein kansallinen kilpailuoikeudellinen lähde on kilpailulaki ja Euroopan unionin tasolla SEUT eli sopimus Euroopan unionin toiminnasta. Komission julkaisee suuntavivoja

²⁵ OikTL 36 § 1 mom.

²⁶ Annola, 2016, s. 223–224.

lainsäädännön tulkinnan avuksi, josta esimerkkinä suuntaviivat SEUT 101 artiklan tulkintaan²⁷. Yksinkertaisesti kilpailuoikeuden säännökset on pakottavan luonteensa vuoksi otettava annettuna ja toimittava kuten niissä säännellään. Pakottavan lainsäädännön vastaisesti toimiminen on laitonta eli toisin sanoen rangaistavaa toimintaa. Näin ollen indispositiivisesta laista poikkeaminen aiheuttaa tekijälleen seurauksen.

Kilpailulain alussa määritellään tahot, joita lain säännökset koskevat ja mikä on lain perimmäinen olemassa olon pyrkimys ja tavoite. Kartellisopimuksen kannalta osapuolten juridinen muoto on olennaista, jotta kriteerit kartelliin osallistumisesta täyttyvät. KilpL 4 § 1 mom kohta 1 määritellään elinkeinonharjoittaja siten, että sillä tarkoitetaan taloudellista toimintaa harjoittavaa luonnollista henkilöä sekä yksityistä tai julkista oikeushenkilöä, joita voi olla yksi tai useampi.

KilpL 1 § todetaan, että lain tarkoitus on suojata taloudellinen toiminta vahingollisilta kilpailunrajoituksilta ja suojata elinkeinon harjoittamisen vapautta siten, että asiakkaat ja kuluttajat hyötyvät kilpailusta. Lain sisällöstä voidaan päätellä, että taloudellisen toiminnan seuraaminen markkinoilla on keskiössä ja sitä harjoittavat elinkeinonharjoittajat. Näin ollen kartellisopimuksen osapuolet ovat aina elinkeinonharjoittajia, sillä kartelleita koskeva pakottava lainsäädäntö on säännelty kilpailulaissa.

Kun tarkastellaan osapuolia yksityiskohtaisemmin, huomataan, että luonnollinen henkilö voi tulla osaksi kartellisopimusta harjoittamansa elinkeinon kautta. Tarkennuksella rikotaan mielikuvaa, jonka mukaan kartellin osapuolina toimivat ainoastaan esimerkiksi suuret kansainväliset osakeyhtiöt. Kilpailulain mukaan yhtiömuodolla ei näin ollen ole lopulta merkitystä, vaan ainoastaan sillä, että taloudellista toimintaa harjoitetaan. Siihen, tuleeko taloudellisen toiminnan olla jatkuvaa tai satunnaista, ei lain suorassa sanamuodossa oteta myöskään kantaa. Näin ollen kartellin voivat muodostaa esimerkiksi yhden henkilön toiminimen ja kansainvälisen pörssiyrityksen yhteistyö. Kilpailuoikeuden

²⁷ Euroopan unionin virallinen lehti, 2011b, kohta 1.

näkökulmasta kartellisopimuksen osapuolet ovat aina elinkeinonharjoittajia niiden yhtiömuodosta ja koosta riippumatta.

2.2.1 Sääntely

EU-kilpailulainsäädännössä kiellettyjä kilpailunrajoituksia säännellään SEUT 101 ja 102 artikloissa. SEUT 101 artikla kohta 1 mukaan sellaiset sopimukset, yritysten yhteenliittymien päätökset sekä yritysten yhdenmukaistetut menettelytavat, joilla pyritään rajoittamaan, estämään tai vääristämään kilpailua sisämarkkinoilla ovat kiellettyjä. SEUT 101 artikla kohta 2 tarkentaa, että tällaiset sopimukset ja päätökset ovat *mitättömiä*. Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että mitättömyyden käsite rakentaa EU-kilpailuoikeuden niin sanotun kieltoperiaatetta noudattavaksi järjestelmäksi. Mitättömyys on tulkittu myös hyvin ankaraksi. Sen katsotaan vaikuttavan takautuvasti niin, ettei koko sopimusta olisi alun perin ollut edes olemassa. Tosin tässä yhteydessä on mainittu, että mitättömyys koskee vain SEUT 101 artiklan vastaisia sopimusehtoja.²⁸ Suoraa ilmaisua sopimusoikeudellisen osapätemättömyyden tai -mitättömyyden käsitteistä ei ole, mutta artiklan kohdentaminen yksittäisiin sopimusehtoihin avaa mahdollisuuden osapätemättömyydelle.

Kansallisessa lainsäädännössä kartelleista säännellään kilpailulaissa, tarkemmin KilpL 5 §:ssä, jonka sisältö on lähes identtinen SEUT 101 artiklan kanssa²⁹. Eroavaisuutena artiklan kanssa KilpL 5 § mukaiset sopimukset, yritysten yhteenliittymät ja yhteenliittymien päätökset ovat kiellettyjä. KilpL 8 § mukaan KilpL 5 § tai 7 § tai SEUT 101 tai 102 artiklan vastaisia ehtoja ei saa soveltaa eikä panna täytäntöön. Ne ovat siten *pätemättömiä*³⁰.

Ensimmäinen kriteeri SEUT 101 artiklan soveltamiseen liittyy osapuoliin. Artiklaa sovelletaan, kun vähintään kaksi elinkeinonharjoittajaa on osallisena kilpailunrajoitukseen³¹.

²⁸ Raitio ja Tuominen, 2020, s. 722.

²⁹ Wikberg, 2011, s. 214.

³⁰ Wikberg, 2011, s. 215.

³¹ Leivo, K., Leivo, T., Huimala, H., Huimala, M. ja Väisänen, H., 2012, s. 126.

Tällä rajataan esimerkiksi kuluttajien ja elinkeinonharjoittajien väliset sekä kuluttajien keskinäiset kaupat kilpailunrajoitusten arvioinnista. Oletetaan, että kuvailuilla tilanteilla ei ole mahdollista muodostaa kartellitoimintaa markkinoille. Elinkeinoharjoittajilla ja niiden yhteenliittymillä on riittävästi vaikutusvaltaa markkinoilla, jotta kartellia on mahdollista ylläpitää.

Toinen kriteeri SEUT 101 artiklan soveltamiseen liittyy siihen, sovelletaanko kansallista kilpailulakia vai EU-oikeutta. Tarkastellaan niin kutsuttua kauppavaikutusta. Jos sopimuksilla tai yhdenmukaistetuilla menettelytavoilla vaikutetaan tai saatetaan vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, kauppavaikutus on täytynyt ja sovelletaan EU-oikeutta. Täten pystytään erottamaan kansallisella ja EU-tasolla vaikuttavat kilpailunrajoitukset.³² Kauppavaikutuksesta puhutaan myös kauppakriteerinä. Sisältöä ei ole tarkasti määritelty, mutta komissio ja unionin tuomioistuimet ovat sitä päätöksissään tarkentaneet. Käsitteellä ”kauppa” ei tarkoiteta pelkästään tavaroiden kauppaa, vaan se sisältää myös muuta taloudellista toimintaa. Lähtökohtana voidaan pitää yhteyttä sisämarkkinoihin.³³ Käsitteen laajennuksella kauppakriteeri täyttyy esimerkiksi sillä, kun yritykset jakavat sisämarkkinoilla markkina-alueita keskenään. Kyse ei ole suoranaisestä tavaroiden myymisestä ja ostamisesta, mutta taloudellisen toiminnan ja sisämarkkinoiden kilpailuun vaikuttamisen kriteerit täyttyvät.

2.2.2 Valvonta

Suomessa kilpailua valvova viranomainen on KKV eli Kilpailu- ja kuluttajavirasto. Sen tehtäviin kuuluu muun muassa EU-lainsäädännön soveltaminen Suomessa. Yritysten välinen kilpailu on kuitenkin kansainvälistynyt, joka vaatii viranomaisilta yhä tiiviimpää yhteistyötä kiellettyjen kilpailunrajoitusten torjumiseksi. EU:n toimielimistä Euroopan komissio on vastuussa unionin alueen kilpailuvalvonnasta. EU:n alueella toimii myös ECN-

³² Raitio ja Tuominen, 2020, s. 726–727.

³³ Oinonen, 2016, s. 22–23.

verkosto (*European Competition Network*), jonka puitteissa jäsenvaltioiden kilpailuviranomaiset tekevät tiiviisti yhteistyötä. Niillä on esimerkiksi ilmoitusvelvollisuus verkoston muille jäsenille SEUT 101 ja 102 artiklojen rikkomisen tutkinnoista.³⁴

Markkinaoikeus on Suomessa kansallinen erityistuomioistuin, jonka vastuualueeseen kuuluvat muun muassa kilpailu- ja valvonta-asioiden käsittely. Ylituomarin ja markkinaoikeustuomarien lisäksi kokoonpanoon kuuluu sivutoimisia asiantuntijajäseniä, joiden tulee olla kilpailuasioissa perehtynyt esimerkiksi kilpailuoikeuteen, taloustieteeseen ja elinkeinoelämään.³⁵ Markkinaoikeuden tehtävänä on kilpailuasioissa määrätä KilpL 12 § 3 mom mukaisesti seuraamusmaksu KKV:n esityksestä. Tuomioistuin ei ole kuitenkaan sidottu KKV:n esitykseen, vaan se tekee itsenäisen päätöksen esityksen pohjalta. Markkinaoikeus ei voi kuitenkaan tehdä seuraamusmaksupäätöstä esimerkiksi kilpailunrajoituksesta kärsineen yrityksen esityksestä. Tuomioistuimen ratkaisuun voi hakea muutosta valittamalla korkeimpaan hallinto-oikeuteen.³⁶

Euroopan komissiolla on itsenäisempi asema verrattuna KKV:n ja markkinaoikeuden päättävävallan jakoon. Komissiolla on sekä tutkiva että sakon langettava rooli. Se voi tutkintansa päätteeksi määrätä kilpailua rikkoneelle yritykselle sakon. Asianosaisella yrityksellä on kuitenkin mahdollisuus valittaa unionin yleiseen tuomioistuimeen, jos se katsoo komission erehtyneen tai tutkintaprosessissa on ollut virhe.³⁷

2.3 Oikeudenalojen keskinäinen suhde tutkimusaiheeseen

Tutkielman tavoite ja pääsääntö on, että sopimusoikeus ja kilpailuoikeus täydentävät toisiaan. Tarkoituksena ei ole löytää vastauksia siihen, miten joissain tilanteissa toinen kumoaa toisen jonkun kriteerin perusteella. Päinvastoin tavoitteena on havaita

³⁴ Oinonen, 2016, s. 12–13.

³⁵ Markkinaoikeus, 2021, *Markkinaoikeuden esittely*.

³⁶ Oinonen, 2016, s. 346.

³⁷ Oinonen, 2016, s. 348.

oikeudenaloista kohtia, joita toisen oikeudenalan on mahdollista täydentää. Näin kokonaisarviosta saadaan kattavampi kuin vain toista oikeudenalaa hyödyntämällä. Tutkimusta ei olisi mahdollista edes tehdä tässä laajuudessa ilman rinnakkain soveltamista.

Ensimmäisenä kiinnitetään huomiota oikeudenaloihin sovellettavien lakien pakottavuuteen. Kilpailulaki on luonteeltaan pakottavaa ja oikeustoimilaki tahdonvaltaista. Pakottava laki syrjäyttää sopimuksessa sen kanssa ristiriitaiset ehdot ja on siten ensisijainen³⁸. Jos kilpailulaista löytyy säännös, joka on ristiriidassa oikeustoimilain vastaavan säännöksen kanssa, sovelletaan ensisijaisesti kilpailulakia. Tilanteissa, joissa kilpailulaista ei puolestaan löydy tarkkaa sovellettavaa säännöstä, on mahdollista hyödyntää oikeustoimilakia tilanteen ratkaisemiseksi. Tälle ajatukselle koko tutkielman aihe perustuu.

Toinen tekijä, jossa sopimusoikeuden on mahdollista täydentää kilpailuoikeutta, on sopimusosapuolten kohtelun ja aseman huomiointi. Kilpailulain mukaan osapuolta koskevista toimista päättää KKV tai markkinaoikeus³⁹. Elinkeinonharjoittajilla on oikeus tulla kuulluksi esimerkiksi seuraamusmaksua koskevan esityksen osalta, mutta lopulliset päätökset tekee KKV tai markkinaoikeus⁴⁰. Sopimusoikeudessa lähtökohta on toinen. Osapuolet saavat ensisijaisesti päättää oikeustoimen kohtalosta ja toissijaisesti asiaan puuttuu sopimussuhteen ulkopuolinen taho. Esimerkiksi OikTL 2 § 2 mom mukaan tarjouksen antajalla on oikeus määrätä vastauksen antamiselle määräaika. OikTL 2 luku puolestaan käsittelee valtuutusta eli oikeustoimen tekemistä toisen puolesta. Tämä puoltaa sitä, että lähtökohtaisesti jokainen oikeustoimeen aikova määrää itse sitä koskevista oikeuksista ja velvoitteista. Sopimusvapauden periaate koskee samalla tavalla elinkeinonharjoittajia liike-elämän sopimusten kohdalla, joihin kartellisopimukset lukeutuvat.

Kolmas huomioitava seikka liittyy pätemättömyyden eri määritelmiin kansallisen ja EU-tason oikeudessa. Sovellettavan oikeuden välillä on ero, tulkitaanko kielletty ehto

³⁸ Saarnilehto ja Annola, 2018, s. 138.

³⁹ Ks. esim. KilpL 9 § ja 12 § 3 mom.

⁴⁰ KilpL 13 § 3 mom.

mitättömäksi vai pätemättömäksi. SEUT 101 artikla kohta 2 sääntelee ehdot mitättömiksi, kun taas KilpL 8 § pätemättömiksi. Pätemättömyyden muotojen ero on esimerkiksi siinä, että mitättömyys on itsestään vaikuttavaa, kun taas pätemättömyys voi olla korjauskelpoista. Kartelliehtojen kohdalla korjauskelpoisuus harvemmin tulee kysymykseen niiden lainvastaisen luonteen vuoksi. Kansallinen kilpailuoikeus antaa ainakin teoreettisen mahdollisuuden tutkia kartelliehdon pätemättömyyden korjauskelpoisuutta, jos se on esimerkiksi liitännäinen pääehtoihin. EU-oikeus on tässä ankarampi eli kartelliehdot ovat SEUT 101 artikla kohta 2 mukaan itsestään vaikuttavasti pätemättömiä ja eivät ole korjauskelpoisia.

Kartellisopimuksen tulkintaan objektiivinen kontekstitulkinta voi antaa hyödyllisen apuvälineen osapuolten tahdon määrittämisessä. Teorian mukaan sopimusta tulee tulkita osana toimintaympäristöään. Kartellisopimuksen toimintaympäristö on osapuolten liiketoiminnot sekä laajalla mittakaavalla markkinat. Oikeustoimen tarkoitusta tulisi tulkita näissä kahdessa ympäristössä. Miten osapuolet ovat tahtoneet vaikuttaa liiketoimintaansa sopimuksella? Mitä markkinavaikutuksia osapuolet ovat tahtoneet luoda sopimuksella? Näihin kysymyksiin objektiivisella kontekstitulkinnalla on mahdollista saada vastauksia kilpailuoikeudellisessa ympäristössä.

Kilpailuoikeudellinen sopimuksen käsite laajenee kartellitapauksien arvioinnissa sopimusoikeudellisesta käsitteestä. Kilpailuoikeuden näkökulman mukaan ”sopimus” tarkoittaa myös herrasmiehsopimuksia, jotka eroavat siviilioikeudellisesta sopimuksesta. Tällaisten sopimusten erottaminen yhdenmukaisista menettelytavoista on epämääräistä.⁴¹ Sen vuoksi tässä tutkielmassa ”sopimuksen” käsite kattaa alleen myös epäselvemmät tapaukset, jossa selvää siviilioikeudellista sopimuskokonaisuutta ei ole osoitettavissa. Sopimussisältö voi muodostua osapuolten tietojenvaihdosta (sähköpostikeskustelut, tapaamiset) sekä muusta kirjallisesta ja suullisesta materiaalista. Sen vuoksi tässä tutkielmassa käsite ”sopimus” tulee hahmottaa laajempänä käsitteenä kuin osapuolten allekirjoittamana kirjallisena sopimusdokumenttina.

⁴¹ Raitio ja Tuominen, 2020, s. 723.

3 Sopimuksen synty ja muita tekijöitä

Ennen kuin on mahdollista arvioida sopimuksen pätemättömyysperusteita, on luotava pohja sopimuksen olemassaololle. Milloin sopimuksen katsotaan syntyneen? Kartellisopimus on tämän tutkielman objekti ja arvioinnin pääkohde. Se on kaksipuolinen sopimus elinkeinonharjoittajien välillä⁴². Täten sopimuksen osapuolena ei voi olla kilpailulain rajoituksen mukaisesti luonnollinen henkilö, ellei kyseessä ole elinkeinonharjoittaja, joka harjoittaa taloudellista toimintaa KilpL 4 § 1 mom 1 kohdan mukaisesti.

3.1 Synty

Tyypillisesti sopimus katsotaan OikTL mukaan syntyneen tarjouksella ja siihen annetulla nimenomaisella hyväksynnällä⁴³. Tarjouksen on oltava siinä muodossa, että vastaajan on mahdollista hyväksyä tai hylätä se⁴⁴. Tarjous hyväksytään sellaisenaan tai muutoksien kanssa, jolloin kyseessä on vastatarjous alkuperäiselle tarjoajalle⁴⁵. Myöhässä saapunut hyväksyvä vastaus alkuperäiselle tarjoajalle katsotaan uudeksi tarjoukseksi⁴⁶. Kun tarjous hyväksytään sellaisenaan sopimusosapuolten tai OikTL määrittelemässä ajassa ilman muutoksia (alkuperäinen tarjous tai vastatarjous)⁴⁷, sopimus on syntynyt. Seuraavaksi tutkitaan sopimuksen syntyhetken tärkeimpiä elementtejä, joilla on vaikutusta sopimuksen saattamisessa osapuolia sitovaksi.

3.1.1 Tarjous

Tarjous on lähtökohta sopimuksen sisällölle. Sopimussisältö on luonnollisesti haasteellisempi osoittaa ilman tahdonilmaisuja edeltävää tarjousta. Tyypillisesti osapuolet ovat

⁴² Ks. 2.2.

⁴³ OikTL 1 §.

⁴⁴ Hoppu, E., Hoppu, K. ja Hoppu, K., 2020, s. 59.

⁴⁵ OikTL 6 §.

⁴⁶ OikTL 4 §.

⁴⁷ OikTL 3§.

keskustelleet tarjouksen sisällöstä sopimusneuvotteluissa ennen tarjouksen jättämistä. Tarjous sitoo tekijäänsä⁴⁸, joten tarjoukselle asetetaan eräitä ehtoja. Sen tulee ensinnäkin olla sisällöltään yksiselitteinen, täsmällinen ja tarkka. Tarjouksessa tulee olla vähintään ilmaistuna osapuolten yhteisesti sopimat sopimussuhteen kannalta tärkeimmät ja kriittisimmät kohdat. Esimerkiksi englantilaisen sopimusoikeuden mukaan tarjous ei ole validi, vaikka siinä olisi suurin osa yhteisymmärryksessä sovittuja ehtoja, mutta muut jäljelle jäävät ehdot ovat liian epäselviä.⁴⁹ Näistä ehdoista voidaan päätellä, että tarjousta ei tule laatia huolimattomasti esimerkiksi aikapaineen alla. Tarjouksen tekijä saattaa huolimattomuudella sitoutua ehtoihin, joihin ei olisi huolellisesti toimimalla sitoutunut.

Liiketoiminnan sopimuksissa voidaan tarjousten sisällön ja huolellisen toiminnan nousevan entistä suurempaan asemaan kilpailunrajoitusten näkökulmasta. Sopimukseen sisältyy tyypillisesti erinäisiä ehtoja, joilla pyritään sopimaan esimerkiksi hinnoista ja vastuunrajoituksista. Jokaisen ehdon sopimisessa on otettava huomioon kilpailuoikeudellinen sääntely niin kansallisella kuin kansainväliselläkin tasolla. Sellaiset ehdot, jotka vaarantavat kilpailijan, kuluttajan tai muun liiketoimintaportaan normaalin toiminnan markkinoilla, ovat kiellettyjä.⁵⁰ Kun tarjous sitoo tekijäänsä, niin liiketoimintasopimusten tarjouksia laadittaessa on oltava erityisen huolellinen kilpailuoikeuden noudattamisen kannalta. Tällaista huolellisuutta ei luonnollisesti kartellisopimusten kohdalla havaita.

Kartellit ovat tyypillisesti tiedostettua toimintaa, jolloin kartellilausekkeiden sisältyminen tarjoukseen ja kilpailuoikeuden rikkominen ovat yhteisesti sovittua. Näin ollen tarjouksen tekijä on halukas sitoutumaan kartellilausekkeisiin tarjouksessaan. Kartellin yhteistyö voi perustua joko sopimukseen tai yhdenmukaistettuun toimintaan, jolloin taustalla on suullinen tai konkludenttinen sopimus⁵¹. Yksi tyypillinen piirre kartellisopimukselle ja sen pohjana olevalle tarjoukselle on se, että osapuolilla on yhteisymmärrys tulevasta

⁴⁸ OikTL 1 §.

⁴⁹ Monaghan, C., Monaghan, C., Monaghan, N. ja Stevenson, N., 2013, s. 13.

⁵⁰ Honkinen ja muut, 2016, luku 7. Liiketoimintasopimukset: 7.1. Yleistä.

⁵¹ Wikberg, 2011, s. 221.

toiminnasta⁵². Näin ollen kartellisopimuksen tarjouksen vastaanottajan kannalta heikko puolustus on vedota siihen, että ei tiennyt kartellilausekkeista sopimukseen sitoutumisaan. Tarjouksen ja sitä myöten sopimussisällön voidaan katsoa esitettävän yksiselitteisesti ja yhteisesti sovittuna kartellilausekkeiden osalta. OikTL 32 § mukaiseen erehdykseen ei voi vedota.

3.1.2 Vastaus

Vastausta kuvataan tarjouksen peilikuvaksi. Vastauksen tulee noudattaa niin sanottua peilikuva-sääntöä, jonka mukaan vastauksen sisällön on oltava identtinen tarjouksen kanssa, jotta sopimus astuu voimaan. Tarjouksen ja vastauksen kohdalla on toteuduttava *consensus ad idem* eli tahtojen kohtaaminen.⁵³ Kartellisopimusten hyväksymisessä osapuolten tulee olla yhtä mieltä kartellilausekkeista ja niiden noudattamisesta. Otetaan esimerkiksi hintakartelli, jossa sovitaan hintatasosta, jota ei saa alittaa⁵⁴. Järjestelyn seurauksena hintataso nousee keinotekoisesti ja kuluttajat joutuvat maksamaan todellista korkeampaa hintaa kuin aidosti tehokkailla markkinoilla⁵⁵. Kilpailu vääristyy. Tästä voidaan päätellä, että osapuolten tavoitteen saavuttamiseksi *consensus ad idem* on toteuduttava tarjous-vastaus -prosessissa, jotta kartellin ylläpito on mahdollista.

Tarjoukseen vastaajalla on useampi vaihtoehto toimia tarjouksen saatuaan. Ensinnäkin vastaaja voi yksinkertaisesti hyväksyä tai hylätä tarjouksen. Jos tarjoaja on asettanut määräajan vastauksen saamiselle, tarjous katsotaan rauenneeksi määräajan jälkeen, jos vastaaja ei ole antanut tahdonilmaisua.⁵⁶ Kun vastauksen antamiselle on annettu määräaika, on mahdollista, että vastaus saapuu myöhässä. Jos näin tapahtuu, katsotaan hyväksyvä vastaus uudeksi tarjoukseksi vastaajalta alkuperäiselle tarjoajalle.⁵⁷ Tämän

⁵² Kuoppamäki, 2018, s. 139.

⁵³ Monaghan ja muut, 2013, s. 17.

⁵⁴ Oinonen, 2016, s. 90.

⁵⁵ Kuoppamäki, 2018, s. 167.

⁵⁶ Monaghan ja muut 2013, s. 17.

⁵⁷ OikTL 4 §.

seurauksena sopimusneuvottelijoiden osapuolet kääntyvät toisinpäin ja alkuperäisestä tarjoajasta tulee vastaaja.

Harvemmin liiketoimintasopimuksissa ensimmäinen tarjous hyväksytään, sillä molemmilla osapuolilla on omat intressinsä suojata oikeuksiaan eri tilanteita varten. Vastaajalla on mahdollisuus tehdä suoraan vastatarjous, jos hän ei halua hylätä muttei myöskään hyväksyä tarjousta⁵⁸. Vastatarjoukseksi katsotaan myös tilanne, jossa alkuperäiseen tarjoukseen on vastauksessa tehty lisäys, rajoitus tai muu ehto. Näin alkuperäinen tarjous hylätään ja tilalle astuu vastatarjous riippumatta siitä, oliko alkuperäisestä tarjouksesta muutettu vain yksi ehto tai koko sisältö.⁵⁹

Kartellisopimukseen sitoudutaan yhtä lailla hyväksyvällä tahdonilmaisulla kuin lainmukaiseenkin sopimukseen. Kilpailunrajoituksen sisältävät lausekkeet voivat sisältyä jo ensimmäiseen tarjoukseen tai sitten useammilla tarjouskierroksilla. Voidaan katsoa, että tarjousten ja vastatarjousten sisällöistä on mahdollista nähdä esimerkiksi kartellilausekkeiden ja sopimusosapuolten yhteisen tahdon muodostuminen. Tästä voi olla hyötyä siinä vaiheessa, kun osapätemättömyyden alaisia lausekkeitä tutkitaan. Sopimusluonnoksen osista voidaan löytää kartellilausekkeiden vaikutuksia tehostavia lausekkeitä. Ne tulee luonnollisesti tuomita pätemättömiksi kartellilausekkeiden ohella, jotta kilpailunrajoituksen mahdollistavia lausekkeitä ei sopimukseen jää jäljelle.

3.1.3 CISG

Liike-elämän kauppa on yhä kasvavissa määrin kansainvälistä. Sen vuoksi sopimuksen syntytilanteessa on huomioitava kansainväliseen kauppaan vaikuttavat sopimukset. Yksi tunnetuimmista sopimuksista on YK:n yleissopimus CISG (*United Nation Convention on International Sale of Goods*), joka sääntelee tavaroiden kansainvälistä kauppaa. Jopa

⁵⁸ Monaghan ja muut, 2013, s. 17.

⁵⁹ OikTL 6 §.

kolme neljäosaa maailmankaupan valtioista on liittynyt sopimukseen Pohjoismaita ja suurinta osaa EU-maita myöten. CISG:n II osa sisältää sopimuksen solmimiseen liittyviä sääntöjä.⁶⁰ Jos osapuolten väliseen kauppaan soveltuu CISG, silloin sopimuksen solmimisessa on huomioitava CISG:n säännökset. Suomen ja muiden Pohjoismaiden osalta on kuitenkin huomautettava, että II osaa ei sovelleta Pohjoismaiden väliseen kauppaan, vaan silloin sovelletaan pohjoismaisia oikeustoimilakeja ja kauppalakeja⁶¹. Sen vuoksi sopimuksen II osan huomioiminen sopimuksen solmimisessa liittyy tämän esityksen osalta lähinnä muihin EU-maihin ja EU-kilpailulainsäädännön soveltamiseen.

CISG:n ja OikTL:n eroavaisuudet eivät ole suuret, mutta joiltain osin voivat olla merkittäviäkin määritettäessä esimerkiksi sopimuksen solmimisen ajankohtaa. CISG:n mukaan tarjous on esittäjäänsä sitova, kun se saapuu saajalle ja hyväksyntä sitovaksi, kun suostumus saapuu tarjoajalle. Sillä, onko tarjoaja perehtynyt hyväksyntään, ei ole CISG:n mukaan merkitystä.⁶² OikTL 1 § mukaan tarjous sitoo tekijäänsä ja siihen annettua hyväksyvän vastauksen antajaa, eikä tarjouksen saapuminen saajalle ole sitovuuden puolesta riippuvainen. Sopimuksen solmimisajankohdan selvittämällä voi olla huomattava merkitys esimerkiksi siinä, kun selvitetään kartellin alkamisajankohtaa ja sitä myöten kilpailunrajoituksen ajallista kestoa.

Toinen merkittävä ero liittyy tarjouksen sitovuuteen ja peruuttamiseen. CISG:n mukaan tarjouksen esittäjä voi peruuttaa tarjouksensa siihen asti, kunnes on saanut hyväksyvän vastauksen. Oikeustoimilaki lähtee puolestaan siitä, että kirjallinen tarjous sitoo esittäjäänsä OikTL 3 § mukaan kohtuullisen ajan. Samoin OikTL 7 § mukaan tarjoajan peruutus on tehoton, jos vastauksen antaja ei ole ottanut selkoa tarjouksesta.⁶³ CISG on toisin sanoen lievempi tarjouksen esittäjän kannalta kuin oikeustoimilaki.

⁶⁰ Sandvik ja muut, 2013, s. 19.

⁶¹ Sandvik ja muut, 2013, s. 22.

⁶² Sandvik ja muut, 2013, s. 67–68.

⁶³ Sandvik ja muut, 2013, s. 68–70.

3.2 Konkludenttinen kartellisopimus

Sopimuksen synty tapahtuu tunnetuimmin tarjouksella ja siihen annetulla nimenomaisella vastauksella eli hyväksyvällä tahdonilmaisulla. Hiljainen sopiminen eroaa tästä, sillä hyväksynnän muoto on erilainen. Ari Saarnilehto kuvailee, että sopimukseen tullaan sitoutuksi siten, että tosiasiallisesti muutetaan omaa käytöstä tarjouksen mukaiseksi. Selkeää ja nimenomaista tahdonilmaisua (hyväksyvä tai kieltävä) ei toiselle osapuolelle ilmaista.⁶⁴ Konkludenttisessa sopimisessa huomio siis kiinnittyy tarjoukseen ja sen vastaanottajan tosiasialliseen käytökseen. Hiljaisessa sopimuksessa peilataan näitä kahta tekijää keskenään. Jos riittävä yhtäläisyys on havaittavissa tarjouksen ja käytöksen välillä, katsotaan sopimus syntyneeksi. Tällöin sitä kohdellaan samalla tavoin kuin tarjous-vastaus -tyyppistä sopimusta.

3.2.1 Osatekijöiden suhde toisiinsa

KilpL 5 §:ssä ei ole nimenomaisesti mainintaa, millä tavoin sopimus syntyy. Säännöksessä on listattu ainoastaan elinkeinonharjoittajien tai elinkeinonharjoittajien yhteenliittymän välisten sopimusten vaikutuksia markkinoille⁶⁵. Lain esitöissä on vahvistettu ajatus, että sopimuksen tai menettelytapojen tarkoituksena tai seurauksena on kilpailun merkittävä rajoittuminen tai estyminen⁶⁶. Kilpailunrajoituksen osapuolten nimenomaisena tavoitteena ei tarvitse edes olla kilpailun rajoittaminen⁶⁷. Laissa ei toisin sanoen oteta kantaa syntymuotoon, vaan ainoastaan sen vaikutuksiin. Voidaan tulkita, että syntymuoto on jätetty tarkoituksella sopimusoikeudellisten tulkintatapojen varaan, sillä kilpailuoikeuden prioriteettina on tehokas reagointi kiellettyihin kilpailunrajoituksiin.

Kartellisopimuksen on mahdollista syntyä kirjallisesti (esimerkiksi hintatasosta sopiminen) tai suullisesti (esimerkiksi tietojenvaihtokartelli). Sen vuoksi on aiheellista

⁶⁴ Saarnilehto ja Annola, 2018, s. 9.

⁶⁵ KilpL 5 § 2 mom 1–5 kohdat.

⁶⁶ HE 11/2004 vp., s. 31.

⁶⁷ HE 11/2004 vp., s. 32.

kysyä, miksi kartellisopimus ei voisi syntyä myös konkludenttisesti. Otetaan esimerkiksi tietojenvaihtokartelli. Komission suuntaviivoissa SEUT 101 artiklan soveltamisen osalta on katsottu, että osapuolten kesken vaihdetun tiedon sisältö johtaa kilpailunrajoituksen syntyyn, jos tietojenvaihdon kohteena on esimerkiksi tuotantomäärien vahvistaminen. Tietojenvaihdon seurauksena on katsottu syntyvän SEUT 101 artiklassa tarkoitettu kielletty sopimus, yhdenmukaistettu menettely tai yritysten yhteenliittymän päätös.⁶⁸ Tietojenvaihdossa ei siis määritellä, että hyväksyviä tahdonilmaisuja olisi annettu kilpailunrajoituksen syntymiseen. Käytöksen muuttaminen markkinoilla vastaanotetun tiedon perusteella riittää kilpailunrajoituksen tunnusmerkistön täyttymiseen. Tilanne vastaa hiljaisen sopimuksen syntymekanismia, jolloin tulkinnan avulla siitä saadaan yksi kartellisopimuksen syntymuoto. Konkludenttinen syntytapa on tunnustettu myös EU:n tuomioistuimen oikeuskäytännössä⁶⁹.

Hiljaisen sopimuksen voidaan katsoa sijoittuvan lähemmäksi kilpailuoikeudellista osapuolten käytöksen arviointia kuin pääsääntöinen tarjous-vastaus -tyyppinen sopimus. Konkludenttisen sopimisen lähtökohtana on arvioida osapuolten yhtenäistettyä käytöstä nimenomaisten tahdonilmaisujen arvioimisen sijaan. Samankaltaista arviointia hyödynnetään kilpailuoikeuden näkökulmasta kilpailunrajoitusten tunnistamiseen – tutkitaan osapuolten yhtenäistä käyttäytymistä markkinoilla.

Kilpailuoikeuden tutkinnan kohde on markkinavaikutukset ja hiljaisen sopimisen sopimuksen synty ja siihen sitoutuminen ilman nimenomaisia tahdonilmaisuja. Oikeuskirjallisuudessa on esimerkiksi katsottu, että muodollinen irtisanominen ei vapauta vastuusta SEUT 101 artiklan vastaisesta toiminnasta, jos tosiasiallinen käytös jatkuu sopimuksen mukaisesti irtisanomisen jälkeenkin⁷⁰. Tällaisessa tilanteessa varsinkin hiljaisen sopimuksen tunnusmerkit täyttyvät ja irtisanominen on vain

⁶⁸ Euroopan unionin virallinen lehti, 2011b, kohta 59.

⁶⁹ Kuoppamäki, 2004/2020, jakso VIII, luku 2., Sopimus, päätös tai yhdenmukaistettu toiminta. Viitattu 31.1.2022.

⁷⁰ Kuoppamäki, 2004/2020, jakso VIII, luku 2., Sopimus, päätös tai yhdenmukaistettu toiminta. Viitattu 31.1.2022.

sopimusoikeudellisen keinon hyödyntämisellä tehty yritys peitellä kiellettyä toimintaa. Jos hiljaista sopimusta ei tunnustettaisi hyväksyttäväksi sopimuksen sitovuuden muodoksi, irtisanominen voisi olla osapuolen kannalta kilpailunrajoituksesta irrottava keino sopimusoikeuden näkökulmasta. Hiljainen sopimus täydentää osapuolten sopimussitovuuden tunnistamista.

3.2.2 Hiljainen sopimus argumentaatiivälineenä

Konkludenttisesta sopimisesta on mahdollista saavuttaa hyötyä kartellisopimuksen tunnistamiseen. Tietojenvaihtoaineistoa tutkimalla voidaan tunnistaa, mitkä kaikki tahot ovat olleet yhdenmukaistetussa toiminnassa mukana, vaikka nimenomaisia tahdonilmaisuja ei ole annettu tai kirjallista sopimusta laadittu. Osapuolet eivät voi vedota esimerkiksi siihen, ettei ole antanut osapuolelle nimenomaista hyväksyntää kartellilausekkeet sisältävästä tarjouksesta, jos käytös on muutettu sen mukaiseksi. Silloin allekirjoitusten puuttuminen ei johda vapautukseen vastuusta. Havainnollistetaan ajatusta kirjoittajan kuvitteellisella esimerkillä hiljaisen sopimisen hyödyntämisestä todistusaineistossa. Kumpi seuraavista on ulkopuolisen arvioijan silmin vakuuttavampi?

1. *"Kartellin todetaan olevan olemassa. A ja B käyttäytyvät KilpL 5 § tunnusmerkistön vastaisesti."*
2. *"Kartellisopimus on syntynyt hiljaisella sopimisella ilman osapuolten nimenomaista hyväksyntää. Osapuoli A on muuttanut tosiasiallista markkinakäyttöään osapuolen B osoittaman tarjouksen mukaiseksi ja sitä myöten KilpL 5 § vastaiseksi. B kiistää, että A olisi hyväksynyt tarjouksen. A:n markkinakäytös riittää todisteeksi kartellisopimuksen synnystä hiljaisen sopimisen tunnusmerkistöön nojaten ja B:n osallisuuden osoittamiselle riittää tarjouksen esittäminen A:lle. Tarjous sitoo tekijäänsä OikTL 1 § mukaisesti. Näin ollen B:n väite on tehoton ja kartellisopimus on todettu syntyneeksi."*

Neutraalin arvioijan näkökulmasta vaihtoehto 2 on vakuuttavampi todiste siitä, että kiellettyä kilpailunrajoitusta on harjoitettu ilman nimenomaista sopimusta. Todistelulla osoitetaan B:n osallisuus kilpailunrajoitukseen. Hiljaisen sopimuksen perusteella tehdyt suoritukset määritetään osapuolten toimilla keskinäisen sopimuksen mukaisesti, jolla on vaikutusta esimerkiksi seuraamusmaksun määrittämiseen. Näin ollen hiljaisella sopimuksella on mahdollista todistaa ylipäätään osapuolten osallisuus kilpailunrajoitukseen.

3.3 Sopimusosapuolet

KilpL 5 §:stä käy ilmi, että kartellisopimuksen osapuolina voi olla useampi elinkeinonharjoittaja. Kartellisopimukseen osallisten määrää ei ole rajoitettu, joten sopimuksen kaksipuolisuuden johdosta osapuolia on oltava vähintään kaksi. Ylärajaa osapuolten määrälle ei ole. Tyypillisesti elinkeinonharjoittajien välisissä sopimuksissa osapuolia on useampia. Asetelma on huomioitava siinä tapauksessa, kun tutkitaan tarjouksen antajaa ja sen vastaanottajaa. Hyvä esimerkki osapuolten määrästä on Iittala Groupin harjoittamasta kartellista vuosina 2005–2007. Yhtiö määräsi jälleenmyyjäänsä kilpailemasta keskenään hinnoittelun keinoin, jolloin kyse oli hintakartellista.⁷¹ Tarjouksen eli hintojen määräämisen tekijöitä oli yksi yhtiö, kun taas ”tarjouksen” vastaanottajia olivat kaikki jälleenmyyjät, jotka noudattivat Iittala Groupin määräystä.

Komission SEUT 101 artiklaa koskevissa suuntaviivoissa on esitelty eri sopimustyyppisiä, joissa kilpailunrajoitus voi ilmentyä. Esimerkiksi tuotantosopimuksissa osapuolina voi olla yksi tai useampi elinkeinonharjoittaja, jotka harjoittavat tuotantoa yhteisen määräysvallan alaisena tai yhteistyö muodostetaan alihankintasopimuksin, jolloin tuotteen valmistaminen on alihankkijan vastuulla. Toimeksiannon antanut elinkeinonharjoittaja on kokonaisvastuussa.⁷² Kilpailua voidaan rajoittaa esimerkiksi määräämällä tuotantomääristä. Yhteisyritykset tuottavat markkinoille vähemmän hyödykkeitä kuin mitä ne

⁷¹ Kilpailu- ja kuluttajavirasto, 2011, *Markkinaoikeus määräsi Iittala Groupille kolmen miljoonan euron sakot määrähinnoittelusta*.

⁷² Euroopan unionin virallinen lehti, 2011b, kohta 150.

olisivat tuottaneet itsenäisillä päätöksillä. Sopimuksen johdosta tärkeimmät kilpailutekijät poistuvat, mikä johtaa kilpailun rajoittumiseen.⁷³

Toisena esimerkkinä mainitaan tutkimus- ja kehityssopimukset (jäljempänä T&K-sopimukset), joiden tavoitteena on uusien tuotteiden innovointi ja markkinointi⁷⁴. Sen vuoksi sopimusosapuolina voi olla hyvinkin laaja kirjo eri markkinatoimijoita ja kehitystyötä saatetaan ulkoistaa usealle eri taholle. T&K-sopimusten pohjalta harjoitettu yhteistyö, jossa osapuolet eivät ole kilpailijoita keskenään, ei yleensä aiheuta kilpailunrajoitustoiminnan tunnusmerkkejä. Yritykset saattavat täydentää puuttuvaa teknologiaosaamistaan toisen yrityksen tiedoilla, joka on jopa välttämätöntä innovaation eteenpäin viemiseksi.⁷⁵ Suuntaviivojen kohdan 138 mukaan T&K-sopimuksista tulee kilpailua rajoittava tekijä, jos yritykset sopivat esimerkiksi innovaatioiden teknologian laadusta tai tulevasta tuotteiden valikoimasta⁷⁶. T&K-sopimuksissa kilpailunrajoituksen harjoittaminen tapahtuu tuotteen elinkaaren varhaisessa vaiheessa – jopa jo ennen tuotteen markkinoille saattamista.

Elinkeinonharjoittajien keskinäisen kartellin lisäksi osapuolena saattaa olla toimialajärjestö, joka pyrkii ohjailemaan markkinoita erilaisin ohjeistuksin tai määräyksin. Toimialajärjestö saattaa esimerkiksi antaa hintasuosituksia jäsenilleen. Toiminta on yhtä lailla kiellettyä kuin elinkeinonharjoittajien väliset sopimukset. Kartellin harjoittaminen toimialajärjestön kautta ei tee siitä sallittua.⁷⁷ Esimerkkinä KKV:n esitys, jossa se vaatii isännöintialan yrityksille ja Suomen Isännöintiliitto ry:lle seuraamusmaksuja pyrkimyksestä korottaa isännöintialan hintatasoa. Isännöintiliitto on ollut KKV:n selvitysten mukaan kartellitoiminnan kehittäjä, sillä sen hallituksen katsotaan sopineen yhdenmukaistetusta hinnoittelusta.⁷⁸ Osapuolten keskinäiseen käytökseen on näin vaikuttanut yhteisen toimialajärjestön määrittämät toimintatavat hinnoittelussa.

⁷³ Euroopan unionin virallinen lehti, 2011b, kohta 174.

⁷⁴ Euroopan unionin virallinen lehti, 2011b, kohta 111.

⁷⁵ Euroopan unionin virallinen lehti, 2011b, kohta 130.

⁷⁶ Euroopan unionin virallinen lehti, 2011b, kohta 138.

⁷⁷ Kuoppamäki, 2004/2014, jakso VIII, luku 3., Horisontaaliset kilpailunrajoitukset. Viitattu 31.1.2022.

⁷⁸ Kilpailu- ja kuluttajavirasto, 2021d.

3.4 Sitovuus

Sopimuksen syntyhetki on kuvattu edellä tarjous-vastaus -periaatteella sekä hiljaisella sopimisella. Kun sopimus on syntynyt, sopimusoikeuden vaikuttava periaate on *pacta sunt servanda* eli sopimukset on pidettävä. Sen jälkeen, kun hyväksyvät tahdonilmaisut on esitetty, osapuolet sitoutuvat sopimukseen. Näin ollen oikeustoimesta ei voi peräytyä tai vetäytyä, vaan osapuolten on noudatettava yhteisesti sovittuja asioita.⁷⁹

Edellä kuvattu on tyypillinen lähtökohta sopimuksen sitovuudelle. Kartellisopimuksen kohdalla lainvastaiset lausekkeet aiheuttavat sitovuuden näkökulmasta uuden tavan sopimuksen kohtelulle. Kilpailulaki pakottavana lainsäädäntönä nousee sitovuuden edelle ja säännös on selkeä: kilpailulain mukaan sopimukset tai sopimusehdot, jotka rajoittavat kilpailua, ovat sitomattomia⁸⁰. Normi on säännelty KilpL 8 §:ssä. Sen mukaan ehto, joka on KilpL 5 tai 7 §, SEUT 101 tai 102 artiklan tai KKV:n tai markkinaoikeuden määräyksen vastainen, ei saa soveltaa eikä panna täytäntöön⁸¹. Sopimuksessa ei ole mahdollista sivuuttaa pakottavaa lainsäädäntöä, kuten tapauksessa KKO 2014:65 oli tehty osakeyhtiölain osalta. Korkein oikeus totesi, että osakeyhtiölain sivuutus puhui sitoutumattomuuden puolesta.⁸² Tapauksen perusteella tehdään johtopäätös, että pakottavan sääntelyn vastaiset sopimusehdot eivät kuulu sopimussitovuuden periaatteen soveltamisalaan.

Sopimussitovuuteen vaikuttamista pakottavan lainsäädännön avulla voidaan tulkita muutamasta eri näkökulmasta. Ensinnäkin periaatteen sitovuuden mitätöinnin avulla ehkäistään tilanne, jossa sopimusoikeus sallii ja jopa velvoittaa kartellilausekkeiden noudattamisen, mutta kilpailuoikeus kieltää. Vältetään ristiriita, jonka mukaan lainvastaisia lausekkeitä noudatetaan tahdonvaltaisen oikeuden turvin. Toinen näkökulma liittyy osapuolten suojelemiseen. Sopimusvelvoitteiden rikkomisesta on mahdollisesti luvassa

⁷⁹ Hietala ja muut, 2021, 2 Sopimusten laatiminen: 2.1 *Sopimusten sitovuus*.

⁸⁰ Saarnilehto ja Annola, 2018, s. 19.

⁸¹ KilpL 8 §.

⁸² KKO 2014:65, kohta 13.

haitallinen seuraamus riippuen, kuinka räikeästi toinen osapuoli on toiminut toisin kuin on sovittu⁸³. Tämä koskee kartellisopimuksen lainmukaisia ehtoja. Niitä on mahdollista kohdella sopimusrikkomuksen kannalta kuten mitä tahansa muitakin lainmukaisia ehtoja.

Kartellilausekkeiden kohdalla tilanne on toinen. Kun lainvastaiset sopimusehdot eli kartellilausekkeet eivät ole sitovia, ei niiden noudattamatta jättämisestä voi seurata sanktiota sopimusrikkomuksesta. Osapuolta ei voi yksinkertaisesti rankaista lainvastaisen toiminnan välttämistä. Tilanteeseen liittyy mielenkiintoinen päinvastaisuus: lausekkeiden noudattamatta jättäminen on suotuisampi vaihtoehto kuin niiden noudattaminen markkinoiden ja samalla kilpailulain vakavien kilpailunrajoitusten sääntelyn näkökulmasta. Tyypillisestihän tilanne on lainmukaisten sopimusehtojen kohdalla toisinpäin, kuten edellä on kuvattu.

3.5 Kartellilausekkeet – Milloin sopimusehto on kartellilauseke?

Kilpailu on osa markkinatalousjärjestelmää. Sen perimmäisenä ajatuksena on saada yritykset kilpailemaan keskenään markkinoilla esimerkiksi uusien innovaatioiden avulla. Tästä syntyy jatkuva prosessi, josta yhteiskunta ja talous hyötyvät tietämyksen lisääntyessä. Kilpailulakia tarvitaan turvaamaan ja ohjaamaan markkinoita toimivan ja tehokkaan kilpailun sekä ylipäättään markkinatalouden nimissä.⁸⁴

Havaitaan, että kilpailuoikeus keskittyy siihen, mitä markkinoilla tapahtuu ja miten ne toimivat. Markkinat voidaan tässä yhteydessä ajatella sulkeutuneena ympyränä, jonka sisälle kilpailulaki vaikuttaa ulkopuolelta ohjaavana ja valvovana tekijänä, jonka kilpailuviranomainen konkreettisesti panee täytäntöön ympyrän sisällä. Liitetään ajatukseen kartellilausekkeiden synty. Sopimusehdot luodaan osapuolten keskinäisissä neuvotteluissa. Keskeneräisestä sopimuksesta ei vielä synny markkinavaikutuksia eli

⁸³ Saarnilehto ja Annola, 2018, s. 187.

⁸⁴ Kuoppamäki, 2018, s. 3–6.

kilpailunrajoituksen alaista toimintaa markkinoilla eli ”sulkeutuneen ympyrän” sisällä ei ole. Voiko sopimusehtoja silloin kutsua vielä kartellilausekkeiksi? Jotta termi eksaktisti täyttyy, markkinoilla on oltava kartellin tunnuspiirteet täyttävää toimintaa sopimuksen perusteella kuten esimerkiksi hintojen keinotekoisien ohjaamisen muodossa.

Toinen näkökulma liittyy sopimuksen noudattamiseen. Sopimus on voimassa ja se sisältää kilpailunrajoituksen tunnuspiirteet täyttäviä lausekkeitä, mutta niitä ei noudateta. Toteutuuko kartellilausekkeiden tunnuspiirteet? Sopimuksella on markkinavaikutuksia kilpailuun, mutta kilpailunrajoituksen sisältävät lausekkeet eivät vaikuta markkinakäyttäytymiseen ympyrän sisällä. Kilpailu on aitoa ja tehokasta. Vastaus löytyy KilpL 8 § tulkinnasta. Sen sanamuodon mukaan kilpailunrajoituksen alaista ehtoa ”ei saa soveltaa eikä panna täytäntöön”.⁸⁵ Lausekkeiden sisällyttämistä sopimukseen ei kielletä, joten kilpailuoikeuden näkökulmasta merkitystä on ainoastaan lausekkeiden soveltamisella ja markkinavaikutuksilla. Sopimusehdot ovat pikemminkin noudattamatta jätettyjä lausekkeitä kuin kartellilausekkeitä. Joissain tapauksissa markkinaolosuhteet saattavat esimerkiksi muuttua siten, että kartellin muodostaminen ja ylläpito eivät ole mahdollisia. Jos kartellilausekkeitä noudatetaan myöhemmin suotuisissa olosuhteissa, ne täyttävät kartellilausekkeiden tunnuspiirteet.

Yhteenvetona todetaan, että sopimusehdot ovat kartellilausekkeitä, kun muutamat kriteerit täyttyvät. Ensinnäkin lausekkeiden tulee olla osapuolten välisessä sopimuksessa. Toiseksi niiden tulee sisältää sopimusosapuolia ohjaavaa toimintaa, joka on KilpL 5 tai 7 § vastaista. Kolmanneksi osapuolten tulee toimia lausekkeiden mukaisesti. Neljänneksi lausekkeilla tulee olla markkinavaikutuksia ”suljetun ympyrän” sisällä, jolloin kilpailulaista tulee lausekkeitä ja toimintaa sääntelevä tekijä. Kuvaillun neljän kriteerin täytyessä sopimusehdot ovat ainakin kartellilausekkeitä. Kriteerit eivät ole ehdottomat ja yksiselitteiset. Esimerkiksi konkludenttisen sopimuksen kohdalla ei ole selkeää sopimusasiakirjaa, jolloin ensimmäinen kriteeri ei täyty. Silti osapuolten välillä on mahdollista olla

⁸⁵ KilpL 8 §.

olemassa kartellilausekkeitä sisältävä kartellisopimus, johon ei ole saatu selkeitä osapuolten tahdonilmaisuja.

Kaikki kilpailunrajoituksen tunnuspiirteitä täyttävät sopimusehdot eivät ole suoraan kiellettyjä. Osa ehdoista voi olla sallittuja ennalta määrätyillä kriteereillä. SEUT 101 artiklan 3 kohdan mukaan 1 kohdan määräykset eivät koske sellaisia yritysten välisiä sopimuksia, yhteenliittymiä tai yhteenliittymien päätöksiä, jotka esimerkiksi osaltaan tehostavat tuotantoa tai edistävät taloudellista kehitystä siten, että kuluttajille jää kohtuullinen osuus saatavasta hyödystä⁸⁶. Säännös on harmonisoitu lähes samansisältöisenä KilpL 6 §:ään.

Kilpailuviraston vuoden 2011 vuosikirjassa on määritelty prosessi sallittavien kilpailunrajoituksen alaisia ehtojen arviointiin. Ensin tutkitaan, onko osapuolten nimenomainen tarkoitus ollut kilpailun rajoittaminen. Kun vastaus on kielteinen, verrataan kilpailunrajoituksen aiheuttavia lausekkeitä yhteistyön tuomiin tehokkuusetiuihin. Jos ne tai muut markkinoita ja kuluttajia hyödyttävät vaikutukset ovat suuremmat kuin kilpailua rajoittavien vaikutukset eikä menettelyä ole mahdollista muodostaa kilpailua vähemmän rajoitettavilla toimilla, yhteistyö on kilpailuoikeuden näkökulmasta sallittua.⁸⁷ Euroopan komission suuntaviivoissa perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan (nykyinen SEUT 101 artikla 3 kohta) soveltamisesta mainitaan, että sopimuksesta, päätöksistä tai yhteenliittymien sopimuksen hyödyillä hyvitetään kuluttajille kilpailunrajoituksesta aiheutuvat kielteiset vaikutukset⁸⁸.

Osapätemättömyyden kannalta sallittavilla lausekkeilla on kaksi funktiota. Ensinnäkin kyseisiä lausekkeitä saattavat olla kartellilausekkeisiin liitännäiset lausekkeet. Silloin niiden sallittavuutta on tutkittava SEUT 101 artikla 3 kohdan tai KilpL 6 § perusteella. Toisekseen sääntelyn avulla on mahdollista luoda rajausta siihen, mille tasolle pätemättömyyden toteutamisesta jäljelle jääneitä lausekkeitä on kohtuullistettava OikTL 36 § 2 mom mukaisesti.

⁸⁶ SEUT 101 artikla 3 kohta.

⁸⁷ Kilpailuvirasto, 2011b, s. 28.

⁸⁸ Euroopan unionin virallinen lehti, 2004, kohta 34.

4 Osapätemättömyys

Osapätemättömyys on yksi pätemättömyyden muoto. Tässä luvussa tarkastellaan osapätemättömyyttä tarkemmin ja sen erityispiirteitä peilataan kartellisopimukseen. Miten pätemättömyyden vaikutukset oikeustoimeen eroavat oikeudenalojen kesken? Miten osapuolten asemat, oikeudet ja velvollisuudet eroavat pätemättömyyden toteamisen jälkeen? Mitä oikeustoimelle tapahtuu? Ensin arvioidaan oikeudenalojen suhtautumista pätemättömyyteen erikseen, josta saadaan lähtökohdat alalukujen teemojen analysointiin. Tavoitteena on tutkia ja todistaa muun muassa oikeudenalojen teoreettisella pohdinnalla, minkä takia osapätemättömyyttä on hyödynnettävä kartellisopimusten arvioinnissa.

4.1 Sopimusoikeudellinen pätemättömyys

Sopimusoikeudellinen pätemättömyyden arviointi keskittyy puhtaasti oikeusvaikutukseen. Yksinkertaisuudessaan pätemätön oikeustoimi ei saa aikaan sille haluttua oikeusvaikutusta. Yksi sopimuksen pätemättömyyteen johtavista syistä on oikeustoimen pakottavan lainsäädännön vastaisuus.⁸⁹ Kartellisopimusten kohdalla lainvastaisuuden pätemättömyysperuste saadaan kilpailulain indispositiivisen luonteen vuoksi, jonka vaikutusta arvioidaan jäljempänä luvussa 4.2.

Sopimusoikeudelliset pätemättömyysperusteet johdetaan oikeustoimilain 3 luvusta. OikTL sääntelee pätemättömyyttä ainoastaan sopimusosapuolten keskinäisen suhteen kannalta ja vaikutuksia kolmansiiin ei ole huomioitu⁹⁰. Lain luonne korostaa entisestään sopimusosapuolten merkitystä. Sopimusoikeudellisia pätemättömyysperusteita ovat muun muassa pakko, erehdys, petollinen viettely sekä kunnianvastainen ja arvoton menettely⁹¹. Tämän ryhmän perusteita on vaikea nähdä sovellettavan kartellisopimukseen.

⁸⁹ Hemmo ja Hoppu, K., 2006/2021, luku 6., Sopimuksen pätemättömyys. Viitattu 2.1.2022.

⁹⁰ Saarnilehto ja Annola, 2018, s. 113.

⁹¹ OikTL 28–30 §, 32–33 §.

Harvemmin esimerkiksi erehdyksen vuoksi tulee sitoutuneeksi kartellisopimukseen tai pakon alaisena henkeen ja terveyteen uhkaavan toiminnan seurauksena on syntynyt kartellisopimus. Voidaan katsoa, että liiketoiminnan sopimusten kohdalla korostuu huolellisuus ja sopimusosapuolten välinen neuvottelutasapaino sopimusta laadittaessa.

4.1.1 OikTL 36 § soveltaminen

Kartellisopimuksen sopimusoikeudellisen pätemättömyyden arviointiin OikTL 36 § on merkittävin sovellettava lähde. Säännöksen mukaan sellaista ehtoa, joka on kohtuuton tai johtaisi kohtuuttomuuteen, voidaan sovittaa tai jättää huomiotta. Jälkimmäisen vaihtoehdon kohdalla kyse on mitättömyydestä. Kohtuuttomuuden arviointiin on mainittu lisäkriteerejä. Arvostelussa on otettava huomioon oikeustoimen muu sisältö, osapuolten asemat, olosuhteet ja muut seikat.⁹² Lista ei ole tyhjentävä, mutta se on suuntaa-antava.

Tässä kohtaa arvioidaan kartellisopimuksen pätemättömyysperusteita puhtaasti sopimusoikeudellisesta näkökulmasta OikTL 36 § mukaisesti. Kilpailuoikeutta ei vielä huomioida. Kohtuuttomuuden arviointi keskittyy siihen, miten muut osapuolet sopimuslausekkeet kokevat velvoittavuuden ja noudattamisen perusteella. Luvussa 3.1.2 todetaan, että kartellilausekkeet ovat yhteisesti sovittuja ja niiden noudattamisen avulla kartellia on mahdollista ylläpitää. Johtopäätöksenä todetaan, että itse asiassa sopimusosapuolet eivät koe kartellilausekkeitä kohtuuttomina. Yksikään sopimusosapuoli tuskin vetoaa kohtuuttomuuteen toista sopimuskumppania vastaan, sillä yhteinen tavoite on kilpailunrajoituksen eli kartellin ylläpito sopimukseen sisältyvien kartelliehtojen avulla.

Säännöksessä on myös annettu mahdollisuus muun oikeustoimen sovitteluun⁹³. Tämä puoltaa sopimusoikeuden puolesta osapätemättömyyteen ja muun oikeustoimen muokkaamiseen pätemättömien lausekkeiden sovittelun tai mitättömyyden toteamisen

⁹² OikTL 36 §.

⁹³ OikTL 36 § 2 mom.

jälkeen. Kun osapuolet eivät koe sopimusoikeuden näkökulmasta ehtoja kohtuuttomina, jää säännöksen sovittelumahdollisuus ainoastaan tiedostettavan asianhaaran tasolle kartellilausekkeiden ja osapuolten näkökulmasta. Muita sopimusehtoja sopijakumppanit voivat joutua neuvottelemaan muiden OikTL 3 luvun pätemättömyysperusteiden vuoksi, mutta kartellilausekkeet eivät kuulu siihen ryhmään.

Olosuhteet liittyvät sopimusosapuolten yksilöllisiin olosuhteisiin sopimusoikeuden läh-
tökohdan mukaisesti. Markkinaolosuhteita ei huomioida. Ratkaisussa KKO 2012:40 kor-
kein oikeus on todennut, että sopimuksenteko-olosuhteena voidaan ottaa huomioon
osapuolten välinen epätasapaino, jos epäillään, että toinen osapuoli on käyttänyt hyväk-
seen toista osapuolta⁹⁴. Yritysten välisissä sopimuksissa harvoin saavutetaan täydellistä
tasapainoa osapuolten välillä. Neuvotteluvoima on tyypillisesti parempi jommallakum-
malla puolella. Asetelma korostuu erityisesti tilanteissa, joissa neuvottelukumppaneina
ovat esimerkiksi pieni toimittaja ja suuri jälleenmyyjä.⁹⁵

4.1.2 Klassinen pätemättömyysoppi

Klassisen pätemättömyysopin mukaan pätemättömyys jaettiin kolmeen muotoon sen
mukaan, kuinka pätemättömyys on saatettava voimaan ja tiedoksi. Pätemättömyys on
moitteenvaraista, jos siihen vaaditaan kanne ja tuomioistuimen päätös tuomita ehto pä-
temättömäksi. Seuraava pätemättömyyden muoto on *väitteenvaraisuus*. Opin mukaan
osapuoli, johon veloitteen täyttäminen on kohdistettu, voi tehdä väitteen ehdon päte-
mättömydestä. Kolmas ja viimeinen muoto on *mitättömyys*. Pätemättömyyteen vetoaja
on mitättömyyden kohdalla tuomioistuin tai viranomainen ja heillä on velvollisuus ottaa
pätemättömyys huomioon viran puolesta.⁹⁶

⁹⁴ KKO 2012:40, kohta 12.

⁹⁵ Heidemann ja Lee, 2018, s. 112.

⁹⁶ Kaisto ja Tepora, 2012, s. 163. Ks. myös Saarnilehto ja Annola, 2018, s. 108–109.

Sopimusosapuolet eivät koe toisiinsa suhteutettuna kartellilausekkeita kohtuuttomiksi ja sitä myöten pätemättömyysperustetta ei ole. Näin ollen sopimusosapuolten näkökulmasta moitteenvaraisuus tai mitättömyys eivät tule kysymykseen, sillä sopimus on tarkoitettu vain sopimusosapuolten noudatettavaksi ja ulkopuolisen tahon, kuten tuomioistuimen, ei ole tarkoitus arvioida sopimusta. Jäljelle jää ainoastaan väitteenvaraisuus. Huomioitavaa on, että väitteenvaraisuuteen vetoaminenkin liittyy johonkin muuhun lausekkeeseen kuin itse kartellilausekkeisiin. Nehän ovat osapuolten yhteisesti sopimia ja kartellin piilottelun tunnuspiirteen mukaan mitä todennäköisimmin myös huolellisesti laadittuja lausekkeita salassapidon ylläpitämiseksi. Sen vuoksi osapuolten näkökulmasta on vaikea nähdä, että yksi osapuoli tekisi kartellilausekkeesta väitteen kartellilausekkeen kohtuuttomuudesta toista osapuolta kohtaan. Väitteet kohdistuisivat muihin sopimuslausekkeisiin. Siinäkin tapauksessa osapuolet tuskin hakevat pätemättömyyden toteamista tuomioistuimesta kanteella (moitteenvaraisuus), jotta kartellisopimus ei tule tuomioistuimen arvioitavaksi ja kartellitoiminta paljastuisi.

4.1.3 Analyttinen pätemättömyysoppi

Analyttisessä pätemättömyysopissa pätemättömyyden toteaminen on myös jaoteltu kolmeen osaan, mutta erilaisin keinoin. Teemat ovat *pätemättömyyteen vetoaminen*, *pätemättömyyden korjautuminen* ja *pätemättömyyden kohdistuminen*. Huomioitava on, että lista ei ole tyhjentävä, vaan kohdat voidaan hajottaa osakysymyksiin. Pätemättömyyteen vetoaminen jaetaan kahteen osaan: reaktiota edellyttävä tai itsestään vaikuttava pätemättömyys. Ensimmäisen kohdalla pätemättömyyteen on vedottava, jotta se voi toteutua. Jälkimmäisen kohdalla vetoamista eli reaktiota ei vaadita pätemättömyyden toteutumiseen, vaan se on automaattisesti itsestään vaikuttavaa. Silloin puhutaan mitättömyydestä. Nämä ovat ikään kuin toistensa vastakohtat (reaktio vs. ei reaktiota).⁹⁷

⁹⁷ Saarnilehto ja Annola, 2018, s. 109–111.

Pätemättömyyden korjautumisessa on kaksi ulottuvuutta: korjauskelpoisuus tai lopullisuus. Oikeustoimen pätemättömyys voi olla korjattavissa esimerkiksi tosiasioilla, joilla on oikeudellista merkitystä. Näillä sanotaan olevan jopa parantava vaikutus. Toisinaan pätemättömyys saattaa olla lopullista. Mikään tosiasia tai muu seikka ei saa pätemättömyyttä parannettua, jolloin on tehtävä uusi oikeustoimi haluttujen oikeusvaikutusten perustaksi. Pätemättömyyden kohdistumisella puolestaan tarkoitetaan sitä, mikä taho voi vedota pätemättömyyteen. Se voi olla joko absoluuttista tai relatiivista. Ensin mainitussa tapauksessa pätemättömyyteen voi vedota kuka tahansa. Relatiivisessa pätemättömyydessä vetoamisoikeus on ainoastaan sillä, johon oikeustoimen rikkominen kohdistuu.⁹⁸

Analyttisessä pätemättömyysopissa ei ole määritelty erikseen lausekkeitä, joihin pätemättömyys on mahdollista kohdistaa. Pätemättömyyteen voi vedota minkä tahansa lausekkeen kohdalla, jonka sopimusosapuoli väittää kohtuuttomaksi. Kartellisopimuksesta voidaan tehdä oletus, että sopimusosapuolet pyrkivät salaamaan sopimusaineiston ulkopuolisilta. Tällä on merkitystä analyttisen pätemättömyysopin mukaiseen arviointiin. Ensinnäkin ulkopuolisten tietämättömyydestä johtuu se, että pätemättömyyteen voi vedota ainoastaan sopimusosapuoli omalla reaktiollaan muita sopimuskumppaneita kohtaan. Osapuolet eivät koe kartellilausekkeitä itsessään vaikuttavasti pätemättöminä, sillä niitä lähtökohtaisesti halutaan ja on tarkoitus noudattaa lainvastaisuudesta huolimatta.

Pätemättömyyden korjautumisessa vaikuttaa yhtä lailla se, miten sopimusosapuolet kokevat kohtuuttomien lausekkeiden korjaamisen. Huomioitavaa on, että osapuolet voivat korjata myös kartellilausekkeiden ulkopuolisia ehtoja. Osapuolet kokevat kartellilausekkeet tasavertaisiksi keskenään. Kohtuullistaminen saattaa koskea esimerkiksi tuotteen ominaisuuksiin liittyviä vaatimuksia, jotka eivät ole liitännäisiä kartellin ylläpidon kanssa. Näin ollen pätemättömyyden korjautuminen tapahtuu lopulta osapuolten keskinäisellä sopimisella ja ulkopuolinen ei korjautumista havaitse sopimuksen salassapidon vuoksi.

⁹⁸ Saarnilehto ja Annola, 2018, s. 111–113.

Pätemättömyyden kohdistumisessa pysytään edelleen sopimusosapuolten keskinäisessä suhteessa. Absoluuttinen vetoaminen rajautuu ulkopuolelle, sillä mikään kolmas taho ei kartellisopimuksesta tiedä paitsi siihen sitoutuneet osapuolet ja ei voi siihen vedota. Jäljelle jää vaihtoehtoista relativisuutta. Osapuolet voivat vedota toista kohtaan oikeustoimen rikkomisen johdosta. Tässäkin tapauksessa pätemättömyyden kohdistaminen tehdään mitä todennäköisimmin sopimusosapuolten kesken ilman kolmannen tahon puuttumista, sillä kartellilausekkeita sisältävää sopimusta ei haluta julkisuuteen ja suuremman tutkinnan alle esimerkiksi kilpailuviranomaisen toimesta. Oikeustoimen rikkominen voi perustua joko kartelliehtoihin tai muihin sopimuksen sisältämiin ehtoihin.

4.1.4 Pätemättömyyden kohdistus

Pätemättömyys johtuu sopimusoikeuden mukaan siitä, että oikeustoimi ei ole sitova siksi, että sen tekemisessä, sisällössä, muodossa tai muussa siihen liittyvässä seikassa ilmenee virhe⁹⁹. Oikeustoimen pätemättömyydestä seuraa, että sen sisällön mukaiset tahdotut vaikutukset jäävät toteutumatta¹⁰⁰. On kuitenkin mahdollista, että oikeustoimeen sisältyy muita oikeusvaikutuksia¹⁰¹. Tahdottu oikeustilan muutos jää siten vakaaksi tai se ei toteudu lainkaan, jos pätemättömyydestä seuraa kaikkien tahdottujen oikeusvaikutusten toteutumatta jääminen. OikTL 36 § 1 mom mukaan kohtuuttomuutta arvioidaan oikeustoimen ehdon perusteella. Näin ollen pätemättömyyden arvioinnin konkreettinen aines on laajimmillaan koko sopimussisältö ja suppeimmillaan yksittäinen ehto.

OikTL 3 luvussa ei eritellä sopimusehtoja erikseen kategorioihin esimerkiksi vaikutuksen perusteella. OikTL 28–35 § sääntelevät erinäisiä tilanteita, jotka johtavat pätemättömyyteen. OikTL 36 § voidaan nähdä yleissäännöksenä, joka kattaa alleen muut oikeustoimen ehtojen kohtuuttomuuden tilanteet kuin mitä on OikTL 28–35 § määritelty. Ne sisältävät säännöksiä liittyen muun muassa olosuhteisiin (33 §), sisältöön (34 §) ja osapuolten

⁹⁹ Hemmo ja Hoppu, K., 2006/2021, luku 6., Sopimuksen pätemättömyys. Viitattu 2.1.2022.

¹⁰⁰ Kaisto ja Tepora, 2012, s. 144.

¹⁰¹ Hemmo ja Hoppu, K., 2006/2021, luku 6., Sopimuksen pätemättömyys. Viitattu 2.1.2022.

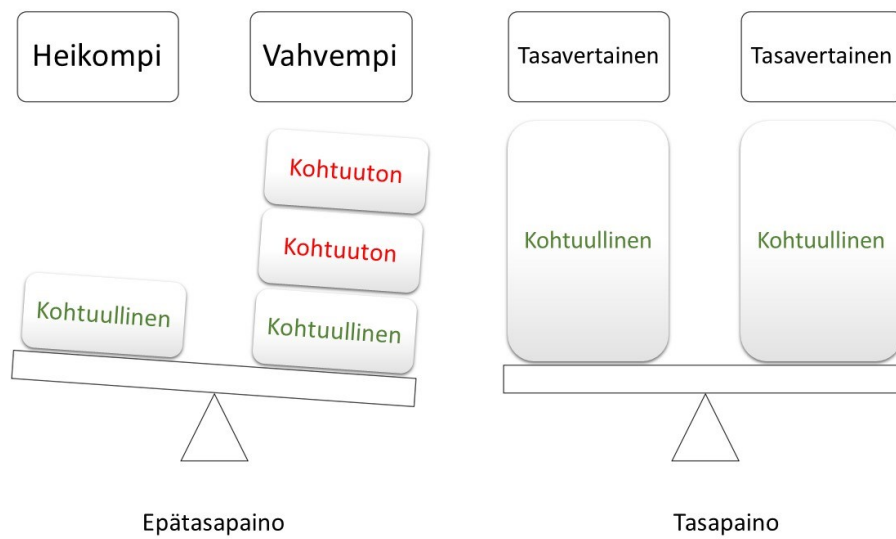
asemiin toista tai toisia oikeustoimen osapuolta tai osapuolia kohtaan (30 §). Pätemättömyyden arviointi kohdistuu siten itse oikeustoimen sisältöön, sen tuomiin vaikutuksiin osapuolten toimintaan ja osapuolten käytökseen sopijakumppaneita kohtaan.

4.1.5 Pätemättömyyden tavoitteet

OikTL 36 § 1 mom mukaan kohtuuton ehto tai soveltamisen johtaminen kohtuuttomuuteen aiheuttaa sen, että ehtoa on soviteltava tai jätettävä huomiotta¹⁰². Yksi pätemättömyyden tavoitteista on siten kohtuuttoman ehdon vaikutusten lakkauttaminen vaihtoehtoisin keinoin (sovittelu tai mitättömyys). Tavoite kohdistuu itse sopimussisältöön.

Pätemättömyyden kautta oikeustoimen aiheuttamat vaikutukset osapuoliin muuttuvat. Voidaan nähdä, että sovittelun tai mitättömyyden toteamisen kautta osapuolten asemat kokevat muutoksen suhteessa toisiinsa. Ennen pätemättömyyden toteamista asemat ovat epätasapainossa, sillä sopimuksen tekemisessä, muodossa, sisällössä tai muussa seikassa on virhe. Sopimussuhde ei ole silloin OikTL mukaisesti tai tosiasiallisestikaan tasapainoinen. Kun pätemättömyys ja kohtuuttomuus korjataan, päämääränä on saavuttaa sopimussuhteen tasapaino osapuolten kesken. Havainnollistetaan ajatusta kuvalla 1.

¹⁰² OikTL 36 § 1 mom.



Kuva 1. Sopimussuhteen tasapainotilat.

Kuvasta 1 nähdään, että kohtuuttomien ehtojen sisältyminen oikeustoimeen aiheuttaa epätasapainotilan, sillä sopimusehdot ovat jakautuneet epätasaisesti. Kohtuuttomien lausekkeiden sovittelun tai poiston johdosta tasapainotila saavutetaan, jonka seurauksena on kuvan oikeanpuolimmainen painon tasainen jakautuminen.

Vaa’an kummallakin puolella oleva paino voidaan nähdä kuvaavan kummankin osapuolen vaikutusvaltaa toisen osapuolen käytökseen, joka syntyy sopimuksen tuomien oikeuksien ja velvoitteiden perusteella. Kohtuuttomat ehdot aiheuttavat häiriön vallan jakautumiseen. Lopputuloksena saavutetaan tasapainoinen sopimussuhde, jota pidetään yhtenä pätemättömyyden tavoitteena.

4.1.6 Pätemättömyyden seuraukset

Pätemättömyyden toteamiseen ja seurausten tutkimiseen vaaditaan pätemättömyysperusteen olemassaolo. Ilman pätemättömyysperustetta pätemättömyyteen ei voida päätyä, jolloin luonnollisesti seurauksia ei ole. Pätemättömyysperusteen toteamisesta seuraa se, että oikeustoimi ei aiheuta luontoissuoritusvelvollisuutta tai korvausvelvollisuutta.

Pätemättömyys vaikuttaa taannehtivasti, sillä pätemättömyyden toteamisen jälkeen oikeustoimi kumoutuu alusta pitäen.¹⁰³ Pätemättömyyttä ei voi toisin sanoen todeta etukäteen, vaan arviointi kohdistuu menneisyyteen, kuten myös pätemättömyyden vaikutukset. Seurauksia ei perusteta tulevaisuuden mahdollisiin tapahtumiin, vaan jo olemassa olevaan aineistoon ja osapuolten väliseen tahtoon.

Yksi pätemättömyyden seurauksista on suoritusten palauttaminen, jos oikeustoimen perusteella on ehditty tehty suorituksia. Tässä tapauksessa tavoitteena on palauttaa ne oikeudelliset olot, jotka ovat vallinneet ennen sopimuksen tekemistä.¹⁰⁴ Seuraus on linjassa OikTL 36 § 1 mom vaatimuksen kanssa, että kohtuuttomuutta arvioitaessa on otettava huomioon olosuhteet oikeustoimen tekemisen hetkestä asti. Näin ollen suorituksen palauttaminen ei voi perustua tapahtumiin ja osapuolten oikeustilaan ennen sopimuksen laadinnan aloittamista. Luonnollisesti sopimus, jonka perusteella ei ole ehditty tekemään suorituksia, ei johda velvollisuuteen palauttaa suorituksia toiselle osapuolelle, sillä palautettavaa ei yksinkertaisesti ole¹⁰⁵.

Kartellisopimusten kohdalla voidaan nähdä, että sopimus on ehtinyt olla voimassa pidemmän aikaa ja sen perusteella on tehty suorituksia. Oletus tulee kartellin ylläpitämisen ajallisesta kestosta. Tyypillisesti kartellia ylläpidetään jopa vuosia ennen kuin kilpailuviranomainen havaitsee kartellin tai sen jäsen ilmoittaa itse kartellin olemassa olosta. Margaret Levenstein ja Valerie Suslow ovat tehneet Michiganin yliopistossa tutkimusta kartellien hajoamisesta vuosien 1990 ja 2004 välissä. Tutkimuksen kohteena ovat olleet Yhdysvaltojen tai Euroopan komission paljastamat kartellit. Keskimääräinen kartellien ylläpitoaika on ollut hieman yli kahdeksan vuotta.¹⁰⁶ KKV on todennut, että kartellin arviointi ja tutkinta kestää jopa useamman vuoden laittoman toiminnan salaamisen vuoksi¹⁰⁷. Edellä mainitut seikat kuvaavat kuinka pitkä kartelliprosessi on. Toiminta on

¹⁰³ Saarnilehto ja Annola, 2004/2011, jakso III, luku 4., Pätemättömyyden seurauksista. Viitattu 5.1.2022.

¹⁰⁴ Saarnilehto ja Annola, 2004/2011, jakso III, luku 4., Pätemättömyyden seurauksista. Viitattu 5.1.2022.

¹⁰⁵ Saarnilehto ja Annola, 2018, s. 135.

¹⁰⁶ Levenstein ja Suslow, 2011, s. 11.

¹⁰⁷ Kilpailu- ja kuluttajavirasto, 2021b, Kartellit ja muut horisontaaliset kilpailunrajoitukset: *Mitä KKV tekee kartellitutkinnoissa?*

tyypillisesti pitkäaikaista, jotta kartellisopimuksen halutut vaikutukset näkyvät markkinoilla ja taloudellinen hyöty irti kartellista.

Oikeuskirjallisuudessa on esitetty yhdeksi pätemättömyyden seuraukseksi se, että pätemätön oikeustoimi käy toisesta oikeustoimesta. Silloin sisällys ja tarkoitus ovat pääpiirteittäin samat kuin alkuperäisellä pätemättömällä oikeustoimella.¹⁰⁸ Ajatus on mielenkiintoinen kartellisopimuksen osapätemättömyyden näkökulmasta. Sopijapuolet ovat alun perin luoneet oikeustoimen eli sopimuksen, joka ilmentää osapuolten tahtoa liiketoiminnallisesta yhteistyöstä.

OikTL 36 § 2 mom mukaan oikeustoimea on soviteltava muiltakin osin, jos sen jääminen voimaan ei ole sovittelun jälkeen kohtuullista. Kartellisopimuksen osapätemättömyyden yksi päätavoitteista on jättää se osa alkuperäisestä sopimuksesta voimaan, jolla on positiivisia markkinavaikutuksia ja ei aiheuta kilpailunrajoitustoimintaa. Näin ollen pätemätön oikeustoimi (kartellisopimus) käy toisesta oikeustoimesta (uusi lainmukainen sopimus), jossa alkuperäistä sopimusta on muokattu vastaamaan osapuolten tahtotilaa kielletyn toiminnan lakkauttamisen jälkeen. Pohjana on alkuperäinen oikeustoimi ja sen lainmukaisiksi todetut lausekkeet joko KKV:n tai markkinaoikeuden päätöksellä KilpL 8–9 § perusteella. Täysin uutta sopimusta ei tarvitse luoda, sillä alkuperäinen oikeustoimi muokkautuu uusien olosuhteiden mukaiseksi. Toisin sanoen laillinen sopimus perustuu alkuperäisesti lainvastaisen sopimuksen lainmukaisille kohdille tässä perustellulla tavalla.

4.2 Kilpailuoikeudellinen pätemättömyys

Kilpailuoikeudellisen pätemättömyyden arviointi kohdistuu yksittäisen toimijan aseman sijaan markkinoiden toimivuuden ulottuvuuteen. Tämä johtuu kilpailulainsäädännön taustalla vaikuttavasta vahvasta julkisesta intressistä.¹⁰⁹ Kilpailuoikeuden tarkoitus ja

¹⁰⁸ Saarnilehto ja Annola, 2018, s. 137.

¹⁰⁹ Aine, 2013, s. 51.

tavoite on rajoittaa sopimusten osalta ainoastaan kilpailua rajoittavia osia¹¹⁰. Näin ollen esimerkiksi muuhun sopimussisältöön tai osapuolten keskinäiseen sopimusperusteiseen suhteeseen kilpailuoikeus ei ota kantaa.

4.2.1 Pätemättömyysperusteet ja oikeudellinen tausta

Pätemättömyysperusteet johdetaan kansallisella tasolla suoraan kilpailulaista. KilpL 5 § mukaan kilpailua estävät, rajoittavat tai vääristävät sopimukset sekä elinkeinonharjoittajien yhteenliittymien päätökset tai yhdenmukaistetut menettelytavat, jotka vääristävät, estävät tai rajoittavat kilpailua tai joista seuraa kilpailun merkittävä estyminen, ovat kiellettyjä. KilpL 7 § mukaan määräävän markkina-aseman, joka muodostuu yhdestä tai useammasta elinkeinonharjoittajasta tai niiden yhteenliittymästä, väärinkäyttö on kiellettyä. Lisäksi KilpL 8 § mukaan ehto, joka on markkinaoikeuden tai KKV:n määräyksen, kiellon tai velvoitteen vastainen, ei saa soveltaa eikä panna täytäntöön. Sama säännös koskee KKV:n antamia väliaikaisia määräyksiä. Kilpailulain mukaiset pätemättömyysperusteet ja vaatimukset kilpailua rajoittaviin osiin ovat selkeät.

Pätemättömyysperusteet johdetaan kansainvälisellä tasolla EU-oikeudesta, tarkemmin sopimuksesta Euroopan unionin toiminnasta (SEUT). SEUT 101 artikla kohta 1 on pääpiirteittäin sama kuin KilpL 5 §, mutta kieltö on laajennettu jäsenvaltioiden väliseen kauppaan ja sisämarkkinoihin. SEUT 101 artikla kohta 2 mukaan artiklassa ”kielletyt sopimukset ja päätökset ovat mitättömiä”. Mitättömyyden perustetta ei kansallisessa kilpailulaissa ole määritelty. SEUT 102 artikla on puolestaan identtinen muuten kuin KilpL 7 §, mutta kieltomääräykset on samalla tavalla laajennettu sisämarkkinoita koskevaksi.

Kansallinen kilpailusäännöstö on yhtenäistynyt EU-oikeuden vaikutuksen myötä. Ennen kilpailulakia voimassa oli vuonna 1992 annettu laki kilpailunrajoituksista. Vuonna 2004 kilpailunrajoituslaki yhtenäistettiin vastaamaan Euroopan unionin kilpailusääntöjä.

¹¹⁰ Aine, 2013, s. 39.

Samalla lakiin kirjattiin säännös, jonka mukaan elinkeinonharjoittajan on mahdollista vapautua seuraamusmaksusta tai saada siitä alennusta tietyin perustein.¹¹¹ Tätä kutsutaan *leniency*-menettelyksi¹¹².

Vuoden 2004 muutokset perustuvat neuvoston antamaan asetukseen EY N:o 1/2003, jolla määrättiin perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklan täytäntöönpanosta sellaisenaan kaikkia jäsenvaltioita velvoittavasti¹¹³. Asetuksen mukaan artiklojen soveltamisen tarkoituksena on varmistaa, ettei kilpailu vääristy yhteismarkkinoilla.¹¹⁴ Lissabonin sopimuksen myötä artiklojen numerointi muuttui. Nykyään 81 ja 82 artiklat ovat SEUT:n 101 ja 102 artiklat.¹¹⁵ Kilpailunrajoituslaki kumottiin ja nykyinen kilpailulaki astui voimaan loppuvuodesta 2011¹¹⁶. Uudistusta perusteltiin muun muassa sillä, että kilpailulainsäädännön kehittymisen seurauksena kilpailunrajoituslaki ei ollut enää tarpeeksi looginen ja selkeä. Kilpailunrajoituslaki nimenä ei myöskään vastannut enää lain tavoitteita, joten nimi muutettiin kilpailulaiksi.¹¹⁷

Kilpailulailla on näin ollen vahva yhteys kansainväliseen lainsäädäntöön ja sen muutoksiin. Kilpailulaki seuraa EU-lainsäädännön muutoksia ja tarvittavat toimenpiteet tehdään, jotta laki pysyy ajan tasalla unionin tavoitteiden kanssa. Kansallista lainsäädäntöä sovelletaankin yleensä SEUT 101 ja 102 artiklojen kanssa rinnakkain¹¹⁸. Todetaankin, että pätemättömyysperusteet ovat itse asiassa lopulta peräisin EU-oikeudesta eivätkä kansallisesta lainsäädännöstä, kuten ensivaikutelma saattaa osoittaa. Kilpailulaissa on asetuksen EY N:o 1/2003 perusteella harmonisoitu EU-oikeuden tavoitteet osaksi kansallista lainsäädäntöä, joten EU-oikeuden vaikutus pätemättömyysperusteisiin on vahva.

¹¹¹ HE 88/2010 vp., s. 5.

¹¹² Kilpailu- ja kuluttajavirasto, 2021b, Kartellit ja muut horisontaaliset kilpailunrajoitukset: *Hakemus seuraamusmaksusta vapautumiseksi tai seuraamusmaksun alentamiseksi*.

¹¹³ EY N:o 1/2003, 45 artikla.

¹¹⁴ EY N:o 1/2003, kohta 1.

¹¹⁵ Euroopan unionin virallinen lehti, 2007, Lissabonin sopimus: *Lissabonin sopimuksen 5 artiklassa tarkoitettut vastaavuustaulukot, B. Sopimus Euroopan unionin toiminnasta*. VII osasto — Kilpailua, verotusta ja lainsäädännön lähentämistä koskevat yhteiset säännöt.

¹¹⁶ KilpL 50 §.

¹¹⁷ HE 88/2010 vp., s. 1.

¹¹⁸ HE 210/2020 vp., s. 8.

4.2.2 Pätemättömyyden kohdistus

Kilpailuoikeudelliselta näkökulmalta pätemättömyyden kohdistuksessa on osallisena useampi eri osapuoli. Antti Aine erottaa kilpailuoikeuden soveltamisjärjestelmästä yksityisoikeudellisen ja julkisoikeudellisen osan. Yksityisoikeudellinen osa nousee esiin, kun yksittäiset toimijat vetoavat kilpailulainsäädäntöön suojataksaan oikeuksiaan. Julkisoikeudellinen puoli toteutuu markkinoiden tehokkaan valvonnan kautta. Valvontaa suorittaa kilpailuviranomainen, joka puuttuu tarvittaessa, jos kilpailua rajoittavaa toimintaa havaitaan.¹¹⁹ KilpL 8 § kohdistaa pätemättömyyden ehtoihin, joista seurauksena on KilpL 5 tai 7 § vastainen toiminta markkinoilla. Kilpailuoikeus ei näin ollen ota kantaa sopimuksen muihin ehtoihin, sillä ne eivät kuulu kilpailuoikeuden intressiin¹²⁰.

Kilpailuoikeudellinen pätemättömyys kohdistuu täten ensisijaisesti toimijoiden aiheuttamiin markkinavaikutuksiin. Kilpailuviranomainen seuraa toimintaa ja tekee tarvittavat toimenpiteet kilpailua rajoittavan toiminnan eliminoimiseksi. Näin ollen pätemättömyyden kohdistaja on kolmas, sopimuksen ulkopuolinen taho eli kilpailuviranomainen tai markkinaoikeus KilpL 8 § perusteella. Pätemättömyys kohdistuu ensisijaisesti markkinakäyttöön, sillä kilpailuviranomainen ei itse sopimussisältöä ja sitä kautta kartellilausekkeitä havaitse. Pätemättömyysperusteen toteaminen syntyy kilpailuviranomaisen oman tutkinnan tai kartellin jäsenen ilmiannon kautta. Kun kilpailua rajoittava käytös on havaittu edellä mainituin keinoin, pätemättömyys kohdistetaan seuraavaksi KilpL 8 § säännöksen avulla, jonka mukaan kilpailunrajoitukseen johtavaa ehtoa ei saa soveltaa eikä panna täytäntöön. Jotta tämä on mahdollista, on kartellisopimuksen tultava havaituksi markkinakäytöksen tai ilmiannon avulla.

¹¹⁹ Aine, 2013, s. 25.

¹²⁰ Aine, 2013, s. 39–40.

4.2.3 Pätemättömyyden tavoitteet

Kilpailuoikeudellisen pätemättömyyden tavoite on ilmaistu selkeästi KilpL 1 § 1 momentissa: lailla pyritään turvaamaan tehokas ja terve kilpailu vahingollisilta kilpailunrajoituksilta. KilpL 1 § 2 momentissa on puolestaan otettu huomioon elinkeinonharjoittajien välisen tehokkaan kilpailun hyötyjät: asiakkaat ja kuluttajat. Markkinoita ja elinkeinonharjoittajien välistä kilpailua on suojeltava siten, että hyöty ulottuu edellä mainittuihin kahteen sidosryhmään¹²¹. Toisin sanoen suojelun tavoitteita ei saa toteuttaa asiakkaiden ja kuluttajien kustannuksella.

Ensisijaisesti pätemättömyyden tavoite on eliminoida markkinoilta toiminta, joka KilpL 1 § 1 mom mukaan vaarantaa terveen kilpailun. Huomioitava on myös kaksi elinkeinonharjoittajien sidosryhmää eli asiakkaat ja kuluttajat. Toiseksi pätemättömyyden tavoitteita on johdettavissa KilpL 8–9 § säännöksistä. Ensinnäkin KilpL 8 § kieltää sellaiset sopimukseen tai muuhun järjestelyyn liittyvät ehdot, jotka johtavat kilpailunrajoitusten alaiseen toimintaan. Näitä ehtoja ei saa soveltaa eikä panna täytäntöön¹²². Lain säännöksessä ei oteta kantaa ehtojen sisältymisestä sopimukseen, jos niitä ei noudateta. Näin ollen pätemättömyyden tavoitteena on estää ehtojen markkinoita vääristävät vaikutukset.

KilpL 9 § mukaan KKV voi itsenäisesti todeta rikkomisen ja määrätä sen lopetettavaksi sekä määrätä tarvittavat ja oikeasuhtaiset korjaustoimenpiteet toimintaan liittyen. Rakenteellisista korjaustoimenpiteistä säännellään tarkemmin KilpL 9 a §:ssä. KilpL 8 §, 9 § ja 9 a § ovat tulleet voimaan kesäkuussa 2021, joten muutokset ovat ajankohtaisia. Ne perustuvat direktiiviin EU 2019/1, jolla parannettiin kansallisten kilpailuviranomaisten täytäntöönpanovaltuuksia. Direktiivin harmonisoinnin myötä lakiin lisättiin muun muassa nimenomainen säännös kansallisen kilpailuviranomaisen toimivallasta määrätä korjaustoimenpiteet kielletyn toiminnan lopettamiseksi.¹²³ Pätemättömyyden tavoitteena on saada KKV:n tai markkinaoikeuden päätöksellä kilpailunrajoituksen alainen toiminta

¹²¹ KilpL 1 § 2 mom.

¹²² KilpL 8 §.

¹²³ HE 210/2020 vp., s. 85. Ks. myös Euroopan unionin virallinen lehti, 2019, 10 artikla 1 kohta.

lopetettua markkinoilta. Tavoitteiden toteuttajana on näin ollen sopimussuhteen ulkopuolinen taho eli viranomainen tai tuomioistuin ja joissakin tapauksissa kumpikin.

4.2.4 Pätemättömyyden seuraukset

Pätemättömyysperusteen olemassa olon toteamisen jälkeen on tutkittava siitä aiheutuvat seuraukset. KilpL 8–9 § mukaan KKV:lla ja markkinaoikeudella on toimivalta päättää aiheutuvista seurauksista kilpailunrajoitustoiminnan harjoittamisesta. Yksinkertaistetusta näkökulmasta pätemättömyyden seuraus nähdään olevan ainoastaan sanktio kilpailulainsäädännön rikkomisesta¹²⁴. Näkökulman voidaan nähdä suppeaksi jo kilpailuoikeuden sisältämän vahvan julkisen intressin takia. Oikeudellinen ja yhteiskunnallinen vaikutus tulisi liittää seurausten arviointiin¹²⁵. Kun pätemättömyyden tavoitteena on kilpailurajoituksen lakkauttaminen, ideaalina seurauksena voidaan nähdä terveen ja tehokkaan kilpailutilanteen palautus. Markkinat pyritään ikään kuin ohjaamaan takaisin kohti tehokkuuden tilaa.

Markkinoiden tehokas toiminta hyödyttää elinkeinonharjoittajien ja kilpailun lisäksi koko yhteiskuntaa. Markkinatalous ja sen toiminnassa tapahtuva hyödykkeiden valmistus kuluvat kuitenkin yhteiskuntapolitiikan peruskysymyksiin. Tätä säätelee kilpailumekanismi. Yleinen oletus on, että vapaa kilpailu johtaa resurssien tehokkaaseen allokontiin ja seurauksena on hyvinvoinnin kasvu.¹²⁶ Johtopäätöksenä todetaan, että pätemättömyyden seurausta arvioitaessa on huomioitava kilpailurikkomuksen yhteiskunnallinen vaikutus.

Antti Aine viittaa Grönforsin vuonna 1966 luomaan jaotteluun yksilön mahdollisuudesta vaikuttaa pätemättömyyteen tilanteissa, joissa kyseessä on lainvastainen sopimus. Jaottelun eri asteet riippuvat siitä, kuinka paljon tai vähän yksilöllä on määräysvaltaa. Ensimmäinen luokka on yksilön näkökulmasta jyrkin. Sen mukaan yksilöillä eli

¹²⁴ Aine, 2013, s. 24.

¹²⁵ Aine, 2013, s. 24.

¹²⁶ Kuoppamäki, 2018, s. 2.

sopimosapuolilla ei ole lainkaan päätäntävaltaa pätemättömyyden seurausten toteutamisessa. Kilpailuoikeudellinen pätemättömyys kuuluu ensimmäiseen luokkaan. Sen seurauksena sopimosapuolet tai muut toimijat eivät voi vaikuttaa ollenkaan kilpailuoikeudellisen pätemättömyyden seurauksiin, jotka kohdistuvat sopimussuhteeseen.¹²⁷

Ensimmäisen luokan kriteerejä voidaan pitää ehdottomina ja absoluuttisina. Ne eivät anna tilaa pätemättömyysseurauksen muunlaiselle soveltamiselle, kuten esimerkiksi osapuolten mahdollisuuksiin vaikuttaa pätemättömyysseurauksen heihin kohdistuvaan sisältöön. Arvioidaan jaottelun ensimmäistä luokkaa *leniency*-menettelyllä lisättyä. Sen mukaan kartellin osapuolen, joka ensimmäisenä toimittaa merkittävää tietoa kartellitoiminnasta kilpailuviranomaiselle, on mahdollista välttyä kartellin ylläpidosta määrättävästä seuraamusmaksusta kokonaan. Seuraamusmaksusta on myös mahdollista saada alennusta, vaikka elinkeinonharjoittaja ei täyttäisi *leniency*-menettelyn edellytyksiä. Jos elinkeinonharjoittaja toimittaa kilpailuviranomaiselle tietoa, jolla on merkittävää lisäarvoa käynnissä olevaan tutkintaan, elinkeinonharjoittajan on mahdollista saada alennusta seuraamusmaksusta. Tästä esimerkkinä raakapuun hankintaan liittyvä kartelli, jossa yksi yritys vapautui seuraamusmaksusta kokonaan ja toinen yritys sai alennusta.¹²⁸

Leniency-menettelyn juuret ovat 1970-luvun Yhdysvalloissa, josta se on otettu käyttöön EU:n kilpailuoikeudessa 1990-luvulla¹²⁹. Grönforsin jaottelu on peräisin 1960-luvulta. Silloin seuraamusmaksusta vapautumisen mahdollisuudesta ei ollut vielä tietoa EU:ssa. Grönforsin mukaan sopimosapuolilla ei ole valtaa vaikuttaa pätemättömyysseurauksesta. *Leniency*-menettelyn ydin on antaa mahdollisuus osapuolille vaikuttaa seuraamusmaksun määrään eli pätemättömyysseurauksen täytäntöönpanoon toimittamalla ratkaisuvia todisteita kilpailuviranomaiselle kartellitoiminnasta KilpL 14 § listauksen mukaan. Tietojen toimittaminen ja yhteistyö kilpailuviranomaisen kanssa on sopimosapuolten oma tietoinen valinta, jonka avulla pyritään vaikuttamaan pätemättömyysseurauksista

¹²⁷ Aine, 2013, s. 54.

¹²⁸ Kuoppamäki, 2018, s. 101–103.

¹²⁹ Kuoppamäki, 2018, s. 101.

seuraamusmaksuun. Näin ollen Grönforsin ajattelumallia sopimusosapuolten vaikutusmahdollisuuksista voidaan pitää osittain vanhentuneena. Markkinaoikeus tekee lopullisen päätöksen seuraamusmaksun suuruudesta KKV:n esityksen pohjalta¹³⁰.

Pätemättömyyden seurauksissa on havaittavissa myös ajallinen ulottuvuus. Aihetta on käsitelty EU:n tuomioistuimessa saakka. Esimerkkinä on tapaus *Brasserie de Haecht v. Wilkin-Jansen* vuodelta 1973, jossa tuomioistuin totesi, että pätemättömyysseuraus pätee kilpailua rajoittavan sopimuksen sekä menneisiin että tuleviin vaikutuksiin. Tästä voidaan päätellä, että kilpailua rajoittavat sopimukset eivät ole missään vaiheessa päteviä eli ne ovat alusta alkaen pätemättömiä. Pätemättömyys vaikuttaa siten taannehtivasti.¹³¹ Pätemättömyysseurauksella on myös tulevaisuuden vaikutus. Kartellilausekkeisiin edellä mainittuja ehtoja nähdään sovellettavan siten, että pätemättömäksi tuomitut kartellilausekkeet ovat taannehtivasti pätemättömiä sopimuksen alusta asti. Tulevaisuuden kriteerin mukaan pätemättömäksi tuomittuja kartellilausekkeitä ei saa soveltaa eikä panna täytäntöön samansisältöisinä kuin ne ovat olleet pätemättömyyden toteamisen hetkellä.

4.3 Sopimusoikeudellisen ja kilpailuoikeudellisen pätemättömyyden vertailu

Edellä on esitetty eri pätemättömyyden tulkinnat puhtaasti oikeudenaloittain. Seuraavassa taulukossa on tiivistetty sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden elementtejä pätemättömyydestä. Vertailemalla eri rivejä huomataan, että vaikka primäärinen oikeuslähde eroaa, tavoitteet ovat samantyyppiset. Esimerkiksi pätemättömyyden tavoite on kummallakin oikeudenalalla saada ehto kumottua tavalla tai toisella. Päämäärät ovat samat, mutta sovellettavat keinot ja oikeuslähteet eri.

¹³⁰ KilpL 12 § 3 mom.

¹³¹ Aine, 2013, s. 75–76.

	Sopimusoikeus	Kilpailuoikeus
Sääntelevä laki	Laki varallisuus oikeudellisista oikeustoimista (oikeustoimilaki)	Kilpailulaki (kansallinen), SEUT (kansainvälinen)
Päättävä subjekti	Ensisijaisesti osapuolet, toissijaisesti kolmas taho	Kilpailuviranomainen, tuomioistuin
Ajallinen ulottuvuus	Sopimuksen tekemisessä ja sen jälkeen vallinneet olosuhteet	Olosuhteet sopimusta ennen ja jälkeen voimassaoloajan lisäksi
Pätemättömyysperusteet	OikTL 3 luku	KilpL 8 § ja SEUT 101 artikla
Pätemättömyysperusteiden kohde	Koko sopimussisältö, osapuolten toiminta	Sopimusehdot, joilla rajoitetaan merkittävästi kilpailua
Tavoitellut seuraukset	Kohtuuttomien ehtojen sovittelu tai huomiotta jättäminen	Kilpailunrajoitustoiminnan lopettaminen, ehtojen mitätöinti
Pätemättömyyden suojan kohde	Sopimusosapuoli tai -osapuolet	Markkinat, sidosryhmät (asiakkaat ja kuluttajat)

Taulukko 1. Oikeudenalojen pätemättömyyden vertailu.

4.3.1 Kilpailuoikeudellinen OikTL 36 § arviointi

OikTL 36 § arviointi kilpailuoikeus huomioiden muuttaa kartellilausekkeiden ja koko sopimussisällön arviointia. Antti Aineen KilpL 8 §:n tulkinnan mukaan pätemättömyys koskee vain sopimuksen kilpailua rajoittavia osia¹³². Näin ollen arvioinnista rajautuu muut sopimuslausekkeet ulkopuolelle kilpailuoikeudelliselta näkökannalta, vaikka ne täyttäisivätkin pätemättömyyden kriteerin. KilpL 8 § ottaa kantaa ainoastaan siihen, että 5 tai 7 § mukaiseen kilpailunrajoitukseen johtavaa ehtoa ei saa soveltaa eikä panna täytäntöön. Niiden sovittelusta tai poistosta sopimussisällöstä tai sopimusosapuolten mahdollisista toimista kilpailulain säännöksessä ei oteta kantaa.

Arvioinnin tueksi saadaan OikTL 36 §, joka huomioi koko sopimussisällön sekä sopimusosapuolet. Oikeuslähdeoppia ei rikota, sillä KilpL 8 § selkeä tavoite on ainoastaan kieltää ehtojen vaikutukset markkinoille. Kohtuullistamisen tai poiston avulla vaikutuksia ei

¹³² Aine, 2013, s. 80.

markkinoille ilmene, joten tahdonvaltaista lainsäädäntöä noudatetaan huomioimalla pri-määrisesti pakottava lainsäädäntö.

OikTL 36 § 1 mom mukaan kohtuutonta ehtoa on soviteltava tai se on jätettävä kokonaan huomioimatta. Kumpikin keino on mahdollinen riippuen kartellilausekkeiden vaikutuksesta sopimuksen muuhun sisältöön. Jos ne ovat itsenäinen osa ja niillä ei ole merkittäviä kytköksiä muiden lausekkeiden noudattamiseen, ne on mahdollista jättää huomiotta eli tuomita mitättömiksi. Kartellilausekkeiden sivuuttamiseen vaikuttaa myös kartellilausekkeiden määrä. Jos niitä on sisällytetty moneen eri kohtaan, kuten esimerkiksi yleisiin ehtoihin, on lausekkeiden mitättömyys todennäköisesti mielekkäämpi vaihtoehto ja ehtojen uudelleen luominen sopimuksen jatkon kannalta. Huomataan, että sovittelun ja huomiotta jättämisen välillä tulee tarkastella vaikutusta koko sopimussisältöön ja sen tuomiin oikeuksiin ja velvoitteisiin eli kokonaisvaikutuksiin.

OikTL 36 § 1 mom sisältää kriteerejä, jotka on otettava huomioon kohtuutonta ehtoa arvioitaessa. Näitä ovat ”oikeustoimen koko sisältö, osapuolten asema, oikeustointa tehtäessä ja sen jälkeen vallinneet olosuhteet sekä muut seikat”¹³³. Lista kattaa alleen sekä sopimuksen tekemisen että voimaan astumisen jälkeiset olosuhteet. Säännös rajaa ulkopuolelle olosuhteet, jotka ovat vallinneet ennen oikeustoimen tekemistä. Syy tähän voi olla esimerkiksi se, että kumpikaan osapuoli ei voi vedota toista osapuolta kohtaan omaksi hyödyksi menneisyyden tapahtumista, vaikka ne olisivatkin myötävaikuttaneet oikeustoimen valmistelun aloittamiseen. Lojaliteettiperiaate vaikuttaa siten pätemättömyyden toteamisessa. Aikajana alkaa OikTL 36 § 1 mom mukaan oikeustoimen tekemisestä, jolloin muun muassa sopimusehdot muokkautuvat osapuolten tahtojen mukaan.

Yksiselitteistä on, että markkinoiden vääristäminen nousee yhtenä olosuhteiden tekijänä pätemättömyyden arvosteluun kilpailuoikeuden kautta. Markkinoiden osalta kiinnitetään huomio esimerkiksi läpinäkyvyyteen, symmetrisyyteen ja osallisten muodostamaan markkinapeittoon. Mitä laajempi markkinapeitto, sitä kestävämpi ja vahingollisempi

¹³³ OikTL 36 § 1 mom.

kilpailunrajoitus tyypillisesti on. Olosuhteiden määrittämisessä voidaan tutkia vaikutusta myös markkinaparametreihin. Näitä ovat muun muassa tuotevalikoima ja hinta. Unionin tuomioistuimessa on otettu kantaa edellä mainittuihin tekijöihin kilpailunrajoituksen vakavuutta arvioitaessa. Tapauksessa *T-Mobile Netherlands* on painotettu markkinarakennetta- ja olosuhteita oligopolistisilla markkinoilla.¹³⁴ Kilpailuoikeudesta saadaan näin ollen tekijöitä, joita voidaan arvioida OikTL 36 § 1 mom mukaisten sopimuksen olosuhteiden määrittämisessä.

Osapuolten asemien arviointi liittyy kartellisopimuksen kohdalla vahvasti asemaan markkinoilla keskinäisen suhteen lisäksi. Kilpailunrajoituksen ensimmäisiä tutkinnan vaiheita ovat markkinoiden rajaus ja elinkeinonharjoittajien markkinaosuuksien laskeminen¹³⁵. Esimerkiksi tapauksessa MaO 70:2021 ensimmäisenä on määritelty markkinat ja kartelliin osallisten yhteenlaskettu markkinaosuus, joka oli huomattava 80 prosenttia. Tämän lisäksi kartelliin osallistuneet olivat kolme suurinta markkinatoimijaa.¹³⁶ Tämä on yksi esimerkki siitä, kuinka paljon valtaa eri toimijoilla on rajatun markkinan sisällä. Toisin sanoen kuinka helposti kartellitoiminnalla voidaan ohjata markkinoiden vääristymistä.

Kiistaton tosiasia on, että pienemmillä yrityksillä on vähemmän resursseja ohjailla markkinoiden toimintaa ja sitä kautta aiheuttaa vahinkoa kartellitoiminnalla. Suuremmilla markkinatoimijoilla puolestaan on resursseja ohjailla markkinoita esimerkiksi hinnanousun avulla.¹³⁷ Tämän perusteella todetaan, että pätemättömien lausekkeiden sovitelun tai mitätöinnin kohdalla huolellisuus korostuu riippuen siitä, kuinka suuri markkinaosuus sopimusosapuolilla on. Mitä suuremmat markkinaosuudet ja resurssit toimijoilla on, sitä kattavammin sopimussisältö ja sen markkinavaikutukset tulee käydä läpi. Pienempien toimijoiden kohdalla, jotka ovat olleet kartellissa mukana isojen markkinatoimijoiden kanssa, muutaman lausekkeen kohtuullistaminen tai mitätöinti voivat riittää kilpailunrajoitustoiminnan lakkauttamiseen niiden osalta.

¹³⁴ Oinonen, 2016, s. 98.

¹³⁵ Neumann ja Weigand, 2004, s. 290.

¹³⁶ MaO 2021:70/2021, kohta 7.

¹³⁷ Neumann ja Weigand, 2004, s. 290.

KilpL 8 § rajaa sopimusehtojen kohtelun vain kilpailunrajoituksen alaisiin lausekkeisiin. OikTL 36 § 2 mom mukaan muitakin sopimusehtoja voidaan sovitella, jos 1 mom mukainen ehdon kohtuullistaminen tai poisto (mitättömyys) aiheuttaa sen, että oikeustoimen voimaan jääminen muilta osin ei ole kohtuullista. Tässä tapauksessa muun sopimuksen sovittelu voi olla jopa välttämätöntä riippuen siitä, mikä vaikutus kartellilausekkeilla on muihin sopimuksen tuomiin velvoitteisiin.

Säännös mahdollistaa sopimuksen laaja-alaisemman tarkastelun kuin KilpL 8 §. Ilman mahdollisuutta arvioida muita sopimusehtoja lain säännöksen avulla, osapätemättömyyteen päätyminen voidaan nähdä joissain tapauksissa jopa mahdottomana. Jos kartellilausekkeiden vaikutus on muiden sopimusvelvoitteiden noudattamiseen olennainen, jouduttaisiin oikeustoimi mitätöimään kokonaan ilman OikTL 36 § 2 mom säännöstä. Kokonaismitättömyys olisi ainoa vaihtoehto kartellilausekkeiden vaikutusten saattamisessa tehottomiksi. Näin ollen KilpL 8 § ja OikTL 36 § 2 mom arviointi yhdessä oikeuslähdeopin etusijajärjestyksen mukaisesti on kartellisopimuksen osapätemättömyyden ehdoton kriteeri ja ylivoimaisesti tärkein oikeuslähde.

4.3.2 Klassinen ja analyttinen pätemättömyysoppi

Kartellisopimuksen kohdalla klassisen pätemättömyysopin mukaan pätemättömyys voi olla väitteenvaraista tai mitättömyyttä. Moitteenvaraisuus rajautuu ulkopuolelle kilpailulain vuoksi, sillä kartellilausekkeet ovat jo itsestään vaikuttavasti lainvastaisia, jolloin kannetta ja tuomioistuimen päätöstä ei tarvita pätemättömyyden toteamiseksi. Moitteenvaraisuudesta on pidettävä erillään kohtuullistettujen lausekkeiden arviointi (eli muut kuin mitättömät lausekkeet) markkinaoikeuden tai KKV:n toimesta. Väitteenvaraisuus ja mitättömyys ovat mahdollisia kartellisopimuksen kohdalla. Puhtaasti sopimusoi-keudellisen pätemättömyyden näkökulmasta lainvastaisuutta ei tunneta pätemättömyysperusteena ilman kilpailuoikeutta, joten oikeudenalan lisääminen arviointiin muuttaa pätemättömyysoppien arvioinnin ja tulkinnan lopputulosta.

Kartellisopimusten pätemättömyyden arviointi analyttisen pätemättömyysopin keinoin on mahdollista useammastakin eri näkökulmasta. Ensinnäkin kartellilausekkeiden lainvastaisuus aiheuttaa sen, että ne ovat itsestään vaikuttavasti pätemättömiä. Ulkopuolisen tahon ei tarvitse vedota pätemättömyyteen sen toteamiseksi eli reaktiota ei vaadita. Kilpailulain indispositiivinen luonne muuttaa arviointia puhtaasta sopimusoikeudellisesta kartellisopimuksen tulkinnasta, sillä pätemättömyyden toteaa ulkopuolinen taho eli viranomainen eikä sopimusosapuolet itse. Tuomioistuimilla on jo viran puolesta velvollisuus ottaa lainvastainen ja sitä myöten pätemätön ehto huomioon¹³⁸.

Pätemättömyyden korjautumisen voidaan katsoa riippuvan sopimussisällöstä, tarkemmin kartellilausekkeiden määrästä ja vaikutuksesta oikeustoimen velvoitteiden noudattamiseen. Jos kartellilausekkeet voidaan kohtuullistaa sovittelulla tai niiden mitätöinti ei aiheuta ratkaisevia muutoksia muuhun sopimussisältöön, pätemättömyys on korjattavissa. Jos puolestaan kartellilausekkeet ovat ratkaisevassa roolissa sopimuksen noudattamisen kannalta ja sovittelu ei ole mahdollista, pätemättömyys on lopullista. Silloin on tehtävä uusi oikeustoimi haluttujen oikeusvaikutusten aikaan saamiseksi. Pätemättömyyden kohdistuminen vaikuttaisi olevan yksiselitteistä, kun kilpailuoikeus lisätään arviointiin: suhteellista pätemättömyyttä on mahdoton toteuttaa, sillä lainvastaisten sopimusehtojen rikkomisesta ei voi seurata sopimusperustaista sanktiota¹³⁹. Näin ollen absoluuttinen pätemättömyys jää jäljelle eli kuka tahansa, kuten kilpailuviranomainen, voi vedota oikeustoimen pätemättömyyteen.

4.3.3 Pätemättömyysperusteet ja kohdentaminen

Sopimusoikeudelliset ja kilpailuoikeudelliset pätemättömyysperusteet ovat johdettavissa kansallisesta lainsäädännöstä, tarkemmin oikeustoimilaista ja kilpailulaista.

¹³⁸ Kuoppamäki, 2018, s. 115.

¹³⁹ Ks. 3.4.

Oikeustoimilaki perustuu kansalliselle sääntelylle, kun taas kilpailulain taustalla vaikuttaa vahvasti EU-oikeudesta SEUT 101 ja 102 artiklat. Molempien oikeudenalojen pätemättömyysperusteiden taustalla on mahdollista nähdä yhteinen tavoite: sopimusehtoon kohdistuvat toimenpiteet kohtuuttoman luonteensa vuoksi. Se, mihin osaan oikeustoimea pätemättömyysperuste kohdistuu, eroaa kuitenkin oikeudenalojen välillä.

OikTL 36 § mukaan kohtuuttomuutta arvioitaessa on otettava huomioon muun muassa koko sopimussisältö sekä kohtuuttomuuden toteamisen jälkeen jäljelle jääneen oikeustoimen vaikutukset sopimusosapuoliin. Säännöksessä annetaan kaksi vaihtoehtoa: sovitelu tai huomiotta jättäminen ja määrätään huomioitavaksi muun muassa osapuolten asemat¹⁴⁰. Pätemättömyysperusteiden käsittely on osapuolia ja niiden toimintamahdollisuuksia painottava. Pätemättömyysperusteiden toteamisessa otetaan huomioon koko sopimussisältö yksittäisten ehtojen sijaan.

Kilpailuoikeudelliset pätemättömyysperusteet kohdistuvat puolestaan ainoastaan kilpailua rajoittaviin ehtoihin. Edelleen perusteet rajoittuvat ehtojen soveltamiseen ja täytäntöönpanoon.¹⁴¹ Muuhun sopimussisältöön ei oteta kantaa, kuten sopimusoikeudellisen pätemättömyyden kohdalla. Kilpailuoikeuden osalta näyttäisi olevan riittävää, että pätemättömyysperuste havaitaan lainvastaisten lausekkeiden soveltamisesta ja täytäntöönpanosta. Muu sopimussisältö vaikuttaa toissijaiselta myös siinä tapauksessa, että kartellilausekkeitä sisältyy muuhun sopimussisältöön, mutta niitä ei noudateta.

Siviilioikeudellisesta näkökulmasta kilpailulain vastainen sopimus ei saa oikeussuojaa eli tuomioistuin ei voi vahvistaa kilpailulainsäädännön vastaista ehtoa päteväksi. Menettelytapa on linjassa kuluttajien hyvinvoinnin ja taloudellisen tehokkuuden kanssa.¹⁴² Kilpailuoikeudellisella sääntelyllä täydennetään siviilioikeudellista sopimuksen kohtelua. Sopimusoikeuden prioriteettina ei ole huomioida oikeustoimen ulkopuolisia tahoja, vaan

¹⁴⁰ OikTL 36 § 1 mom.

¹⁴¹ KilpL 8 §.

¹⁴² Kuoppamäki, 2018, s. 115.

sopijakumppaneiden välistä suhdetta. Kartellisopimuksen vaikutukset ulottuvat niin kulluttajiin kuin muihin markkinatoimijoihin eli sopimuksesta riippumattomiin tahoihin. Kilpailuoikeus tuo nämä osapuolet arviointiin lisäksi, jotta kartellisopimuksen vaikutuspiiri saadaan täydennettyä.

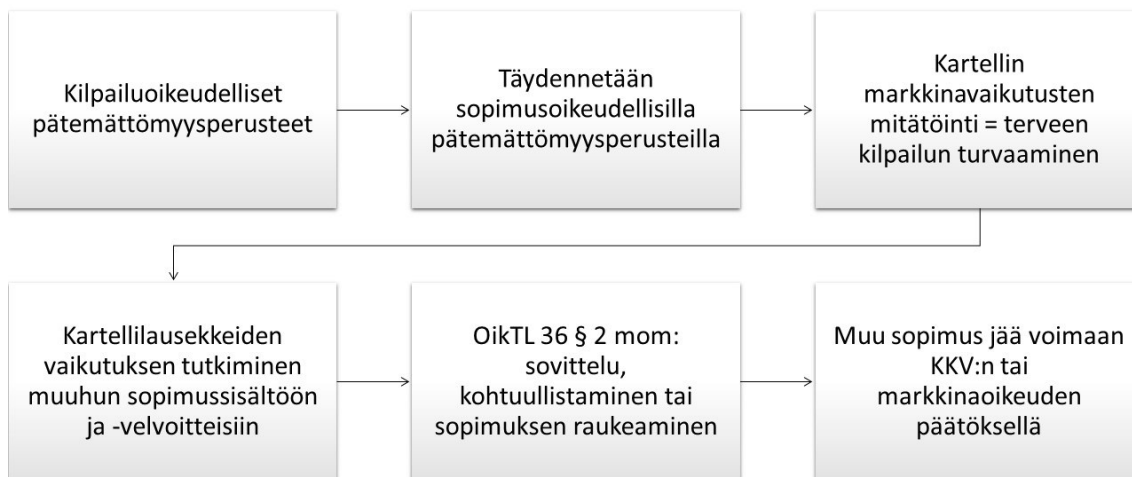
Lisätään ajatusmalliin sopimusoikeuden koko sopimussisällön tulkinta ja OikTL 36 § 2 mom mahdollistama muiden sopimusehtojen kohtuullistaminen. Edellisiin peilattuna pätemättömyysperusteiden toteaminen tapahtuisi seuraavassa järjestyksessä: ensin todetaan kilpailulain pakottavan lainsäädännön perusteella sopimusehdot, jotka aiheuttavat vakavan kilpailunrajoituksen tunnusmerkit täyttävää toimintaa ja niitä sovelletaan ja on pantu täytäntöön. Kilpailuoikeudellisen pätemättömyysperusteen toteamisen säännöt on täytetty. Kilpailuoikeus ei estä sopimuksen pätemättömyysperusteiden arviointia sopimusoikeudellisesti. Kilpailuoikeudelliset pätemättömyysperusteet eivät välttämättä kata kaikkia kohtuuttomia ehtoja sopimusoikeuden näkökulmasta.

Sopimusoikeudellisen pätemättömyyden mukaan sopimus voi olla lainvastainen, jos sen sisältö on lainvastainen¹⁴³. Tässä ei oteta kantaa siihen, onko lainvastaisia ehtoja sovellettu tai pantu täytäntöön. Ehtojen sisältyminen sopimukseen riittää pätemättömyysperusteen toteamiseen. Lainvastaisuus tulee luonnollisesti kilpailulain pakottavan lainsäädännön luonteesta. Tämän perusteella sopimusoikeudellinen pätemättömyys *täydentää* kilpailuoikeudellista pätemättömyyttä sillä, että myös sopimussisältöön ainoastaan sisältyvät lainvastaiset ehdot saavat myös pätemättömyysperusteen.

Pätemättömyysperuste on näin todistettu ja kohdennettu kaikkiin sopimussisällöstä löytyviin lainvastaisiin lausekkeisiin lakiperustaisesti huolimatta siitä, onko ehtoja sovellettu tai pantu täytäntöön. Seuraavassa luvussa tutkitaan, millainen pätemättömyysprosessi on kahden oikeudenalan yhdistelmällä.

¹⁴³ Saarnilehto ja Annola, 2018, s. 133.

4.4 Sopimus-kilpailuoikeudellinen pätemättömyys



Kuvio 1. Sopimus-kilpailuoikeudellinen pätemättömyysprosessi.

Kuvio 1 on esitetty pätemättömyysprosessi, jossa on huomioitu sekä kilpailuoikeudellinen että sopimusoikeudellinen pätemättömyys. Sen johdosta käytetään termiä *sopimus-kilpailuoikeudellinen pätemättömyys*. Kuvion 1 rakenteessa on huomioitu myös oikeuslähdeoppi – kilpailuoikeudelliset pätemättömyyden vaiheet esitetään ensin ja niitä täydennetään sopimusoikeudellisilla vaiheilla. Pyrkimyksenä on ollut esittää prosessissa kummankin oikeudenalan sisältämä potentiaali kartellisopimusten arviointiin. Ylemmällä rivillä on havaittavissa selkeä jaottelu, kumpaa oikeudenalaa hyödynnetään. Alemmalla rivillä puolestaan vaaditaan molempia, sopimusoikeutta ja kilpailuoikeutta, jotta voidaan siirtyä seuraavaan vaiheeseen. Esimerkiksi KKV:n tai markkinaoikeuden päätöksessä OikTL 36 § 2 mom on esitettävä ratkaisussa, jotta oikeudellinen perusta osapätemättömyydelle on osoitettu.

Sopimus-kilpailuoikeudellisessa pätemättömyydessä ei ole otettu kantaa siihen, kenen osapuolen syyksi pätemättömyys voidaan lukea. Jos sopimuksen pätemättömyys johtuu lainvastaisuudesta, ei vastuu tyypillisesti ole yksittäisen osapuolen kannettavissa.

Poikkeuksena ovat tilanteet, jossa jokin taho on voinut olla päävastuullinen sopimuksen laadinnasta esimerkiksi asiantuntijuuden vuoksi.¹⁴⁴ Tilanne on mahdollinen esimerkiksi tapauksessa, jossa suuri markkinatoimija käyttää omia vakioehtojansa pienen toimittajan ostoihin. Neuvotteluvoima on suuren toimijan puolella ja toimittajalla on kapea liikumavara ehdoissa. Liiketoiminnan koosta riippumatta elinkeinonharjoittajilla on kuitenkin vastuu siitä, mihin ehtoihin sitoutuvat vastapuolen markkinavoimasta riippumatta.

Liiketoiminnan sopimukseen liittyy aina taloudellisia ja juridisia riskejä. Eri riskilajeihin on otettu kantaa myös korkeimman oikeuden ratkaisuisissa. Tapauksen KKO 2018:37 johtopäätöksissä on suoraan todettu, että taloudellinen riski liittyy aina liiketoimintasopimukseen¹⁴⁵. Riskien tunnistaminen, niihin varautuminen ja niiden analysointi on tärkeässä asemassa riippumatta siitä, missä elinkaaren vaiheessa liiketoiminta on¹⁴⁶. Yksi keino pienentää riskiä onkin tarkistuttaa liiketoimintasopimus yrityksen ulkopuolisella lakimiehellä ennen allekirjoittamista¹⁴⁷.

Tapauksen KKO 2016:10 arvioinnissa on todettu, että ”sopimusosapuolet kantavat pääsääntöisesti itse riskin sekä omasta liiketoiminnastaan että sopimussuhteen aikana tapahtuvista omalta kannaltaan epäedullisista olosuhteiden muutoksista”¹⁴⁸. KKO:n kannanotosta käy ilmi, että elinkeinonharjoittajat ovat vastuussa omaan liiketoimintaan kohdistuvista riskeistä. Sopimusta kuvataan myös riskin jakamisen instrumenttina¹⁴⁹. Kun liiketoimintasopimukseen liittyy aina riski, on elinkeinonharjoittajat vastuussa myös lainvastaiten lausekkeiden tunnistamisesta ja eliminoinnista sopimussisällöstä. Jos kiellettyyn kilpailunrajoitukseen ryhdytään, riski potentiaalisista seurauksista on jokaisen osallisen kannettavana. Liiketoimintariskeihin kuuluu näin ollen lain noudattaminen sekä itsensä että sopimuskumppaneiden toimesta.

¹⁴⁴ Hemmo, 2004/2011, jakso IV, luku 13., Sopimuksen valmisteluun liittyvä vastuu. Viitattu 1.2.2022.

¹⁴⁵ KKO 2018:37, kohta 27.

¹⁴⁶ Hesso, 2015, s. 180.

¹⁴⁷ Hesso, 2015, s. 182.

¹⁴⁸ KKO 2016:10, kohta 28.

¹⁴⁹ Karhu ja Tolonen H., 2004/2011, jakso I, Sopimuksen sitovuus ja sopimusvapaus. Viitattu 2.2.2022.

Kuvio 1 vaiheet neljä ja viisi ovat sopimusosapuolten asemien kannalta ratkaisevat. Antti Aine on todennut, että kilpailuoikeudellisen pätemättömyyden toteamisen jälkeen osapuolten asemat saattavat muodostua kohtuuttomiksi jäljelle jääneen oikeustoimen vuoksi. Silloin puhutaan keskinäisten suoritusten epätasapainosta.¹⁵⁰ Siksi pätemättömyysprosessin viides vaihe on osapuolten ja oikeustoimen jatkon kannalta elintärkeä. Sopimus on ikään kuin toimimaton ja vaatii sovittelua kilpailuoikeudellisen ja mahdollisesti muiden sopimusoikeudellisten pätemättömyysperusteiden toteamisen jälkeen. Aine kuvaakin sovittelua sopimuksen toimintakyvyn palautuksena ja osapuolten yhteistyön edellytyksen turvaamisena¹⁵¹.



Kuva 2. Pätemättömyysperusteen vaikutus oikeudenalojen soveltuvuuteen.

Markkinoita voidaan kuvailla kilpailuoikeuden kannalta suljettuna ympyränä (Kuva 2). Kilpailuoikeuden sääntely vaikuttaa sen sisäpuolella. Sopimukseen saadaan kohdistettua kilpailuoikeudellisia seurauksia, kun vaikutukset ovat havaittavissa ympyrän sisällä eli markkinoilla. Sopimusoikeus vaikuttaa puolestaan jo ympyrän ulkopuolella eli ennen markkinavaikutuksia. Esimerkkinä sopimusvapauden periaate sopimuksen ja sen ehtojen laatimisessa. Kilpailuoikeus ei pääse vaikuttamaan sopimukseen ennen kuin sopimus on saatettu ympyrän sisälle osapuolten noudattaessa sopimusta. Sopimusoikeus ei puolestaan saa lainvastaista pätemättömyysperustetta ympyrän ulkopuolella, sillä

¹⁵⁰ Aine, 2013, s. 187.

¹⁵¹ Aine, 2013, s. 187.

pätemättömyysperuste sijaitsee kilpailuoikeuden eli markkinoiden vaikutusalueella. Sopimusoikeudellisen pätemättömyyden keinot rajautuvat sopimussisällön ja osapuolten aseman sääntelyyn. Näin ollen sopimusoikeudellinen pätemättömyys tarvitsee rinnalleen kilpailuoikeudellisen pätemättömyyden, jotta a) päästään vaikuttamaan kilpailun ”sulkeutuneen ympyrän” sisälle ja b) saadaan pakottava lainsäädäntö pätemättömyysperusteeksi. Kilpailuoikeus ikään kuin vetää sopimusoikeuden ympyrän sisälle ja pätemättömyysperusteen toteaminen on sopimusoikeutta liikuttava tekijä.

Luonnontieteellisin termein vaikuttaa siltä, että oikeudenalat muodostavat symbioosin keskenään osapätemättömyyden prosessissa. Kumpikaan oikeudenala ei voi saavuttaa yhtä vaikuttavaa lopputulosta yksinään, vaan siihen vaaditaan molempien osallisuus. Sopimus-kilpailuoikeudellisella osapätemättömyydellä kartellisopimukseen liitännäisten tahojen on mahdollista saada suurempi hyöty kuin yksittäisen oikeudenalan pätemättömyyden arvioinnilla. Kilpailu hyötyy jäljelle jääneiden ehtojen positiivisista markkinavaiikutuksista. Markkinat, kuluttajat ja yhteiskunta hyötyvät tehokkuudella maksimoidusta kilpailusta. Sopimusosapuolet hyötyvät uudelleen resursseista, joita on uhrattu sopimuksen syntymistä varten. Osapätemättömyydellä huomioidaan jokainen kartellisopimukseen liitännäinen taho ja tuotetaan paremmat kokonaishyödyt kuin kokonaispätemättömyydellä.

5 Kartellin aikajana pätemättömyyden näkökulmasta

Kartellin, ja tarkemmin kartellisopimuksen, elinkaarta on mahdollista kuvata aikajanan avulla. Esitetään huomio, että Kuvio 2 on kirjoittajan itse tekemä ja pohjautuu näin ollen yleisesti kerättyyn tietoon muun muassa Kilpailu- ja kuluttajaviraston internetsivuilta, oikeuskirjallisuudesta ja EU:n komission julkaisuista koskien yleisesti kartelleja ja vakavia kilpailunrajoituksia. Tarkoituksena on kuvata aikajana nimenomaan kartellin näkökulmasta eikä esimerkiksi viranomaisen tutkintaprosessin kautta. Tällä tavoin katse kiinnitetään tiiviisti itse kartelliin ja sen osapuoliin.

Jokainen vaihe tullaan käymään erikseen alaluvuissa läpi. Aiemmissä pääluvuissa on keskitytty pääosin teoreettiseen pohdintaan. Tässä luvussa löydetyt teoreettiset tekijät pyritään siirtämään aikajanan eri osiin ja osoittamaan, miten teoria näyttäytyy käytännössä. Tarkoituksena on löytää ja luoda eri vaiheista näkökulmaa, miten sopimusoikeus ja kilpailuoikeus näyttäytyvät sekä millä tavalla esimerkiksi kartellilausekkeiden pätemättömyyteen osapuolten on mahdollista varautua sopimuslausekkeilla. Kantavina pääteemoina taustalla ovat oikeudenalojen relevantit teoriat ja osapätemättömyys.



Kuvio 2. Kartellin aikajana.

5.1 Sopimuksen syntyprosessi

Sopimus syntyy tyypillisesti tietojenvaihdon ja sopimusneuvotteluiden lopputuloksena. Liiketoimintasopimuksissa neuvottelut voivat kestää aina muutamasta päivästä useampaan vuoteen sopimuksen päämäärän ja yhteisen tahtotilan saavuttamiseksi. Sopimusneuvotteluissa itse sopimus ei luonnollisesti vaikuta vielä osapuolten ulkopuolelle eikä siten markkinavaikutuksia ole havaittavissa. Sen vuoksi esimerkiksi kilpailuviranomaisen on hankala havaita kartelliin johtavaa toimintaa vielä tässä vaiheessa.

5.1.1 Sopimusvapaus

Sopimusvapauden periaate on yksi vahvimista ja vanhimmista sopimusoikeudellisista periaatteista, joka vaikuttaa sopimuksen syntyyn. Periaatteen ajatus sai alkunsa jo 1600-luvulla, jolloin luonnonoikeudessa puhuttiin rajoittamattomasta sopimusvapaudesta¹⁵². Sopimusvapauden rajoittamattomuuden perusluonne on säilynyt ajan mukana. Vasta viimeisen sadan vuoden sisällä on ryhdytty kaventamaan periaatetta yhteiskunnan vaatimusten mukaisesti. Esimerkiksi osapuolten tasavertainen asema ei toteudu enää nykyajan aikana. Hyödykemarkkinoiden tuoma vaatimus sopimusvapauteen on yritysten mahdollisuuksien kaventaminen sopia epäasianmukaisista toimista, kuten kartellitoiminnasta, markkinoiden rajoittamiseksi.¹⁵³

Sopimusvapauden elementit ovat päätäntävapaus (syntyykö sopimus vai ei), vapaus valita sopimuskumppani ja sisältö-, tyyppi- ja muotovapaus.¹⁵⁴ Elinkeinonharjoittajia ei sopijapuolen asemassa suojella sopimusvapauden näkökulmasta, sillä elinkeinonharjoittajien katsotaan pystyvän lähtökohtaisesti suojelemaan omaa etuaan, toisin kuin

¹⁵² Karhu ja Tolonen, H., 2004/2011, jakso I, luku 3., Sopimuksen sitovuus ja sopimusvapaus. Viitattu 11.1.2022.

¹⁵³ Karhu ja Tolonen, H., 2004/2011, jakso I, luku 3., Sopimuksen sitovuus ja sopimusvapaus. Viitattu 11.1.2022.

¹⁵⁴ Karhu ja Tolonen, H., 2004/2011, jakso I, luku 3., Sopimuksen sitovuus ja sopimusvapaus. Viitattu 11.1.2022.

esimerkiksi kuluttajien elinkeinonharjoittajia vastaan¹⁵⁵. Toisin sanoen elinkeinonharjoittajat ovat sopijaosapuolina tasavertaisia sopimusvapauden näkökulmasta. Periaatteen rajoitukset kohdistuvat siihen, mistä he sopivat ja miten he käyttäytyvät sopimuksen mukaisesti markkinoilla.

Rajoitus sopimusvapauden saadaan KilpL 8 §:stä, jonka mukaan kilpailunrajoituksen mahdollistavaa ehtoa ei saa soveltaa eikä panna täytäntöön. Rajoitus ei ylety kuitenkaan sopimussisältöön, ainoastaan siihen, miten osapuolet ehtoa noudattavat. Voidaan todeta, että sopimusvapaus saa negatiivisen sävyn, sillä sen turvin osapuolten on mahdollista lisätä kartellilausekkeita keskinäiseen sopimukseensa. Tätä ei ole rajoitettu millään tavalla kilpailuoikeudellisella sääntelyllä, vaan pelkästään ehtojen noudattamista.

Sopimusvapauden negatiivinen vaikutus nähdään markkinoilla vasta sen jälkeen, kun kartellisopimus on ilmiannettu ja kartellin olemassaolo on ylipäättään vahvistettu. Ennen näitä toimia markkinoillahan ei ole tietoa, että osapuolet ovat hyödyntäneet lainvastaisesti sopimusoikeudellisen periaatteen tuomaa vapautta keskinäisessä sopimuksessaan. Tieto sopimusvapauden väärinkäytöstä on silloin ainoastaan kartellisopimuksen osapuolilla. Näin ollen voidaan tehdä johtopäätös, että kilpailuoikeus ei pääse pakottavana lain-säädäntönä vaikuttamaan tahdonvaltaisen lainsäädännön yli oikeuslähdeopin mukaisesti ennen kuin kartellisopimuksen vaikutukset markkinoilla on havaittu.

Toinen rajoitus sopimusvapauden liittyy sopijakumppanin valintaan ja sen vaikutuksesta kilpailuasemiin markkinoilla. Tästä havainnoivana esimerkkinä on KKV:n esitys Mehiläinen Oy:n ja Pihlajalinna Oy:n välisen yrityskaupan kieltämisestä. Pääsyyinä kaupan estämiselle KKV esittää kaupasta johtuvat kilpailuongelmat terveystalveluiden alalla, jossa muutenkin on vain kolme suurta toimijaa. Kaupan jälkeen markkinoille jäisi vain kaksi valtakunnallista yritystä. Sen seurauksena KKV katsoo, että esimerkiksi hinnat

¹⁵⁵ Saarnilehto ja Annola, 2004/2011, jakso III, luku 1., Kuluttaja ja elinkeinonharjoittaja sopimusosapuolina. Viitattu 11.1.2022.

saattaisivat nousta huomattavasti asiakkaille.¹⁵⁶ Tapaus siirtyi MaO:n arvioitavaksi. Tapauksen perusteluissa todettiin, että yhdistymissopimukseen perustunut yritysjärjestely oli rauennut ja kauppa peruuntunut¹⁵⁷.

Sopimusvapauden negatiivisen vaikutuksen on mahdollista korjaantua muutamien eri keinoin. Ensinnäkin kilpailuviranomaisen toimet kartellin lopettamiseksi mitätöi kartellilausekkeiden noudattamisen ja olemassaolon sopimussisällöstä, jolloin sopimusvapauden lainvastaisen hyödyntämisen vaikutukset lakkaavat. Samoin kaupan estäminen KKV:n esityksen ja markkinaoikeuden toimesta määräävän markkina-aseman muodostumisen estämiseksi mitätöi sopimusvapauden sopijakumppanin valinnan vaikutuksen. Tosin on huomautettava, että yrityskauppojen kieltäminen on Suomessa harvinaista. Mehiläisen ja Pihlajalinnan tapaus oli vuonna 1998 alkaneen yrityskauppavalvonnan historiassa vasta viides tapaus ja samalla viraston historian laajin yrityskauppatutkinta.¹⁵⁸ Tapaus on kuitenkin hyvä esimerkki siitä, miten sopijakumppanin valinnalla voi olla suuria vaikutuksia markkinoiden kilpailutilanteeseen.

Toiseksi osapuolten omat toimet voivat estää sopimusvapauden väärinkäytön yksinkertaisesti jättämällä kartellilausekkeet noudattamatta. Otetaan esimerkiksi hintakartelli. Kilpailevat yritykset sopivat keskenään hinnoista tai hinnankorotuksista¹⁵⁹. Jos osapuolet eivät muuta hintatasoaan sovittua vastaavaksi, ei markkinavaikutuksia ilmene ja sopimusvapauden väärinkäyttö ei heijastu markkinoille. Väärinkäytön ilmenemisen kriteereinä on toisin sanoen kartellilausekkeiden sisältyminen sopimussisältöön, niiden noudattaminen osapuolten toimesta ja kartellitoiminnan kriteerien täytyminen.

¹⁵⁶ Kilpailu- ja kuluttajavirasto, 2020.

¹⁵⁷ MaO 2020:581/20, kohta 24.

¹⁵⁸ Kilpailu- ja kuluttajavirasto, 2020, *Yrityskaupan kieltäminen on harvinaista*.

¹⁵⁹ Kilpailu- ja kuluttajavirasto, 2021b, *Hintakartellit*.

5.1.2 Salassapito

Liiketoiminnan sopimukset tehdään yleensä salassa, jotta kilpailijat eivät saa tietoa esimerkiksi median kautta tulevista liiketoimintapäätöksistä. Sopimustietojen pysymistä salassa vahvistetaan usein salassapitoa koskevilla sopimuslausekkeilla tai erillisellä salassapitosopimuksella. Esimerkiksi yhteistyösopimukseen liitetään tyypillisesti joko ehdot tai erillinen sopimus salassapidon ehdoista.¹⁶⁰ Sopimusvapaus mahdollistaa myös sen, että osapuolet voivat keskenään sopia, mitkä tiedot ovat luottamuksellisia ja sen myötä salassapidon piirissä¹⁶¹.

Elinkeinotoiminnan liikesalaisuuksia sääntelee erillinen liikesalaisuuslaki. Liikesalaisuuslain 4 § 2 mom 4 kohdan mukaan liikesalaisuutta ei saa oikeudettomasti käyttää tai ilmaista luottamuksellisessa liikesuhteessa. Lain esitöissä on tarkennettu, että luottamuksellisella liikesuhteella tarkoitetaan esimerkiksi kahden yrityksen välisiä sopimusneuvotteluita, joissa yrityssalaisuuksia joudutaan paljastamaan kummankin osapuolen toimesta¹⁶². Sopimuksen syntyprosessi on suojattu liikesalaisuuslailla sopimusneuvotteluista alkaen.

Kartellin ylläpitoa varten luodun luottamuksellisen tiedon, kuten tavoiteltu hintataso kartellin ylläpidolle, voidaan katsoa pysyvän tiiviisti salassa ilman erillistä noudatettavaa ”säätelyä”. Jos kartelliin liittyvä luottamuksellinen tieto vuotaa kartelliosapuolten ulkopuolelle, vaarana on kartellin paljastuminen. Sen vuoksi kartellin salassapitointressi ulottuu helposti myös sopimusneuvotteluiden vaiheeseen. Kartellitietojen salassapito ei johdu näin osapuolten näkökulmasta liikesalaisuuslaista, vaan kartellin ominaisluonteesta. Liikesalaisuuslain voidaan nähdä kuitenkin ulottuvan niihin sopimusehtoihin, jotka ovat kilpailulain näkökulmasta kohtuullisia ja eivät näin ollen vaikuta itse kartellin ylläpitoon. Nämä lausekkeet tulee havainnoida sopimusoikeudellisin periaattein OikTL

¹⁶⁰ Vapaavuori, 2019, s. 237–238.

¹⁶¹ Vapaavuori, 2016, s. 255.

¹⁶² HE 66/1988 vp., s 86.

36 § 2 mom mukaisesti. Liikesalaisuuslain vaikutusala riippuu näin ollen siitä, onko paljastettu ehto kartelliin vai sopimuksen muuhun osaan liitännäinen.

5.1.3 Severability-ehto

Kaupallisissa sopimuksissa tyypillisesti varaudutaan tilanteeseen, jossa jokin sopimus-ehto osoittautuu pätemättömäksi. Sopimukseen lisätään nimenomainen lauseke, jossa todetaan, että yhden ehdon pätemättömyys ei johda koko sopimuksen lakkaamiseen. Tällaista ehtoa kutsutaan *severability*-ehdoksi. Lausekkeella ei ole kuitenkaan mahdollista suojata absoluuttisesti muita sopimusehtoja. Pätemättömyyden toteamisessa on otettava huomioon, kuinka merkittävä pätemättömäksi tuomittu ehto on koko sopimus-suhteen kannalta. Esimerkiksi juuri kilpailua rajoittava ehto on koko sopimuksen kannalta niin merkittävä, että siitä seuraa kokonaispätemättömyys ja osapuolten keskenään sopima *severability*-ehto kumoutuu pakottavan lainsäädännön nojalla. Pääsääntönä kuitenkin on, että vain kielletty ehto on pätemätön ja muu sopimus jää voimaan. Sen vuoksi tapauskohtainen arviointi on syytä tehdä.¹⁶³

Kartellilausekkeet ovat itsestään vaikuttavasti pätemättömiä lainvastaisuuden vuoksi. Sen takia kartellisopimuksessa on aina pätemättömiä lausekkeita. Osapätemättömyyteen päätyminen kannalta osapuolten on *severability*-lausekkeella mahdollista osoittaa tahdonilmaisujen kautta, että heillä on *consensus ad idem* sen puolesta, että sopimuksen halutaan jäävän tietyiltä osin voimaan pätemättömyyden toteamisen jälkeenkin. Yksi arvioitava seikka onkin osapuolten tarkoituksen selvittäminen¹⁶⁴.

Kartellisopimuksen kohdalla ratkaisevaa voi olla se, onko sopimuksen tarkoituksena ollut ainoastaan kilpailun rajoittaminen vai yhteistyö, jonka yksi osa on kartellin ylläpito. Esimerkiksi hintakartellissa osapuolten muut sopimuksen tarkoitukset ovat voineet liittyä

¹⁶³ Kuoppamäki, 2004/2020, jakso VIII, luku 1., Sopimusten pätemättömyys. Viitattu 11.1.2022. Ks. myös Kuoppamäki, 2018, s. 114.

¹⁶⁴ Kuoppamäki, 2018, s. 114.

hyödykkeiden ostoon, ja hintatason keinotekoinen ylläpito on vain yksi osa sopimusta. Näin pätemättömyys kohdistettaisiin ainoastaan lausekkeisiin hinnasta ja *severability*-ehdon mukaisesti hyödykkeen muihin ominaisuuksiin liittyvät lausekkeet jäisivät voimaan. Kriteerinä on, että muut lausekkeet eivät edesauta kartellin ylläpitoa.

5.1.4 Sopimuksen voimaantulo

Sopimusoikeuden mukaan sopimus syntyy tarjouksella ja siihen annetulla hyväksyvällä vastauksella¹⁶⁵. Tämän jälkeen osapuolet noudattavat ja muuttavat käytöstään sopimuksen mukaisiksi. Kilpailuoikeus laajentaa sopimuksen voimassaolon arviointia. On tulkittu, että myös suositukset esimerkiksi hinnoista rinnastetaan varsinaiseen hinnoista sopimiseen sopimukseen pohjautuen. Siviilioikeudellisesti sopimuksen ei tarvitse täyttää sopimuksen astetta.¹⁶⁶

Osapuolet eivät voi vedota siihen, että sopimusta ei ole syntynyt oikeustoimilain mukaisesti ja siten välttyä seurauksilta kartellitoiminnasta. Itse asiassa KKV on todennut, että jopa tietojenvaihto esimerkiksi tulevaisuuden hinnoista riittää kartellin tunnusmerkkien täyttymiseen¹⁶⁷. Sopimusoikeudellinen sopimuksen olemassaolon tulkinta on siten jopa kapeampi kuin kilpailuoikeuden. Eroavaisuuteen vaikuttaa toki esimerkiksi se, että kartellista ei voi vapautua muotoseikkaan vedoten, kuten juuri sopimuksen olemassaolon puuttumiseen oikeustoimilain perusteella. Huomattavaa on, että myös konkludenttinen eli hiljainen sopiminen voi saattaa kartellisopimuksen voimaan¹⁶⁸.

Yksinkertaisuudessaan lainmukaisen ja lainvastaisen sopimuksen synty ja voimaantulo eivät eroa toisistaan kovinkaan paljon osapuolten kannalta. Edellä kuvaillut sopimuksen voimaantulon tulkinnan välineet hyödynnetään, kun kartelli on tullut ilmi ja

¹⁶⁵ OikTL 1 §.

¹⁶⁶ Kuoppamäki, 2004/2020, jakso VIII, luku 2., Kartellikiellon alaan kuuluvat sopimukset, päätökset ja yhdenmukaistetut menettelytavat. Viitattu 11.1.2022.

¹⁶⁷ Kilpailu- ja kuluttajavirasto, 2021b, Hintakartellit.

¹⁶⁸ Ks. 3.2.

kilpailuviranomainen eli sopimuksen ulkopuolinen taho tutkii kartellia. Sopimusosapuolten kannalta kartellisopimus tehdään hyvin pitkälti samoin kuin lainmukainenkin sopimus sillä erotuksella, että kartellisopimukseen liittyvä tietojenvaihto, sisältö ja muut seikat pyritään pitämään tehostetusti salassa. Yhteenvetona todetaan, että sopimuksen voimaantulon arviointi eroaa kilpailuviranomaisen näkökulmasta, mutta ei paljonkaan sopimusosapuolten näkökulmasta.

5.1.5 Pätemättömyys syntyprosessissa

Pätemättömyyden arvioinnissa tilanne on samantyyppinen kuin sopimuksen voimaantulon yhteydessä. Osapuolet ovat keskenään sopineet kartellilausekkeista ja niiden noudattamisesta, joten heidän näkökulmastaan pätemättömyysperusteita ei ole olemassa sopimusoikeudelliselta tai kilpailuoikeudelliselta näkökulmalta. Sopimusoikeudellinen pätemättömyys saattaa tulla kyseeseen muiden sopimuslausekkeiden osalta, mutta ei kartellilausekkeissa. Osapuolet tiedostavat kartellin tunnuspiirteen mukaisesti lainvastaiset lausekkeet, mutta eivät kohdistu pätemättömyysperustetta toista osapuolta tai toisia osapuolia kohtaan, jotta kartellin ylläpito on mahdollista.

Kilpailuoikeudelliset pätemättömyysperusteet syntyvät ajan kuluessa, kun kartellitoimintaa harjoitetaan. Tyypillisesti muutokset eivät näy markkinoilla heti sopimuksen syntymisen ja voimaantulon jälkeen. Kartellin jäsenten on tarkoitus saada vähitellen kartelli toimimaan markkinoilla, jotta kilpailua vääristävä toiminta ei olisi helposti havaittavissa esimerkiksi kilpailuviranomaisen toimesta. Kilpailulain vaikutuksen ja pätemättömyysperusteiden voidaan nähdä alkavan siitä, kun kartelliehtoja sovelletaan tai pannaan täytäntöön KilpL 8 § vastaisesti. Vaikutusten havainnointi voi tapahtua vasta vuosien kartellitoiminnan jälkeen. Seuraavassa luvussa arvioidaan tarkemmin epäilyä ja kartellitoiminnan toteamista.

5.2 Kartellin epäily ja tutkinta

Kartelliepäily perustuu siihen, onko yritys tai yritykset toimineet riittävällä tavalla SEUT 101 artiklan tai KilpL 5 tai 7 §:n vastaisesti. Epäily kartellitoiminnasta tapahtuu pääsääntöisesti kahdella tavalla: kartelliin osallinen yritys toimittaa itse kilpailuviranomaiselle todistusaineistoa kartellin ylläpidosta tai kilpailuviranomainen havaitsee toimintaa oman tutkinnan ja markkinoiden seuraamisen tuloksena. Edellä mainittujen keinojen lisäksi komissio kannustaa yksilöitä ilmoittamaan kartellitoiminnasta tai epäilystä kilpailunrajoituksen harjoittamisesta. Ilmoitus on mahdollista tehdä anonyymisti. Työvälinettä kutsutaan nimellä *whistleblower*.¹⁶⁹ Tässä kohtaa on huomautettava, että esityksessä hyödynnetään niin kansallista kuin komission EU-oikeudellista tutkintaprosessia rinnakkain. Ne ovat pitkälti samankaltaiset, joten niiden erittelylle erikseen ei ole tarvetta.

5.2.1 Viranomaiset ja *leniency*-menettely

Kilpailu- ja kuluttajavirasto (KKV) on hallintoviranomainen, joka vastaa muun muassa kilpailun valvonnasta ja markkinoiden toimivuudesta Suomessa¹⁷⁰. Asetuksessa EY N:o 1/2003 on määrätty muodostettavaksi unionin alueelle verkosto, joka muodostuu komissiosta ja kansallisista kilpailuviranomaisista. Sen tavoitteena on kilpailusääntöjen yhdenmukainen soveltaminen.¹⁷¹ Verkosto tunnetaan nimellä *European Competition Network* (ECN). Jäsenten tehtäviin kuuluvat muun muassa kilpailunrajoituksiin liittyvien tapausten koordinointi ja tietojenvaihto tehokkaan kilpailun ylläpitämiseksi unionin alueella.¹⁷² KKV on osa ECN-verkosta ja vastaa näin ollen EU-kilpailulainsäädännön täytäntöönpanosta Suomessa¹⁷³.

¹⁶⁹ European Commission, 2022a, *Cartels Overview*.

¹⁷⁰ Kuoppamäki, 2004/2020, jakso VIII, luku 1., Kilpailu- ja kuluttajavirasto. Viitattu 13.1.2022.

¹⁷¹ EY N:o 1/2003, kohta 15.

¹⁷² European Commission, 2021a, *Competition policy: European Competition Network (ECN)*.

¹⁷³ Kilpailu- ja kuluttajavirasto, 2022a, Kansainvälinen yhteistyö kilpailuasioissa: *Euroopan unioni*.

Euroopan komission tehtäviin kuuluu muun muassa EU-lainsäädännön noudattamisen valvominen unionin alueella yhdessä tuomioistuimen kanssa¹⁷⁴. Kilpailulainsäädäntö on luonnollisesti yksi osa vastuualuetta. Komission tehtäviin kuuluu epäiltyjen rikkomusten tutkinta ja seuraamusten määrääminen¹⁷⁵. Se voi määrätä päätöksellään yrityksille tai yritysten yhteenliittymälle sakon, jos ne ovat rikkoneet perustamissopimuksen 81 tai 82 artiklaa (nykyiset SEUT 101 ja 102 artiklat)¹⁷⁶. Osa tapauksista päättyy unionin tuomioistuimeen saakka. Esimerkiksi tapauksessa Kilpailu- ja kuluttajavirasto vs. Eltel Group Oy ja Eltel Networks KHO on pyytänyt unionin tuomioistuimelta ennakkoratkaisua. KKV:n mukaan kyseessä oli koko Suomen laajuinen kartelli, joka on ollut omiaan vaikuttamaan myös jäsenvaltioiden väliseen kauppaan SEUT 101 artiklan 1 kohdan mukaisesti.¹⁷⁷ Tapaus on hyvä esimerkki siitä, kuinka asiaa on käsitelty ensin kansallisten viranomaisten ja tuomioistuinten toimesta, mutta yhtenevään ratkaisuun ei ole päästy. KKV on todennut, että tapauksen arvioinnissa on huomioitava SEUT 101 artikla, jolloin KHO:n ennakkoratkaisupyynnö EUT:lta on ollut perusteltua. Tämä on yksi tapa, jolla kilpailunrajoitukseen liittyviä tapauksia päättyy unionin tuomioistuimen arvioitavaksi.

Olli Wikberg on todennut väitöskirjassaan *Leniency v. kartellit*, että kilpailuviranomaisten haasteeksi muodostuu yleensä riittävä todistusaineiston kerääminen kilpailunrajoitusten toteamiseksi. Tilanne korostuu erityisesti kartellien kohdalla. Sen vuoksi on kehitetty *leniency*-ohjelmat, joilla pyritään lisäämään kiinnijäämisen todennäköisyyttä.¹⁷⁸ *Leniency*-ohjelmalla tarkoitetaan menettelyä, jossa yrityksen on mahdollista välttyä seuraamusmaksuilta osittain tai kokonaan toimittamalla riittävää todistusaineistoa kilpailuviranomaiselle. Ensimmäisenä riittävät todisteet toimittanut yritys on ainoa, joka voi vapautua mahdollisista seuraamusmaksuista kokonaan. Järjestyksessä seuraavien yritysten on mahdollista saada alennus potentiaalisesta seuraamusmaksusta toimittamalla todisteita kartellista. Jotta *leniency*-menettelyn piiriin pääsee ja alennus seuraamusmaksusta

¹⁷⁴ Euroopan komissio, 2022c, *Euroopan komission strategiaan ja politiikkaan liittyvät tehtävät: Toimintapolitiikan kehittäminen ja täytäntöönpano*.

¹⁷⁵ Wikberg, 2009, s. 59.

¹⁷⁶ EY N:o 1/2003, 23 artikla 2 kohta.

¹⁷⁷ EU 2021:C-450/19, kohta 10.

¹⁷⁸ Wikberg, 2009, s. 181.

on mahdollinen, todistusaineiston on oltava merkittävää ja tuotava huomattavaa lisäarvoa tutkintaan.¹⁷⁹ KKV on julkaissut tammikuun 2022 lopulla päivitettyt ohjeet, joissa on tarkennettu muun muassa kriteerejä seuraamusmaksusta vapautumiseen tai sen alentamiseen salaisten kartelleiden kohdalla¹⁸⁰. *Leniencyn* implementointi EU:n kilpailulainsäädäntöön on mahdollistanut Euroopan komission paljastamaan useita kartelleja¹⁸¹.

5.2.2 Tutkintaprosessi

Euroopan komission tiedonannossa *SEUT-sopimuksen 101 ja 102 artiklan mukaisissa menettelyissä sovellettavista käytäntesäännöistä* vuodelta 2011 sisältää liitteen, jossa on kuvattuna kartelliepäilyn menettelyn kulku¹⁸². Kuviosta nähdään, että kartellin tutkintaprosessi on monivaiheinen. Esimerkiksi tutkinnan jälkeisiä vaihtoehtoja ja vaiheita on useita.

Tutkinta alkaa joko komissiolle esitetyllä tiedolla tai viran puolesta aloitetulla tutkinnalla komission omiin aineistoihin perustuen. Tämän jälkeen tehdään alustava arvio, jossa selvitetään, onko ensinnäkään asiaa tarpeen tutkia enempää. Jos kriteerit perusteellisemmalle tutkinnalle ovat olemassa, selvitetään, siirretäänkö tapaus esimerkiksi ECN:n jäsenelle eli kansallisen kilpailuviranomaisen tutkittavaksi. Komissio keskittää omat valvontaresurssinsa lähinnä vakavimpiin tapauksiin sisämarkkinoilla.¹⁸³ Tämän jälkeen aloitetaan yleensä menettely, mutta kartellitapauksissa väitetiedoksianto (tyypillisesti myöhemmässä vaiheessa) aloittaa menettelyn¹⁸⁴.

¹⁷⁹ European Commission, 2022b, *Competition Policy: Leniency*.

¹⁸⁰ Ks. Kilpailu- ja kuluttajavirasto, 2022b, *Suuntaviivat seuraamusmaksusta vapautumiseksi ja seuraamusmaksun alentamiseksi kartellitapauksissa*.

¹⁸¹ European Commission, 2022a, *Cartels Overview*.

¹⁸² Euroopan unionin virallinen lehti, 2011a, *SEUT-sopimuksen 101 ja 102 artiklan mukaisissa menettelyissä sovellettavista käytäntesäännöistä: Liite 1*. Ks. liite 1.

¹⁸³ Euroopan unionin virallinen lehti, 2011a, *SEUT-sopimuksen 101 ja 102 artiklan mukaisissa menettelyissä sovellettavista käytäntesäännöistä*. Kohdat 13–14.

¹⁸⁴ Ks. Liite 1.

KKV:n kartellitutkinnan menettely vastaa pääpiirteissään samaa kaavaa kuin komission tutkinta. Kartellijäsenen ilmiannon ja oman tutkinnan lisäksi KKV voi aloittaa tutkinnan saatujen vihjeiden perusteella. Niitä voivat lähettää yrityksessä työskentelevät yksityishenkilöt, asiakkaat tai muut kuin kartelliin osalliset yritykset. Hankintoja tekevät viranomaiset voivat myös lähettää vihjeen epäilyistä kartellitoiminnasta. Riittävän aineiston keräämisen jälkeen KKV aloittaa tyyppillisesti tutkinnan tekemällä yllätystarkastuksia epäilyn kohteena oleviin yrityksiin. Näin osapuolilla ei ole mahdollisuutta hävittää arvokasta todistusaineistoa. Tarkastuksiin kuuluu muun muassa liiketoiminta-aineiston tutkiminen ja pyytäminen työntekijöitä suullisiin selvityksiin.¹⁸⁵

Seuraavassa vaiheessa asiaa selvitetään saatujen tietojen pohjalta ja esimerkiksi lähetetään kirjallisia selvityspyyntöjä muille yrityksille ja viranomaisille sekä tutkitaan markkinaolosuhteita. Epäilyillä elinkeinonharjoittajilla on myös mahdollisuus tulla kuulluksi. Laajempi tutkinta voi kestää jopa kahdesta kolmeen vuotta. Viimeisessä vaiheessa KKV joko esittää seuraamusmaksuesityksen markkinaoikeudelle tai lopettaa asian käsittelyn päätöksellä. Kartellitapauksissa pääsääntönä on seuraamusmaksuesitys vakavan kilpailunrajoituksen luonteen vuoksi.¹⁸⁶ KKV:n seuraamusmaksun esitysvastuu ja markkinaoikeuden päätäntävalta on kirjattu KilpL 12 § 3 momenttiin.

On huomioitava, että kilpailunrajoituksen todentaminen oikeudellisin perustein ei ole yksinkertainen ja täsmällisesti samaa kaavaa noudattava prosessi. Jokainen tapaus on käsiteltävä ainutlaatuisena kokonaisuutena, jotta riittävät todisteet saadaan epäilyn todistamiseksi ja seuraamusmaksu täytäntöönpanoon. Todisteiden merkityksestä on nostettava esiin tapaus Intel vuodelta 2009, jolloin komissio määräsi yhtiölle 1,06 miljardin euron sakon määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä¹⁸⁷. Tammikuussa 2022 EU:n yleinen tuomioistuin antoi tapauksesta päätöksen, jossa sakko kumotaan puutteellisiin todisteisiin vedoten. Tuomioistuin katsoo ratkaisussa, että komissio ei ollut muun

¹⁸⁵ Kilpailu- ja kuluttajavirasto, 2021b, *Mitä KKV tekee kartellitutkinnoissa?*

¹⁸⁶ Kilpailu- ja kuluttajavirasto, 2021b, *Mitä KKV tekee kartellitutkinnoissa?*

¹⁸⁷ Euroopan unionin virallinen lehti, 2009, kohta 44.

muassa arvioinut asianmukaisesti markkinoiden jakamisen kriteerejä tai väitettyjen hinna-lennusten kesto.¹⁸⁸ Tapauksesta on huomioitava sen ajallinen kesto, yli 13 vuotta, ja juridisesti pätevän ratkaisun aikaansaaminen todisteiden valossa. Tämä on ääriesimerkki siitä, kuinka haastavaksi SEUT artiklojen 101 ja 102 tulkinta todisteiden avulla voi muodostua.

EU:n yksi perusperiaatteista on se, että osapuolilla on oikeus tulla kuulluksi ennen niihin kohdistuvaa kielteisesti vaikuttavien päätösten tekemistä¹⁸⁹. Periaate on kirjattu myös KilpL 38 §:ään elinkeinonharjoittajan puolustautumisoikeuksiksi. Säännöksen mukaan elinkeinonharjoittajalla on muun muassa oikeus saada tietää mistä sitä epäillään, miten asia etenee ja milloin sen on mahdollista tulla kuulluksi¹⁹⁰. Mainitut seikat liittyvät siihen, että elinkeinonharjoittajalla tai elinkeinonharjoittajien yhteenliittymällä on mahdollisuus puolustautua heitä kohtaan esitettyjä väittämiä vastaan¹⁹¹.

KilpL 38 § 1 mom säännös edesauttaa esimerkiksi elinkeinonharjoittajan mahdollisuutta avustaa kilpailuviranomaista kilpailunrajoituksen selvittämisessä¹⁹². Kun elinkeinonharjoittajalla on tiedossa liiketoimintaan kohdistuvat epäilyt, sillä on parhaat mahdollisuudet toimittaa relevantit tiedot ja todisteet kilpailuviranomaiselle esimerkiksi *leniency*-ohjelmaan pääsyyn avaamiseksi. Säännös voidaan liittää myös osapätemättömyyden mahdollisuuteen. Arvioidaan elinkeinonharjoittajan saamaa tietoa KKV:n epäilystä sopimuksen näkökulmasta. Kun elinkeinonharjoittaja saa tietoonsa, onko kyse esimerkiksi raaka-aineiden hinnoittelusta, se pystyy kohdistamaan sisäisen tutkinnan oikealle liiketoiminnan osa-alueelle. Sopimukset tai jopa sopimuskokonaisuudet, jotka liittyvät KKV:n epäilyyn, on mahdollista tutkia läpi sisäisesti. Elinkeinonharjoittajalla on näin tilaisuus arvioida sopimusta tutkinnan varhaisessa vaiheessa siitä näkökulmasta, mitkä lausekkeet ovat pätemättömiä ja mikä osa oikeustoimesta voisi jäädä voimaan. Tästä voi olla

¹⁸⁸ EU 2022: T-286/09 RENV, kohta 524 ja *On those grounds, The General Court hereby*: kohta 1.

¹⁸⁹ Euroopan unionin virallinen lehti, 2011, *SEUT-sopimuksen 101 ja 102 artiklan mukaisissa menettelyissä sovellettavista käytäntösäännöistä*, kohta 78.

¹⁹⁰ KilpL 38 § 1–2 mom ja 4 mom.

¹⁹¹ Kuoppamäki, 2018, s. 89.

¹⁹² Kuoppamäki, 2018, s. 86.

hyötyä myöhemmässä vaiheessa, kun osapätemättömyyttä arvioidaan esimerkiksi tuomioistuimessa. Osaltaan KilpL 38 § 1 mom edesauttaa osapätemättömyyden toteamisessa elinkeinonharjoittajan eli sopimusosapuolen näkökulmasta.

5.2.3 Sopimusoikeuden rooli tutkinnassa

Sopimusoikeudellisesta näkökulmasta kartellin toteaminen kilpailuviranomaisen toimesta tarkoittaa sitä, että kartellisopimus tai yhteenliittymä kartellin harjoittamiseksi on olemassa. Taustalla on sopimus, joka tässä yhteydessä voi tarkoittaa kirjallisen sopimuksen lisäksi myös esimerkiksi tietojenvaihdon perusteella syntyvää aineellista kokonaisuutta. Osapuolet noudattavat sopimusta eli *pacta sunt servanda* vaikuttaa sopimusoikeudellisena periaatteena. Sopimussitovuus saa negatiivisen sävyn epäily- ja tutkintavaiheessa samoin kuin sopimusvapaus sai sopimuksen syntyprosessissa. Osapuolet osoittavat omalla markkinakäytöksellään, että he ovat sitoutuneet sopimuksen kartelliehtoihin ja sitä myöten *pacta sunt servanda* -periaatteen tunnusmerkit täyttyvät. Sopimusoikeudelliset periaatteet kulkevat kartellisopimuksen eri elinkaaren vaiheissa mukana, vaikka niiden noudattamista eivät esimerkiksi kartelliosapuolet tiedostaisi.

Sopimusoikeudellisesta tulkinnasta on hyötyä sopimussisällön tarkempaan arviointiin. KilpL 8 § kohdistuu ainoastaan kartellilausekkeiden soveltamiseen ja täytäntöönpanoon eli niiden markkinavaikutuksiin. Antti Aine on tehnyt EU:n oikeuskäytännöstä johtopäätöksen, että kilpailunrajoitukseen kuulumattomat ehdot ratkaistaan sopimukseen sovellettavan kansallisen oikeuden perusteella¹⁹³.

Oikeustoimilaki laajentaa näkökulmaa koko sopimussisältöä ja osapuolten asemaa koskevaksi. OikTL 36 § avulla sopimusta voidaan katsoa kilpailuoikeudelle uudelta näkökanalta eli sopimuskokonaisuutena yksittäisten ehtojen sijaan. Sopimusoikeudellinen tulkinta vastaa seuraaviin kysymyksiin, joihin kilpailulaki ei ota pääsääntöisesti kantaa:

¹⁹³ Aine, 2013, s. 80.

Miten kartellilausekkeet vaikuttavat muuhun sopimussisältöön? Mitkä ovat sopijapuolten tahtotilat sopimuksen kohtuullistamisesta lainmukaiseksi sopimussisällön perusteella? Millä tavalla sopimus on syntynyt: kirjallisesti, suullisesti vai konkludenttisesti? Näiden kysymysten avulla kartellitoiminnan kokonaisuuden arviointia voidaan laajentaa muuta sopimussisältöä ja osapuolia koskevaksi.

Kartellisopimuksen tulkintaa ja osapuolten tahtotilan selvittämistä voi vaikeuttaa se, jos osapuolet ovat luoneet valeoikeustoimen. Sen tarkoituksena on peittää sopijapuolten todellinen tarkoitus ja sen myötä on yksi pätemättömyysperuste. Osapuolet ovat ikään kuin yhtä mieltä siitä, että sopimus ei vastaa heidän todellisia tahtotilojansa. Valeoikeustoimen tehtävänä on muun muassa harhaanjohtaa ulkopuolisia ja saavuttaa käytännöllisiä etuja.¹⁹⁴ Mainitut kriteerit sopivat kartellitoimintaan. Valeoikeustoimen avulla kartellijäsenet voivat saavuttaa markkinaetuja ja harhaanjohtaa kilpailuviranomaista tutkintatilanteessa. Varsinaisesta sopimuksesta ei kartellilausekkeitä silloin löydy ja se on voitu naamioida lainmukaisen sopimuksen muotoon, mutta kielletty yhteistyö elinkeinonharjoittajien välillä on todennettavissa muilla keinoin.

Tyypillisessä valeoikeustoimen tilanteessa toinen osapuoli voi vedota valeoikeustoimeen toista sopijapuolta vastaan¹⁹⁵. Esimerkiksi KO:n välituomiossa koskien siirtosopimuksia ja kilpailuoikeudellista vahingonkorvausta kartellitoiminnan seurauksena Kemira Oy oli tehnyt valeoikeustoimiväitteen. Kyseessä oli korvaussaatavien pätevistä siirtymisestä. Väite todettiin perusteettomaksi.¹⁹⁶ Valeoikeustoimi on pätemätön tarkoituksen ja tahdonilmaisujen puuttumisen vuoksi¹⁹⁷. Jos kyseisessä tapauksessa Kemira Oy:n valeoikeusväite olisi hyväksytty, korvaussaatavien siirto olisi ollut pätemätön. Kartellisopimuksen kohdalla tilanne on toinen, sillä valeoikeustoimi on tehty yhteisymmärryksessä kartellitoiminnan peittämiseksi. Sopijapuolet eivät vetoa toista vastaan sen

¹⁹⁴ Saarnilehto, 2009, s. 137.

¹⁹⁵ Saarnilehto, 2009, s. 137.

¹⁹⁶ KO 2013:L 11/16750, s. 3–4.

¹⁹⁷ Saarnilehto, 2009, s. 138.

pätemättömyydestä. Tilanne on samankaltainen kuin OikTL 36 § mukaisen kohtuuttomuuden arvioinnissa kartellilausekkeiden osalta¹⁹⁸.

Pätemättömyysperusteeseen eli valeoikeustoimeen on mahdollista myös ulkopuolisen vedota. Tässä tapauksessa sen, joka valeoikeustoimeen vetoaa, on todistettava se toteen.¹⁹⁹ Kartellin kohdalla ulkopuolinen vetoaja on yleensä kilpailuviranomainen eli Suomessa KKV. Valeoikeustoimi on mahdollista näyttää toteen esimerkiksi todellisten markkinavaikutusten ja sopimuksen osoittaman tarkoituksen vertailulla. Eroavaisuuksilla voidaan havaita, että sopimuksen mukainen käytös ei vastaa osapuolten markkinakäytöstä. Kartellin todetaan olevan olemassa ja valeoikeustoimi todistettu.

Tilanteeseen voidaan hyödyntää sopimusoikeudellista tulkintaa osapuolten tahtotiloista. Jos tosiasiallinen käytös ei vastaa sopimuksen sisältöä, vaihtoehtona on konkludenttisen sopimuksen toteaminen muun sopimusmuodon sijasta. Osapuolet ovat menetelleet yhdenmukaisesti ylläpitäessään kartellitoimintaa. Varsinaista sopimusta ei vaadita, vaan hiljainen sopiminen riittää yhteistyön sopimusoikeudellisen olemassaolon toteamiseksi.

5.2.4 Pätemättömyyden ja *leniency*-menettelyn yhteys sopimuksen kannalta

Pätemättömyyden näkökulmasta *leniency*-menettelyn tapahtumat voivat osapuolten ja osittain markkinoidenkin osalta olla ratkaisevassa roolissa, päädytäänkö sopimuksen arvioinnissa mitättömyyteen, kokonaispätemättömyyteen vai osapätemättömyyteen. Ensimmäinen muoto on ankarin ja jälkimmäinen lievin vaihtoehto oikeustoimen kohtelun kannalta. Sopijapuolilla on *leniency*n mukaisesti mahdollisuus vaikuttaa potentiaalisen seuraamusmaksun suuruuteen. Ratkaisevassa roolissa on se, täyttyykö KilpL 14 § mukaiset vaatimukset elinkeinonharjoittajan toimittamista tiedoista. KilpL 14 § 1 mom mukaan KKV:n tulee tietojen ja todisteiden perusteella pystyä toimittamaan 35 tai 36 §

¹⁹⁸ Ks. 4.1.1.

¹⁹⁹ Saarnilehto, 2009, s. 137.

tarkoitettun tarkastuksen (kohta 1) tai 35 tai 36 § mukaisen tarkastuksen jälkeen pystyä toteamaan KilpL 5 § tai SEUT 101 artiklan rikkominen (kohta 2). Tiedot tulee toimittaa ennen kuin KKV saa ne muuta kautta tietoonsa²⁰⁰. Esimerkiksi kartellisopimuksen toimitaminen ja siitä korostetusti kartellilausekkeet voivat riittää KilpL 14 § kriteerien täyttymiseen, jos sopimuksesta käy ilmi muun muassa kartellin kesto, muut osapuolet ja kartellin maantieteellinen vaikutusalue.

Toinen vaihtoehto seuraamusmaksusta vapautumisen lisäksi on seuraamusmaksun alentaminen KilpL 15 § mukaan. Yritys, joka toimittaa tietoja ja todisteita, jotka ovat merkityksellisiä kilpailunrajoituksen toteamiselle, saavat alennuksen seuraamusmaksusta tiettyin kriteerein. Kuten seuraamusmaksun vapautumisessa, myös alennuksen edellytyksenä on, että KKV ei ole saanut tietoja aikaisemmin muuta kautta²⁰¹. Se elinkeinonharjoittaja, joka ensimmäisenä toimittaa lisäarvoa tuovat todisteet ja ei ole KilpL 14 § mukaisesti oikeutettu seuraamusmaksun vapautukseen, on mahdollista saada 30–50 % alennus. Toisena tiedot toimittava, 1 momentin kriteerit täyttävä elinkeinonharjoittaja, voi saada 20–30 % alennuksen ja sen jälkeiset elinkeinonharjoittajat enintään 20 % alennuksen.²⁰²

Leniency-menettely perustuu kartellin jäsenen ja viranomaisen väliseen yhteistyöhön. Voisiko tätä *leniency*n yhteistyön ilmiötä hyödyntää myös osapätemättömyyden kohdalla? Elinkeinonharjoittajalla olisi mahdollisuus sopimuksen osapätemättömyyteen OikTL 36 § 2 mom mukaisesti sillä kriteerillä, että jokaisen elinkeinonharjoittajan, joka on kartellisopimukseen osallinen, tulee osallistua myös sopimuksen kohtuullistamiseen. Sopimus on kaksipuolinen oikeustoimi, joka tarkoittaa sitä, että tahdonilmaisuja ja sitä myöten sitoutuneita osapuolia on vähintään kaksi²⁰³. Sen vuoksi esimerkiksi sopimuksen muita osia ei voi sovitella ilman kaikkien osapuolien hyväksyntää pätemättömyyden toteamisen jälkeen, sillä vain osa sopijakumppaneista ei voi muuttaa sopimusta kaikkia osapuolia

²⁰⁰ KilpL 14 § 2 mom.

²⁰¹ KilpL 15 § 1 mom.

²⁰² KilpL 15 § 1 mom, kohdat 1–3.

²⁰³ Ks. 1.4.

velvoittavasti. Näin osapätemättömyyteen eli oikeustoimen lievempään kohteluun ei voitaisi edes päätyä, ellei jokainen kartellin jäsen ole yhteistyöhaluinen toisia jäseniä kohtaan sopimuksen jatkon kannalta.

Osapätemättömyyteen vaadittaisiin samalla tavalla yhteistyötä elinkeinonharjoittajien välillä kuin *leniencyssä*, mutta yhteistyön osapuolena olisi kilpailuviranomaisen sijaan toiset sopijakumppanit. *Leniency*-ohjelmat koskevat vain yksittäisiä kartelliin osallistuneita elinkeinonharjoittajia ja perustuu sille, kuka ehtii toimittamaan tarvittavat tiedot ja todisteet ensimmäisenä. Näin ollen elinkeinonharjoittajien näkökulmasta he ovat riippuvaisia toisista kartellijäsenistä ainoastaan siinä, onko joku toinen osallinen ehtinyt raportoida kilpailuviranomaiselle nopeammin. Oikeustoimen sovittelussa tilanne on toinen.

Osapätemättömyyden mahdollistaman oikeustoimen lievemmän kohtelun valossa osapätemättömyyteen päädyttäisiin ainoastaan kaikkien sopijakumppaneiden välisellä yhteistyöllä. Oikeustoimen jatkon voidaan sanoa olevan riippuvainen yhteistyöstä, samoin kuin *leniency*-menettelyssä seuraamusmaksun suuruus todisteiden arvosta. Jos sopimus sisältää merkittäviä ja lain mukaan hyväksyttäviä kilpailuetua tuovia ehtoja kaikille sopijapuolille, jokaisen osapuolen on osallistuttava sopimuksen kohtuullistamiseen. Tilanetta voidaan verrata siihen, että yksi jäsen saa vapautuksen seuraamusmaksusta ja niiden tietojen perusteella muutkin jäsenet saisivat alennuksen avustamatta tutkinnassa millään tavalla. Tämä ei toki kilpailulain puitteissa ole mahdollista, joten esimerkki on vain teoreettinen vertaus osapätemättömyyden ajatuksen selventämiseksi.

Edelliseen viitaten todetaan, että osapätemättömyyden lievemmän luonteen ja oikeustoimen kaksipuolisuuden vuoksi osapätemättömyyteen päätyminen vaatii kaikilta sopimuspuoilta yhteistyötä kartellitoiminnan selvittämiseksi. Yksikään osapuoli ei voi saada oikeustoimen lievempää kohtelua ikään kuin ilmaiseksi vaan kyseessä on myös *leniency* tavoin vaihtokaupasta. Yhteistyö avaa mahdollisuuden sopimuksen osapätemättömyydelle.

Se, mikä on yhteistyön riittävä aste osapätemättömyyteen päätymiseksi, tulisi määritellä esimerkiksi kilpailuviranomaisen ohjeistuksessa tai jopa tuomioistuinkäytännössä. Esimerkiksi Helsingin kärjäoikeuden tapauksessa Helsingin kaupunki vastaan asfalttiyritykset osapätemättömyyttä on tutkittu oikeustoimilain pätemättömyysperusteiden kannalta²⁰⁴. Ratkaisusta ilmenee, että henkilötodistajat ovat kertoneet suhteellisen avoimesti kartellitoiminnan ylläpidosta ja sen markkinavaikutuksista²⁰⁵. Vastaavan kaltainen todistelu voisi olla yksi kriteeri, jotta osapätemättömyyteen ja sopimuksen sovitteluun päätyminen olisi mahdollista. Ratkaisutoiminnassa osapätemättömyyttä itse kartellitoimintaan liittyvissä kysymyksissä on käsitelty harvoin. Yhtenäistä linjaa osapätemättömyyden kriteereistä ei (vielä) ole.

Edellä esitetyt argumentit painottuvat vahvasti siihen, millä tavoin osapuolet voivat vaikuttaa oikeustoimen kohteluun omalla toiminnallaan. Arvioinnissa ei ole huomioitu osapuolten välisten suhteiden muutoksia sen jälkeen, kun yksi tai useampi kartellin jäsen on paljastanut kielletyn toiminnan viranomaiselle. Luonnollisesti todisteet toimittanut yritys on rikkonut muiden osapuolten näkökulmasta yhteistä sopimusta, mikä saattaa muodostaa esteen yhteistyön jatkumiselle ja sopimuksen kohtuullistamiselle. Jos elinkeinonharjoittaja ei halua jatkaa yhteistyötä kohtuullistamisen jälkeen, tämän on irtisanouduttava sopimuksesta. Jokaisen osapuolen on toisin sanoen punnittava, kuinka tärkeä kohtuullistettu sopimus ja sen tuoma potentiaali liiketoimintaan on verrattuna toisen osapuolen tai osapuolten suorittamaan ”rikkomukseen” kartellisopimuksen paljastamisessa.

5.3 Seurausten määrittäminen

Seuraamukset, kuten euromääräinen seuraamusmaksu, määritetään kilpailuoikeudellisin perustein. Tarkoituksena on asettaa sanktio markkinoiden vääristämisestä, joka on lainvastaista toimintaa. Kilpailunrajoituksen harjoittamisen seuraukset voidaan jakaa

²⁰⁴ KO 2013:L 09/10623. s. 38.

²⁰⁵ KO 2013:L 09/10623. s. 175–176.

sisällöllisesti julkisoikeudellisiin ja yksityisoikeudellisiin seurauksiin. Ensin mainitussa on kyse menettelyn kieltämisestä kilpailuviranomaisen (KKV tai komissio) toimesta sekä seuraamusmaksun määräämisestä (markkinaoikeus tai komissio). Yksityisoikeudellisiin seurauksiin kuuluu puolestaan sopimusten pätemättömyys ja vahingonkorvausvelvollisuus sille elinkeinonharjoittajalle, joka on kärsinyt vahinkoa lainvastaisesta toiminnasta.²⁰⁶

Tutkielman kannalta kaksi tärkeintä seurausta ovat sopimuksen pätemättömyys ja kilpailuoikeudelliset sanktiot markkinoiden näkökulmasta. Edellä esitettyyn jaotteluun viitaten voidaan tehdä yleistävä johtopäätös, että sopimusoikeudelliset seuraukset ovat yksityisoikeudellisia ja kilpailuoikeudelliset seuraukset puolestaan julkisoikeudellisia. Molempia oikeudenaloja hyödyntämällä kartellisopimuksen arvioinnissa seurauksista saadaan kokonaisvaltaisempia ja laajempia.

5.3.1 Seuraamusmaksun määrittäminen

Seuraamusmaksun määrittämisen kriteerit perustuvat kilpailulakiin, jonka taustalla vaikuttaa muun muassa ECN+ -direktiivin implementointi. Direktiivin yksi tavoitteista on yhtenäistää seuraamusmaksun määrittämistä unionin alueella komission sakkosuuntaviirojen menettelyn kanssa²⁰⁷. KilpL 12 § 1 mom on säädetty, että KilpL 5 tai 7 § tai SEUT 101 tai 102 artiklan säännöksiä rikkoneelle elinkeinonharjoittajalle määrätään seuraamusmaksu, jos se ei ole kilpailun turvaamisen kannalta perusteetonta tai menettely ei ole ollut vähäistä. Seuraamusmaksulla on kaksi lähtökohtaa: erityis- ja yleisestävä vaikutus. Lain rikkominen ei saa olla taloudellisesti kannattava vaihtoehto. Sen vuoksi seuraamusmaksu on rangaistuksen luonteinen sanktio elinkeinonharjoittajalle (erityisestävä) sekä kilpailunrajoitustoiminnan ryhtymisen, uusimisen ja jatkamisen estävä keino (yleisestävä).²⁰⁸

²⁰⁶ Kuoppamäki, 2018, s. 83.

²⁰⁷ HE 210/2020 vp., s. 76.

²⁰⁸ Kilpailuvirasto, 2011a, s. 6.

KilpL 13 § 1 mom mukaan seuraamusmaksua määritettäessä ”on otettava huomioon rikkomuksen laatu, laajuus, moitittavuuden aste sekä rikkomuksen kesto”. KilpL 13 § 3 mom mukaan elinkeinonharjoittaja tai elinkeinonharjoittajien yhteenliittymä on oikeutettu kuulla seuraamusmaksun määrä ja sen perusteet ennen KKV:n esitystä markkinaoikeudelle. Oikeus on perusteltu, sillä seuraamusmaksu voi olla enintään kymmenen prosenttia elinkeinonharjoittajan tai elinkeinonharjoittajien yhteenliittymän maailmanlaajuisesta kokonaisliikevaihdosta. Seuraamusmaksuesitykseen huomioidaan esitystä edeltävän tilikauden liikevaihto.²⁰⁹

Liikevaihtoon kuuluu kirjanpitolain mukaisesti tuotot, jotka on saatu tuotteiden ja palveluiden myynnistä. Summasta on vähennetty ainoastaan ALV, muut välittömästi myyntiin vaikuttavat verot ja myönnetyt alennukset.²¹⁰ Kansainvälisillä pörssiyrityksillä liikevaihdot voivat kohota jopa miljardeihin euroihin, jolloin suurin mahdollinen seuraamusmaksu voi olla satoja miljoonia euroja. Sanktion euromäärän suuruus johtuu siitä, ettei kartellitoimintaan osallistuminen olisi elinkeinonharjoittajille kannattavaa. Kriteerinä kuitenkin on, ettei seuraamusmaksu saa olla elinkeinonharjoittajalle liiketoiminnan kokoon ja maksukykyyn nähden kohtuuton.²¹¹

Hallituksen esityksessä 210/2020 ECN+ -direktiivin implementoimiseksi seuraamusmaksun määrän arvioinnin kriteereitä tarkennettiin. Sääntely on harmonisoitu KilpL 13–13 f §:ään. KilpL 13 § 1 mom mukaan seuraamusmaksun määrittämisessä on tehtävä kokonaisarviointi, jota on täsmennetty lain esitöissä niin, että kokonaisarvioinnin avulla varmistetaan seuraamusmaksujen tehokkuus ja oikeasuhtaisuus²¹².

KilpL 13 a–13 f § määrittelevät tarkemmin seuraamusmaksun määrään vaikuttavia tekijöitä. KilpL 13 b § 3 mom mukaan arvioinnissa on otettava huomioon muun muassa

²⁰⁹ KilpL 13 a § 1 mom.

²¹⁰ KPL 4 luku 1 §.

²¹¹ HE 88/2010 vp., s. 58–59.

²¹² HE 210/2020 vp., s. 88.

rikkomuksen maantieteellinen ulottuvuus ja rikkomuksen luonne. Kartellit ovat yksi vakavimmista kilpailunrajoituksista, joten rikkomuksen luonteen osalta kartellin luonne voidaan nähdä korottavana tekijänä verrattuna lievempiin kilpailunrajoituksiin. KilpL 13 e § sääntelee vielä erikseen seuraamusmaksun korottavia ja alentavia tekijöitä. Korottaviksi tekijöiksi mainitaan muun muassa rikkomuksen uusimista (1 mom kohta 1) ja toimimista rikkomuksen johtajana tai alullepanijana (1 mom kohta 2). Lieventävinä seikkoina mainitaan muun muassa huomattavan vähäinen osallisuus rikkomukseen (3 mom kohta 3) ja rikkomuksen välitöntä lopettamista viranomaisen puuttumisen jälkeen (3 mom kohta 2). Huomioitavaa kuitenkin on, että edellä mainittu KilpL 13 e § 3 mom kohta 2 rikkomuksen välittömästä lopettamisesta ei koske kartellitoimintaa. Tämä kuvastaa entisestään kartellien vakavan kilpailunrajoituksen luonnetta.

Seuraamusmaksut saavat tyypillisesti myös mediahuomiota tapausten harvinaisuuden ja suurien euromääräisten sanktioiden vuoksi. Esimerkiksi Euroopan komissio on ratkainut vuosina 2017–2021 yhteensä vain 30 kartellitapausta. Näistä langetetut seuraamusmaksut ovat silti olleet yli kuusi miljardia euroa. Suurin yksittäinen maksu on ollut yli miljardi euroa Daimlerille kuorma-autoajoneuvoja koskevassa kartellissa.²¹³ Kansallisesta oikeuskäytännöstä esimerkkinä mainitaan yksi tunnetuimmista kartelleista eli asfalttikartelli. Tapauksessa Lemminkäinen Oy sai KHO:n päätöksellä Kilpailuviraston esitykseen perustuen 68 miljoonan euron seuraamusmaksun²¹⁴. Esimerkitapausten kautta halutaan korostaa entisestään kartellien vakavuutta ja sitä, miksi tarvitaan uusia keinoja niiden paljastamiseksi. Osapätemättömyyden vaihtoehdolla kynnyks voisi madaltua entisestään.

Alaluvussa 5.2.1 on esitelty *leniency*-ohjelman vaikutukset seuraamusmaksun suuruuteen. Tiivistettynä *leniency* perusidea on, että mitä enemmän ja oma-aloitteellisesti toimittaa tarpeeksi merkittäviä tietoja ja todisteita kilpailuviranomaiselle kartellitoiminnasta, sitä paremmat mahdollisuudet on saada alennusta tai välttyä seuraamusmaksulta

²¹³ European Commission, 2021b, *Cartel Statistics*.

²¹⁴ KHO 2009:83, kohta 1328.

kokonaan. Kansallisesta oikeuskäytännöstä yksi tunnetuimpia tapauksia on 2000-luvun vaihteessa toiminut raakapuukartelli, jossa kyse oli raaka-aineiden hinnoittelusta. Kartellin muodostivat Stora Enso, Metsäliitto ja UPM-Kymmene Oyj.

UPM otti Kilpailuvirastoon (nykyinen Kilpailu- ja kuluttajavirasto) yhteyttä täyttääkseen kilpailunrajoituslain (nykyinen kilpailulaki) 9 § vaatimukset seuraamusmaksusta vapautumisessa. Kilpailuvirasto katsoi yhteistyön riittäväksi ja ei tehnyt UPM:n osalta seuraamusmaksuesitystä. Metsäliitto puolestaan avusti tutkinnassa siten, että Kilpailuvirasto katsoi kilpailunrajoituslain 8 § täytyneen. Se esitti Metsäliitolle 30 % alennusta seuraamusmaksusta. Lopputuloksena seuraamusmaksuja määrättiin Stora Ensolle 30 miljoonaa euroa, Metsäliitolle 21 miljoonaa ja UPM selvisi maksutta.²¹⁵ Tapaus on hyvä esimerkki siitä, miten *leniency*-ohjelman eri vaatimusten täyttäminen vaikuttaa seuraamusmaksujen suuruuteen merkittäväällä tavalla. Esimerkiksi Metsäliitto ei ollut ensimmäinen Kilpailuvirastoon yhteyttä ottanut yritys, mutta yhteistyöllä seuraamusmaksu aleni noin yhdeksän miljoonaa euroa.

5.3.2 Sopimusoikeus seurausten määrittämisen apuna

Kuten on jo useaan otteeseen todettu, kilpailuoikeudellinen kartellisopimusten arviointi keskittyy puhtaasti kartellilausekkeisiin ja niiden täytäntöönpanoon markkinoilla. KilpL 8 §:ssä ei ole suoraa kannanottoa siihen, miten muuta sopimussisältöä tulee kohdella tai pätemättömän ehdon vaikutusta muun oikeustoimen sisällön pätevyydelle²¹⁶. Lähtökohteisesti paras vaihtoehto on OikTL 36 § 2 mom soveltaminen, jos sopimussisällöstä käy ilmi, että osapuolet ovat tahtoneet ylläpitää sopimusta voimassa, vaikka joku tai jotkut lausekkeet sopimuksesta tuomittaisiin pätemättömäksi. Silloin tahtotila koskisi lainmuokaisten lausekkeiden arviointia päteväksi.

²¹⁵ MaO:614/09, *Markkinaoikeuden ratkaisu*.

²¹⁶ Kuoppamäki, 2018, s. 114.

Seurausten määrittämisessä sopimuksen syntyprosessi voi antaa merkittäviä todisteita siihen, mikä on ollut osapuolten osallisuus ja aktiivisuus kartellisopimuksen luomisessa. Ensinnäkin se, mikä osapuoli on ollut aktiivisempi luomaan tai ehdottamaan kartellilausekkeiden lisäämistä sopimukseen, osoittaa aktiivisuutta ja johtajuutta. Tieto on mahdollista havaita osapuolten välisestä tiedonvaihdosta ennen sopimuksen voimaantuloa, kuten esimerkiksi sähköpostikeskusteluista.

Toisekseen sopimusoikeudellinen tulkinta voi antaa tukea siihen, miten kartellilausekkeitä on noudatettu osapuolten toimesta. Osapuolten halutut markkinavaikutukset voi olla myös mahdollista selvittää syntyprosessin aineistosta esimerkiksi markkinoiden jaon näkökulmasta. Otetaan esimerkiksi lauseke, jossa sovitaan kansallisesta hintakartellista. Osapuoli A on ulottanut hintamääräykset jälleenmyyjille EU-alueelle sopimuksen ylittävästi, mutta osapuoli B sopimuksen mukaisesti kansallisella tasolla osalle jälleenmyyjistä, on maantieteellinen vaikutus ollut erisuuruista. Osapuoli B voi osoittaa sopimuksen avulla, että yhteinen tahtotila oli kartellin ylläpito kotimaan sisällä, mutta osapuoli A ei sitä noudattanut. Näin ollen osapuoli B todistaa pienemmän osallisuutensa kartelliin, joka on huomioitava seuraamusmaksun suuruutta määritettäessä.

Edellä mainitut tapaukset ovat vain esimerkkejä valottamaan sopimusoikeuden tuomia tulkinta- ja arviointimahdollisuuksia. OikTL 36 § 2 mom on yleisluontoinen säännös eli siinä ei ole määritelty, minkä tyyppiset sopimukset esimerkiksi liiketoiminnan sopimuksista kuuluvat säännöksen soveltamisalaan. Tärkein sopimusoikeudellinen seikka seurausten määrittämisessä onkin sopimusosapuolten todellisten tahtotilojen selvittäminen kartellitoiminnan näkökulmasta. Kuten valeoikeustoimen kohdalla todettiin, sopimukseen on saatettu kirjata toimintaa vähättelevä kuva, jolloin todelliset tahtotilat eivät vastaa sopimuksessa sanottua. Sen vuoksi sopimuksen ja todellisten tahtotilojen yhteys on ratkaisevaa seurausten oikeasuhtaisessa määrittämisessä.

5.4 Kartellin päätyminen

Päätavoitteena kartellin päättymisessä kilpailuoikeuden näkökulmasta on saada kilpailunrajoitustoiminta ja kielletty yhteistyön muoto lopetettua osapuolten välillä. Lisäksi pyritään varmistamaan, että osapuolet eivät uusi tai jatka kiellettyä yhteistyötä eri muodossa. Jos esimerkiksi yhteistyö on perustunut hintakartelliin, uusiminen ei tapahtuisi markkinoiden jaon keinoin. Toisin sanoen päättämisen tavoitteena on estää missä muodossa tahansa tapahtuva kielletyn kilpailunrajoitustoiminnan harjoittaminen. Sopimusoikeuden näkökulma painottuu sopimussisältöön ja osapuolten käytökseen oikeustoimen nojalla. Sopimusoikeudelliset tavoitteet täyttyvät, kun kartellilausekkeet saadaan poistettua sopimussisällöstä ja mahdolliset muut lausekkeet kohtuullistettua. Sopimusosapuolet eivät myöskään tulevaisuudessa uusia kartellisopimuksia tai -lausekkeitä muodosta yhteistyön ehdoiksi.

Kilpailulaissa on hiljattain tapahtunut muutoksia kartellin päättämisen näkökulmasta. Euroopan unioni antoi joulukuussa 2018 jo mainitun ECN+ direktiivin, jonka tavoitteena oli muun muassa kilpailuviranomaisten täytäntöönpanovalmiuksien tehostaminen. Direktiivi on harmonisoitu kansalliseen kilpailulakiin ja tullut voimaan kesäkuussa 2021. KilpL 9 § muuttui siten, että KKV:lla on uuden lain mukaisesti mahdollisuus todeta rikkominen, määrätä se lopetettavaksi ja velvoittaa elinkeinonharjoittajaa tekemään tarvittavat ja oikeasuhtaiset toimenpiteet toiminnan lopettamiseksi²¹⁷. Säännökseen lisättiin vaatimus suhteellisuusperiaatteen noudattamisesta. Sen mukaan KKV:n tulisi korjaustoimenpiteissä valittava elinkeinonharjoittajalle lievin eri vaihtoehtoista.²¹⁸

Toinen merkittävä muutos kohdistui KilpL 45 §:ään. Uuden säännöksen mukaan KKV voi antaa väliaikaisen määräyksen kilpailunrajoituksen lopettamiseksi. Määräys voi olla voimassa enintään vuoden.²¹⁹ Aiemmassa säännöksessä KKV:lla oli mahdollisuus antaa väliaikainen kieltö, jonka antamispäivästä KKV:lla oli 90 päivää aikaa tehdä

²¹⁷ KilpL 9 § 1–2 mom.

²¹⁸ HE 210/2020 vp., s. 85.

²¹⁹ KilpL 45 § 1–2 mom.

markkinaoikeudelle KilpL 12 § 3 mom mukainen seuraamusmaksuesitys. Jos esitystä ei annettu, väliaikaiskielto raukesi. Ajallista muutosta säännökseen on perusteltu muun muassa sillä, että 90 päivää oli riittämätön KKV:n esityksen tekemiseksi.²²⁰

5.4.1 Kilpailulain uudistusten sopimusoikeudellinen soveltaminen

Tarkastellaan seuraavaksi edellä esiteltyjen kilpailulain muutosten vaikutusta sopimukseen ja sopijapuoliin. KilpL 9 § 1 mom mukaan KKV voi todeta ja määrätä KilpL 5 tai 7 § tai SEUT 101 tai 102 artiklan rikkomisen mukaisen toiminnan lopetettavaksi. Tässä yhteydessä ”rikkomisella” tarkoitetaan tiivistäen edellä mainittujen pykälien tai artikloiden tunnusmerkit täyttävää toimintaa. KilpL 8 § mukaan ehtoa, joka täyttää rikkomisen tunnusmerkistön, ei saa soveltaa eikä panna täytäntöön. KilpL 9 § 2 mom sisältää suhteellisuusperiaatteen noudattamisen, jonka mukaan KKV:n on valittava elinkeinonharjoittajalle lievin korjaustoimenpiteiden vaihtoehto. Momentin mukaan toimenpiteiden tulee olla välttämättömiä lopettamiselle.

KKV:n toimenpiteiden voidaan nähdä tukevan sopimuksen osapätemättömyyden ajatusta. Ensinnäkin KilpL 9 § 1 mom ja KilpL 8 § näyttäisivät kohdistuvan ainoastaan kilpailunrajoituksen tunnuspiirteet täyttäviin lausekkeisiin. Tällaiset lausekkeet tulisi määrätä lopetettavaksi. Sopimusehdot, jotka eivät ole liitännäisiä kilpailunrajoituksen ylläpitämiseen, eivät näin ollen täyttäisi KilpL 9 § 1 mom kriteerejä. Niiden noudattamista ei tulisi kieltää, sillä säännöksen tuki kiellolle puuttuu. KilpL 9 § 2 mom sisältämä suhteellisuusperiaatteen vaikutus tukee osapätemättömyyttä. Korjaustoimenpiteistä kartellilausekkeiden poisto on lievempi vaihtoehto kuin koko sopimuksen pätemättömäksi toteaminen. Sopimusosapuolten näkökulmasta osapätemättömyys on myös lievempi vaihtoehto. Jos osapätemättömyys on perusteltu vaihtoehto sopimuksen kohtelulle, sitä tulee noudattaa osapuolten hyväksi suhteellisuusperiaatteen mukaisesti.

²²⁰ HE 210/2020 vp., s. 65.

KilpL 45 § mukaan KKV voi antaa väliaikaisen määräyksen, jotta kilpailunrajoitustoiminta on mahdollista estää välittömästi. Yhtä perusteellista perehtymistä asiaan ei KKV:lta vaadittaisi määräyksen antamiseksi kuin KilpL 9 § mukaisille toimenpiteille²²¹. Määräystä varten ei tarvitsisi määrittää tarkkaa sopimussisältöä, vaan se voitaisiin kohdistaa suoraan KilpL 8 § kriteerit täyttäviin ehtoihin. KilpL 45 § 3 mom mukaan elinkeinonharjoittajalla tai elinkeinonharjoittajien yhteenliittymällä on oikeus tulla kuulluksi ennen määräyksen asettamista. Tässä yhteydessä sopimusosapuolilla on mahdollisuus osoittaa sopimuksesta osat, jotka pitäisi jättää määräyksen ulkopuolelle. Määräyksen sisältö noudattaisi osapuolten osoittamaa tahtotilaa ja osapätemättömyyden ajatusta.

5.4.2 Oikeustapausesimerkki: voimajohtoaasia

Kartellin päättymisen toteaminen voi olla haastavaa ja vaatia useamman tuomioistuinten lausunnon. Tästä esimerkkinä tuore niin kutsuttu voimajohtoaasia, joka koskee kartellin päättymisen hetkeä. Tapauksen käsittely on kestänyt jo lähes kymmenen vuotta, joka kuvastaa arvioinnin haastavuutta. Eltel Networks Oy ja Eltel Group Oy (yhdessä Eltel) ja Empower Oy ovat rikkomukseen osallistuneet elinkeinonharjoittajat. Empower Oy on tehnyt jo vuonna 2013 *leniency*-hakemuksen, jonka perusteella se on vapautettu seuraamusmaksuista²²². Ratkaistava kysymys liittyy siihen, onko KKV tehnyt seuraamusmaksuesityksen ajallaan MaO:lle. Jotta siihen on mahdollista vastata, vaaditaan yhtenä tekijänä selvitys, mihin asti sopijapuolten yhtäjaksoinen kilpailurikkomus on kestänyt.²²³

KHO on todennut ratkaisussaan, että unionin oikeuskäytännöstä ei löydy vastaavaa tapausta. Ennakkoratkaisupyynnön tarvetta on perusteltu myös sillä, että unionin oikeuskäytännöstä löytyy tukea sekä KKV:n että Eltelin väitteille. KHO on pitänyt tapausta oikeudellisesti tulkinnanvaraisena siltä osin, onko kilpailurikkomus päätynyt, kun urakkasopimuksen maksuvelvoitteet on täytetty tai urakka valmistunut (KKV:n kanta) vai silloin,

²²¹ HE 210/2020 vp., s. 116.

²²² KHO 2019:74, kohta 5.

²²³ KHO 2019:74, kohta 1.

kun tarjous on jätetty tai sopimus allekirjoitettu (Etelin kanta). Urakkasopimus on tehty kartellin ulkopuolisen tahon kanssa.²²⁴

Unionin tuomioistuimen mukaan ”rikkomisajanjakso on kestänyt siihen päivään asti, jona kyseinen yritys ja hankintaviranomainen allekirjoittivat sopimuksen tämän yrityksen tekemän yhdenmukaistetun tarjouksen perusteella”²²⁵. KKV:n uutisen mukaan kilpailurikkomuksen kesto on käsiteltävässä tapauksessa ollut vain yksi osatekijä²²⁶. KHO antoi ratkaisunsa elokuussa 2021 todeten, että markkinaoikeuden päätös hylätä seuraamusmaksuesitys kilpailunrajoituslain 22 §:n mukaan pysyy voimassa annetun näytön perusteella. Yhdeksi perusteluksi on esitetty, että virasto ei ollut antanut riittävää näyttöä väitetyn kilpailunrajoituksen jatkumisesta esitettyyn päivämäärään saakka.²²⁷

Todetaan, että ajallinen kesto liittyy vahvasti osapuolten välisiin sopimukseen ja niiden oikeusvaikutuksien vertaamista rikkomukseen. KKV:n näkemys on painottunut sopimuksen voimassaolon loppupuolelle ja Etelin osalta voimaantulon ajankohtaan. Unionin ratkaisussa on korostettu allekirjoituspäivämäärää. Sopimusoikeudellisesta näkökulmasta päivämäärä, jolloin sopimus astuu voimaan, on merkitty sopimukseen. Täten tarkan päivän määrittämisessä ei pitäisi olla haasteita. Tilanne on toinen, jos sopimuksen perusteella on tehty suorituksia ennen allekirjoituspäivää. Tulevaisuudessa kartellien osalta tilanne on mahdollinen, sillä tarkka sopimus saattaa olla tehty esimerkiksi vain suullisesti.

5.4.3 Osapuolten yhteistyön jatkuminen lainmukaisin sopimuksin

Kartellin päättyminen voidaan todeta esimerkiksi siten, että KilpL 5 tai 7 § tai SEUT 101 tai 102 artiklan mukaista toimintaa ei ole enää havaittavissa kartelliosapuolten toimesta. Ne ovat muuttaneet käyttäytymistään lainmukaiseksi. Sopijapuolet voivat tehdä

²²⁴ KHO 2019:74, kohdat 34–37.

²²⁵ EU 2021:C-450/19, kohta 41.

²²⁶ Kilpailu- ja kuluttajavirasto, 2021c.

²²⁷ KHO 2021:112, kohta 1.2.7.

oikeustoimen, johon sisältyy vanhasta sopimuksesta lainmukaisiksi vahvistettuja ehtoja. Osapuolet voivat siten säästää resursseja neuvotteluissa, sillä koko sopimusta ei tarvitse neuvotella täysin uudelleen.

KilpL 9 § 2 mom mukaan KKV voi määrätä välttämättömät korjaustoimenpiteet tehtäväksi, jotta kilpailunrajoitus saadaan lakkautettua. Osapätemättömyyden perusteella yksi korjaustoimenpide voi olla sopimuksen sovittelu ja kohtuullistaminen OikTL 36 § 2 mom perusteella. Tämä on ehdoton kriteeri yhteistyön jatkumiselle. Pätemättömyyden toteamisen jälkeen on varmistettava, että voimaan jäävä oikeustoimi on kaikkien osapuolten osalta kohtuullinen, markkinat ja kuluttajat mukaan lukien. OikTL 36 § kieltää kohtuuttoman oikeustoimen soveltamisen ja KilpL 6 § luo rajat sallittaville kilpailunrajoituksiin viittaaville lausekkeille. Sääntelyjä noudattamalla voimassa olevan sopimuksen kohdalla yhteistyöllä on mahdollista saavuttaa positiivisia markkinavaikutuksia tulevaisuudessa. Näin ollen sopimusosapuolilla on mahdollisuus jatkaa yhteistyötä lainmukaisin sopimuksin ja hyödyttää markkinoita.

Komissio on jakanut horisontaaliset sopimukset kolmeen eri kategoriaan: sopimukset, jotka eivät ole/ovat aina/voivat olla kilpailusääntöjen vastaisia²²⁸. Kartellisopimukset kuuluvat luonnollisesti keskimmäiseen kategoriaan. Osapätemättömyyden avulla jäljelle jäänyt sopimus tulee kuulua ensimmäiseen tai viimeiseen kategoriaan. Edellä kuvatulla OikTL 36 § ja KilpL 6 § soveltamisella kartellisopimuksesta jäljelle jääneen sopimuksen tavoitteena on päästä siirtymään pois keskimmäisestä kategoriasta. Tätä voidaan myös pitää yhtenä lainmukaisen yhteistyön jatkumisen kriteerinä.

²²⁸ Kuoppamäki, 2018, s. 209.

6 Miksi osapätemättömyys kannattaa?

Markkinat ja niiden toimivuus perustuvat pohjimmiltaan sopimuksille. Toimijat solmivat sopimuksia, joiden vaikutuksesta esimerkiksi hyödykkeitä valmistetaan, myydään ja jaetaan loppukäyttäjille. Jokaisen vaiheen takana on lopulta sopimus, jonka mukaan eri osapuolet toimivat. Kun ketjusta yksi sopimus tai jopa useampi sopimus paljastuu kielletyksi kilpailunrajoitukseksi, vaikutukset ulottuvat pahimmillaan jokaiseen ketjun osaan ja sitä myöten kertaantuvat. Seuraavassa käsitellään, miksi osapätemättömyyden avulla kannattaa jättää voimaan positiivisia markkinavaikutuksia ja kohdentaa pätemättömyys vain kilpailunrajoituksen alaisiin lausekkeisiin.

6.1 Osapuolten asemat

Kartellisopimukseen nähdään eri osapuolina sopijakumppanit, kilpailuviranomainen ja markkinat sidosryhmineen. Lainvastainen oikeustoimi vaikuttaa jokaisen mainitun tahon toimintaan sekä ovat tavalla tai toisella yhteydessä toisiinsa kartellisopimuksen avulla. Esimerkiksi kilpailuviranomainen havaitsee kielletyn toiminnan joko oman markkinatutkimuksen kautta tai kartellin jäsenen ilmoituksella. Sopijakumppanit puolestaan vaikuttavat kartellisopimuksen ehdoin markkinoille, joka toimii kartellin ylläpidon kenttänä.

Kilpailuoikeudellinen arviointi keskittyy mainitusta kolmesta tahosta kahteen – kilpailuviranomaisen toimintavaltuuksiin ja markkinoihin. Sopijapuolten rooli kartellisopimuksen kohtelussa on lähes olematon, sillä markkinaoikeus tai KKV tekee päätökset KilpL 3 luvun sisältämien toimivaltuuksien nojalla. Kilpailunrajoitusta arvioidaankin lähtökohtaisesti sopijapuolten näkökulmasta ulkoisin kriteerein²²⁹. Esimerkiksi KilpL 9 § 2 mom mukaan KKV voi määrätä korjaustoimenpiteitä, jotka elinkeinonharjoittajan tulee toteuttaa rikkomisen lopettamiseksi. Tämän säännöksen nojalla KKV:lla on valtuus esimerkiksi kieltää koko sopimuksen noudattaminen osapuolten välillä, jos se on oikeasuhtainen ja

²²⁹ Aine, 2013, s. 88.

välttämätön rikkomisen lopettamiseksi. Täytäntöönpanovalta on perusteltavissa luonnollisesti sillä, että kilpailunrajoituksen markkinavaikutukset pyritään lopettamaan mahdollisimman tehokkaasti.

KilpL 8 § puoltaa osapätemättömyyden ajatusta. Säännös koskee ainoastaan kilpailunrajoituksen tunnusmerkit täyttävää ehtoa. Lainvastaisuuden pätemättömyysperusteella ehdot ovat mitättömiä, kuten SEUT 101 artikla kohdassa 2 mainitaan. Mitä tapahtuu muille sopimuslausekkeille? Ratkaisun *Société Technique Minière* perusteluissa tuomioistuin on todennut, että ne lausekkeet, jotka eivät kuulu EU-kilpailuoikeuden kiellon piiriin, ei ratkaista EU-oikeuden perusteella. Toisin sanoen ratkaisut tulee tehdä kansallisen oikeuden mukaan.²³⁰

EU-tuomioistuimen ratkaisukäytäntö avaa mahdollisuuden kansallisen sopimusoikeuden soveltamiselle, joka rakentuu pääosin osapuolten tahdolle. Suomessa sopimusoikeutta sääntelevä laki on oikeustoimilaki. OikTL 36 § 2 mom mukaan muuta sopimusta on mahdollista sovittaa tai määrättävä se raukeamaan, jos sen ei ole mahdollista jäädä voimaan muilta osin. Osapätemättömyys saa laintasaisen vahvan oikeuslähteen tuen. Samalla säännöstä voidaan tulkita niin, että pätemättömyyden seuraukset tulee pysyä oikeustoimen kannalta minimissä. Muut sopimusehdot eivät saa ”kärsiä” sen vuoksi, että osa niistä on pätemättömiä.

Osapuolet voivat vaikuttaa sopimukseen ennen ja jälkeen lainvastaisen pätemättömyysperusteen toteutumisesta. Lainvastaiset kartellilausekkeet ovat itsestään pätemättömiä eli mitättömiä, jolloin sopimusosapuolet eivät vaikuta pätemättömyyden toteutumiseen. Ajallisesti ennen pätemättömyyttä osapuolten on mahdollista varautua siihen sopimusehdoin, kuten *severability*-ehdon avulla²³¹. Jälkikäteen kilpailuviranomaisen tai tuomioistuimen pätemättömyyden toteutuksen jälkeen osapuolille jää muu sopimussisältö käsiteltäväksi. Tässä tapauksessa on tutkittava, onko sopimusosapuolten kannalta

²³⁰ Aine, 2013, s. 80.

²³¹ Ks. 5.1.3.

mielekästä, että muu sopimusosa jää voimaan ja velvoittavaksi. Jos jäljelle jäänyt oikeustoimi puoltaa osapuolten tavoitteita (eli ilman kilpailunrajoitusehtoja), sopimus on jätettävä voimaan. Varsinkin, jos sopijakumppanit olisivat sitoutuneet oikeustoimeen ilman kartellilausekkeitakin.²³²

Kysymys on toisin sanoen pätemättömyyden seurauksissa osapuolten tahtotilan selvittämisestä. Katse siirretään kilpailuviranomaisen tai tuomioistuimen toiminnasta sopijapuolten tahtotilaan. Jos sopimusaineistosta, kuten erinäisistä sopimusvapauden nojalla tehdyistä ehdoista ilmenee, että yhteistyöhalukkuus on yhtenevä ja kartellilausekkeet on saatu irrotettua kokonaisuudesta, perustetta ei kokonaispätemättömyydelle ole. Muu sopimus on jätettävä voimaan.

6.2 Hyödyllisen sopimuksen kriteerit

Komissio on myöntänyt vuonna 2011 julkaistuissa suuntaviivoissa, että kielletyistä horizontaalisisista yhteistyösopimuksista voi seurata myös hyötyä kilpailulle. Kriteeriksi nostetaan tehokkaan kilpailun säilyminen. Samassa kohdassa todetaan, että SEUT 101 artikla tarjoaa oikeudelliset lähtökohdat arvioinnille.²³³ Vuoden 1965 ranskalaisen tuomioistuimen pyytämän ennakkoratkaisun vastauksessa todettiin, että mitättömyyttä sovelletaan vain artiklan kiellon mukaisiin kohtiin ja koko sopimukseen vain, jos kohtia ei saada erotettua sopimuksesta²³⁴. Suuntaviivojen ja ennakkoratkaisun perusteella osapätemättömyyteen on päädyttävä tehokkaan kilpailun säilymiseksi, jos kartellilausekkeet voidaan irrottaa muusta sopimuksesta. Kahden oikeuslähteen yhdistelmästä voi jopa tehdä johtopäätöksen, että jos kokonaispätemättömyyteen päädytään, vaikka osat olisi irrotettavissa sopimuksesta, ei markkinat saa ”turhaan” pätemättömäksi tuomittujen lausekkeiden positiivisia vaikutuksia. Silloin markkinoiden ja kilpailun tehokkuus jopa kärsii, kun

²³² Aine, 2013, s. 90.

²³³ Euroopan unionin virallinen lehti, 2011b, kohta 4.

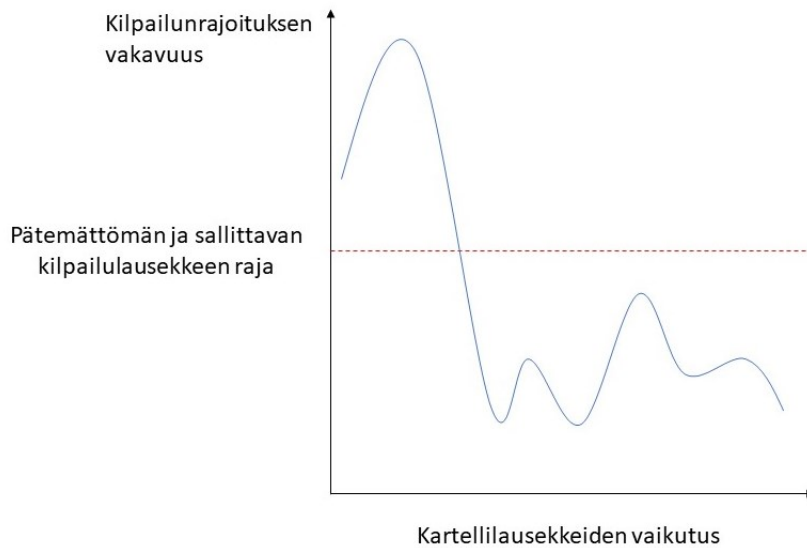
²³⁴ Wikberg, 2011, s. 448.

sopimuksen potentiaali jää hyödyntämättä. Seuraava virke kuvaa tarkemmin niitä mahdollisuuksia, joita kartellisopimus voi sisältää:

”Vaikka horisontaalisilla sopimuksilla katsotaan olevan kilpailua rajoittavia vaikutuksia, ne voivat kuitenkin olla hyväksyttäviä, jos ne kokonaisuutena arvioiden edesauttavat kilpailunormien tavoitteiden saavuttamista. Sopimukset voivat esimerkiksi parantaa yritysten tehokkuutta, mikä johtaa kustannussäästöihin, laadukkaampiin tai jopa täysin uusiin hyödykkeisiin.”²³⁵

Kaikki virkkeessä kuvatut sopimuksen positiiviset markkinavaikutukset jäävät toteutumatta, jos päädytään kokonaispätymättömyyteen. Yksittäisen sopimuksen kohdalla positiivisten vaikutusten toteutumatta jääminen ei aiheuta vielä suurta tappiota kokonaisyötyyn. Entä kun tapahtuma kertaantuu ajallisesti useampien kartellisopimusten kohdalla? Silloin voidaan puhua jopa kilpailun menetyksestä ja vajaasta markkinatehokkuudesta. Jotta potentiaalisia positiivisia markkinavaikutuksia ei jää hyödyntämättä, osapätymättömyys huomioi molemmat näkökannat – kielletty kilpailunrajoitus lopetetaan, mutta markkinat saavat hyödyt sopimuksen kilpailua edistävästä osista.

²³⁵ Wikberg, 2011, s. 215.



Kuvio 3. Pätemättömän ja sallittavan lausekkeen raja.

Kuviossa 3 pätemättömän ja sallittavan kilpailulausekkeen raja kuvaa sitä, milloin kilpailunrajoitukseen vaikuttava lauseke on kilpailulain mukaan pätevä tai pätemätön. Rajan alapuolella olevat lausekkeet ovat sallittuja KilpL 6 § nojalla ja puolestaan yläpuolella olevat pätemättömiä lainvastaisuuden pätemättömyysperusteella. Käyrä kuvaa lausekkeen ajallista vaikutusta markkinoille. Alussa käyrä nousee jyrkästi ylöspäin, joka kuvaa kartellin vaikutusten syntymistä markkinoilla. Jyrkkä lasku kuvaa kartellin havaitsemisesta ja kilpailunrajoitustoiminnan päättämisestä.

Rajan alapuolella mutkitteleva käyrä kuvaa ajanjaksoa, jossa lausekkeitä sovitellaan, muokataan ja sovelletaan markkinoilla. Mutkittelulla kuvataan myös sitä, että vaikutukset eivät pysy täsmällisesti samana (eli vaakasuorana viivana) ajallisesti, sillä esimerkiksi markkinaolosuhteet ja kilpailijoiden toimet vaikuttavat niihin. Käyrän mutkien jyrkkyyksillä ei ole merkitystä, vaan ainoastaan sillä, että se pysyy sallittavan rajan alapuolella. Toisin sanoen lausekkeet eivät täytä kartellilausekkeiden ja sitä myöten vakavan kilpailunrajoituksen tunnusmerkkejä KilpL 5 tai 7 § tai SEUT 101 tai 102 artiklojen mukaisesti. Samalla kuviolla on mahdollista mitata sopimuksen kokonaisvaikutuksia markkinoille. Tässä yhteydessä keskitytään yksittäisiin ehtoihin, sillä perustana on KilpL 6 §.

Kuvio 3 voidaan liittää myös pätemättömyysprosessiin. Ensin kohdistetaan lainvastaisuuden pätemättömyysperuste kartellilausekkeisiin ja tuomitaan ne mitättömiksi. Sen jälkeen katsotaan, mitä sopimussisällöstä jää jäljelle. Sopimuksessa on saattanut olla lausekkeita, jotka eivät ole suoranaisesti kartellilausekkeita, mutta jokin heikko yhteys niihin. Antti Aine jakaa ehdot keskeisiin ja liitännäisiin ehtoihin. Merkittävää on, kumpaan ryhmään kartellilausekkeet kuuluvat. Jos ne ovat liitännäisissä ehdoissa, ei koko sopimusta tarvitse välttämättä tuomita pätemättömäksi.²³⁶

Liitännäisissä ehdoissa voidaan katsoa olevan myös niin sanotulla harmaan alueen lausekkeita, joiden mahdollisista markkinavaikutukset ovat epävarmat. KilpL 6 § sääntelee poikkeustapauksia KilpL 5 §:stä. Säännöksen avulla voidaan tulkita harmaan alueen lausekkeita ja niiden markkinavaikutuksia. Kuviossa 3 katkonainen vaakasuora viiva kuvaa sallittavuuden rajaa. Sitä voidaan kutsua myös maksimitasoksi, jota sopimuksesta jäljelle jäävät lausekkeet eivät saa ylittää. Rajan määrittämisen apuna toimii KilpL 6 §. Kun lausekkeet pysyvät rajan alapuolella, ei pätemättömyysperustetta niille ole. Kun pätemättömyysperuste puuttuu osalta lausekkeista, ei kokonaispätemättömyyteen voida päätyä. Silloin ainoa pätevä ratkaisu on osapätemättömyys.

6.3 Osapätemättömyys nousee kokonaispätemättömyyden ohi

Osapätemättömyys ei sinänsä ole uusi ilmiö esimerkiksi EU:n oikeuskäytännössä. Luvussa 1.3 esiteltiin tapaus *Société Technique Minière* vuodelta 1966, jossa on aiemman yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisussa todettu, että vain kilpailua rajoittavat sopimuksen osat ovat pätemättömiä. Vuonna 1965 puolestaan ranskalainen tuomioistuin esitti ennakkoratkaisupyynnön yhteisön tuomioistuimelle 101 artiklan mitättömyyden tulkinna laajuudesta. Tuomioistuin totesi vastauksessaan, että ”kyseistä mitättömyyttä sovelletaan ainoastaan sopimuksen niihin osiin, joita kielto koskee, tai koko sopimukseen,

²³⁶ Aine, 2013, s. 88.

jollei kyseisiä osia voida erottaa itse sopimuksesta”. Ajatusta on perusteltu muun muassa sillä, että perustamissopimuksen tavoitteiden saavuttamisen vuoksi kielto on rajoitettava vain niihin osiin, joita artiklan määräys koskee.²³⁷ Vaikka kyse on kilpailuoikeudellisesta kysymyksestä, tuomioistuimen vastaus sisältää puhtaasti sopimusoikeudellisen osapätemättömyyden soveltamista.

Sopimusoikeuden ja kilpailuoikeuden hyödyntäminen voidaan nähdä aikajanalla. Sopimuksen valmistelussa eli alkupuolella painottuu sopijapuolten tahtotilat. Pätemättömyyden ja kartellin toteamisessa eli ajallisesti kartellisopimuksen keskivaiheella vaikuttaa pakottavana oikeutena kilpailuoikeus. Sopimusoikeus painottuu jälleen pätemättömyyden seurausten tarkastelussa eli ajallisesti loppupuolella. Osapuolten kannalta sopimusoikeudellinen tulkinta laajentaa ja parantaa sopimusosapuolten oikeudellista asemaa koko prosessissa. Kun kartellisopimuksen tulkinnassa huomioidaan ensinnäkin sopimuksen valmisteluaineistosta ja suullisista lausunnoista osapuolten tahdottu osallisuus kartelliin, voi sillä olla merkitystä esimerkiksi seuraamusmaksuja määritettäessä. Samoin sopimukseen sisällytetyt muut ehdot, jotka eivät koske kartellin ylläpitoa, ovat todisteena todellisista tahtotiloista. Osapuolten sopimukseen käyttämät resurssit eivät valu samalla tavalla hukkaan kuin kokonaispätemättömyyden kohdalla.

Suppeasta näkökulmasta kartellisopimusta kohdellaan ainoastaan keskivaiheella (kilpailuoikeus) ja jätetään alku- ja loppuvaihe huomiotta (sopimusoikeus). Tällöin sopimusosapuolten vaikutusmahdollisuuksia oikeustoimen kohteluun ei käytännössä ole. Paremmalla asemalla vaikuttaa lopputulokseen voidaan kannustaa yrityksiä raportoimaan entistä matalammalla kynnyksellä kartellitoiminnasta, kun oikeustoimelle tarjotaan muitakin kohtelutapoja kuin kokonaispätemättömyys. Laajentamalla kartelliprosessia sopimusoikeudellisilla keinoilla osapuolet tulevat aidosti osaksi prosessia eivätkä ole vain subjekteja, joiden kohtalosta kilpailuviranomainen tai tuomioistuin määrää. Puhutaanko jopa oikeudellisesta tasavertaistamisesta?

²³⁷ Wikberg, 2011, s. 448.

Lähteet

- Aine, A. (2013). *Kilpailuoikeudellinen pätemättömyys* (1. painos.). Talentum Media.
- Annola, V. (2016). *Sopimustulkinta: Teoria, vaiheet, menettely* (1. painos.). Talentum Pro.
- EUR-Lex. Lissabonin sopimus. Noudettu osoitteesta: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FI/TXT/?uri=CELEX%3A12007L%2FTXT>
- European Commission. (2022a). *Cartels Overview*. Noudettu 13.1.2022 osoitteesta: https://ec.europa.eu/competition-policy/cartels/cartels-overview_en
- European Commission. (2022b). *Leniency*. Noudettu 13.1.2022 osoitteesta: https://ec.europa.eu/competition-policy/cartels/leniency_fi
- Euroopan komissio (2022c). *Euroopan komission strategiaan ja politiikkaan liittyvät tehtävät: Toimintapolitiikan kehittäminen ja täytäntöönpano*. Noudettu 13.1.2022 osoitteesta: https://ec.europa.eu/info/about-european-commission/what-european-commission-does/strategy-and-policy_fi
- European Commission. (2021a). *European Competition Network*. Noudettu 17.12.2021 osoitteesta: https://ec.europa.eu/competition-policy/european-competition-network_fi
- European Commission. (2021b). *Cartel Statistics*. Noudettu 19.1.2022 osoitteesta: https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2021-12/cartels_cases_statistics_0.pdf
- Euroopan unionin virallinen lehti. (2019). *Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EU) 2019/1, annettu 11 päivänä joulukuuta 2018, jäsenvaltioiden kilpailuviranomaisten täytäntöönpanovalmiuksien parantamiseksi ja sisämarkkinoiden moitteettoman toiminnan varmistamiseksi*. Noudettu osoitteesta: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FI/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0001&from=FI>
- Euroopan unionin virallinen lehti. (2011a). *Komission tiedonanto SEUT-sopimuksen 101 ja 102 artiklan mukaisissa menettelyissä sovellettavista käytäntösäännöistä*. Noudettu osoitteesta: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FI/TXT/HTML/?uri=CELEX:52011XC1020\(02\)&from=EN#ntr45-C_2011308FI.01000601-E0045](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FI/TXT/HTML/?uri=CELEX:52011XC1020(02)&from=EN#ntr45-C_2011308FI.01000601-E0045)

- Euroopan unionin virallinen lehti. (2011b). *Suuntaviivat Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklan soveltamisesta horisontaalista yhteistyötä koskeviin sopimuksiin*. Noudettu osoitteesta: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:011:0001:0072:FI:PDF>
- Euroopan unionin virallinen lehti. (2009). *Tiivistelmä: Komission päätös, tehty 13 päivänä toukokuuta 2009, EY:n perustamissopimuksen 82 artiklan ja ETA-sopimuksen 54 artiklan mukaisesta menettelystä (Asia COMP/C-3/37.990 – Intel)*. Noudettu osoitteesta: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FI/TXT/HTML/?uri=CELEX:52009XC0922\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FI/TXT/HTML/?uri=CELEX:52009XC0922(02)&from=EN)
- Euroopan unionin virallinen lehti. (2004). *Suuntaviivat perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan soveltamisesta*. Noudettu osoitteesta: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FI/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427\(07\)&from=FI](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FI/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427(07)&from=FI)
- Euroopan yhteisöjen virallinen lehti. (2003). *Neuvoston asetus (EY) N:o 1/2003, annettu 16 päivänä joulukuuta 2002, perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklassa vahvistettujen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta*. Noudettu osoitteesta: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FI/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&from=FI>
- HE 210/2020 vp.
- HE 230/2018 vp.
- HE 48/2017 vp.
- HE 88/2010 vp.
- HE 11/2004 vp.
- HE 66/1988 vp.
- Heidemann M. & Lee J. (2018). *The Future of the Commercial Contract in Scholarship and Law Reform*. Springer Nature Switzerland AG. <https://doi.org/10.1007/978-3-319-95969-6>
- Hemmo, M. & Hoppu, K. (2021). *Sopimusoikeus*. WSOYpro. (Alun perin julkaistu 2006).
- Hemmo, M. (2011). *Varallisuusoikeus*. Annola, V., Karhu, J., Kartio, L., Saarnilehto, A., Tammi-Salminen, E., Tolonen, J., Tuomisto, J. & Viljanen, M. (toim.) Sanoma Pro. (Alun perin julkaistu 2004).
- Hesso, J. (2015). *Hyvä liiketoimintasuunnitelma* (2. uud. painos.). Kauppakamari.

- Hietala, H., Järvensivu, P., Kaivanto, K. & Kyläkallio, K. (2021). *Yrityksen asiakirja- ja sopimusopas* (6. uud. painos). Alma Talent Oy.
- Hirvonen, A. (2011). *Mitkä metodit?: Opas oikeustieteen metodologiaan*. [Ari Hirvonen].
- Honkinen, T., Innanen, A., Lindgren, J., Pello, J., Rantanen, J., Siltala, K. & Tuomala, S. (2016). *Startup-juridiikan käsikirja*. Alma.
- Hoppu, E. & Hoppu, K. (2011). *Kauppa- ja varallisuus oikeuden pääpiirteet* (13. painos.). Talentum.
- Hoppu, E., Hoppu, K. & Hoppu, K. (2020). *Kauppa- ja varallisuus oikeuden pääpiirteet* (17. uud. painos.). Alma Talent Oy.
- Kaisto, J. & Tepora, J. (2012). *Esineoikeus eurooppalaistuvassa Suomessa*. Helsingin Kamari Oy.
- Karhu, J. & Tolonen, H. (2011). *Varallisuus oikeus*. Annola, V., Hemmo, M., Kartio, L., Saarnilehto, A., Tammi-Salminen, E., Tolonen, J., Tuomisto, J. & Viljanen, M. (toim.) Sanoma Pro. (Alun perin julkaistu 2004).
- Kilpailu- ja kuluttajavirasto. (2022a). *Kansainvälinen yhteistyö kilpailuasioissa: Euroopan unioni*. Noudettu 2.2.2022 osoitteesta <https://www.kkv.fi/kilpailuasiat/kansainvalinen-yhteistyö-kilpailuasioissa/>
- Kilpailu- ja kuluttajavirasto. (2022b). *Suuntaviivat seuraamusmaksusta vapautumiseksi ja seuraamusmaksun alentamiseksi kartellitapauksissa*. Noudettu osoitteesta: <https://www.kkv.fi/uploads/sites/2/2022/01/2022-suuntaviivat-leniency.pdf>
- Kilpailu- ja kuluttajavirasto. (2021a). *Lausunto hallituksen esityksestä eduskunnalle hyvinvointialueiden perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon sekä pelastustoimen järjestämisen uudistusta koskevaksi lainsäädännöksi sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 12 ja 13 artiklan mukaisen ilmoituksen antamiseksi (HE 241/2020 vp)*. Noudettu osoitteesta: <https://www.kkv.fi/ajankohtaista/lausunnot/lausunto-hallituksen-esityksesta-eduskunnalle-hyvinvointialueiden-perustamista-ja-sosiaali-ja-terveydenhuollon-seka-pelastustoimen-jarjestamisen-uudistusta-koskevaksi-lainsaadannoksi-seka-euroopan-pa/>

- Kilpailu- ja kuluttajavirasto. (2021b). *Kartellit ja muut horisontaaliset kilpailunrajoitukset*. Noudettu 11.1.2022 osoitteesta: <https://www.kkv.fi/kilpailuasiat/kartellit/>
- Kilpailu- ja kuluttajavirasto (2021c). *Euroopan unionin tuomioistuimelta ennakkoratkaisu voimajohtokartellin kestoja koskevassa asiassa*. Noudettu osoitteesta: https://www.kkv.fi/ajankohtaista/uutiset/__trashed/
- Kilpailu- ja kuluttajavirasto (2021d). *KKV esittää 22 miljoonan euron seuraamusmaksuja isännöintialan yrityksille ja Isännöintiliitolle hintakartellista*. Noudettu 31.1.2022 osoitteesta: <https://www.kkv.fi/ajankohtaista/tiedotteet/kkv-esittaa-22-miljoonan-euron-seuraamusmaksuja-isannointialan-yrityksille-ja-isannointiliitolle-hintakartellista/>
- Kilpailu- ja kuluttajavirasto. (2020). *KKV esittää Mehiläisen ja Pihlajalinnan välisen yrityskaupan kieltämistä*. Noudettu osoitteesta: <https://arkisto.kkv.fi/ajankohtaista/Tiedotteet/2020/29.9.2020-kkv-esittaa-mehilaisen-ja-pihlajalinnan-valisen-yrityskaupan-kieltamista/>
- Kilpailu- ja kuluttajavirasto. (2011). *Markkinaoikeus määräsi Iittala Groupille kolmen miljoonan euron sakot määrähinnoittelusta*. Noudettu osoitteesta: <https://www.kkv.fi/ajankohtaista/Tiedotteet/kilpailuvirasto/2011/markkinaoikeus-maarasiiittala-groupille-kolmen-miljoonan-euron-sakot-maarahinnoittelusta/>
- Kilpailuvirasto. (2011a). *Kilpailuviraston suuntaviivat seuraamusmaksun määrän arvioinnista*. Noudettu osoitteesta: <https://arkisto.kkv.fi/globalassets/kkv-suomi/julkaisut/suuntaviivat/fi/suuntaviivat-3-2011-seuraamusmaksu.pdf>
- Kilpailuvirasto. (2011b). *Kilpailuviraston vuosikirja 2011 – Puheenvuoroja*. Noudettu osoitteesta: <https://arkisto.kkv.fi/globalassets/kkv-suomi/julkaisut/vuosikirjat/kilpailuvirasto/2011/kivi-vuosikirja-2011.pdf>
- Kuoppamäki, P. (2020). *Yritysoikeus*. Villa, S., Airaksinen, M., Alén-Savikko, A., Bärlund, J., Jauhiainen, J., Kisanlahti, T., Kanervo, J., Knuts, M., Kymäläinen, S., Mähönen, J., Pihlajarinne, T., Raitio, J. & Viitanen, K. (toim.) WSOYpro. (Alun perin julkaistu 2004).
- Kuoppamäki, P. (2018). *Uusi kilpailuoikeus* (3. uud. painos.). Alma Talent.

- Kuoppamäki, P. (2014). *Yritysoikeus*. Villa, S., Airaksinen, M., Alén-Savikko, A., Bärlund, J., Jauhiainen, J., Kaisanlahti, T., Kanervo, J., Knuts, M., Kymäläinen, S., Mähönen, J., Pihlajarinne, T., Raitio, J. & Viitanen, K. (toim.) WSOYpro. (Alun perin julkaistu 2004).
- Leivo, K., Leivo, T., Huimala, H., Huimala, M. & Väisänen, H. (2012). *EU:n ja Suomen kilpailuoikeus* (2. uud. painos.). Talentum.
- Levenstein, M. & Suslow, V. (2011). Breaking Up Is Hard to Do: Determinants of Cartel Duration. *The Journal of Law and Economics*, 54(2), 455–492. University of Michigan.
- Markkinaoikeus. (2021). *Markkinaoikeuden esittely*. Noudettu 27.1.2022 osoitteesta: <https://www.markkinaoikeus.fi/fi/index/markkinaoikeus/markkinaoikeudenesittely.html>
- Monaghan, C., Monaghan, C., Monaghan, N. & Stevenson, N. (2013). *Beginning contract law*. Routledge.
- Neumann M. & Weigand J. (2004). *The International Handbook of Competition*. Edward Elgar Publishing. ISBN: 9781843760542.
- Norros, O. (2018). *Velvoiteoikeus* (2. uud. painos.). Alma Talent.
- Oinonen, M. (2016). *EU:n ja Suomen kilpailuvalvonta*. Talentum Pro.
- Raitio, J. & Tuominen, T. (2020). *Euroopan unionin oikeus* (2. uud. painos.). Alma Talent Oy.
- Saarnilehto, A. & Annola, V. (2018). *Sopimusoikeuden perusteet* (8. uud. painos.). Alma Talent.
- Saarnilehto, A. (2009). *Sopimusoikeuden perusteet* (7. uud. painos.). Talentum.
- Saarnilehto, A. & Annola, V. (2011). *Varallisuus-oikeus*. Hemmo, M., Karhu, J., Kartio, L., Tammi-Salminen, E., Tolonen, J., Tuomisto, J. & Viljanen, M. (toim.) Sanoma Pro. (Alun perin julkaistu 2004).
- Sandvik, B., Sisula-Tulokas, L. & Havu, K. (2013). *Kansainvälinen kauppalaki*. Helsingin Kamari Oy.
- Vapaavuori, T. (2019). *Liikesalaisuudet ja salassapitosopimukset* (3. uud. painos.). Alma Talent Oy.

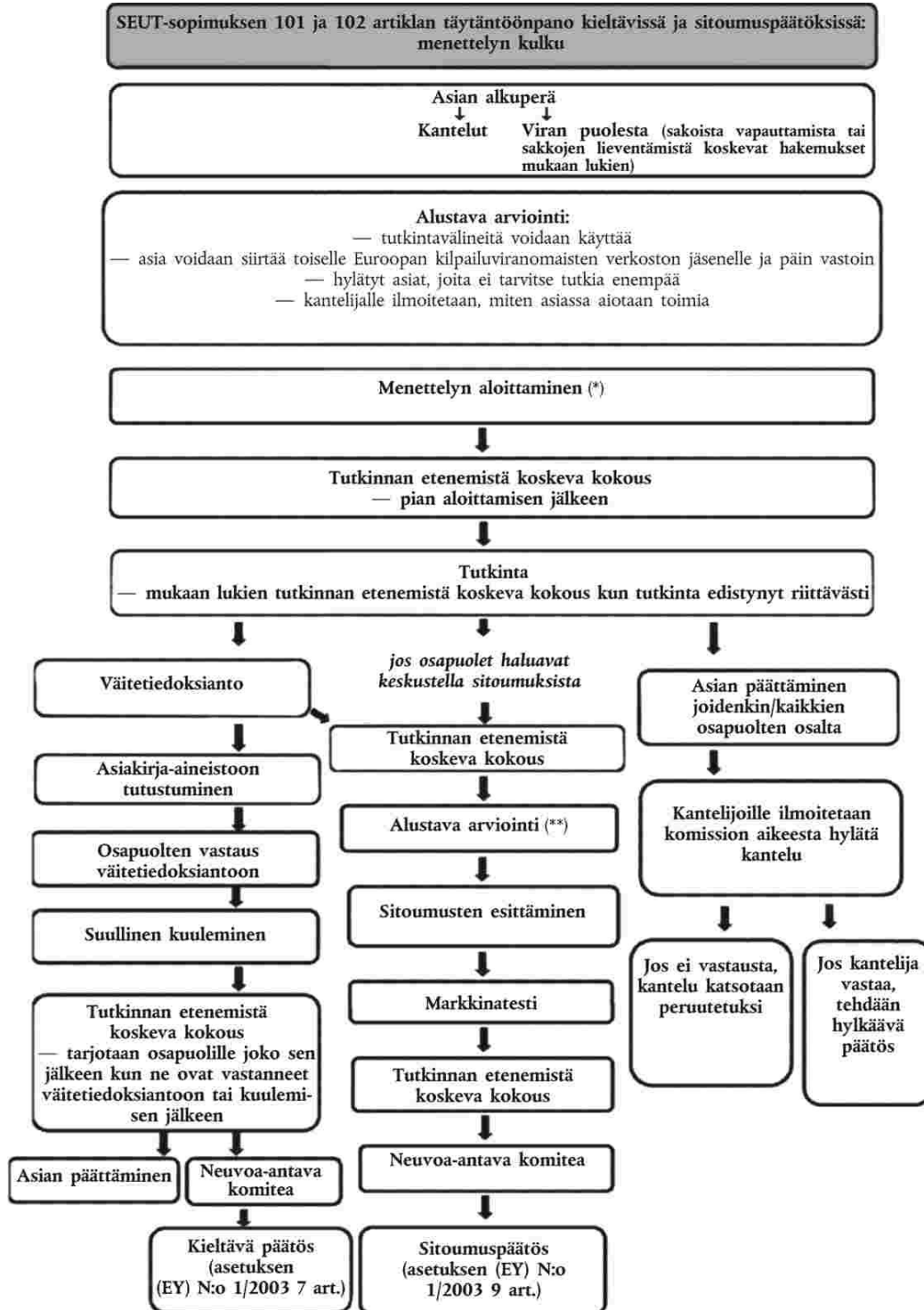
Vapaavuori, T. (2016). *Yrityssalaisuudet, liikesalaisuudet ja salassapitosopimukset* (2. uud. painos.). Talentum Pro.

Wikberg, O. (2011). *Johdatus kilpailuoikeuteen*. Talentum.

Wikberg, O. (2009). *Leniency v. kartellit : Kilpailuoikeudellinen ja -poliittinen tutkimus kartellien vastaisesta toiminnasta Euroopan unionissa*. Helsingin yliopisto.

Liitteet

Liite 1. Kilpailunrajoituksen tutkintamenettelyn vaiheet.



(*) Lukuun ottamatta kartellimenettelyjä, joissa menettely aloitetaan yleensä samalla kun väitetiedoksianto.

(**) Jos väitetiedoksianto on jo annettu, ennakoarviointia ei tarvita.