

Kartellien kriminalisointi Suomessa: Hallintomenettelyyn perustuvan
järjestelmän ja rikosoikeudellisen järjestelmän yhteensovittamisen
tarkoituksenmukaisuus, toteutettavuus ja edellytykset

Kilpailu- ja kuluttajaviraston Helsingin yliopiston oikeustieteelliseltä
tiedekunnalta tilaama selvitys

30.4.2014

SISÄLLYS

1. Johdanto	5
1.1 Toimeksianto.....	5
1.2 Kartellin ja kilpailunrajoitusten käsitteistä	6
1.3 Lainsäädännön nykytila ja siihen johtanut kehitys	7
1.3.1 EU:n kilpailuoikeus ja kartellit	7
1.3.2 Kartelleja koskeva sääntely Suomessa.....	11
1.3.2.1 Kilpailulainsäädännön kehitys	11
1.3.2.2 Vuoden 2011 kilpailulaki.....	14
1.3.2.3 Rikoslaki	17
1.4 Nykytilan arviointia ja lähtökohtia selvitykselle	21
2. Kartelleja koskevat seuraamusjärjestelmät Pohjoismaissa	26
2.1 Yleistä vertailutiedon hyödyntämisestä selvityksessä	26
2.2 Norja	26
2.3 Ruotsi	27
2.4 Tanska	29
3. Kriminalisoinnin oikeudelliset edellytykset	31
3.1 Rikosoikeudellisten rangaistusten tavoitteet ja oikeutus	31
3.2 Kartellitoiminnan vahingollisuus ja moitittavuus	33
3.3 Kriminalisointiperiaatteet ja kartellikriminalisointi.....	35
3.3.1 Perustuslain rajoitusedellytykset ja kriminalisointiperiaatteet.....	35
3.3.2 Oikeushyvien suojelun periaate	36
3.3.3 Ultima ratio -periaate	39
3.3.4 Hyöty–haitta-punninnan periaate.....	43
3.3.4.1 Kriminalisoinnin preventiovaikutukset.....	44

3.3.4.2 Oikeudenmukaisuus- ja yhdenvertaisuusnäkökulma	47
3.3.4.3 Kriminalisoinnin kustannukset	48
3.3.4.4 Kriminalisoinnin aiheuttamat toiminnalliset rajoitukset.....	50
3.3.4.5 Leniency-järjestelmän toimivuus.....	50
3.3.4.6 Viranomaisten tutkinta- ja tietojenvaihtovaltuudet.....	53
3.4 EU:n kilpailuoikeudesta seuraavat rajoitukset.....	54
3.5 Yhteenvetoa	59
4. Kartellikriminalisointi rangaistussäännöksenä	61
4.1 Yleistä	61
4.2 Rikosoikeudellisesti merkitykselliset kilpailunrajoitukset	61
4.3 Rikostunnusmerkistön sisältöä koskevat kysymykset	68
4.4 Rikosvastuun kohdentaminen	76
4.5 Kartellirikoksen seuraamukset.....	84
4.6 Yhteenvetoa	88
5. Kilpailuoikeudellisen hallintomenettelyn ja rikosprosessin yhteensovittamiseen liittyvistä kysymyksistä.....	90
5.1 Yleistä	90
5.2 Erityiset oikeusturvakysymykset kahden prosessin järjestelmässä	90
5.2.1 Itsekriminointisuoja	90
5.2.1.1 Yleistä	90
5.2.1.2 Yleiset edellytykset itsekriminointisuojan ulottumiselle rikosprosessin ulkopuolelle.....	92
5.2.1.3 Pakolla saatujen tietojen käyttö myöhemmässä rikosprosessissa	95
5.2.1.4 Itsekriminointisuoja nykyisessä hallinnollisessa kilpailuprosessissa	99
5.2.1.5 Itsekriminointisuojan merkitys mahdollisen kartellikriminalisoinnin kannalta	103
5.2.2 Ne bis in idem -kielto.....	110
5.2.2.1 Yleistä	110

5.2.2.2 Estävä laatu ja vaikutus.....	111
5.2.2.3 Asioiden samuus	113
5.2.2.4 Periaatteen huomioiminen mahdollisen kartellikriminalisoinnin yhteydessä	114
5.3 Prosessien vuorovaikutussuhteisiin liittyvät yleiset kysymykset	117
5.3.1 Yleistä	117
5.3.2 Prosessien ajallinen suhde sekä vireilläolon vaikutus	117
5.3.3 Viranomaisten tutkintavaltuuksista.....	119
5.3.4 Viranomaisten tietojenvaihtovaltuudet	123
5.3.5 Hallintotuomioistuimen ratkaisun asema rikosoikeudenkäynnissä	126
5.4 Leniency-järjestelmä.....	129
5.4.1 Kilpailuoikeudellinen leniency-järjestelmä	129
5.4.2 Rikosvastuusta vapautuminen ja rangaistuksen lieventäminen	132
5.4.3 Hallinto-oikeudellisen leniency-järjestelmän toimivuuden turvaamisesta	139
5.5 Vahingonkorvaus kilpailunrajoituksen perusteella.....	150
5.6 Yhteenvetoa	155
6. Vaihtoehtoiset sääntelymallit yksilövastuun toteuttamiseksi	157
6.1 Yleistä	157
6.2 Hallinnolliset sanktiot	157
6.3 Osittainen kriminalisointi.....	161
6.4 Liiketoimintakielto.....	163
6.4 Yhteenvetoa	175
7. Yhteenveto ja johtopäätökset	176
LÄHTEET.....	180

1. Johdanto

1.1 Toimeksianto

Pääministeri Jyrki Kataisen hallituksen ohjelmassa 22.6.2011 todetaan, että kilpailuoikeuden rikkomuksista seuraavia rangaistuksia kovennetaan. Lisäksi ohjelmassa on asetettu hallituksen tehtäväksi selvittää mahdollisuudet kartellitapauksiin syylistyneiden tuomitsemisesta henkilökohtaiseen rikosoikeudelliseen vastuuseen (s. 39). Ohjelman mukaan tavoite on myös laajemmin kohdentaa oikeuspoliittista tutkimusta rikollisuuden kokonaishaittojen vähentämiseen sekä seuraamusjärjestelmän uudistustarpeiden selvittämiseen (s. 26).

Kilpailu- ja kuluttajavirasto on 18.11.2013 laaditulla toimeksiantosopimuksella tilannut Helsingin yliopiston oikeustieteelliseltä tiedekunnalta selvityksen kartellien kriminalisoinnista Suomessa. Toimeksiannon mukaisesti Helsingin yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa laaditun selvityksen painopiste on kansallisten rikos-, hallinto- ja prosessioikeudellisten haasteiden ja lainsäädännöllisten erityiskysymysten tarkastelussa: hallintomenettelyyn perustuvan järjestelmän ja rikosoikeudellisen järjestelmän yhteensovittamisen tarkoituksenmukaisuus, toteutettavuus ja edellytykset. Lisäksi selvitys sisältää kansainvälistä vertailutietoa siltä osin kuin se on kansallisten kysymysten ratkaisemiseksi merkityksellistä.

Selvitystyön vastuuhenkilönä Helsingin yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa on ollut rikosoikeuden professori Raimo Lahti. Hänen johdolla ja ohjauksessaan selvitystyön päätoimisena tekijänä on ollut rikosoikeuden tohtorikoulutettava, oikeustieteen maisteri Ville Hiltunen. Lahti ja Hiltunen vastaavat yhteisesti selvityksen johtopäätöksistä.

Selvitystyön seuranta ja ohjausta varten on ollut työ- ja elinkeinoministeriön asettama ohjausryhmä, jonka puheenjohtajana on toiminut ylijohtaja Pekka Timonen työ- ja elinkeinoministeriöstä ja jäseninä lainsäädäntöneuvos Jussi Matikkala oikeusministeriöstä, johtaja Kirsi Leivo Kilpailu- ja kuluttajavirastosta, erikoistutkija Mika Oinonen Kilpailu- ja kuluttajavirastosta, asiantuntija Jukka Lehtonen Elinkeinoelämän keskusliitosta, asianajaja Christian Wik Asianajajaliiton edustajana ja asianajaja Leena Lindberg alan asiantuntijana.

Helsingin yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa selvitystyön luonnosteksteistä ovat antaneet palautetta professori Dan Frände ja apulaisprofessori Sakari Melander. Lisäksi rikosoikeuden tohtorikoulutettava, oikeustieteen maisteri Miikka Rainiala on antanut artikkelikäsitelmänsä ”Kartellikriminalisointi hallinnollisen ja rikosoikeudellisen sääntelyn rajapinnalla” tiedoksi selvitystyötä varten.

1.2 Kartellin ja kilpailunrajoitusten käsitteistä

Kilpailunrajoitukset ovat sellaisia elinkeinonharjoittajien menettelytapoja, jotka estävät tai vähentävät kilpailua markkinoilla. Kilpailunrajoituksessa voi olla kyse joko vähintään kahden elinkeinonharjoittajan välisestä kilpailua estävästä tai vähentävästä menettelystä tai yhden yrityksen määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä. Elinkeinonharjoittajien väliset kilpailunrajoitukset voidaan jakaa kahteen ryhmään. *Horisontaalisilla kilpailunrajoituksilla* tarkoitetaan samalla tuotanto- tai jakeluportaalla toimivien elinkeinonharjoittajien välisiä kilpailunrajoituksia. *Vertikaalisissa kilpailunrajoituksissa* elinkeinonharjoittajat taas toimivat toisiinsa nähden eri tuotanto- tai jakeluportaalla.¹

Kartellissa on kyse horisontaalisten kilpailunrajoitusten alaan kuuluvasta järjestelystä. Kartellin käsite ei kuitenkaan ole yksiselitteinen, vaan se on määritelty eri yhteyksissä hieman eri tavoin. EU:n piirissä kartellin käsite on määritelty seuraavilla tavoilla:

”Kartellit ovat kahden tai useamman kilpailijan välisiä sopimuksia ja/tai yhdenmukaistettuja menettelytapoja, joiden tarkoituksena on yhteensovittaa niiden kilpailukäyttäytymistä markkinoilla ja/tai vaikuttaa merkityksellisiin kilpailuparametreihin esimerkiksi seuraavanlaisilla tavoilla: vahvistamalla osto- tai myyntihintoja tai muita kauppaehtoja, jakamalla tuotanto- tai myyntikiintiöitä tai markkinoita mukaan lukien tarjouskeinottelun avulla, rajoittamalla tuontia tai vientiä ja/tai kohdistamalla muihin kilpailijoihin kilpailunvastaisia toimia.”²

“The ECN Model Programme concerns secret cartels, in particular agreements and/or concerted practices between two or more competitors aimed at restricting competition through, for example, the fixing of purchase or selling prices, the allocation of production or sales quotas or the sharing of markets including bid-rigging.”³

Lisäksi OECD on määritellyt kartellin käsitteen seuraavasti:

“a ‘hard core cartel’ is an anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce.”⁴

¹ Kuoppamäki 2012, s. 127, 171 ja 201.

² Komission tiedonanto sakoista vapauttamisesta ja sakkojen lieventämisestä kartelleja koskeissa asioissa, EUVL C 298, 8.12.2006, s. 17–22, kohta 1.

³ ECN Model Leniency Programme, November 2012, kohta 4.

⁴ OECD 1998, s. 3.

Yksinkertaistaen kartellilla tarkoitetaan siten kilpailijoiden välistä yhteistyötä, jonka tarkoituksena on vaikuttaa yritysten väliseen kilpailukäyttäytymiseen kilpailua rajoittavalla tavalla. Haitallisimmat kartellit on tyypillisesti jaoteltu neljään kategoriaan⁵. Keskeinen kartellimuoto on niin sanottu *hintakartelli*. Hintakartelli voi koskea hyödykkeistä perittäviä hintoja (myyntikartelli), hyödykkeistä maksettavia vastikkeita (ostokartelli) tai alennuksia, laskentasääntöjä sekä erilaisia toimitusmaksuja ja -ehtoja (ehtokartelli). *Tarjouskartellilla* taas tarkoitetaan menettelyä, jossa samaan tarjouskilpailuun osallistuvat yritykset yhteensovittavat tarjouksensa. *Tuotannonrajoituskartellissa* rajoitetaan yritysten tuotantoa tai myyntiä, ja *markkinoiden jakokartellissa* puolestaan jaetaan markkinoita, asiakkaita tai hankintalähteitä.

Nykyisen kilpailulain (948/2011) elinkeinonharjoittajien välisiä kilpailunrajoituksia koskeva kielto­säännös (5 §) ja Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (EUVL C 326, 26.10.2012, s. 13–46; SEUT) kiellettyjä kilpailunrajoituksia koskeva 101(1) artikla on muotoiltu siten, että ne eivät erottele erilaisia kilpailunrajoituksia toisistaan kovinkaan tarkasti säännöstekstin perusteella, vaan kilpailuoikeudellisesti merkittäviä kilpailunrajoituksia koskevat kiellot on sijoitettu yhteen säännökseen. Laissa tai perustamissopimuksessa ei myöskään ole yksiselitteisesti määritelty kartellin käsitettä. Eräänlainen kartellimääritelmä kuitenkin löytyy seuraamusmaksusta vapautumista kartellitapauksissa koskevasta kilpailulain 14 §:stä. Sen mukaan seuraamusmaksua ei tietyin edellytyksin määrätä, mikäli kyse on ”sellaisesta 5 §:ssä tai Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklassa tarkoitettusta kilpailijoiden välisestä salaisesta kilpailunrajoituksesta, jolla vahvistetaan osto- tai myyntihintoja tai muita kauppaehtoja, rajoitetaan tuotantoa tai myyntiä taikka jaetaan markkinoita, asiakkaita tai hankintalähteitä”.

Varsinaisen laintasaisen kielletyn kartellin määritelmän puuttuessa tässä selvityksessä kartellien kriminalisoinnin edellytysten ja tarkoituksenmukaisuuden arvioinnin lähtökohdaksi otetaan edellä esitelty OECD:n kartellimääritelmä sen yksinkertaisuuden ja selkeyden vuoksi.

1.3 Lainsäädännön nykytila ja siihen johtanut kehitys

1.3.1 EU:n kilpailuoikeus ja kartellit

Kiellettyjä kilpailunrajoituksia koskeva artikla on ollut osa EU-oikeutta aina vuoden 1957 Rooman sopimuksesta lähtien, ja artikla on numerointia lukuun ottamatta säilynyt muuttomattomana tähän päivään saakka. Nykyisin kielletty kilpailunrajoituksen määritellään Euroo-

⁵ ICN 2005, s. 10.

pan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (EUVL C 326, 26.10.2012, s. 13–46; SEUT) 101(1) artiklassa:

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

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

Artiklan 2 kohdassa kielletyt sopimusehdot todetaan siviilioikeudellisesti pätemättömiksi. Artiklan 3 kohta puolestaan mahdollistaa tietyin edellytyksin poikkeuksen myöntämisen sellaiselle rajoitukselle, joka tehostaa tuotantoa tai jakelua taikka edistää teknistä tai taloudellista kehitystä jättäen kuluttajille kohtuullisen osuuden saatavasta hyödystä.

SEUT 101 artiklan täytäntöönpanosta on annettu neuvoston asetus 1/2003⁶. Asetuksen 3(1) artiklan mukaan

1. Jos jäsenvaltioiden kilpailuviranomaiset tai kansalliset tuomioistuimet soveltavat kansallista kilpailulainsäädäntöä perustamissopimuksen 81 artiklan 1 (*nykyinen 101(1) artikla*) kohdassa tarkoitettuihin sopimuksiin, yritysten yhteenliittymien päätöksiin tai yhdenmukaistettuihin menettelytapoihin, jotka saattavat vaikuttaa kyseisessä säännöksessä tarkoitettuun jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, niiden on myös sovellettava perustamissopimuksen 81 artiklaa mainitunlaisiin sopimuksiin, päätöksiin tai yhdenmukaistettuihin menettelytapoihin.

— —

EU:n kilpailuoikeuden soveltuminen edellyttää siten niin sanottua kauppavaikutusta, eli mahdollisuutta siihen, että kilpailunrajoitus saattaa vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.

⁶ EYVL L 1, 4.1.2003, s. 1–14.

Kauppavaikutuskriteerin täyttyessä jäsenvaltiolla on velvollisuus soveltaa perustamissopimuksen 101 artiklaa. Kansallisia säännöksiä voidaan kuitenkin myös tällöin soveltaa EUnormien rinnalla. Jos komissio aloittaa oman, asetuksen mukaiseen päätökseen tähtäävän menettelynsä, jäsenvaltioiden kilpailuviranomaiset menettävät toimivaltansa perustamissopimuksen 101 artiklan määräysten soveltamiseen kyseisessä asiassa (asetuksen 1/2003 artikla 11(6)).

Niissä tapauksissa, joissa kansallista lainsäädäntöä sovelletaan EU-säännösten rinnalla, asetuksen 3(2) artikla asettaa kansalliselle sääntelylle tarkat reunaehdot:

2. Kansallisen kilpailulainsäädännön soveltaminen ei saa johtaa sellaisten sopimusten, yritysten yhteenliittymien päätösten tai yhdenmukaistettujen menettelytapojen kieltämiseen, jotka saattavat vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, mutta jotka eivät rajoita kilpailua perustamissopimuksen 81 artiklan 1 (nyk. 101(1) artikla) kohdassa tarkoitettulla tavalla tai jotka täyttävät perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdassa määrätty edellytykset tai jotka kuuluvat perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan soveltamiseksi annetun asetuksen piiriin. Jäsenvaltioita ei saa tämän asetuksen nojalla estää hyväksymästä ja soveltamasta alueellaan tiukempia kansallisia lakeja, joissa kielletään tai säädetään rangaistaviksi yritysten toteuttamat yksipuoliset toimet.

Jäsenvaltiot eivät siis saa ensinnäkään sallia järjestelyä, joka on EU-oikeuden 101(1) artiklan nojalla kielletty. Tämä seuraa jo suoraan EU-oikeuden ensisijaisuudesta kansalliseen oikeuteen nähden. Toisaalta asetuksen 3(2) artiklan nojalla jäsenvaltiot eivät saa myöskään suhtautua EU-sääntelyä *tiukemmin* 101 artiklan tarkoitamiin kilpailunrajoituksiin, joilla voi olla edellä mainittu kauppavaikutus.⁷

Asetuksen 1/2003 23 artikla sisältää määräykset kilpailusääntöjen rikkomisesta. Artiklan 2 kohdan mukaan komissio voi päätöksellään määrätä yrityksille tai yritysten yhteenliittymille sakon tahallisesta tai tuottamuksellisesta perustamissopimuksen 101 artiklan määräysten rikkomisesta. Sakko voi olla enintään kymmenen prosenttia kunkin rikkomiseen osallistuneen yrityksen tai yritysten yhteenliittymän edellisen tilikauden liikevaihdosta. Sakon suuruutta määrättäessä on otettava huomioon sekä rikkomisen vakavuus että sen kesto (asetuksen 1/2003 artikla 23(3)). Asetuksen 23(5) artiklan mukaan päätökset sakon määräämisestä eivät ole rikosoikeudellisia.

⁷ Kuoppamäki 2012, s. 48.

Komissio on antanut vuonna 2006 suuntaviivat asetuksen 1/2003 23(2) artiklan mukaisesti määrättävien sakkojen laskennasta⁸. Suuntaviivoissa määritellään sakon laskentamenetelmä, joka muodostuu sakon perusmäärän määrittämisestä (kohdat 12–26) sekä perusmäärään tehtävistä mukautuksista (kohdat 27–35). Laskentamenetelmää ei ole tarpeen käsitellä tässä yhteydessä laajemmalti, mutta merkityksellistä on huomata, että sellaisissa kilpailunrajoitustapauksissa, joissa kauppavaikutus täyttyy ja komissio tutkii asian, tulee sovellettavaksi melko yksityiskohtaiset ohjeet seuraamusmaksun laskennassa. Jäsenvaltiot eivät kuitenkaan ole sitottuja komission suuntaviivoihin kansallisen seuraamusjärjestelmän sisällön määrittämisessä.

EU-kilpailuoikeudellista sakoista vapauttamista ja sakkojen lieventämistä kartellitapauksessa koskee komission tiedonanto vuodelta 2006⁹. Tiedonannon 8 kohdan mukaan komissio myöntää vapautuksen sakoista, jotka olisi määrätty muussa tapauksessa yritykselle, joka paljastaa osallisuutensa yhteisöön vaikuttavaan väitettyyn kartelliin, jos tämä yritys toimittaa ensimmäisenä tietoja ja todisteita, joiden perusteella komissio katsoo pystyvänsä a) suorittamaan kohdennetun, väitettyyn kartelliin liittyvän tarkastuksen, tai b) toteamaan, että EY:n perustamissopimuksen 81 artiklaa (*nyk. 101 artikla*) on rikottu väitetyn kartellin yhteydessä. Tiedonannossa asetetaan lisäksi useita yksityiskohtaisia edellytyksiä, joiden tulee täyttyä, jotta sakosta vapautuminen voi toteutua. Edelleen tiedonannon 23 kohdan mukaan yritykset, jotka paljastavat osallisuutensa yhteisöön vaikuttavaan väitettyyn kartelliin mutta eivät täytä sakosta vapautumisen edellytyksiä, voivat saada lievennystä sakkoihin, jotka olisi määrätty muussa tapauksessa. Tiedonannossa asetetaan lisäedellytyksiä myös tältä osin ja määritellään sakkojen lieventämisen määrä riippuen siitä, monentenako yritys on toimittanut todisteita kilpailusääntöjen rikkomisesta¹⁰. Komission tiedonannon lisäksi EU:n piirissä on kilpailuviranomaisten yhteistyöverkoston (European Competition Network) toimesta laadittu ns. leniency-malliohjelma, jolla pyritään harmonisoimaan jäsenvaltioiden lainsäädäntö sakoista vapauttamisen ja sakkojen alentamisen osalta¹¹.

⁸ EUVL C 210, 1.9.2006, s. 2–5.

⁹ EUVL C 298, 8.12.2006, s. 17–22.

¹⁰ Lieventämisen määrät vastaavat jäljempänä esiteltävän kilpailulain 15 §:n määriä.

¹¹ ECN Model Leniency Programme, November 2012.

1.3.2 Kartelleja koskeva sääntely Suomessa

1.3.2.1 Kilpailulainsäädännön kehitys

Ensimmäinen kilpailunrajoituksia koskeva laki tuli voimaan vuonna 1957. Laki talouselämässä esiintyvien kilpailunrajoitusten valvonnasta (47/1957) rakentui pääosin julkisuusperiaatteen varaan. Siinä asetettiin elinkeinonharjoittajille velvollisuus kartelliviraston kehotuksesta ilmoittaa kilpailua rajoittavat järjestelyt kartelliviraston ylläpitämään julkiseen rekisteriin. Julkisen arvostelun katsottiin ehkäisevän vahingollisten kilpailunrajoitusten syntymistä ja soveltamista. Tarjouskartellit olivat kuitenkin kiellettyjä jo alusta asti, joskin kiellosta oli mahdollista poiketa kartelliviraston luvalla. Kartellivirastolla oli lisäksi toimivalta kieltää määrähintojen käyttö suhteessa seuraavaan myyntiportaaseen. Lain säännösten tai kartelliviraston asettaman kiellon rikkomisesta saattoi seurata sakkoa tai enintään kuuden kuukauden vankeusrangaistus.

Vuonna 1964 lain nimi muuttui laiksi taloudellisen kilpailun edistämisestä (1/1964). Tällöin otettiin käyttöön niin sanottu väärinkäyttöperiaate, jonka mukaan kilpailunrajoitukset eivät lähtökohtaisesti olleet kiellettyjä, mutta niihin voitiin puuttua, jos rajoituksilla katsottiin olevan vahingollisia vaikutuksia. Aiemmin pelkästään tarjouskartelleja koskeva kiello ulotettiin uudistuksessa koskemaan myös määrähintojen käyttöä. Lakia päivitettiin vuosina 1973 (423/1973), 1977 (474/1977) sekä 1985 (123/1985). Vuonna 1973 säädettiin uusista kilpailuviranomaisista sekä lisättiin säännöksiä tutkimustoiminnasta ja vuonna 1977 lakia muutettiin muutoksenhakumenettelyn osalta. Vuonna 1985 vahingollisia kilpailunrajoituksia koskeva säännös uudistettiin ja kilpailuneuvosto sai valtuudet kieltopäätösten ja toimitusvelvoitteiden antamiseen. Lain rangaistussäännös kehittyi uudistusten myötä siten, että vuoden 1985 muutosten jälkeen säännös oli yksilöity koskemaan määrähintakieltoa, tarjouskartellikieltoa, lain nojalla saatujen tietojen käyttöä, erinäisten ilmoitus- ja tiedonantovelvollisuuksien ja asiakirjojen esittämisvelvollisuuden rikkomista sekä tahallisen väärän ilmoituksen tai muun tiedon antamisen kilpailuviranomaisille. Rangaistusasteikko pysyi edelleen samana, ja nimikkeeksi muodostui *kilpailunedistämislain rikkominen*.

Vuoden 1988 laki kilpailunrajoituksista (709/1988) rakentui edelleen pääosin väärinkäyttöperiaatteelle ja vahingollisten vaikutusten poistamiselle neuvottelumenettelyssä. Määrähintoja ja tarjouskartelleja koskevat kiellot sisältyivät edelleen lakiin, ja ne muotoiltiin uudistuksessa aiempaa selvemmiksi. Myös rangaistussäännöksiä uudistettiin. Lain esitöiden mukaan epäkohtana pidettiin sitä, että aiemmassa laissa rangaistussäännökset oli koottu yhteen pykälään,

ja että säännös asetti saman rangaistusuhun alaiseksi teot, jotka yhteiskunnalliselta paheksuttavuudeltaan ja vaikutuksiltaan poikkesivat toisistaan selvästi. Lisäksi määrähinta- ja tarjouskartellikiellon rikkomisesta säädettyä rangaistusta pidettiin liian alhaisena suhteessa tekojen yleiseen paheksuttavuuteen, kansantalouden toimivuudelle aikaansaatuihin haittoihin sekä muualla lainsäädännössä omaksuttuun rangaistustasoon.¹² Rangaistussäännökset jaettiin kahdeksi pykäläksi, joista ensimmäisessä säädettiin kieltosäännösten rikkominen rangaistavaksi *kilpailunrajoitusrikoksena* asteikolla sakkoa tai enintään vuosi vankeutta. Aiempaa lakia mukaillen pykälässä säädettiin rangaistavaksi myös ilmoitus- ja tiedonantovelvollisuuksien ja asiakirjojen esittämisvelvollisuuden rikkominen sekä tahallisen väärän ilmoituksen tai muun tiedon antaminen *kilpailunrajoitusrikkomuksena*, jonka asteikko oli sakkoa tai enintään kuusi kuukautta vankeutta. Toisessa pykälässä säädettiin rangaistavaksi *kilpailunrajoituksista annettussa laissa säädetyn salassapitovelvollisuuden rikkominen*, josta voitiin tuomita sakkoa tai enintään kuusi kuukautta vankeutta.

Laki kilpailunrajoituksista uudistettiin kokonaisuudessaan vuonna 1992 (480/1992). Uudistuksessa siirryttiin aiempaa enemmän väärinkäyttöperiaatteesta kieltoperiaatteeseen. Kieltoperiaatteen mukaan kilpailunrajoitus on suoraan lain perusteella kielletty ilman, että kilpailunrajoituksen vaikutuksia tutkitaan tarkemmin. Uusina kiellettyinä menettelyinä lakiin kirjattiin horisontaaliset hinta- ja markkinoidenjakokartellit sekä määrävän markkina-aseman väärinkäyttö. Määrähintaa ja tarjouskartelleja koskevat kiellot säilyivät entisellään. Kiellot eivät olleet poikkeuksettomia, sillä kilpailuvirastolle annettiin oikeus myöntää poikkeuslupia kartellikielloista. Myös väärinkäyttöperiaate säilytti asemansa laissa, kun vahingollisten vaikutusten arviointi säilyi kilpailuviraston tehtävänä muiden kuin kiellettyjen menettelyjen osalta. Kilpailunrajoituslain muutosten taustalla oli erityisesti tavoite kehittää kilpailulainsäädäntöä vastaamaan paremmin Euroopan yhteisöjen kilpailusäännöksiä¹³.

Samalla kun kieltoperiaate ulotettiin koskemaan uusia menettelyjä, katsottiin tarpeelliseksi poistaa laista rikosoikeudellisten seuraamusten uhka kilpailunrajoituskieltojen rikkomisesta. Lain esitöissä kilpailunrajoitusrikoksen poistamisesta todetaan seuraavaa:

Tuomioistuimissa käsitellyt harvat kilpailunrajoitusrikokset ovat johtaneet vain lieviin sakko-rangaistuksiin, joilla ei voida katsoa olevan paljoakaan yleisestävää vaikutusta.¹⁴

¹² HE 148/1987 vp, s. 29.

¹³ HE 162/1991 vp, s. 3.

¹⁴ HE 162/1991 vp, s. 5.

Rangaistusseuraamusta ei [...] ole kilpailunrajoitusasioissa pidettävä tehokkaana ja tarkoituksenmukaisena seuraamuksena. Lakiin sisältyvien kieltojen rikkomukset voidaan joustavimmin käsitellä hallinnollisessa järjestyksessä sellaisissa viranomaisissa, jotka ovat erikoistuneet kilpailuasioden käsittelemiseen. Kilpailunrajoituksiin liittyvän tosiseikaston ja elinkeinoelämässä vallitsevien lainalaisuuksien arviointi on ilman erityisasiantuntemusta vaikeaa. Toisaalta kiellettyä kilpailunrajoitustekoa arvioitaessa on enemmän painoa kiinnitettävä teon elinkeinoelämälle tuottamaan vahinkoon kuin sen tekijän toimenpiteiden subjektiiviseen moitittavuuteen.¹⁵

Lain kilpailunrajoituskieltoja koskeva rangaistussäännös korvattiin hallinto-oikeudellisella seuraamusmaksulla, *kilpailunrikkomismaksulla*. Uudistuksen myötä kilpailuneuvosto sai valtuudet määrätä kilpailuviraston esityksestä kieltojen vastaisista menettelyistä seuraamusmaksun, jonka suuruus oli lähtökohtaisesti viidestä tuhannesta markasta neljään miljoonaan markkaan. Perustellusta syystä maksu voitiin kuitenkin määrätä suurempanakin, kuitenkin enintään 10 prosenttia kunkin kilpailunrajoitukseen osallistuvan elinkeinonharjoittajan tai näiden yhteenliittymän edellisen vuoden liikevaihdosta. Kilpailunrikkomismaksu voitiin jättää määräämättä, jos menettelyä oli pidettävä vähäisenä tai seuraamusmaksun määräämistä kilpailun turvaamisen kannalta muuten perusteettomana.

Vuoden 1992 jälkeiset kilpailunrajoituslain uudistukset liittyvät lähinnä EU:n kilpailuoikeuden täytäntöönpanoon. Edellä esitellyn EU:n neuvoston täytäntöönpanoasetuksen 1/2003 edellyttämät lainmuutokset toteutettiin vuonna 2004 (318/2004), jolloin kilpailunrajoituslain kieltosäännökset yhdenmukaistettiin EU:n perustamissopimuksen kilpailusääntöjen kanssa. Käytännössä tämä tarkoitti eri kieltosäännösten yhdistämistä yhdeksi pykäläksi. Lisäksi kansallisille viranomaisille asetettiin nimenomainen velvollisuus soveltaa EU:n kilpailusääntöjä silloin, kun kilpailunrajoituksella voi olla vaikutusta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.

Lainsäädännön yhdenmukaistamisen lisäksi vuoden 2004 uudistuksen yhteydessä kilpailunrajoituslain sanktiointijärjestelmää kehitettiin. Ensinnäkin kilpailunrikkomismaksua tarkistettiin poistamalla markkamääräiset rajat ja ulottamalla elinkeinonharjoittajan liikevaihtoon suhteutettava enimmäismaksu kaikkiin tapauksiin. Toiseksi uudistuksessa otettiin käyttöön kilpailunrikkomismaksusta vapauttamismenettely, eli niin sanottu leniency-menettely. Lakiin lisätyn säännöksen mukaan seuraamusmaksua voitiin alentaa tai se voitiin jättää määräämättä, jos elinkeinonharjoittaja tai näiden yhteenliittymä oli merkittävästi avustanut kilpailuvirastoa kilpailunrajoituksen selvittämisessä.

¹⁵ HE 162/1991 vp, s. 6.

1.3.2.2 Vuoden 2011 kilpailulaki

Voimassa olevan kilpailulain (948/2011) elinkeinonharjoittajien välisiä kiellettyjä kilpailunrajoituksia koskeva 5 § vastaa aiemman kilpailunrajoituslain 4 §:ää vuoden 2004 uudistuksen jälkeen, ja on siten kirjoitusasultaan hyvin lähellä EU:n perustamissopimuksen 101(1) artiklaa:

5 §. Elinkeinonharjoittajien väliset kielletyt kilpailunrajoitukset

Sellaiset elinkeinonharjoittajien väliset sopimukset, elinkeinonharjoittajien yhteenliittymien päätökset sekä elinkeinonharjoittajien yhdenmukaistetut menettelytavat, joiden tarkoituksena on merkittävästi estää, rajoittaa tai vääristää kilpailua tai joista seuraa, että kilpailu merkittävästi estyy, rajoittuu tai vääristyy, ovat kiellettyjä.

Kiellettyjä ovat erityisesti sellaiset sopimukset, päätökset ja menettelytavat:

- 1) joilla suoraan tai välillisesti vahvistetaan osto- tai myyntihintoja taikka muita kauppaehtoja;
- 2) joilla rajoitetaan tai valvotaan tuotantoa, markkinoita, teknistä kehitystä taikka investointeja;
- 3) joilla jaetaan markkinoita tai hankintalähteitä;
- 4) joiden mukaan eri kauppakumppaneiden samankaltaisiin suorituksiin sovelletaan erilaisia ehtoja siten, että kauppakumppanit asetetaan epäedulliseen kilpailuasemaan; tai
- 5) joiden mukaan sopimuksen syntymisen edellytykseksi asetetaan se, että sopimuspuoli hyväksyy lisäsuoritukset, joilla niiden luonteen vuoksi tai kauppataidan mukaan ei ole yhteyttä sopimuksen kohteeseen.

Nykyinen kilpailulaki ei erottele horisontaalisia ja vertikaalisia kilpailunrajoituksia toisistaan, vaan lain kiellot ja sanktiot koskevat yhtä lailla molempia. Kartellikiellot ovat siten vain yksi säännöksen soveltamisalan osa-alue.

Kilpailulain kilpailunrajoituksia koskeva kielto ei ole ehdoton. Lain 6 §:n mukaan kielto ei koske sellaista menettelyä, joka 1) osaltaan tehostaa tuotantoa tai tuotteiden jakelua taikka edistää teknistä tai taloudellista kehitystä, 2) jättää kuluttajille kohtuullisen osuuden näin saatavasta hyödystä, 3) ei aseta asianomaisille elinkeinonharjoittajille rajoituksia, jotka eivät ole välttämättömiä mainittujen tavoitteiden saavuttamiseksi ja 4) ei anna näille elinkeinonharjoittajille mahdollisuutta poistaa kilpailua merkittävältä osalta kysymyksessä olevia hyödykkeitä. Oikeutettuja voivat siten olla tietyt yhteistyömenettelyt, joissa yhteistyöstä voidaan katsoa olevan enemmän hyötyä kuin haittaa, tai joissa yhteistarjouksen osapuolilla ei voida katsoa olevan resursseja toteuttaa tarjouskilpailun kohteena olevaa kokonaisuutta itsenäisesti. Arvi-

oinnissa tulee hyödyntää SEUT 101(3) artiklan soveltamiskäytäntöä sekä EU:n ryhmäpoikkeusasetuksia¹⁶. Selvä lähtökohta on, ettei poikkeussäännös yleensä sovellu vakavimpiin kilpailunrajoituksiin¹⁷.

Kilpailunrajoitusten seuraamuksista säädetään kilpailulain 12 ja 13 §:ssä. Lähtökohtana on se, että kilpailunrajoituskieltojen rikkomisesta määrätään seuraamusmaksu, jollei menettelyä ole pidettävä vähäisenä tai seuraamusmaksun määräämistä kilpailun turvaamisen kannalta muutoin perusteettomana. Seuraamusmaksu voidaan määrätä myös sellaiselle elinkeinonharjoittajalle tai elinkeinonharjoittajien yhteenliittymälle, jolle rikkomukseen osallistunut elinkeinotoiminta on siirtynyt yrityskaupan tai muun yritysjärjestelyn seurauksena. Seuraamusmaksun suuruus perustuu kokonaisarviointiin, ja sitä määrättäessä on otettava huomioon rikkomuksen laatu ja laajuus, moitittavuuden aste sekä rikkomuksen kesto aika. Seuraamusmaksu saa olla enintään 10 prosenttia kunkin kilpailunrajoitukseen osallistuvan elinkeinonharjoittajan tai näiden yhteenliittymän liikevaihdosta siltä vuodelta, jona elinkeinonharjoittaja tai elinkeinonharjoittajien yhteenliittymä viimeksi osallistui rikkomukseen. Seuraamusmaksun määrää markkinaoikeus kilpailu- ja kuluttajaviraston esityksestä.

Seuraamusmaksusta vapautumisesta ja maksun alentamisesta kartellitapauksissa säädetään lain 14–16 §:ssä.

14 §. Seuraamusmaksusta vapautuminen kartellitapauksissa

Elinkeinonharjoittajalle ei määrätä seuraamusmaksua, kun kyse on sellaisesta 5 §:ssä tai Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklassa tarkoitetusta kilpailijoiden välisestä salaisesta kilpailunrajoituksesta, jolla vahvistetaan osto- tai myyntihintoja tai muita kauppaehtoja, rajoitetaan tuotantoa tai myyntiä taikka jaetaan markkinoita, asiakkaita tai hankintalähteitä, jos tällaiseen kilpailunrajoitukseen osallinen elinkeinonharjoittaja:

- 1) toimittaa tietoja ja todisteita, joiden perusteella Kilpailu- ja kuluttajavirasto voi toimittaa 35 (tarkastukset elinkeinonharjoittajan liiketiloissa) tai 36 §:ssä (tarkastukset muissa tiloissa) tarkoitetun tarkastuksen; tai
- 2) toimittaa 35 tai 36 §:ssä tarkoitetun tarkastuksen toimittamisen jälkeen tietoja ja todisteita, joiden perusteella Kilpailu- ja kuluttajavirasto voi todeta, että 5 §:ää tai Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklaa on rikottu.

¹⁶ HE 11/2004 vp, s. 34.

¹⁷ Ks. HE 11/2004 vp, s. 32–35, Kuoppamäki 2012, s. 122 sekä Leivo et al. 2012, s. 177 ja 179.

Edellä 1 momentissa tarkoitetuissa tilanteissa seuraamusmaksusta vapautumisen edellytyksenä on lisäksi, että elinkeinonharjoittaja on antanut 1 ja 2 kohdassa tarkoitetut tiedot ja todisteet ennen kuin Kilpailu- ja kuluttajavirasto on saanut tiedot muuta kautta.

Elinkeinonharjoittaja, joka on painostanut toista elinkeinonharjoittajaa osallistumaan kartelliin, ei voi saada vapautusta seuraamusmaksusta.

15 §. Seuraamusmaksun alentaminen kartellitapauksissa

Muulle kuin 14 §:n perusteella seuraamusmaksusta vapautuksen saaneelle 14 §:n 1 momentissa tarkoitettuun kilpailunrajoitukseen osallistuneelle elinkeinonharjoittajalle määrättävää seuraamusmaksua alennetaan, jos se toimittaa Kilpailu- ja kuluttajavirastolle tietoja ja todisteita, jotka ovat merkityksellisiä kilpailunrajoituksen tai sen koko laajuuden tai luonteen toteamiseksi ja ennen kuin Kilpailu- ja kuluttajavirasto on saanut tiedot muuta kautta. Seuraamusmaksua alennetaan seuraavasti:

- 1) 30–50 prosenttia, jos elinkeinonharjoittaja toimittaa tiedot ensimmäisenä;
- 2) 20–30 prosenttia, jos elinkeinonharjoittaja toimittaa tiedot toisena;
- 3) enintään 20 prosenttia muissa kuin 1 ja 2 kohdassa tarkoitetuissa tilanteissa.

Elinkeinonharjoittaja, joka on saanut 17 §:n 2 momentissa tarkoitetun ehdollisen vapautuksen seuraamusmaksusta, ei voi saada 1 momentissa tarkoitettua alennusta samaa kilpailunrajoitusta koskevassa asiassa.

16 §. Edellytykset seuraamusmaksusta vapautumiselle ja seuraamusmaksun alentamiselle kartellitapauksissa

Edellä 14 §:ssä tarkoitetun seuraamusmaksusta vapautumisen tai 15 §:ssä tarkoitetun seuraamusmaksun alentamisen edellytyksenä on lisäksi, että elinkeinonharjoittaja:

- 1) lopettaa osallistumisensa kilpailunrajoitukseen välittömästi toimitettuaan Kilpailu- ja kuluttajavirastolle 17 §:n 1 momentissa tarkoitetun hakemuksen;
- 2) toimii yhteistyössä Kilpailu- ja kuluttajaviraston kanssa koko kilpailunrajoituksen selvittämisen ajan;
- 3) ei hävitä hakemuksen piiriin kuuluvia todisteita ennen 17 §:n 1 momentissa tarkoitetun hakemuksen toimittamista eikä hakemuksen toimittamisen jälkeen; ja
- 4) pitää salassa 17 §:n 1 momentissa tarkoitetun hakemuksen sisällön ja sen, että on tehnyt hakemuksen tai että harkitsee hakemuksen tekemistä.

Elinkeinonharjoittaja voi 1 momentin 1 kohdan estämättä Kilpailu- ja kuluttajaviraston ohjauksessa jatkaa osallistumista kilpailunrajoitukseen siinä laajuudessa kuin se on välttämätöntä 35 ja 36 §:ssä tarkoitettujen tarkastusten onnistumisen turvaamiseksi.

Edellä 1 momentin 4 kohdasta poiketen elinkeinonharjoittaja voi antaa hakemusta koskevat tiedot Euroopan komissiolle tai toisen maan kilpailuviranomaiselle, jos se on tarpeen kilpailunrajoituksen selvittämiseksi.

Seuraamusmaksusta vapautumista ja seuraamusmaksun alentamista koskevat niin sanotut leniency-säännökset on vuoden 2011 uudistuksessa muutettu vastaamaan Euroopan komission soveltamia säännöksiä¹⁸. Tässä sääntelymallissa kartellitapaukset on erotettu muista kilpailunrajoitusasioista, joiden osalta seuraamusmaksun alentamisesta on säädetty erikseen lain 18 §:ssä.

1.3.2.3 Rikoslaki

Nimenomaisesta kilpailunrajoitusrikoksesta luovuttiin vuonna 1992. Rikoslaisissa (39/1889) on kuitenkin joitakin säännöksiä, jotka edelleen voisivat soveltua kartellimenettelyihin. Oikeuskirjallisuudessa ja kilpailulain säätämisen yhteydessä on kiinnitetty erityisesti huomiota rikoslain petossäännöstöön (RL 36:1–3).

Rikoslain 36 luvun 1 §:n 1 momentin mukaan

Joka, hankkiakseen itselleen tai toiselle oikeudetonta taloudellista hyötyä taikka toista vahingoittaakseen, erehdyttämällä tai erehdystä hyväksi käyttämällä saa toisen tekemään tai jättämään tekemättä jotakin ja siten aiheuttaa taloudellista vahinkoa erehtyneelle tai sille, jonka eduista tällä on ollut mahdollisuus määrätä, on tuomittava petoksesta sakkoon tai vankeuteen enintään kahdeksi vuodeksi.

Petoksen tunnusmerkistö on siten jaoteltavissa seuraaviin tunnusmerkkeihin: 1) erehdyttäminen tai erehdyksen hyväksikäyttäminen, 2) toiselle aiheutuva erehdys, 3) erehdyksen vallassa suoritettu määräämistoimi, 4) siitä aiheutunut vahinko sekä 5) hyötymis- tai vahingoittamistarkoitus.

Petossäännöksen systematiikka edellyttää, että teolle on yksilöitävissä kohde. Erehdyttämisen tai erehdyksen hyväksikäyttämisen tulee siten kohdistua johonkin tiettyyn tahoon, joka erehtyneenä disponoi. Tämän vuoksi suuri osa kartellitapauksista jää petossäännöksen sovelta-

¹⁸ HE 88/2010 vp, s. 39.

misalan ulkopuolelle. Tunnusmerkistön perusteella petossäännös voisikin soveltua lähinnä tarjouskartelleihin, joissa erehdyttämisen kohde on selvästi yksilöitävissä.

Tarjouskilpailun tarkoitus on luoda kilpailutilanne, jossa yritykset joutuvat tekemään mahdollisimman edullisen tarjouksen voittaakseen kilpailun. Tarjouskartellitilanteessa yritykset pyrkivät kuitenkin vähentämään epävarmuutta kilpailijoiden toiminnasta, ja sopimalla esimerkiksi tarjousten hintatasosta tai markkinoiden jakamisesta ne pystyvät nostamaan hintatasoa kilpailtua tilannetta korkeammalle. Tällöin tarjouskilpailuun osallistuvat yritykset pyrkivät erehdyttämään hankkijatahoa sen seikan suhteen, että kyseessä olisi aito kilpailutilanne. Hankkijataho puolestaan erehtyy luullessaan, että kyseistä hankintaa ei pystyttäisi toteuttamaan tarjouksia edullisemmin, ja hyväksyy näin ollen parhaimman tarjouksen. Hankkijalle aiheutuu tällöin vahinkoa sen verran, kuin mitä hyväksytty tarjous poikkeaa sellaisesta parhaasta tarjouksesta, joka olisi tehty aidossa kilpailutilanteessa. On myös selvää, että kyseisellä menettelyllä yritykset pyrkivät hankkimaan taloudellista hyötyä, jota ne eivät kilpaillussa – eli kilpailulain edellyttämässä – tilanteessa voisi saada. Tavoiteltava taloudellinen hyöty on siten oikeudetonta.

Edellä mainitun perusteella petoksen tunnusmerkistön täyttyminen näyttäisi sinänsä mahdolliselta tarjouskartellitilanteesta. Säännöksen soveltamiseen liittyy kuitenkin joitakin ongelmakohtia.

Ensinnäkin arvioitavaksi tulee se, mikä merkitys on annettava muun muassa tarjouskartelleja koskeneen nimenomaisen kriminalisoinnin poistamiselle kilpailunrajoituslaista vuonna 1992. Eli voidaanko kyseisen lainmuutoksen katsoa tarkoittavan sitä, että lainsäätäjä on nimenomaisesti halunnut kartellimenettelyt pois rikosoikeuden piiristä? Esitöistä käy sinänsä ilmi, että tarkoituksena oli tuolloin luopua rikosoikeudellisista seuraamuksista ja siirtyä hallinnolliseen seuraamusjärjestelmään kartelliasioissa¹⁹. On kuitenkin huomattava, että uudistuksessa arvioitiin ainoastaan kilpailunrajoituslakiin sijoitettuja kriminalisointeja, jotka lain kieltojen rikkomiseen kohdistuneina olivat ikään kuin sellaisia yleisen petossäännöksen esiasteita, joissa kielletyistä kilpailunrajoituksista vasta sovittiin kilpailijoiden kesken. Tarkastelua ei siten ulotettu lainkaan koskemaan varsinaisen petossäännösten soveltamista. Lisäksi vuoden 2011 kilpailulain esitöissä esitetään nykytilan arvioinnin yhteydessä näkemys, jonka mukaan tarjouskartellit voisivat tulla arvioitavaksi rikoslain petossäännösten nojalla²⁰. Voidaan myös

¹⁹ HE 162/1991 vp, erit. s. 3 ja 6.

²⁰ HE 88/2010 vp, s. 8.

argumentoida, että jos petoksen tunnusmerkistön täyttävää tekoa ei olisi pidettävä rikoksena vain koska siitä on säädetty kilpailunrikkomismaksu, saattaisi kyseinen ”immuneetti” johtaa ongelmiin myös muiden kartellitoiminnan yhteydessä tehtyjen rikosten arvioinnissa. Oikeuskirjallisuudessa onkin pohdittu esimerkiksi kirjapitorikoksen (RL 30:9) ja perättömän lausuman tuomioistuimessa (RL 15:1) asemaa edellä mainittuun tulkintalinjaan nähden, ja todettu rajanveto paikoin ongelmalliseksi²¹. Kokonaisuutena arvioiden vaikuttaisi siten perustellulta katsoa vuoden 1992 lainuudistuksen kohdistuneen vain tarjouskartellista sopimisen dekriminalisointiin, eikä kyseiselle lainmuutokselle tulisi antaa painoarvoa rikoslain petossäännöksen soveltamisalaa arvioitaessa.

Toiseksi petossäännöksen soveltaminen tarjouskartellimenettelyyn voi muodostua haastavaksi säännöksen systematiikan vuoksi. Siinä missä kilpailulain 5 §:n kieltosäännös edellyttää elinkeinonharjoittajien välisen kielletyn yhteistyön toteamista, ja jossa lähtökohtana on oletettava kilpailunrajoitusmenettelyn vahingollisuudesta, rikoslain 36:1:n petossäännös taas edellyttää näyttöä kaikista petoksen tunnusmerkistötekijöistä ja tekijän tahallisuudesta niiden suhteen. Näin pelkkä sopiminen tarjouskartellista ei voi tulla arvioitavaksi petossäännöksen perusteella, vaan edellytyksenä on kohteen valikoituminen ja tarjouksen tekeminen hyötymistarkoituksessa. Kuten *Nuutila* on todennut, ”petossäännökset voisivat soveltua lähinnä tarjouskartelleihin, joissa jo tarjouskartellista sovittaessa on ollut tiedossa se taho tai ne tahot, jotka tarjousten perusteella päättävät sopimuksen syntymisestä jonkin tarjouksen antajan kanssa”²².

Itse erehdyttämisen tai erehdyksen hyväksikäyttämisen kannalta tilanne ei sen sijaan vaikuta kovinkaan ongelmalliselta. Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 109:2004 on erehdyttämisvaatimuksesta todettu seuraavaa: ”[p]etosrikoksen tunnusmerkistö on muotoiltu sillä tavoin avoimeksi, että on perusteltua katsoa, että rangaistavaa on lähtökohtaisesti kaikki sellainen menettely, jota yleisen kielenkäytön mukaan voidaan pitää petollisena ja joka tapahtuu hyötymis- tai vahingoittamistarkoituksessa”. Voitaneen pitää selvänä, että tarjouskartellin perusteella tehtyä tarjousta on pidettävä yleisen kielenkäytön mukaan petollisena; kartellin osapuolet pyrkivät peittelemään sitä, ettei kyseessä ole todellinen kilpailutilanne, vaikka kilpailutus on nimenomaisesti tarjouskilpailun tarkoitus. Tarjouskilpailun järjestäjää erehdytetään siten edellä todetuin tavoin kilpailutilanteen suhteen. Myös hyötymistarkoitus on selvästi todettavissa. Tarjouskartellin olemassaololle tuskin on esitettävissä mitään muuta selitystä

²¹ Matikkala 2008, s. 262.

²² Nuutila 2004, s. 7.

kuin taloudellisen hyödyn tavoittelu, josta oikeudetonta tekee jo menettelyn kilpailulainsäädännön vastaisuus.

Haastavimmaksi petossäännöksen tunnusmerkiksi osoittautuu taloudellisen vahingon vaatimus. Kuten todettu, kilpailulainsäädäntö olettaa tarjouskartellin vahingolliseksi, kun taas petossäännös edellyttää aiheutuneen vahingon näyttämistä. Koska tarjouskilpailut ovat kuitenkin yksilöllisiä, saattaa olla varsin hankalaa muodostaa käsitys siitä, millainen paras tarjous olisi ollut jos kilpailu olisi toteutunut ilman kilpailunrajoituksia. Petossäännöstä on kuitenkin vakiintuneesti tulkittu siten, että vahinkoedellytys tarkoittaa taloudellisen vahingon välitöntä vaaraa sopimukseen sitoutumisen hetkellä; vahingon ei siis tarvitse olla varma, eikä sen tarvitse myöskään välttämättä realisoitua. Nuutila on katsonut, että rangaistusvastuun kannalta on riittävää, jos urakkasopimus on tehty tietoisena siitä, että sopiminen urakkahinnoista on huomioon otettavalla tavalla korottanut taloudellisen vahingon vaaraa tarjouksia pyytäneelle taholle, ja vastaavasti korottanut taloudellisen hyödyn hankkimisen mahdollisuutta tarjouskartelliin ryhtyneelle²³. Petosrikokseen liittyy tosin käytännössä aina myös kysymys aiheutuneen vahingon ja saadun hyödyn määrästä, joka vaikuttaa muun muassa teon törkeysarviointiin. Näyttäisikin siltä, että vahingon määrän arviointi muodostuisi hyvin vaikeaksi, mikäli tarjouskartellin perusteella tehtyyn tarjoukseen ei ole lisätty jotakin havaittavissa olevaa ”lisää” tai tarjous ei muutoin ole selvästi tavanomaista hintatasoa korkeampi.

Vaikka rikoslain petossäännökset näyttäisivät edellä mainitun perusteella sinänsä soveltuvan tarjouskartellien perusteella tehtyihin tarjouksiin, ei petossäännöstä ole kuitenkaan kyseisissä tapauksissa käytännössä sovellettu. Vuonna 2004 keskusrikospoliisi teki niin sanotun asfalttikartelliasian²⁴ käsittelyn yhteydessä päätöksen esitutinnan toimittamatta jättämisestä kyseiseen kartelliin liittyvän petosepäilyn osalta. Päätöstä perusteltiin laillisuusperiaatteen ennakoitavuusvaatimuksella, ja siinä todettiin, ettei petoksen rangaistavuus olisi ollut kohuudella ennustettavissa ottaen huomioon etenkin tarjouskartelleja koskeneen nimenomaisen rangaistussäännöksen poistamisen kilpailunrajoituslaista.²⁵ Päätöksestä ja sen perusteluista ei voitane tehdä kovinkaan pitkälle meneviä johtopäätöksiä petossäännösten sovellettavuudesta, ottaen erityisesti huomioon asian tulkinnanvaraisuuden sekä asiantuntijalausunnon antaneen

²³ Nuutila 2004, s. 8–9.

²⁴ Asian hallinto-oikeudellisesta käsittelystä ks. KHO 2009:83.

²⁵ KRP:n päätös esitutinnan toimittamatta jättämisestä 2.12.2004, 2400/s/10294/04, s. 3.

Nuutilan poikkeavan kannan²⁶. Käytännössä merkittävän kartelliasian yhteydessä tehty esitutkinnan toimittamatta jättämistä koskeva päätös vaikuttanee kuitenkin siten, että petoskysymyksen käsittely tuomioistuimissa nykyisen lainsäädännön perusteella on melko epätodennäköistä. Oikeustilan voitaneen tämän vuoksi katsoa olevan se, ettei tarjouskartelliin osallistumisesta ole todennäköisesti odotettavissa rikosoikeudellista seuraamusta.

Vaikkei rikoslain petossäännösten soveltamista tarjouskartellitapauksissa voida mainituin syin pitää todennäköisenä, saattaa tulkintaepäselvyydestä käytännössä aiheutua jännite kilpailulain seuraamusjärjestelmän seuraamuksista vapautumista tai niiden alentamista koskevien leniency-säännösten kanssa. Leniency-hakemuksen tekemistä harkitsevan yrityksen päätökseen saattaa vaikuttaa nimittäin se, ettei yrityksessä pystytä riittävällä varmuudella ennakoimaan, aloitetaanko asiassa rikostutkinta vai ei; koska rikosoikeudellinen järjestelmä ei nykyisessä muodossaan mahdollistaisi seuraamuksista vapautumista, saattaa yritys epävarmassa tilanteessa jättää hakemuksen tekemättä²⁷.

1.4 Nykytilan arviointia ja lähtökohtia selvitykselle

Nykyinen kilpailulain mukainen seuraamusjärjestelmä rakentuu yhden prosessin ympärille. Kilpailunrajoitusasiat tutkii kilpailu- ja kuluttajavirasto, jonka esityksestä markkinaoikeus voi määrätä hallinnollisen seuraamusmaksun kilpailunrajoituksesta. Rikoslaki puolestaan näyttäisi periaatteessa tarjoavan mahdollisuuden tarjouskartellien perusteella tehtyjen tarjousten pitämiselle petoksina, mutta säännöstä ei käytännössä ole tässä yhteydessä sovellettu.

Kieltoperiaatteelle ja hallinnollisille sanktioille rakentuvaa kilpailulainsäädäntöä on pidetty lainvalmisteluaineistossa melko hyvin toimivana²⁸. Yksinomaan hallinnolliseen menettelyyn perustuvan järjestelmän on nähty tarjoavan tiettyjä etuja rikosprosessiin tai kahden eri prosessin yhdistelmään nähden. Ensinnäkin hallintomenettelyä on pidetty rikosprosessiin nähden joustavana ja tehokkaana²⁹. Toiseksi on katsottu, että yhteen menettelyyn keskittyminen mahdollistaa erikoistumisen vaikeaselkoisten kilpailunrajoitusasioiden käsittelemiseen³⁰. Kolmanneksi hallinnollista menettelyä on pidetty toimivan leniency-järjestelmän edellytyksenä. Esimerkiksi Kilpailulaki 2010 -mietinnössä on arvioitu, että rikosoikeudelliset sanktiot

²⁶ Lisäksi valtionsyyttäjä Ari-Pekka Koivisto on Kilpailuoikeuden rikosoikeudelliset aspektit -koulutusseminaarissa 2.12.2008 esittänyt näkemyksensä, että rikoslain petossäännös olisi sovellettavissa tarjouskartellin perusteella tehtyihin tarjouksiin.

²⁷ Leniency-järjestelmästä ja sen yhteensovittamisesta rikosoikeudellisen järjestelmän kanssa tarkemmin jäljempänä jaksoissa 3.3.4.5 sekä 5.4.

²⁸ HE 11/2004 vp, s. 19 sekä Kilpailulaki 2010 -mietintö, s. 17.

²⁹ Esim. HE 162/1991 vp, s. 6 sekä Kilpailulaki 2010 -mietintö, s. 50–51.

³⁰ HE 162/1991 vp, s. 6.

heikentäisivät järjestelmän tehokkuutta ja vähentäisivät yritysten kannustimia antaa ilmi kilpailunrikkomuksiaan, koska leniency-järjestelmä ei vapauttaisi yritysjohtoa rikosoikeudellisista seuraamuksista³¹.

Edellä esiteltyt hallintomenettelyn puolesta puhuvat näkökohdat ovat hyvin käytännönläheisiä ja prosessuaaliseen tehokkuuteen pyrkiviä. Periaatteellisempi pohdinta siitä, milloin rikosoikeudellista järjestelmää olisi perusteltua käyttää, on kilpailunrajoitusasioiden osalta jäänyt melko vähäiseksi. Lain esitöissä ja niitä edeltäneissä selvityksissä on lähinnä todettu, että rikosoikeudenkäyntien määrä oli ennen vuotta 1992 vähäinen, rikosoikeudellinen rangaistus ei muutenkaan ole tarkoituksenmukainen seuraamus kilpailunrajoitusasioissa ja että kilpailunrajoitusta arvioitaessa olisi syytä kiinnittää enemmän huomiota teon elinkeinoelämällä tuottamaan vahinkoon kuin sen tekijän toimenpiteiden subjektiiviseen moitittavuuteen³².

Kuitenkin eräät kilpailunrajoitukset, erityisesti kartellit, ovat hyvin petoksenkaltaisia niiden perustuessa joko suuren ihmisryhmän tai tietyn kohderyhmän erehdyttämiseen, jossa tavoitteena on taloudellinen hyötyminen kilpailua vääristämällä. Menettelyn moitittavuutta kuvaa jo se, että rikoslain petostunnusmerkistö näyttäisi soveltuvan tarjouskartellitapauksiin, ja muiden kartellityyppien sijoittuminen säännöksen soveltamisalan ulkopuolelle johtuu lähinnä rikoksen kohdetta koskevasta säännöksen sisäisestä systematiikasta. Lisäksi jos mahdolliset käytännön ongelmat hallintoprosessin suhteen sivuutetaan, vaikuttavat lain esitöissä esitetyt näkökohdat kartellien rikosoikeudellisesta rankaisemattomuudesta jokseenkin kevyiltä, etenkin kun lähes vastaavista lähtökohdista ja hyvin samantyyppisistä menettelyistä on säädetty rikoslaissa vankeusrangaistushkaisia kriminalisointeja, kuten sisäpiiritiedon väärinkäyttö (RL 51:1) ja markkinoiden vääristäminen (RL 51:3).

Rikosoikeudellisten seuraamusten poistamista kilpailulainsäädännöstä onkin syytä tarkastella taustaansa vasten. Ensinnäkin voitaneen sanoa, että siirtyminen hallinnollisiin sanktioihin tapahtui tavallaan melko äkillisesti ja odottamatta. Lainsäätäjän nopeaa mielenmuutosta kuvaa osaltaan se, että kriminalisointien poistamista edeltäneessä kilpailunrajoituslain uudistuksessa vain neljä vuotta aiemmin haluttiin vielä korottaa kilpailunrajoitusrikoksen rangaistusasteikkoa tekojen yleisen paheksuttavuuden, kansantalouden toimivuudelle aikaansaamien haittojen sekä muualla lainsäädännössä omaksutun rangaistustason vuoksi³³. Lisäksi vain vuotta ennen kriminalisointien poistamista lakivaliokunta katsoi rikoslain kokonaisuudistusta

³¹ Kilpailulaki 2010 -mietintö, s. 51.

³² HE 162/1991 vp, s. 5–6 sekä KM 1991:15, s. 69 ja 80–81.

³³ HE 148/1987 vp, s. 29–30.

koskeneessa mietinnössään, että silloisen kilpailunrajoituslain 24 §:n kilpailunrajoitusrikos olisi syytä siirtää rikoslain 30 lukuun muiden elinkeinorikosten kanssa uudistuksen seuraavassa vaiheessa³⁴. Toiseksi kilpailulainsäädännön esitöitä tarkastelemalla voidaan todeta, että kilpailunrajoituksia on sekä ennen kriminalisointien poistamista että sen jälkeen pidetty vahingollisina ja sääntelyssä on haluttu korostaa yhteiskunnan jatkuvasti tiukentuvaa suhtautumista kilpailunrajoituksiin³⁵. Kolmanneksi voidaan havaita, että kilpailulainsäädännön muutokset ovat 1990-luvun alusta asti perustuneet hyvin pitkälle tavoitteeseen yhtenäistää kansallinen lainsäädäntö EU:n kilpailulainsäädännön kanssa³⁶. Tätä taustaa vasten voitaneen perustellusti argumentoida, että nimenomaisten kilpailunrajoituksia koskevien kriminalisointien poistaminen kilpailulainsäädännöstä on johtunut keskeisesti muista seikoista kuin muuttuneesta suhtautumisesta kilpailunrajoitusten vahingollisuuteen ja moitittavuuteen. Näin ollen vaikuttaisi välttämättömältä arvioida kartellien moitittavuutta sekä kriminalisoinnin tarvetta ja edellytyksiä tarkemmin myös irrallaan hallintomenettelyn toimivuutta korostavasta näkökulmasta.

Yhtä lailla kilpailunrajoitusasioiden hallintomenettelyyn keskittämisen puolesta esitetyt käytännönläheiset argumentit edellyttävät tarkempaa tarkastelua niiden painoarvon punnitsemiseksi. Lähtökohtaisesti hallintoprosessi on toki rikosprosessia kevyempi ja joustavampi. Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkintakäytännön kehityttyä kohdistuu rangaistusluonteisiin hallinnollisiin sanktioihin kuitenkin aiempaa enemmän samoja oikeusturvavaatimuksia kuin rikosprosessiin. Kilpailuasioiden erityisasiantuntemusta vaativaa käsittelyä koskevien näkemysten osalta taas voidaan huomauttaa, että rikoslaissa on säädetty rangaistavaksi useita tekoja, joiden tutkiminen ja oikeudellinen arvioiminen edellyttää erityisasiantuntemusta, mutta näistäkin haasteista on selvitty viranomaisyhteistyöllä ja erikoistuneella poliisi- ja syyttäjähenkilöstöllä. Leniency-järjestelmää puolestaan voidaan – ja tulisikin – tarkastella myös siitä näkökulmasta, voitaisiinko kyseisen järjestelmän toimivuus turvata rikosprosessista huolimatta. Esimerkiksi Tanskassa leniency-järjestelmä on ulotettu hallintoprosessin lisäksi rikosprosessiin, ja edellytykset seuraamuksista vapautumiselle tai alennuksen saamiselle ovat molemmissa prosesseissa samat. On myös huomattava, ettei nykyistä oikeustilaakaan voitane pitää leniency-järjestelmän toiminnan kannalta ongelmattomana. Epäselvyydellä rikoslain petossäännösten sovellettavuudesta tarjouskartelliasioissa saattaa olla järjestelmän toimintaa heikentävä vaikutus.

³⁴ LaVM 6/1990 vp, s. 12.

³⁵ Ks. esim. HE 148/1987, s. 29, HE 162/1991 vp, s. 3 sekä HE 11/2004 vp, s. 4.

³⁶ Ks. HE 162/1991 vp, s. 3, HE 11/2004 vp, s. 4 sekä HE 88/2010 vp, s. 5–6.

Erilaisten seuraamusjärjestelmien arvioinnissa tulee huomioida myös järjestelmän erityis- ja yleisestävät vaikutukset. Rangaistusluonteisten seuraamusten yksi tärkeimmistä tehtävistä on ennalta ehkäistä ei-toivottua käyttäytymistä. Nykyisessä seuraamusjärjestelmässä voidaan havaita tiettyjä piirteitä, jotka näyttäisivät heikentävän sen preventiivisiä vaikutuksia. Ensinnäkin seuraamukset kohdistuvat vain yrityksiin, eikä yksilöihin kohdistuvia seuraamuksia ole säädetty. Toiseksi yrityksen liikevaihtoon sidottu enimmäisseuraamusmaksu näyttäisi jäävän jossain määrin liian matalaksi niin sanottuun optimaaliseen sakkoon nähden. Tutkimuksissa on muun muassa havaittu, että kiinnijäämisen todennäköisyys kartelliasioissa on melko pieni, ja että enimmäisseuraamusmaksu voi jäädä pienemmäksi kuin kartellista saatu hyöty³⁷. Yksilöön kohdistuvien rikosoikeudellisten seuraamusten säätäminen hallinnollisen seuraamusmaksujärjestelmän rinnalle voisi siten lisätä yrityksen puolesta toimivien pidäkkeitä ryhtyä kiellettyyn kartellitoimintaan.

Toimivan ja oikeasuhtaisen seuraamusjärjestelmän muodostaminen kilpailunrajoitusasioissa on monitahoinen ja haastava tavoite. Hallintomenettely tarjoaa keskitetyn ja tehokkaan mallin asioiden käsittelemiseksi, mutta sen kiellot ja seuraamukset eivät sisällä samanlaista moitetta kuin rikosoikeudellinen järjestelmä. Kuitenkin osaa haitallisimmista kilpailunrajoituksista voitaneen pitää luonteeltaan hyvin moitittavina. Oikein valjastettuna rikosoikeudellisesta sanktioinnista voisi lisäksi olla hyötyä riittävien ja sopivien seuraamusten mitoittamisessa, ja rikostutkinta voisi myös tarjota uusia ja tarpeellisia tutkintakeinoja kartelliasioden selvittämiseksi.

Laajasti ymmärrettynä mahdollisia sääntelymalleja on kolme. Ensimmäinen – ja tällä hetkellä Suomessa voimassaoleva – vaihtoehto on hallinnollinen sanktiointi. Toinen vaihtoehto on luopua kokonaan hallinnollisista sanktioista ja keskittää seuraamukset rikosoikeudelliseen järjestelmään. Kolmantena vaihtoehtona on rinnakkaisjärjestelmä, jossa seuraamusjärjestelmä muodostuu hallinnollisten sanktioiden ja rikosoikeudellisten seuraamusten muodostamasta kokonaisuudesta. Jokainen vaihtoehto kattaa luonnollisesti useita erilaisia järjestelmiä erilaisin painotuksin.

Puhtaasti rikosoikeuden varaan nojautuvan järjestelmän käyttäminen ei vaikuta perustellulta kahdesta keskeisestä syystä. Ensinnäkin kilpailunrajoitusasiat muodostavat laajan kokonaisuuden erilaisia menettelyjä, joista osaa voidaan pitää aina kiellettyinä ja paheksuttavina, kun

³⁷ Optimaalisen sakon määrittämisestä sekä ylisuuriin taloudellisiin sanktioihin liittyvistä seikoista ks. kootusti Wikberg 2009, s. 106–121 sekä jäljempänä jakso 3.3.4.1.

taas osassa kyse on melko vähämerkityksellisistä kilpailunrajoituksista, joita ei perustellusti voitane pitää moitittavuudeltaan rikosoikeuden alaan kuuluvina tai jotka tiettyjen erityisolosuhteiden vuoksi voivat tapauskohtaisesti olla hyväksyttäviä. Toiseksi nykyinen EU:n kilpailuoikeudellinen järjestelmä on rakennettu hallinnollisten sanktioiden varaan, ja kyseiset ylikansalliset säännökset tulevat sovellettaviksi kansallisen lain rinnalla jos kilpailunrajoituksilla on mahdollinen kansainvälinen ulottuvuus. EU-sääntelyn soveltaminen muodostuisi käytännössä hyvin haastavaksi, mikäli kansallisen kilpailulainsäädännön seuraamukset rakentuisivat puhtaasti rikoslain varaan³⁸.

Valinta sääntelymallien välillä vaikuttaisi siten jäävän kahden päävaihtoehdon ja niiden erilaisten sovellutusten varaan. Kuten todettu, hallintomenettelyä täydentävien rikosoikeudellisten seuraamusten puolesta voidaan esittää useita näkökohtia, joita on syytä pohtia tarkemmin kriminalisoinnin tarpeen ja oikeutuksen kannalta. Lisäksi arvioinnissa tulee huomioida myös järjestelmän toiminta kokonaisuudessaan; rikosoikeudellisten sanktioiden säätäminen ei saisi merkittävästi heikentää nykyisen hallintomenettelyn toimintaa. Tämän vuoksi kartellien kriminalisoinnin toteuttamiskelpoisuuden selvittäminen edellyttää kokonaisvaltaista tarkastelua, jossa yhdistyy niin rikosoikeudellisen järjestelmän käyttöä kuin hallinto- ja rikosprosessin yhteensovittamista koskeva argumentaatio ja punninta.

Edellä mainittujen lähtökohtien perusteella selvityksen keskeiset kysymykset muodostuvat seuraavan rungon ympärille:

- Täyttyvätkö rikoslainsäädännölle asetettavat säätämisedellytykset kartellien osalta? Edellyttääkö kartellien moitittavuus rikosoikeudellista sanktiointia?
- Missä laajuudessa mahdollinen kartelleja koskeva kriminalisointi olisi perusteltua toteuttaa? Keihin rikosoikeudelliset sanktiot kohdistuisivat? Minkälaisia menettelyjä kriminalisointi kattaisi?
- Miten rangaistussäännös tulisi muotoilla, ja miten se sijoittuisi rikoslain systematiikkaan? Mikä olisi sopiva rangaistusasteikko?
- Mitä ongelmia/etuja kilpailuoikeudellisen hallintomenettelyn ja rikosprosessin yhteensovittamisesta voi seurata? Miten ongelmat voitaisiin ratkaista?

³⁸ Ks. myös esim. HE 11/2004 vp, s. 19 sekä HE 88/2010 vp, s. 5–6 ja 38–41, joissa on nimenomaisesti todettu kilpailulain kehittämisen ja uudistamisen tavoitteena olleen kansallisen lainsäädännön yhtenäistämisen EU:n kilpailulainsäädännön kanssa. Edelleen lain esitöissä (HE 11/2004 vp, s. 13) on katsottu, että yhtenäistäminen on tarpeellista, jotta erilaisen sääntelyn aiheuttamista epäselvyytilanteista päästäisiin eroon.

- Kuinka leniency-järjestelmän toimivuus voitaisiin turvata, jos rikosoikeudellisista seuraamuksista säädettäisiin?
- Onko yksilövastuun toteuttamiseksi muita vartenotettavia keinoja kuin kriminalisointi?

2. Kartelleja koskevat seuraamusjärjestelmät Pohjoismaissa

2.1 Yleistä vertailutiedon hyödyntämisestä selvityksessä

Selvityksen tässä osassa luodaan pääpiirteinen katsaus kartelleja koskeviin seuraamusjärjestelmiin Pohjoismaissa. Katsauksen tavoite on luoda lukijalle yleiskuva lähivaltioiden oikeus-tilasta myöhempää analyysia varten. Vertailutietoa käytetään selvityksen myöhemmissä luvuissa tarvittaessa oikeudellisen viitekehyksen luomiseksi sekä vaihtoehtoisten sääntelymallien hahmottamiseksi. Lisäksi selvityksessä pyritään ottamaan kantaa erityisesti Ruotsissa teetettyjen selvitysten yhteydessä esiin nostettuihin ongelmakohtiin.

Vaikka luvun vertaileva katsaus kohdistuu ainoastaan Pohjoismaihin, on selvityksessä käytetty tarpeen vaatiessa apuna myös Saksasta, Englannista, Yhdysvalloista sekä Kanadasta saatua ja kokemuksia erisältoisistä kriminalisoinneista ja niiden vaikutuksista. Laajempaa yleistä vertailua näiden maiden osalta ei kuitenkaan ollut tämän selvityksen puitteissa mahdollista toteuttaa.

2.2 Norja

Norjassa luonnollisen henkilön kartelliin osallistuminen on kriminalisoitu muiden kilpailulain (*konkurranseloven*; 3.5.2004/12) rikkomusten ohella. Norjan kilpailulain mukainen seuraamusjärjestelmä yhdistää yrityksiä koskevat hallinnolliset sanktiot sekä luonnollisiin henkilöihin kohdistuvat rikosoikeudelliset seuraamukset.

Yrityksiä koskevasta seuraamusmaksusta sekä maksusta vapautumisesta ja sen alentamisesta säädetään Norjan kilpailulain 29–31 §:ssä. Säännökset vastaavat relevanteilta osin esitettyä kotimaista lainsäädäntöä. Rikosoikeudellisista seuraamuksista säädetään lain 32 §:ssä. Rangaistussäännös on laadittu siten, että siinä viitataan säännösnäyttöä erinäisten kilpailulain säännösten rikkomiseen tai velvollisuuksien laiminlyöntiin. Tekoon voi syyllistyä joko tahallisesti tai törkeästä huolimattomuudesta. Kiellettyjen kilpailunrajoitusten osalta säännöksessä viitataan yleisluontoisesti lain 10 §:ään, joka vastaa sisällöltään kotimaisen kilpailulain 5 §:ää. Rikosoikeudellinen seuraamus voi siten tulla kyseeseen sekä horisontaalisten että ver-

tikaalisten kilpailunrajoitusten osalta. Lisäksi säännöksen perusteella rangaistavaa on muun muassa yrityskauppamääräysten rikkominen, asetetun tietojenantovelvollisuuden laiminlyönti sekä väärin tietojen antaminen viranomaisille. Kilpailulain 32 §:n mukainen rangaistus on sakkoa tai enintään kolme vuotta vankeutta.

Norjan kilpailulakiin on säädetty myös kilpailunrajoitusrikkomuksia koskeva törkeä tekemuoto, jonka mukaan erityisen vakavissa tapauksissa kilpailunrajoituksia koskevan kiellon rikkomisesta voidaan tuomita enintään kuuden vuoden vankeusrangaistukseen (lain 32 §:n 2 mom.). Tällöin arvioinnissa on kiinnitettävä huomiota pyrkimykseen salata kilpailunrajoitus, kilpailunrajoituksesta aiheutuneiden vahinkojen ja saatujen hyötyjen määrään sekä yleiseen kilpailunrajoituksen vakavuuteen.

Hallinnollisista seuraamuksista vapautumista ja niiden alentamista koskevaa leniency-sääntelyä ei ole sellaisenaan ulotettu rikosoikeudellisiin seuraamuksiin. Lakiin on kuitenkin hiljattain lisätty uusi syytteen nostamisen edellytyksiä koskeva säännös, jonka mukaan lain 32 §:n perusteella rikosoikeudelliseen rangaistukseen johtavat rikkeet ovat virallisen syytteen alaisia vain silloin, kun kilpailuviranomainen on tehnyt syyttämispyyntönsä tai kun painava yleinen etu sitä vaatii. Käytännössä säännös antaa siten kilpailuviranomaiselle melko laajalti rikosprosessin käynnistämistä koskevaa harkintavaltaa, jonka perusteella rikosilmoitus tai syyttämispyyntö voidaan jättää tekemättä niissä tapauksissa, joissa kilpailunrajoituksen selvittämistä on edistetty leniency-säännösten edellyttämällä tavalla.

Hallinnollisista seuraamusmaksuista päättää Norjassa kilpailuviranomainen (konkurranseloven 29 §:n 2 mom.). Rikosoikeudellisista seuraamuksista päättää syyttäjän vaatimuksesta tuomioistuin.

2.3 Ruotsi

Ruotsissa luonnollisten henkilöiden osallistumista kartelliin ei ole kriminalisoitu. Sen sijaan yksilövastuu on toteutettu sisällyttämällä liiketoimintakieltolakiin (*lag om näringsförbud; 1986:436*) säännös kiellon määrittämisestä vakavimmissa kilpailunrajoitustapauksissa.

Kriminalisoinnin edellytyksiä ja toteuttamistapaa selvitettiin Ruotsissa vuosina 2004 ja 2006. Vuoden 2004 selvityksessä tarkastelu kohdistuu kriminalisoinnin toteuttamistapoihin sekä vaikutuksiin. Selvityksen perusteella kriminalisointi tulisi toteuttaa yrityksiä koskevan hallinnollisen sanktiojärjestelmän rinnalla. Kilpailuviranomaisen suorittaman tutkinnan ja rikostutkinnan tulisi olla samanaikaiset, ja rikosasiaa tutkisi talousrikoksiin erikoistunut talousrikos-

viranomaisen³⁹. Selvityksessä arvioitiin, että kriminalisointi olisi syytä rajata koskemaan vain kartellimenettelyä, ja sen tulisi kattaa kilpailuoikeudellisen lainsäädännön mukaisesti varsinaisen kartellista sopimisen lisäksi myös yhdenmukaistettua menettelyä koskevat tilanteet⁴⁰. Lopputuloksena todettiin, että rikostunnusmerkistö olisi mahdollista säätää riittävän tarkkarajaisena ja siten ennakoitavana, joskin selvityksessä pidettiin joidenkin tulkintaongelmien syntymistä väistämättöminä. Kriminalisoinnin preventiivisten vaikutusten arviointia pidettiin vaikeana. Selvityksen mukaan oletettavaa on, että vankeusrangaistusuhkaisella kriminalisoinnilla olisi ennaltaestävä vaikutus yritysten johtoon ja työntekijöihin, minkä lisäksi kriminalisoinnilla olisi moraalialuova vaikutus.⁴¹ Toisaalta kriminalisoinnin katsottiin romuttavan hallinnollisista seuraamuksista vapautumista ja niiden alentamista koskevan järjestelmän, sillä kruunun todistajajärjestelmän kaltaisen rangaistuksesta vapautumisen ulottaminen rikosoikeudellisiin seuraamuksiin ei selvityksen mukaan sopisi Ruotsin oikeusjärjestelmään muun muassa syytepakkoperiaatteen vuoksi⁴².

Kriminalisointikysymykseen palattiin vuonna 2006 kilpailulain (*konkurrenslag*; 2008:579) uudistamisen yhteydessä. Vuoden 2006 selvityksessä kartellimenettelyn katsottiin luonteeltaan ja haitallisuudeltaan olevan sellaista käyttäytymistä, jonka kriminalisointi rikoslainsäädännön systematiikan kannalta olisi oikeutettua. Toisaalta selvityksessä todettiin, että voimassa ollut hallinnollista järjestelmää voitiin sinänsä pitää hyväksyttävänä vaihtoehtona kriminalisoinnille. Jonkinlaisten sanktioiden kohdistaminen luonnollisiin henkilöihin oli tosin loogista ja rationaalisista syistä perusteltua, mutta tämä yksilövastuu tulisi ensisijaisesti toteuttaa nykyisen hallinnollisen järjestelmän puitteissa. Selvityksessä kriminalisointia vastaan puhuvina seikkoina mainittiin kootusti, ettei teon vakavuus edellyttäisi kriminalisointia eikä rangaistus olisi tehokas keino kartellin torjumiseksi. Lisäksi kriminalisoinnista aiheutuisi liiallisia kustannuksia vaihtoehtoihin malleihin nähden.⁴³ Mainituista syistä selvityksessä päädyttiin yksilövastuun toteuttamiseksi esittämään liiketoimintakieltoa koskevan lain muuttamista siten, että siihen lisättäisiin omat erityissäännökset koskien kiellon määräämistä kartellin perusteella⁴⁴.

Ruotsissa liiketoimintakiellon määräämisestä kartellin perusteella säädetään erikseen lain 2 a §:ssä, jonka mukaan liiketoimintakielto voidaan määrätä yleisen edun edellyttäessä sellaiselle

³⁹ SOU 2004:131, s. 199.

⁴⁰ SOU 2004:131, s. 169 ja 187.

⁴¹ SOU 2004:131, s. 251–252.

⁴² SOU 2004:131, s. 248–249 sekä 253.

⁴³ SOU 2006:99, s. 571–572.

⁴⁴ SOU 2006:99, s. 587. Muutokset toteutettiin hallituksen esityksellä Prop. 2007/08:135.

henkilölle, joka elinkeinonharjoittajan ominaisuudessa on vakavasti laiminlyönyt velvoitteitaan ja siten rikkonut kilpailulain kilpailunrajoituskieltoa tai SEUT 101 artiklaa. Kielto voidaan määrätä säännöksen 2 momentin mukaan kuitenkin vain tilanteissa, joissa kyse on ollut samalla tuotanto- tai jakeluportaalla tapahtuneesta yritysten välisestä myyntihintojen vahvistamisesta, tuotannon rajoittamisesta tai valvonnasta taikka markkinoiden jakamisesta. Lain 3 §:n mukaan kiellon tarvetta yleisen edun kannalta arvioitaessa on kiinnitettävä erityistä huomiota rikkomisen järjestelmällisyyteen, tavoitellun hyödyn määrään, aiheutettuihin vahinkoihin sekä aiempiin talousrikostuomioihin. Lisäksi kartellitapauksissa erityistä huomiota on kiinnitettävä siihen, onko menettely ollut omiaan vakavasti rajoittamaan, estämään tai vääristämään kilpailua.

Liiketoimintakieltosääntelyn yhteensopivuus kilpailuoikeudellisen leniency-järjestelmän kanssa on turvattu lain 3 §:n 3 momentissa. Säännöksen mukaan 2 a §:n tarkoittamissa tilanteissa liiketoimintakiellon määräämistä ei pidetä tarpeellisenä yleisen edun kannalta, jos henkilö on itse tai osana elinkeinonharjoittajan toimintaa edesauttanut merkittävästi kilpailuviranomaisen tutkiman kilpailunrajoituksen selvittämistä. Kiellon määräämättä jättämisen mainitulla perusteella on katsottu soveltuvan liiketoimintakieltolakiin, koska kilpailuviranomaisen kanssa yhteistyössä toiminut taho on korjannut toimintansa lainmukaiseksi ja näin poistanut turvaamistoimen luonteisen kiellon määräämisen tarpeen⁴⁵.

Liiketoimintakieltolain 8 b §:n mukaan kartellitapauksissa liiketoimintakiellon edellytykset tutkii ja kiellon määräämistä esittää kilpailuviranomainen. Lähtökohtana on, että kielto määrätään samassa oikeudenkäynnissä yritystä koskevan seuraamusmaksuasian kanssa. Ruotsissa kilpailunrajoitusta koskeva seuraamusmaksuasia käsitellään ensimmäisenä oikeusasteena Tukholman käräjäoikeudessa (konkurrenslag 3:5). Kilpailuviranomainen voi kuitenkin hakea kiellon määräämistä myös erikseen Tukholman käräjäoikeudelta.

2.4 Tanska

Tanskassa kilpailunrajoituskiellon rikkomisesta voidaan määrätä sekä yrityksille että luonnollisille henkilöille sakkoja, minkä lisäksi vakavat kartellirikkomukset on erikseen kriminalisoitu.

Tanskan kilpailulain (*konkurrenceloven*; 18.6.2013/700) 23 §:n 1 momentin mukaan se, joka tahallaan tai huolimattomuudesta rikkoo lain kiellettyjä kilpailunrajoituksia koskevaa 6 §:ää,

⁴⁵ Prop. 2007/08:135, s. 166–167.

tuomitaan sakkoon ellei vakavampaa rangaistusta tuomita lain 23 §:n 3 momentin tai muun lainsäädännön perusteella. Lain 6 § vastaa sisällöltään kotimaista kilpailulain 5 §:n kielto-säännöstä. Lain 23 §:n 1 momentin rangaistussäännöksen soveltamisalaan kuuluvat kilpailun-rajoitusten lisäksi myös muut kilpailulain rikkomiset ja lakiin perustuvien velvollisuuksien laiminlyönnit.

Kartelleja koskeva erillinen kriminalisointi on sijoitettu lain 23 §:n 3 momenttiin. Säännöksen mukaan rikosoikeudellinen rangaistus seuraa lain tai EU-oikeuden kilpailunrajoituksia koskevien kieltojen vastaisesti kartellisopimukseen sitoutumisesta, jos rikkomus on tahallinen ja luonteeltaan vakava. Vakavuuden arviointiin vaikuttavia seikkoja ovat etenkin rikkomuksen laajuus ja kartellin mahdolliset vahingolliset vaikutukset. Edelleen säännöksen mukaan kartellisopimuksella tarkoitetaan elinkeinotoiminnassa samalla tasolla toimivien yritysten välistä sopimusta, yhdenmukaista menettelyä tai päätöstä koskien a) hintoja tai voittoja, b) tuotannon tai myynnin rajoittamista, c) markkinoiden tai asiakkaiden jakamista, tai d) tarjousten koor-dinointia. Säännöksen mukainen enimmäisrangaistus on puolitoista vuotta vankeutta, ja ri-kosvastuu ulottuu luonnollisten henkilöiden lisäksi myös oikeushenkilöihin (lain 23 §:n 3 ja 4 mom.).

Kilpailulain lisäksi Tanskan rikoslaki (*straffeloven*; 22.8.2013/1028) sisältää kartelleja koskevan rikostunnusmerkistön. Rikoslain 299 c §:n mukaan erityisen raskauttavien asianhaaro-
jen vallitessa kilpailulain 23 §:n 3 kohdan mukaisesta rikoksesta voidaan määrätä vankeutta enintään 6 vuotta. Erityisen raskauttaviksi asianhaaroiksi katsotaan rikoksen poikkeuksellinen laajuus tai vahingollisuus.

Seuraamuksista vapautumisesta kartellitapauksissa säädetään Tanskan kilpailulain 23 a §:ssä, jonka mukaan lain 6 §:ää tai SEUT 101 artiklaa kartellisopimukseen sitoutumalla rikkonut voidaan jättää asettamatta syytteeseen määrättyjen edellytysten täyttyessä. Vapautus syyttees-tä voidaan säännöksen perusteella myöntää, jos hakija ottaa ensimmäisenä yhteyttä viran-omaisiin kartelliasiassa ja toimittaa tietoja jotka eivät olleet viranomaisten hallussa hakemuk-sentekohetkellä, ja mainittujen tietojen perusteella voidaan suorittaa tarkastus tai käynnistää poliisitutkinta, tai jos tarkastus on jo suoritettu, tietojen tulee mahdollistaa kartellirikkomuk-sen toteaminen. Säännöksen 2 momentin mukaan syyte jätetään nostamatta vain, jos hakija tekee yhteistyötä viranomaisten kanssa koko tutkinnan ajan, lopettaa osallistumisensa kartel-liin viimeistään hakemuksentekohetkellä eikä hakija ole painostanut muita tahoja osallistu-maan kartelliin. Asetetut edellytykset vastaavat pitkälti kotimaisia seuraamusmaksusta vapau-

tumisen edellytyksiä. Vastaavasti Tanskan kilpailulain mukaan seuraamusmaksua tai sakkoa voidaan hakemuksesta alentaa kartelliin osallistuneelta, jos tämän toimittamat tiedot tuovat merkittävää lisäarvoa verrattuna kilpailuviranomaisen hallussa oleviin tietoihin (lain 23 a §:n 4 mom.). Lisäksi hakijan tulee täyttää edellä mainitut 2 momentin edellytykset.

Seuraamuksista vapautumista tai niiden alentamista koskeva hakemus tehdään kilpailuviranomaiselle. Hakemus voidaan tehdä myös talousrikossyyttäjäviranomaiselle, jos kartellia koskeva rikostutkinta on jo aloitettu tai syytteitä asiassa nostettu (kilpailulain 23 a §:n 6 mom.). Asiassa annetaan ensin ehdollinen vapautus, ja asian käsittelyn päätyttyä toimivaltainen viranomainen antaa kaikkien edellytysten täytyessä lopullisen vapautuksen (lain 23 a §:n 7 mom.). Ennen ehdollisen vapautuksen myöntämistä kilpailu- ja syyttäjäviranomaisen tulee neuvotella keskenään. Syyttämättäjäntämis päätöksen tekee syyttäjä, ja sakon alentamisen kohdalla päätöksen tekee se viranomainen, joka määrää sakon tai vie asian tuomioistuimen käsiteltäväksi (lain 23 a §:n 9 mom.). Yrityksen tekemä hakemus kattaa automaattisesti yrityksen nykyiset ja entiset hallituksen jäsenet, ylemmän johdon sekä työntekijät, mikäli mainitut henkilöt täyttävät lain 23 a §:n 2 momentissa asetetut vaatimukset (lain 23 a §:n 10 mom.).

3. Kriminalisoinnin oikeudelliset edellytykset

3.1 Rikosoikeudellisten rangaistusten tavoitteet ja oikeutus

Tietyn käyttäytymisen rangaistavaksi säätämistä harkittaessa on tarpeen tarkastella mahdollista kriminalisointia suhteessa rikosoikeudellisen järjestelmän yleisiin tavoitteisiin ja oikeutukseen. Näin voidaan arvioida, täyttäisikö kriminalisointi hyväksyttävän rikoslainkäytön edellytykset.

Rikosoikeuden käytön tavoitteita ja oikeutusta koskevia teorioita kutsutaan rangaistusteorioiksi. Rangaistusteoriat on perinteisesti jaoteltu kahteen pääryhmään, preventiivisiin ja retributiivisiin teorioihin. Preventiivisten teorioiden lähtökohtana on rangaistuksen oikeuttaminen sen yhteiskunnallisilla seurauksilla; ollakseen hyväksyttävä, rangaistuksen tulee vähentää ja ehkäistä epätoivottua käyttäytymistä. Yleisellä tasolla rangaistuksen estävä vaikutus voidaan tällöin saavuttaa esimerkiksi pelotusvaikutuksen tai kommunikatiivisen, eli lain tapaa ja moraalia luovan vaikutuksen kautta (yleispreventio). Kyse voi olla myös rangaistuksen estävästä vaikutuksesta rangaistuksen kohteena olevaan henkilöön (erityispreventio). Retributiiviset teoriat taas oikeuttavat rangaistuksen, koska se on luonnollinen ja oikeudenmukainen

seuraus tehdystä rikoksesta. Ajatuksena on, rikoksentekijä on teollaan osoittanut ansainneensa rangaistuksen, ja rangaistuksen kärsimällä hän voi sovittaa tekemänsä vääryyden.⁴⁶

Kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa ja lainvalmistelussa vallitseva käsitys rikosoikeuden taroituksesta ja oikeutuksesta on yhdistelmä preventiivisyyttä ja retributiota, joskin pääpaino vaikuttaisi olevan lain yleispreventiivisillä ja erityisesti sen kommunikatiivisilla vaikutuksilla. Esimerkiksi oikeusministeriön kriminaalipoliittisen ohjelman 2007–2011 mukaan kriminaalipolitiikka on

”– yhteiskunnallista päätöksentekoa ja toimintaa, jonka tavoitteena on rikosten ehkäiseminen, ennustettavan ja oikeudenmukaisen rikosoikeusjärjestelmän ylläpito, luotettavan rikosseuraamusjärjestelmän toiminnan varmistaminen sekä rikosvahinkojen ja rikollisuuskontrollin aiheuttamien kustannusten minimoiminen ja oikeudenmukainen jakaminen.”⁴⁷

Lappi-Seppälä katsoo, että rikosoikeutta ja rangaistusjärjestelmää tarvitaan järjestäytyneen yhteiselämän, turvallisuuden ja ylipäätään siedettävien elinolojen turvaamiseksi. Periaatteellinen oikeutus perustuu siten järjestelmän kykyyn suojata tärkeitä pidettyjä intressejä loukkauksilta. *Lappi-Seppälän* ”pragmaattis-rationaalinen” justifikaatio on ehdollinen ja sidoksissa mm. rikoslain aineelliseen sisältöön, sen toiminnasta saatavaan empiiriseen näyttöön, siitä aiheutuvien hyötyjen ja haittojen vertailuun sekä muiden vaihtoehtojen ja hyväksyttävämpien menetelmien olemassaoloon.⁴⁸ *Lahti* on tiivistänyt rikosoikeudelliselle järjestelmälle asetettavat tavoitteet hyödyllisyydeksi, oikeudenmukaisuudeksi ja humanisuudeksi. Järjestelmän hyödyllisyyttä ja tehokkuutta tulee hänen mukaansa arvioida ennen kaikkea yleisestävällä vaikutuksella, mutta muutkin hyötynäkökohdat, kuten erityisestävyys on huomioitava. Järjestelmää tulisi kuitenkin käyttää vain siinä määrin kuin sen harkitaan olevan oikein ja kohtuullista rikollisuudesta ja sen vastustamisesta johtuvien haittojen jaon kannalta. Oikeudenmukaisuuden tärkeimpiä arviointiperusteita ovat mielivallan välttämisen, yhdenvertaisuuden ja ennustettavuuden periaatteet.⁴⁹ *Melander* on puolestaan painottanut kriminalisointien oikeutuksen perustana yleispreventiota ja kommunikatiivista vaikutusta siten, että lain kommunikatiivisesta tehtävästä johdettava teon moitittavuutta koskeva ulottuvuus toimii yleispreventiivisen ulottuvuuden rinnalla kriminalisointeja rajaavana tekijänä. Retributiiviset teoriat voivat *Melanderin* mukaan toimia osittaisena rangaistuksen oikeutusta koskevinä teorioina, mut-

⁴⁶ *Lappi-Seppälä* 1994, s. 20.

⁴⁷ Kriminaalipoliittinen toimenpideohjelma 2007, s. 1.

⁴⁸ *Lappi-Seppälä* 1994, s. 32–33.

⁴⁹ *Lahti* 1994, erit. s. 16–17.

ta kyseisten teorioiden painoarvo jää melko vähäiseksi kriminalisointien sisällöllisiä rajoja määritettäessä.⁵⁰

Edellä esitetyt rikosoikeuden käytön tavoitteita ja oikeutusta koskevat näkemykset pyritään huomioimaan jäljempänä kartellien kriminalisoinnin edellytyksiä arvioitaessa. Tästä näkökulmasta erityisesti arvioitavaksi tulevat kartellitoiminnan moitittavuus sekä kriminalisoinnin mahdollisuudet vähentää ja ehkäistä kartellitoimintaa.

3.2 Kartellitoiminnan vahingollisuus ja moitittavuus

Kilpailuoikeuden ja -politiikan perustavoitteena on terveen ja toimivan taloudellisen kilpailun turvaaminen. Terveen ja toimivan taloudellisen kilpailun käsitettä on aiemmin lainvalmisteluasiakirjoissa jäsennetty seuraavasti:

”Ilmaisulla terve taloudellinen kilpailu viitataan yhtäältä suorituskilpailuun eli kilpailuedun hankkimiseen hyödykkeen laadun, hinnan tai muiden ominaisuuksien avulla. Toisaalta lain tai hyvän liiketavan vastainen toiminta ei ole lain suojaamaa taloudellista kilpailua. Toimiva kilpailu puolestaan viittaa elinkeinonharjoittajien vapaaseen hinnanmuodostukseen ja toimintavapauteen, jota markkinamekanismi ohjaa. Toimivan kilpailupolitiikan tavoitteeksi on nähty ennen muuta alalle pääsyn vapauden turvaaminen sekä taloudellista kilpailua rajoittavien kilpailunrajoitusten poistaminen.”⁵¹

Kilpailua koskevan sääntelyn taustalla on oletus siitä, että markkinataloudessa tuotantotekijät jakautuvat yhteiskunnassa tehokkaimmin, ja markkinatalous johtaa tämän vuoksi korkeampaan hyvinvointiin kuin tilanne, jossa taloudellista kilpailua ei ole tai se on vähäistä.⁵² Kilpailunrajoitukset vähentävät kilpailua tietyillä toimialoilla ja vaarantavat siten voimavarojen oikean kohdentumisen sekä aiheuttavat tehottomuutta. Kuitenkin monilla kilpailua sinänsä rajoittavilla menettelyillä voi olla myös kokonaisuutena arvioiden enemmän myönteisiä kuin kielteisiä vaikutuksia talouteen.⁵³ Tämän vuoksi kaikkia kilpailua rajoittavia menettelyjä ei automaattisesti voida katsoa vahingollisiksi.

Vakavimmat kilpailunrajoitukset – kartellit – ovat keskenään kilpailevien yritysten välisiä salaisia sopimusjärjestelyjä, joiden pääasiallisena tarkoituksena on nostaa hintoja ja rajoittaa tuotantoa⁵⁴. Tällaiset kartellit eroavat muista kilpailua rajoittavista sopimuksista ja menettely-

⁵⁰ Melander 2008, s. 179–190.

⁵¹ Kilpailulaki 2010 -mietintö, s. 21.

⁵² Alkio – Wik 2009, s. 45.

⁵³ Kilpailulaki 2010 -mietintö, s. 21.

⁵⁴ Leivo et al. 2012, s. 217. Kartellin määritelmästä ks. myös edellä jakso 1.2.

tavoista siten, että niiden tarkoituksena on rajoittaa kilpailua ilman, että ne tuottavat mitään tasapainottavia hyötyjä. Toisin sanoen kartelliin osallistuvat yritykset tuottavat vähemmän ja ansaitsevat korkeampia tuottoja kuin tilanteessa, jossa yritykset kilpailisivat keskenään. Sen lisäksi, että kyseinen menettely siirtää kilpailtua tilannetta voimakkaammin varallisuutta yrityksille kuluttajien kustannuksella, aiheutuu vaihdannan määrällisestä laskusta hyvinvointitappio yhteiskunnan näkökulmasta. Kartellitoiminta on haitallista myös siinä mielessä, että se ylläpitää kilpailukyvyttömiä rakenteita, heikentää tuottavuutta ja hidastaa teknistä kehitystä.⁵⁵

Kartelleja pidetään mainituin tavoin yleisesti haitallisina, mikä on myös laskennallisesti osoitettavissa taloustieteellisin metodein⁵⁶. Jotta edellytykset rikosoikeudellisen järjestelmän käytölle olisivat olemassa, tulee kartellitoimintaa voida pitää sen haitallisuuden lisäksi kuitenkin myös *moitittavana*⁵⁷. Oikeuskirjallisuudessa *Whelan* on tarkastellut kartellitoiminnan moraalista vääryyttä (*moral wrongfulness*) suhteuttamalla toiminnan moraalisiiin normeihin, jotka kieltävät varastamisen sekä erilaiset epärehelliset menettelyt. Tutkimuksessa havaittiin, että tietyin edellytyksin kartellitoiminnan voidaan katsoa rinnastuvan varastamiseen (*stealing*), petollisuuteen (*deception*) sekä huijaamiseen (*cheating*).⁵⁸

Nykyiseen rikosoikeudelliseen järjestelmäämme suhteutettuna kartellitoiminnan moitittavuuden ydin voitaneen selvimmin paikantaa menettelyn epärehellisyyteen ja siihen perustuvaan (oikeudettoman) hyödyn tavoitteluun. Ensinnäkin kartellit on melko yksiselitteisesti kielletty kilpailulaissa. Kuten todettu, toisin kuin muiden kilpailunrajoitusten kohdalla voi olla, kartellit eivät lähes koskaan tuota aiheuttamansa haitan lisäksi minkäänlaisia tasapainottavia hyötyjä, vaan menettely on pääsääntöisesti kaikkien muiden kuin kartelliin osallistuvien osapuolten kannalta vahingollista. Siten kartellistit pyrkivät epärehellisesti sääntöjä rikkomalla maksimoimaan omaa voittoaan aiheuttaen samalla toisille vahinkoa. Toiseksi kartellitoiminta on perusluonteeltaan petoksellista. Kartellitoiminnan voidaan nimittäin katsoa perustuvan siihen, että kartelliin osallistuvat yritykset hyväksikäyttävät toiselle aiheutuvaa erehdystä; salaamalla kartellisopimuksen olemassaolon tai laittoman tietojenvaihdon tapahtumisen kartelliin osal-

⁵⁵ Leivo et al., s. 218–219. Ks. myös Kuoppamäki 2012, s. 2–6.

⁵⁶ Taloustieteellisistä analyyseistä ks. esim. Kuoppamäki 2012, s. 9–16.

⁵⁷ Moitittavuuden vaatimus ilmenee esimerkiksi rikosoikeudellisesta syyllisyysperiaatteesta, joka edellyttää, että rangaistuksen tuomitsemiseksi tekijään tulee voida kohdistaa moite. Syyllisyysperiaatteen edellyttämien syynta-keisuuden ja syyksiluettavuuden vaatimusten lisäksi syyllisyyden arviointiin voidaan omana elementtinään lukea myös moitittavuus, joka vaikuttaa ennen kaikkea rangaistuksen mittaamisessa. Ks. tarkemmin esim. Hei-
nonen et al. 2002, s. 107 sekä Frände 2012, s. 165–168.

⁵⁸ Whelan 2013.

listuvat yritykset hyväksikäyttävät kolmansien olettaa siitä, että hinnanmuodostus olisi tapahtunut kilpailuoikeudellisten normien puitteissa.

3.3 Kriminalisointiperiaatteet ja kartellikriminalisointi

3.3.1 Perustuslain rajoitusedellytykset ja kriminalisointiperiaatteet

Vaikka tietyn teon tai menettelyn kriminalisointi onkin viime kädessä kiinni poliittisista arvovalinnoista ja päätöksistä, tulee kriminalisoinnin täyttää tietyt oikeudelliset reunaehdot. Perustuslakivaliokunta on todennut, että keskeisessä asemassa kriminalisointeihin kohdistuvia rajoituksia määritettäessä ovat perus- ja ihmisoikeudet. Lähtökohtana on, että lailla ei voida kieltää toimia, joihin perustuslaki (11.6.1999/731; PL) nimenomaisesti oikeuttaa. Rikosoikeuden käytön kannalta merkityksellisenä onkin pidetty sitä, että sakkorangaistus tarkoittaa kajoamista tuomitun omaisuuteen ja vankeusrangaistus henkilökohtaiseen vapauteen. Edelleen valiokunta on katsonut, että yksittäisten perusoikeuksien käyttöön liittyvien kriminalisointien sallittavuutta joudutaan arvioimaan samalla tavoin kuin perusoikeuksien rajoituksia ylipäätään. Rangaistussäännösten tulee siten täyttää perusoikeuksien rajoittamiselle asetettavat yleiset edellytykset ja kulloisestakin perusoikeussäännöksestä mahdollisesti johtuvat erityisedellytykset.⁵⁹

Perustuslakivaliokunnan asettamat perusoikeuksien yleiset rajoitusedellytykset voidaan tiivistää seitsemänkohtaiseksi listaksi:

- *Lailla säätämisen vaatimus.* Rajoitusten tulee perustua eduskunnan säätämään lakiin.
- *Täsmällisyys- ja tarkkarajaisuusvaatimus.* Rajoitusten tulee olla tarkkarajaisia ja riittävän täsmällisiä; niiden olennaisen sisällön tulee ilmetä laista.
- *Hyväksyttävyyysvaatimus.* Rajoitusperusteiden tulee olla hyväksyttäviä ja rajoittamisen tulee olla painavan yhteiskunnallisen tarpeen vaatima.
- *Ydinalueen koskemattomuuden vaatimus.* Tavallisella lailla ei voida säätää perusoikeuden ytimeen ulottuvaa rajoitusta.
- *Suhteellisuusvaatimus.* Rajoitusten tulee olla välttämättömiä hyväksyttävän tavoitteen saavuttamiseksi sekä laajuudeltaan oikeassa suhteessa perusoikeuksien suojaamaan oikeushyvään ja rajoituksen taustalla olevan yhteiskunnallisen intressin painoarvoon.
- *Oikeusturvavaatimus.* Perusoikeuksia rajoitettaessa on huolehdittava riittävistä oikeusturvajärjestelyistä.

⁵⁹ PeVL 23/1997 vp, s. 2–3.

- *Ihmisoikeusvelvoitteiden noudattamisen vaatimus*. Rajoitukset eivät saa olla ristiriidassa Suomen kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden kanssa.⁶⁰

Oikeuskirjallisuudessa rikosoikeudellisten seuraamusten käytön oikeudelliset rajoitukset ovat jäsentyneet niin sanottujen kriminalisointiperiaatteiden muotoon. Kriminalisointiperiaatteiden on siten tarkoitus toimia rikoslainsäätäjän kriittisinä työvälineinä, joiden asettamien vaatimusten tulisi täyttyä, jotta kriminalisointi on oikeudellisesta näkökulmasta hyväksyttävä⁶¹. Kriminalisointiperiaatteet kytkeytyvät vahvasti perusoikeuksien rajoitusedellytyksiin, ja kriminalisointiperiaatteiden vaatimukset täyttävää kriminalisointia voidaankin pitää myös edellä esitelty perusoikeuksien rajoitusedellytykset täyttävänä. Vaikka kriminalisointiperiaateilla ei ole vastaavaa perustuslaki- ja lakivaliokunnan vahvistamaa tukea kuin perusoikeuksien rajoitusedellytyksillä, saavat periaatteet vahvaa tukea esimerkiksi uudemmista lainvalmisteluasiakirjoista⁶².

Keskeisimpinä kriminalisointiperiaatteina on pidetty *oikeushyvien suojelun periaatetta*, *ultima ratio -periaatetta* sekä *hyöty-haitta-punninnan periaatetta*⁶³. Perustuslaista ja perusoikeuksien rajoitusedellytyksistä nousevat esiin myös vaatimukset *laillisuusperiaatteen* noudattamisesta ja *ihmisarvon loukkaamattomuuden kunnioittamisesta*⁶⁴.

Kartellien kriminalisointia koskevan selvityksen kannalta olennaisiksi periaateiksi nousevat tässä vaiheessa oikeushyvien suojelu, ultima ratio ja hyöty-haitta-punninta. Laillisuusperiaate tulee arvioitavaksi lähemmin säännöstekstin muotoilua harkittaessa, ja siihen palataan tarkemmin jäljempänä säännösteknisiä kysymyksiä käsittelevässä luvussa.

3.3.2 Oikeushyvien suojelun periaate

Oikeushyvien suojelun periaatteessa on kyse rikosoikeudellisen järjestelmän käytölle asetettavasta tarkoitussidonnaisuuden vaatimuksesta. Rikosoikeuden käytöllä tulee siten olla jokin hyväksyttävä tarkoitus, mitä edellyttää jo edellä esitetty perusoikeuksien rajoittamisen hyväksyttävyyksivaatimus. Suomalaisessa oikeuskulttuurissa on vakiintuneesti katsottu, että kriminalisoinnin tulee suojata jotakin nimettyä oikeudellista intressiä, eli oikeushyvä⁶⁵. Oike-

⁶⁰ PeVM 25/1994 vp, s. 5 sekä Viljanen 2001, s. 37–38. Myös lakivaliokunta on lausunut rikosoikeudellisten rangaistussäännösten käytön edellytyksistä. Sen mukaan rikoslainsäädännöllä on oltava 1) hyväksyttävä peruste, 2) painava yhteiskunnallinen tarve, 3) ennaltaehkäisevä vaikutus sekä 4) täsmällinen ja tarkkarajainen muotoilu (LaVL 9/2004 vp, s. 1–2).

⁶¹ Melander 2008, s. 173.

⁶² Ks. esim. HE 141/2012 vp, s. 10.

⁶³ Ks. esim. Lappi-Seppälä 1994, s. 33 sekä Melander 2008, s. 175–176.

⁶⁴ Ks. tarkemmin. esim. Melander 2008, s. 173–176.

⁶⁵ Kokoavasti ks. esim. Melander 2008, s. 329–332.

ushyvän sisällöllisistä vaatimuksista on oikeuskirjallisuudessa esitetty poikkeavia näkemyksiä. *Tolvanen* on katsonut, että oikeushyvien tulee jäännöksettömästi palautua perusoikeuksiin⁶⁶. Näkemys oikeushyvien välttämättömästä perusoikeusliitännästä on kuitenkin riitautettu perustellusti. Sinänsä voidaan todeta, että suurelle osalle kriminalisoinneista on löydettävissä melko helposti yhteys perusoikeuksiin. Rikoslaisissa on kuitenkin useita kriminalisointeja, joiden ei voitane katsoa palautuvan suoraan mihinkään perusoikeuksiin. Myöskään perusoikeuksien rajoitusedellytykset eivät edellytä, että rikoslaisilla tulisi turvata ainoastaan toista perusoikeutta.⁶⁷ Kuten *Melander* on todennut, perusoikeussidonnaisten oikeushyvien konstruoinnista realistisempaa onkin yksinkertaisesti määritellä hyväksyttävä ja painava yhteiskunnallinen tarve, jolla kriminalisointia pyritään oikeuttamaan⁶⁸. *Melander* on muotoillut oikeushyvien suojelun periaatteen ydinsisällön seuraavasti:

”Rikosoikeutta on lupa käyttää vain perusoikeuksien tai perusoikeusjärjestelmän ja perusoikeuksien rajoittamisdoktriinin kannalta tarkasteltujen intressien suojeluun. Kriminalisoinnin taustalla on aina oltava osoitettavissa suojeltava intressi sekä käytännöllinen painava yhteiskunnallinen tarve.”⁶⁹

Kilpailulainsäädännöllä, ja siten myös kilpailunrajoituksia koskevilla seuraamuksilla, turvataan tervettä ja toimivaa taloudellista kilpailua (kilpailulain 1 §). Edellä todetuista tavoista on sinänsä selvää, että kartellit ovat yhteiskunnalle vahingollisia. Oikeushyvien suojelun periaatteen kannalta merkittäväksi kysymykseksi muodostuu se, voidaanko terveen ja toimivan taloudellisen kilpailun suojaamista rikosoikeudellisin keinoin pitää hyväksyttävänä intressinä.

Rikoslain kokonaisuudistuksen ensimmäisessä vaiheessa rikossäännöksiä mukautettiin taloudellisessa toiminnassa ja yksityisten välisissä varallisuussuhteissa tapahtuneeseen yhteiskunnalliseen kehitykseen. Uudistuksella pyrittiin suojaamaan perinteisten oikeushyvien (lähinnä yksityistä henkilöä koskettavien oikeuksien, arvojen tai etuuksien) lisäksi myös erinäisiä yhteisöllisiä oikeushyviä.⁷⁰ Uudistusta koskevien esitöiden mukaan uudistuksessa pyrittiin

”– antamaan rikosoikeudellista suojaa lähinnä sellaisia väärinkäytöksiä vastaan, jotka vahingoittavat, vaarantavat tai häiritsevät omistus- ja hallinto-oikeuksia, julkista taloutta ja talo-

⁶⁶ Tolvanen 1999, s. 182.

⁶⁷ Perusoikeusliitännän edellyttämistä koskevasta kritiikistä tarkemmin ks. *Melander* 2008, s. 347–351.

⁶⁸ *Melander* 2008, s. 348.

⁶⁹ *Melander* 2008, s. 357.

⁷⁰ *Lahti* 1991, s. 265–266 ja 273.

uselämän häiriötöntä toimintaa sekä hyödykkeiden vaihdantaa yksityisten kansalaisten tai yhteisöllisten talousyksikköjen välillä.”⁷¹

Yhteisölliset oikeushyvät näkyvät vahvasti myös arvopaperimarkkinarikoksia koskevassa rikoslain 51 luvussa. Arvopaperimarkkinarikosten keskittämistä koskevassa hallituksen esityksessä todetaan, että mainittujen säännösten tavoitteet ovat viime kädessä samat kuin arvopaperimarkkinoita koskevan lainsäädännön yleisestikin, ja että säännöksillä suojataan siten keskeisesti sijoittavan yleisön ja pääomantarvitsijoiden luottamusta markkinoita kohtaan.⁷² Markkinoihin kohdistuvan luottamuksen suojaamisella on oikeutettu arvopaperimarkkinoihin liittyviä rikossäännöksiä lakivaliokunnan käytännössä aivan viimeaikoihin saakka⁷³.

Edellä esitetyn perusteella vaikuttaisi selvältä, että tervettä ja taloudellista kilpailua voitaisiin pitää rikoslain käytön kannalta hyväksyttävänä oikeushyvinä. Erityisesti rikoslain systemaatiikkaan sijoitettuna kartelleja koskeva kriminalisointi sopisi rikoslain 30 luvun elinkeinorikosten joukkoon, joiden tavoitteena on talous- ja elinkeinoelämän toimintaedellytysten turvaaminen⁷⁴. Tätä näkemystä puoltaa vahvasti myös rikoslain kokonaisuudistuksen ensimmäisen vaiheen hallituksen esitystä koskeva lakivaliokunnan mietintö, jossa valiokunta kiinnittää huomiota tarpeeseen siirtää tuolloinen kilpailunrajoituslain 24 §:n kilpailunrajoitusrikos rikoslain 30 lukuun seuraavissa rikoslain uudistuksissa⁷⁵.

Toisaalta on huomattava, että kilpailua koskevien sääntöjen rikkomisen loukkaa yhteisöllisten oikeushyvien lisäksi myös yksilöitä. Suoraviivaisimpana esimerkkinä voitaneen pitää tarjouskartelleja, jossa tarjouskilpailun järjestäjälle aiheutuu taloudellista vahinkoa tarjouksista sopimisen vuoksi. Voitaneenkin katsoa, että ainakin osa kilpailunrajoituksista loukkaa tai vaarantaa perinteisiä, yksilöön kohdistuvia oikeushyviä.⁷⁶ Keskeisessä asemassa on tällöin omaisuuden suoja (perustuslain 15 §).

Kartelliin osallistumista koskevan kriminalisoinnin kohdalla suojeltavan ja hyväksyttävän oikeushyvin määrittäminen ei aiheuttane ongelmia. Painavan yhteiskunnallisen tarpeen vaatimuksen täyttymisestä voitaneen alustavasti todeta, että vahingollisuutensa ja moitittavuutensa kannalta kartellitoiminta näyttäisi vastaavan muita sellaisia elinkeinoelämän toimintaedellytyksiä vahingoittavia tai vaarantavia tekoja, joiden osalta rikosoikeudellisen järjestel-

⁷¹ HE 66/1988 vp, s. 9.

⁷² HE 254/1998 vp, yleisperustelujen kohta 1.

⁷³ LaVL 11/2012 vp, s. 3.

⁷⁴ HE 66/1988 vp, s. 72.

⁷⁵ LaVM 6/1990 vp, s. 12.

⁷⁶ Ks. esim. Matikkala 2008, s. 263.

män käyttö on katsottu perustelluksi. On kuitenkin huomattava, että kartellit ovat jo nykyisin kiellettyjä ja niihin on kohdistettu hallinnollisia sanktioita, joten painavan yhteiskunnallisen tarpeen arviointiin vaikuttaa olennaisesti myös se, katsotaanko nykyinen seuraamusjärjestelmä riittäväksi ja tarkoituksenmukaiseksi keinoksi kartellitoiminnan ehkäisemiseksi ja oikeudenmukaisen seuraamuksen langettamiseksi. Kysymystä käsitellään tarkemmin seuraavissa jaksoissa.

3.3.3 *Ultima ratio* -periaate

Ultima ratio -periaatteella tarkoitetaan vaatimusta rikosoikeuden viimesijaisuudesta. Kysymys on siten siitä, tulisiko edellisessä jaksossa määriteltyä suojaamisen arvoista oikeushyvää turvata nimenomaisesti juuri rikosoikeudellisin keinoin.

Ultima ratio -periaatteella katsotaan olevan vakiintunut asema suomalaisessa rikosoikeudessa⁷⁷. Periaatteen ydinsisältö on perinteisesti kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa jäsennetty siten, että rikosoikeutta voidaan käyttää oikeushyvien suojeluun vain, jos ”käsillä ei ole toista moraalisesti hyväksyttävämpää sitä tehossaan kohtuullisessa määrin lähestyvää ja kohtuullisin kustannuksin toimeenpantavissa olevaa järjestelmää”⁷⁸. Periaate saa suoraan tukea myös perusoikeuksien rajoitusedellytyksiin sisältyvästä suhteellisuusvaatimuksesta, jonka mukaan on arvioitava, onko kriminalisointi välttämätön sen taustalla olevan oikeushyvän suojaamiseksi, ja olisiko vastaava tavoite saavutettavissa muulla perusoikeuteen vähemmän puuttavalla tavalla kuin kriminalisoinnilla⁷⁹.

Kartellitoimintaan kohdistuva kriminalisointi on rikoslain viimesijaisuuspunninnan kannalta lähtöasetelmiltaan tavanomaisesta poikkeava. Ensinnäkin tervettä ja toimivaa taloudellista kilpailua pyritään nykyisin suojaamaan haitallisilta kilpailunrajoituksilta hallinnollisella seuraamusmaksujärjestelmällä, jota voidaan rikosoikeudellisiin sakkorangaistuksiin verrattuna pitää melko ankarana⁸⁰. Kriminalisoinnissa ei siten olisi kyse puhtaasti uuskrimalisoinnista, vaan rangaistusvastuun laajentamisesta yrityksiä koskevista hallinnollisista sanktioista yksilöiden rikosoikeudelliseen vastuuseen. Toiseksi myöskään kriminalisointikysymys itsessään ei ole uusi. Kuten edellä on käynyt ilmi, tarjouskartelleja koskenut nimenomainen kriminalisointi poistettiin kilpailunrajoituslaista siirryttäessä hallinnolliseen kilpailunrikkomismaksuun

⁷⁷ Kokoavasti Melander 2008, s. 391–394.

⁷⁸ Lappi-Seppälä 1994, s. 33. Lappi-Seppälän tekemän jäsenyyksen asemasta suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa Melander 2008, s. 392.

⁷⁹ PeVM 25/1994 vp, s. 5 ja PeVL 23/1997 vp, s. 2–3.

⁸⁰ Kilpailunrajoituksesta määrättävä seuraamusmaksu voi olla enintään 10 prosenttia yrityksen vuosittaisesta liikevaihdosta (KilpL 13 §), kun taas rikosoikeudellisen yhteisösakon asteikko on 850–850.000 euroa (RL 9:5) ja vastaavasti päiväsakkojen enimmäismäärä on 120 (RL 2a:1).

vuoden 1992 uudistuksen myötä. *Ultima ratio* -periaatteen punninnassa on lähtötilanteeksi siten otettava nykyinen seuraamusmaksujärjestelmä ja sen voimaansaattamista koskevat perustelut, joihin kriminalisointia ja muita vaihtoehtoisia malleja on verrattava.

Ennen seuraamusmaksujärjestelmää koskevien perustelujen käsittelemistä on kuitenkin syytä todeta, ettei *ultima ratio* -periaatetta ole Suomessa nähty siten, että se jo lähtökohtaisesti asettaisi rikosoikeudellisen järjestelmän toissijaiseksi hallinnollisiin seuraamuksiin nähden, vaan periaatetta voidaan pitää ennemminkin rikosoikeudellisen järjestelmän käyttöä koskevana arvoperiaatteena. Periaate ei siten tavoittele koko oikeusjärjestelmän kattavaa yhtenäisyyttä ja johdonmukaisuutta, vaan ennemminkin oikeudenalakohtaista koherenssia.⁸¹ Näin ollen viimesijaisuuden vaatimusta arvioidessa tulee tarkastella eri sääntelyvaihtoehtojen hyötyjä ja haittoja sääntelylle asetettujen tavoitteiden näkökulmasta sekä tarkastella kartellitoimintaa suhteessa sitä lähellä oleviin rikosoikeudellisesti sanktioituihin ilmiöihin, eli elinkeino- ja talousrikoksiin.

Vuonna 1992 voimaantulleen kilpailunrajoituslain uudistuksen yleisenä tavoitteena oli sopeuttaa kilpailulainsäädäntöä vastamaan paremmin tuolloisia EY:n kilpailusääntöjä⁸². Uudistusta koskevassa komiteamietinnössä todettiin, että rikosoikeudellisiin seuraamuksiin perustuva sanktiojärjestelmä toteutti heikosti uudistuksen tavoitteita, eli kilpailuoikeuden muuttamista tehokkaammaksi sekä järjestelmien eroavaisuuksien vähentämistä⁸³. Rikosoikeudellisista seuraamuksista luopumista perusteltiin lähinnä tehokkuussyllä. Esitetyt perustelut voidaan jäsentää seuraavasti:

- tuomitut rangaistukset olivat olleet lieviä sakkorangaistuksia, joilla ei voida katsoa olevan paljoakaan yleisestävää vaikutusta,
- hallinnollinen prosessi olisi rikosprosessia tehokkaampi, joustavampi ja tarkoituksenmukaisempi,
- kilpailunrajoitusasioiden arviointi edellyttää erityistä asiantuntemusta, ja
- kilpailunrajoitusasioiden arvioinnissa on annettava enemmän painoa teon elinkeinolämälle tuottamaan vahinkoon kuin tekijän toimenpiteiden subjektiiviseen moitittavuuteen.⁸⁴

⁸¹ Melander 2008, s. 405–406.

⁸² HE 162/1991 vp, s. 3.

⁸³ KM 1991:15, s. 80.

⁸⁴ HE 162/1991 vp, s. 5–6.

Kilpailulaki 2010 -mietinnössä tarvetta rikosoikeudellisille sanktioille harkittiin uudestaan. Työryhmä katsoi, että lainsäädännön tehokkuuden ja ennalta estävyyden näkökulmasta voidaan arvostella sitä, että lainvastaisesta toiminnasta vastuussa olevat luonnolliset henkilöt jäävät vaille seuraamuksia. Työryhmä ei kuitenkaan päätenyt esittämään kriminalisointia. Se katsoi, että rikosprosessin menettelyvaatimukset voisivat vaarantaa hallintoprosessien tehokkuuden, rikosoikeudellisten seuraamusten soveltaminen saattaisi olla ongelmallista EU:n kilpailuvalvonnan näkökulmasta, ja että leniency-järjestelmän tehokkuus heikentyisi, sillä se ei vapauttaisi yritysjohtoa rikosoikeudellisista seuraamuksista. Työryhmä totesi, että riittävän tehokas hallinnollinen seuraamusjärjestelmä oli edelleen toimivin kilpailulain kieltojen tehosteena.⁸⁵ Uutta kilpailulakia säädettäessä talousvaliokunta kiinnitti kuitenkin huomiota rikosoikeudellisten seuraamusten puuttumiseen. Se totesi, että kilpailuoikeudellisia sanktioita on tehostettava, jos ne havaitaan riittämättömiksi. Tällöin tulisi myös selvittää mahdollisuudet rikosoikeudellisten sanktioiden laajentamiseen niissä rajoissa, kun ne voivat oikeudellisten periaatteiden mukaan tulla kyseeseen.⁸⁶

Edellä esitetystä voidaan viimesijaisuusarvioinnin kannalta nostaa esille neljä merkittävää seikkaa. Ensinnäkin hallinnolliseen seuraamusjärjestelmään siirtymisen takana oli suurelta osin unionilainsäädäntö, mikä ilmenee nimenomaisten esityölausumien ohella selvästi myös sääntelyn tehokkuutta korostavasta argumentaatiomallista. Kyse ei siten lopulta ollut avoimesti tehdystä punninnasta hallinnollisten ja rikosoikeudellisten seuraamusten välillä, vaan järjestelmän uudistamisessa oltiin käytännössä sidottuja unionioikeudessa omaksuttuun sääntelymalliin, jonka osalta rikosoikeudellinen sääntely ei EY:n rajallisen toimivallan vuoksi olisi tuolloin edes voinut olla mahdollista.

Toiseksi jokseenkin ongelmallisena voitaneen pitää sitä, että rikosoikeudellisesta järjestelmästä luopumista on perusteltu pääasiassa tehokkuusnäkökohdin. Kilpailulainsäädäntöä uudistettaessa ei missään vaiheessa ole arvioitu, voisivatko rikosoikeudelliset seuraamukset kartellitapauksissa olla tarpeen sen vuoksi, että menettely on moitittavuudeltaan rikosoikeuden alaan kuuluvaa. Mainitun arvioinnin puuttuminen vaikuttaa erikoiselta erityisesti kun kieltoperiaatteeseen siirryttäessä on korostettu, että säännösten tulee ”entistä selkeämmin tuoda esille yhteiskunnan torjuva suhtautuminen vahingollisina pidettäviin kilpailunrajoituk-

⁸⁵ Kilpailulaki 2010 -mietintö, s. 50–51.

⁸⁶ TaVM 50/2010 vp, s. 3.

siin ja näin kasvattaa elinkeinonharjoittajien tietämystä yhteiskunnan tuomitsemista menettelytavoista”⁸⁷.

Kolmanneksi esiin nousee sääntelyn preventiovaikutusta koskeva arviointi. Kilpailulaki 2010 -työryhmä totesi, että yleisprevention kannalta on sinänsä ongelmallista, ettei luonnollisia henkilöitä voida rangaista, mutta katsoi kuitenkin lähinnä käytännöllisten ongelmien vuoksi, ettei rikosoikeudellisten sanktioiden käyttöönotto ollut tarkoituksenmukaista. Työryhmän mietinnön perustelut jäivät melko suppeiksi, eikä mietinnössä pyritä analysoimaan kattavasti esimerkiksi prosessien yhteensovittamista koskevia kysymyksiä vaan on tyydytty toteamaan, että mikäli tulevaisuudessa rikosoikeudellisia keinoja halutaan kilpailunrajoitusasioissa käyttää, tulisi hallinnollisen ja rikosoikeudellisen menettelyn välinen suhde selvästi määritellä⁸⁸.

Neljänneksi rikoslain kokonaisuudistuksen ensimmäisen vaiheen ja kilpailunrajoitusrikoksen dekriminialisoinnin keskinäinen yhteys näyttäisi puuttuvan kokonaan siitä huolimatta, että uudistukset olivat yhtäaikaaisesti vireillä. Rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen keskeisenä sisältönä oli luoda taloudellisen toiminnan, ympäristönsuojelun ja työturvallisuuden uudenlainen sääntely, jonka tavoitteena oli vahvistaa rikosoikeuden roolia näillä alueilla kiellettyjen käyttäytymismuotojen sanktioinnissa yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuuden edistämiseksi, sillä rikosoikeudellisilla seuraamuksilla katsottiin tehokkaammin osoitettavan moitittavimpien menettelytapojen moraalista ja yhteiskunnallista paheksuttavuutta⁸⁹. Tästä näkökulmasta vaikuttaa ristiriitaiselta, että samaan aikaan kun rikoslain kokonaisuudistuksessa taloudellista toimintaa koskevia rangaistussäännöksiä lisättiin, poistettiin kilpailunrajoituksia koskenut kriminalisointi siitäkin huolimatta, että lakivaliokunta oli vielä vuonna 1990 katsonut tarpeelliseksi siirtää kilpailunrajoitusrikos rikoslakiin uudistuksen seuraavassa vaiheessa.

Kuten todettu, *ultima ratio* -periaatteen lähtökohtana on, että rikosoikeudellista järjestelmää voidaan käyttää vain, jos käsillä ei ole toista moraalisesti hyväksyttävämpää sitä tehossaan kohtuullisessa määrin lähestyvää ja kohtuullisin kustannuksin toimeenpantavissa olevaa järjestelmää. Näin ollen, ja edellä esitetyn perusteella *ultima ratio* -periaatteen kannalta merkittävimmiksi arviointikriteereiksi kartelleja koskevan kriminalisoinnin osalta muodostuvat a) preventiovaikutus, b) moitittavuus ja oikeudenmukaisuus, c) kriminalisoinnin kustannukset, d) suhde elinkeino- ja talousrikoksiin sekä c) muut vaihtoehtoiset yksilövastuomallit. Maini-

⁸⁷ He 162/1991 vp, s. 3.

⁸⁸ Kilpailulaki 2010 -mietintö, s. 51.

⁸⁹ Lahti 2012, s. 108 sekä Lahti 1991, s. 262–263 ja 271–273. Ks. myös HE 66/1988 vp, s. 9.

tuista seikoista neljää ensimmäistä käsitellään tarkemmin jäljempänä hyöty–haitta-punninnan periaatteen kohdalla ja vaihtoehtoisia sääntelymalleja käsitellään luvussa 6.

Viimesijaisuusvaatimuksen täyttyminen on mainituin tavoin riippuvainen useiden eri osatekijöiden tarkemmasta arvioinnista, eikä tätä arviointia ole kaikkien näiden seikkojen osalta taroituksenmukaista suorittaa tässä jaksossa. Kootusti voidaan kuitenkin esittää, että kriminalisointi olisi *ultima ratio* -periaatteen kannalta puollettavissa, jos lainsäätäjät hyväksyy näkemyksen, jonka mukaan

1. rikosoikeudellinen luonnollisia henkilöitä koskeva rangaistusvastuu olisi omiaan lisäämään yksilöiden pidäkkeitä osallistua kiellettyihin kilpailunrajoituksiin,
2. oikeudenmukaisuus- ja yhdenvertaisuusnäkökulma puoltaa yleisesti moitittavana pidettävän kartellitoiminnan kriminalisoimista muiden elinkeino- ja talousrikosten rinnalla,
3. kriminalisoinnin kustannukset jäävät maltillisiksi, ja
4. muut vaihtoehtoiset sääntelymallit osoittautuvat riittämättömiksi yksilövastuun toteuttamiseksi.

3.3.4 Hyöty–haitta-punninnan periaate

Hyöty–haitta-punninnan periaate edellyttää nimensä mukaisesti punnintaa kriminalisoinnilla saavutettavien hyötyjen ja siitä aiheutuvien haittojen välillä. Jotta kriminalisointi olisi hyväksyttävissä, tulee sillä saavutettavien hyötyjen olla suurempia kuin siitä aiheutuvien haittojen. Oikeuskirjallisuudessa periaatteen on katsottu kytkeytyvän perusoikeuksien rajoitusedellytyksiin sisältyvään suhteellisuusvaatimukseen, joka edellyttää punnintaa rajoitusperusteen taustalla olevan yhteiskunnallisen intressin painavuuden ja rajoitettavan perusoikeuden tai oikeushyvän välillä⁹⁰.

Kartelleja koskevan kriminalisoinnin kannalta hyöty–haitta-punninnan argumentit voidaan jaotella karkeasti kolmeen osaan. Hyötynäkökulmaa edustavat lähtökohtaisesti kriminalisoinnin preventiovaikutus- ja oikeudenmukaisuusnäkökohdat. Haittoina puolestaan voidaan pitää kriminalisoinnin aiheuttamia kustannuksia ja siitä mahdollisesti seuraavia toiminnallisia rajoituksia. Kolmas ryhmä muodostuu sellaisista käytännöllisistä näkökohdista, jotka voivat valitusta sääntelyratkaisusta riippuen kääntyä vaikutuksiltaan hyödyllisiksi tai haitallisiksi. Tältä osin kysymys on keskeisesti hallinnollisista seuraamuksista vapautumista sääntelevän

⁹⁰ Kokoavasti ks. Melander 2008, s. 474–477.

leniency-järjestelmän toimivuudesta sekä viranomaisten tutkinta- ja tietojenvaihtovaltuuksista.

3.3.4.1 Kriminalisoinnin preventiovaikutukset

Merkittävin kriminalisoinnilla tavoiteltavista hyödyistä on ei-toivottavan käyttäytymisen vähentyminen. Kriminalisoinnin tulisi siten pystyä vaikuttamaan ihmisten käyttäytymiseen, eikä sellaista kriminalisointia, joka ei edes ennalta arvioiden pystyisi vaikuttamaan ihmisten käyttäytymiseen, tulisi säätää.⁹¹

Lähtökohdan kartelleja koskevan kriminalisoinnin preventiovaikutuksen tarkastelulle muodostavat nykyinen hallinnollinen seuraamusmaksujärjestelmä sekä mahdollisuus tuomita kilpailunrajoituksesta vahingonkorvausta; kilpailulain seuraamusmaksujärjestelmän pääasiallisena tavoitteena voidaan pitää vahingollisten kilpailunrajoitusten vähentämistä ja ennaltaehkäisemistä⁹², ja vahingonkorvauksella on yleisesti katsottu olevan preventiivinen vaikutus, vaikka sen yksittäistapauksellinen päämäärä onkin kompensoida vahingonkärsijälle tälle aiheutettu vahinko⁹³. Näin ollen kriminalisointi harkittaessa tulee arvioitavaksi, voidaanko rikosoikeudellisten seuraamusten odottaa tuovan lisäarvoa preventionäkökulmasta nykyiseen järjestelmään nähden.

Ongelmana kartellikriminalisoinnin vaikutusten arvioinnin kannalta on vähäinen empiirinen tutkimusaineisto. Yksiselitteistä empiiristä näyttöä kriminalisoinnin preventiivisistä vaikutuksista ei ole⁹⁴. Toisaalta empiirisen näytön puute vaivaa yhtä lailla myös nykyisen järjestelmän preventiovaikutuksen arviointia. Tilanne on rikosoikeudellisen vaikutusarvioinnin kannalta melko tavanomainen. Kun kyse on jo nykyisellään sellaisesta ei-toivotusta käyttäytymisestä, johon on kytketty sanktioita, pyritään kielletyt menettelyt luonnollisesti pitämään salassa. Tämän vuoksi empiirisen näytön hankkiminen ei-toivottavan käyttäytymisen määrästä ja preventioon tähtäävien toimien vaikutuksesta on vaikeaa. Empiirisen näytön puuttuessa kriminalisoinnin vaikutuksia voidaan kuitenkin arvioida omaksumalla tiettyjä melko yleisesti hyväksytyjä oletuksia, joihin eri vaihtoehtoja voidaan verrata.

Yksi näkökulma preventiovaikutuksen arviointiin on olettaa rationaalisesta (taloudellisesta) toimijasta, joka punnitsee menettelystä saatavat hyödyt sekä siihen liittyvät riskit ja haitat.

⁹¹ Melander 2008, s. 480. Myös perustuslakivaliokunta on katsonut symboliseksi jäävät kriminalisoinnit tarpeettomiksi (PeVL 29/2001 vp, s. 4 sekä PeVL 5/2009 vp, s.3).

⁹² HE 11/2004 vp, s. 16 sekä HE 88/2010 vp, s. 5.

⁹³ Kuoppamäki 2012, s. 95.

⁹⁴ Ks. esim. OECD 2003, s. 7, Parker 2011, erit. s. 249–256 sekä Stucke 2011, erit. s. 287–288.

Vahingollisesta kartellitoiminnasta aiheutuvien kulujen tulisi siten laskennallisesti ylittää toiminnasta saatavat hyödyt. Ajatuksena on tällöin, että kartelleista tuomittavat sakot ja vahingonkorvaukset ylittäisivät kartellista saadut lisävoitot suhteutettuna kiinnijäämistodennäköisyyteen⁹⁵. Oikeuskirjallisuudessa *Wils* on arvioinut, että yritykselle tuomittavan sakon optimaalinen taso olisi noin 150 prosenttia yrityksen kartellituotteisiin kohdistuvasta liikevaihdosta⁹⁶. Sittemmin *Wilsin* arvioita on kirjallisuudessa pidetty jopa liian varovaisena. On kuitenkin selvää, että joka tapauksessa kilpailulain mukainen seuraamusmaksu (enintään 10 prosenttia sen vuoden liikevaihdosta, jona yritys viimeksi osallistui rikkomukseen; kilpailulain 13 §) ja kartellilla aiheutetusta vahingosta tuomittava korvaus tuskin koskaan nousee optimaalisen sakon edellyttämälle tasolle. Tutkimuksissa on myös havaittu, ettei yritykselle tuomittavia seuraamuksia voida käytännöllisistä syistä nostaa lähelle optimaalista tasoa, sillä optimaalisesti mitattu sakko johtaisi useissa tapauksissa kartelliin osallistuneiden yritysten konkurssiin.⁹⁷ Taloustieteellisestä näkökulmasta luonnollisiin henkilöihin kohdistuvia sanktioita puoltaa siis yrityksiin kohdistuvien seuraamusten riittämättömyys optimaaliseen sakko-tasoon nähden. Näkemys puoltaa erityisesti vankeusrangaistusten tai muiden ”ei-korvattavien” seuraamusten käyttöä, sillä on katsottu, että yritykset korvaisivat työntekijöilleen tyypillisesti melko mataliksi jäävät sakkorangaistukset, jos yritys arvioi kartellitoiminnan rangaistuksista huolimatta kannattavaksi. Taloustieteellisen näkökulman heikkoutena voidaan kuitenkin pitää siihen sisäänrakennettua olettaa taloudellisten toimijoiden rationaalisuudesta.

Eräänlaisena järkipäisenä näkemyksenä kriminalisoinnin hyödyllisiin preventiovaikutuksiin voidaan pitää rangaistusvastuun oikeaa kohdentamista kartelliin osallistumisesta todellisuudessa päättäviin tahoihin. Kuten todettu, nykyiset seuraamukset kohdistuvat vain rikkomuksen tehneisiin yrityksiin. Tästä seuraa käytännössä se, että yrityksessä työskentelevät luonnolliset henkilöt voivat ilman rangaistuksen pelkoa tehdä yrityksen puolesta kartellisopimuksia tai vaihtaa tietoja kilpailijoiden kanssa. Jos tehdyt kilpailurikkomukset sittemmin paljastuvat, joutuvat päätöksiä tehneet luonnolliset henkilöt vastuuseen korkeintaan yrityksen sisäisesti. Yleispreventioon laskettavan pelotusvaikutuksen kannalta tilanne ei ole toivottava. Poikkeuksen esitettyyn muodostavat tosin yritykset, joissa yrityksen voidaan katsoa samaistuvan sen johdossa toimivaan luonnolliseen henkilöön. Tällaiset tapaukset jäänevät kuitenkin melko vähäisiksi.

⁹⁵ Wikberg 2009, s. 331.

⁹⁶ *Wils* 2002, s. 201 sekä *Wils* 2006, s. 78–81.

⁹⁷ Kootusti ks. Wikberg 2009, s. 331–332. Optimaalisesta sakosta tarkemmin ks. Wikberg 2009, s. 106–121.

Hallinnolliseen seuraamusmaksujärjestelmään nähden rikosoikeudellisten seuraamusmaksua rangaistuslajiltaan ankarampien seuraamusten uhan voitaneen katsoa myös lisäävän sääntelyn yleispreventiivisiä vaikutuksia. Erityisesti vankeusrangaistusuhkaisen kriminalisoinnin pelotusvaikutus on sakkorangaistuksia suurempi, ja oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että vankeusrangaistuksen pelotusvaikutus on voimakkaimmillaan juuri talousrikosten kohdalla.⁹⁸

Edelleen verrattuna nykyiseen järjestelmään rikosoikeudelliset seuraamukset poikkeavat kilpailu- ja vahingonkorvausoikeudellisesta normistosta moitittavuudeltaan. Vaikka kilpailulain seuraamusmaksujärjestelmä osaltaan osoittaa yhteiskunnan torjuvaa suhtautumista kartelleja kohtaan, ei järjestelmä sisällä samanlaista paheksuvaa ja moittivaa elementtiä kuin rikosoikeudelliset seuraamukset. Kysymys on siten sääntelyn kyvystä viestiä tehokkaasti tietyn käyttäytymismallin sisältämästä moraalisesta vääryydestä. Markkinoiden toimivuutta ja tehokkuutta tavoitteleva kilpailulaki on moraalisesti melko väritön, ja sen sisältämiä kieltoja ja seuraamuksia on mahdollista arvioida – kuten edellä huomattiin – puhtaasti taloustieteellisenä ”pelinä”, jossa kyse ei ole niinkään moraalisesti hyväksyttävästä tai tuomittavasta menettelystä, vaan yksinkertaisesti taloudellisen voiton tavoitteluun liittyvästä analysoinnista. Pelkästään yrityksiin kohdistuvat seuraamukset eivät myöskään ole omiaan tuomaan esille teon moitittavuutta. Jonkin teon kriminalisointi taas sisältää selvän sanoman siitä, että kyseessä on teko, jota yhteiskunta pitää erityisen moitittavana. Tällaisella moitittavuuden osoittamisella on katsottu voivan olla yleisempää vaikutusta normien sisäistämiseen ja niiden kieltämän käyttäytymisen moitittavuuden omaksumiseen yleiseksi mielipiteeksi⁹⁹. Siten kriminalisoinnin myönteisen vaikutuksen vallitseviin moraali- ja oikeuskäsityksiin onkin katsottu vahvistavan osaltaan rangaistusuhkien yleispreventiivistä vaikutusta¹⁰⁰. Moraalia ja tapaa luovan vaikutuksen syntyminen edellyttää kuitenkin kriminalisoinnilta, että se koetaan yleisten moraalikäsitysten mukaiseksi ja kriminalisoitu menettely ei-toivottavaksi¹⁰¹.

Jos edellä esitetyt näkemykset jokseenkin rationaalisesta toimijasta sekä lain moraalia ja tapaa luovasta vaikutuksesta hyväksytään, voitaneen kriminalisoinnilla katsoa saavutettavan nykyiseen järjestelmään nähden lisäarvoa preventiovaikutuksen kannalta. Ennaltaestävyyden lisäys saavutettaisiin tällöin yhdistelmällä aiempaa tarkoituksenmukaisemmin kohdistettua pelotevaikutusta sekä vahvistamalla kartelleihin kohdistuvaa paheksuntaa ja siten lisäämällä välillistä yleispreventiota. On kuitenkin huomattava, että preventiovaikutus on mainittujen

⁹⁸ Wils 2008, s. 183–185.

⁹⁹ Lappi-Seppälä 2000, s. 56–60. Ks. myös Wils 2008, s. 185.

¹⁰⁰ Lahti 2012, s. 113.

¹⁰¹ Ks. esim. Melander 2008, s. 180–181 ja 480–481 sekä Lahti 2012, s. 113.

seikkojen lisäksi kiinteästi kytköksissä kilpailuoikeudelliseen leniency-järjestelmään. Jos kriminalisointi toteutettaisiin ilman leniency-järjestelmän ja rikosoikeudellisen järjestelmän yhteensovittamista, saattaisi kriminalisoinnilla olla huomattavia kielteisiä vaikutuksia hallinnollisen seuraamusjärjestelmän yleisestäviin vaikutuksiin. Leniency-järjestelmään liittyviä kysymyksiä käsitellään kootusti jäljempänä.

3.3.4.2 Oikeudenmukaisuus- ja yhdenvertaisuusnäkökulma

Edellä on todettu kartellitoiminnan rikkovan moraalisia normeja, jotka kieltävät varastamisen sekä erilaiset epärehelliset menettelyt, kuten petokset ja huijaamisen. Tämän vuoksi kartelleja voidaan pitää perusluonteeltaan moitittavana. Kartellitoimintaa ei kuitenkaan ole kriminalisoitu, vaikka rikoslain kokonaisuudistuksessa rikosoikeuden roolia taloudellisen toiminnan alueilla haluttiin vahvistaa siksi, että rikosoikeudellisilla seuraamuksilla katsottiin tehokkaammin osoitettavan moitittavimpien menettelytapojen moraalista ja yhteiskunnallista paheksuttavuutta. Kartellit ovat siten erityisasemassa suhteessa muihin elinkeinoelämän toimintaedellytyksiä vahingoittaviin tai vaarantaviin moitittaviin tekoihin, joiden osalta rikosoikeudellinen järjestelmä on otettu käyttöön.

Rikoslain kokonaisuudistusta valmistelleen komitean mietinnössä katsottiin, että uudistuksessa tuli harkittavaksi

”– miten rikosoikeudellinen järjestelmä kokonaisuudessaan suojaa eri yhteiskuntaryhmille tärkeitä arvoja ja etuuksia sekä kuvastaa ja tukee yhteiskunnassa vallitsevaa arvojärjestelmää sekä miten rikosoikeudelliset seuraamukset ja haitat kohdistuvat eri yhteiskuntaryhmiin.”¹⁰²

Edelleen uudistuksen ensimmäistä vaihetta koskevien lain esitöiden mukaan

”[r]ikoslainsäädännön sisältöä on tarkistettava muuttuvan oikeustajunnan mukaisesti. Rangaistavan ja ei-rangaistavan käyttäytymisen rajat on tarvittaessa määriteltävä uudelleen. Kysymys rangaistussäännösten sisällöstä on osa yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuuden ongelmaa. Rikoslainsäädännössä on pyrittävä ottamaan tasapuolisesti huomioon eri yhteiskuntaryhmien edut –.”¹⁰³

Rikoslain yhdeksi tausta-arvoksi voidaan siten nähdä yleisen oikeudenmukaisuuden tavoittelun. Oikeudenmukaisuusajattelun mukaan rikosoikeuden kriminalisointirakenteen tulisi heijasta-

¹⁰² KM 1976:72, s. 47.

¹⁰³ HE 66/1988 vp, s. 9.

taa eri tekotyyppejen suhteellista haitallisuutta ja paheksuttavuutta¹⁰⁴. Toisin sanoen lähtökohdaksi tulisi olla, että samanlaisia tapauksia käsitellään samalla tavalla ja erilaisia eri tavalla. Kysymys on siten lopulta yhdenvertaisuudesta. Kuten *Matikkala* on todennut, ”[m]ikäli kilpailudeliktit tai jotkin niistä ovat rangaistusarvoltaan samaa luokkaa kuin taloudellisen toiminnan alueella rangaistavaksi säädetty teot kuten petos, veropetos ja kirjanpitorikos, täytyy mahdollinen erilainen kohtelu rangaistavuuskysymyksessä voida perustella”.¹⁰⁵

Oikeudenmukaisuudessa on kysymys myös muusta kuin puhtaasta järjestelmävälinnasta. Merkityksellistä ei ole pelkästään se, kohdistetaanko kartellitoimintaan hallinto- vai rikosoikeudellisia seuraamuksia tai molempia, vaan kyse on lisäksi siitä, kohdistuuko rangaistusvastuu *ollenkaan* niihin luonnollisiin henkilöihin, jotka osallistuvat yrityksissä kilpailusääntöjen rikkomiseen. Jos kartelleihin suhtaudutaan kielteisesti ja niitä pidetään yleisesti moitittavina, on vaikea hyväksyä, että yhteiskunta ei kohdistakaan minkäänlaisia paheksuntaa ilmentäviä toimia suoraan kartelleista vastuussa oleviin luonnollisiin henkilöihin.

Lähtökohtaisesti oikeudenmukaisuus- ja yhdenvertaisuus näkökulma näyttäisi puoltavan kriminalisointia. Kartellien on katsottu vahingollisuudeltaan ja moitittavuudeltaan rinnastuvan jo kriminalisoituihin elinkeinoelämän väärinkäytöksiin. Hallinnollisen järjestelmän käyttöä puoltavat perimmäiset argumentit – tehokkuus ja yhdenmukaisuus EU:n kilpailuoikeuteen – eivät myöskään itsessään pystyne perustelemaan riittävästi kartellien erilaista kohtelua. EU:n kilpailuoikeus ei nimittäin estä kansallisesti käyttämästä rikosoikeudellisia seuraamuksia¹⁰⁶, ja hallinnollisten seuraamusten rinnalle säädettävä kriminalisointi voisi muun muassa preventionäkökulmasta tuoda hyötyjä nykyiseen järjestelmään nähden. Toisaalta myös tässä yhteydessä on korostettava, että leniency-järjestelmän toimivuus on kotimaisessa ja ylikansallisessa lainvalmistelussa sekä kilpailupolitiikassa nostettu keskeiseksi tekijäksi kilpailulainsäädännön toiminnan kannalta. Mikäli kriminalisoinnista aiheutuisi merkittäviä haittoja leniency-järjestelmän toiminnalle, voisi kyseinen seikka käytännössä muodostua vahvaksi perusteluksi sääntelyn poikkeavuudelle muista elinkeinoelämän väärinkäytösten sääntelystä.

3.3.4.3 Kriminalisoinnin kustannukset

Rikosoikeudellisen järjestelmän käyttöönotosta aiheutuisi nykyiseen järjestelmään nähden lisäkustannuksia. Tarkka kustannusten määrä on sidoksissa muun muassa kriminalisoinnin

¹⁰⁴ Lahti 2012, s. 109.

¹⁰⁵ Matikkala 2008, s. 264.

¹⁰⁶ EU:n kilpailuoikeuden asettamista vaatimuksista ks. jäljempänä jakso 3.4.

soveltamisalaan, valittuun rangaistusasteikkoon sekä viranomaisten välisen yhteistyön toteuttamismalliin, mutta joitakin yleisluontoisia arvioita kustannuksista voidaan esittää.

Kartelleja koskevien rikosasioiden määrä vuosittain jäisi todennäköisesti vähäiseksi. Voitaaneen olettaa, että pääasiallisesti rikosprosessiin valikoituisivat lähinnä sellaiset tapaukset, joissa Kilpailu- ja kuluttajavirasto tekee seuraamusmaksuesityksen markkinaoikeudelle. Suuntaa-antavasti vuosina 2010–2012 virasto teki vuosittain yhden seuraamusmaksuesityksen merkittävässä kilpailunrajoitusasioissa, kun taas vuosina 2008, 2009 ja 2013 esityksiä ei tehty lainkaan¹⁰⁷.

Toisaalta on huomattava, että vähäisestä tapausten lukumäärästä huolimatta laajojen kartelliasioiden tutkinta ja seuraamusmaksuesityksen käsittely markkinaoikeudessa on vaatinut huomattavasti resursseja. Tarkkoja laskelmia merkittävien kartelliasioiden aiheuttamista kustannuksista hallinnollisessa menettelyssä ei ole saatavilla, mutta eräänlaisena indisiona korkeista resurssivaatimuksista voitaneen pitää Kilpailuviraston markkinaoikeus- ja KHO-käsittelyihin käyttämän työajan kolminkertaistumista vuonna 2009, jolloin kahta laajaa kartelliasiaa käsiteltiin tuomioistuimissa¹⁰⁸.

Rikosten tutkinnan ja oikeudenkäyntimenettelyn lisäksi kustannuksia aiheutuisi rangaistusten täytäntöönpanosta. Näiden kustannusten määrä on rikosten lukumäärän lisäksi sidoksissa valittuun rangaistusasteikkoon. Seuraamuksista sakkorangaistus on edullisin ja ehdoton vankeusrangaistus kallein. Suuntaa-antavasti todettakoon, että esimerkiksi vankeusrangaistuksen täytäntöönpanokustannukset vankia kohden olivat vuonna 2012 noin 65.000 euroa ja yhdyskuntaseuraamusasiakasta kohden noin 4.600 euroa¹⁰⁹. Mikäli kriminalisoinnin asteikoksi asettuisi vastaavankaltaisille rikoksille tyypillinen sakkoa tai enintään kaksi vuotta vankeutta, tuomittaisiin ehdottomia vankeusrangaistuksia käytännössä melko harvoin. Edelleen suhteessa merkittävien kilpailunrajoitusten käsittelymääriin tuomioistuimissa voitaneen arvioida, että rangaistusten täytäntöönpanosta aiheutuvat kustannukset jäisivät maltillisiksi.

Ruotsissa on arvioitu kriminalisoinnin kustannuksia vuonna 2004. Aiempien vakavien kilpailunrajoitusasioiden käsittelystä saatujen tietojen perusteella selvityksessä arvioitiin rikostutkintojen määräksi noin 3–5 kappaletta vuodessa. Tutkintaviranomaisten osalta tämä olisi tarkoittanut noin yhdeksän miljoonan kruunun (n. 1 milj. euroa) kustannuksia vuosittain. Mai-

¹⁰⁷ Kilpailuviraston tilinpäätös 2010, s. 6 sekä Kilpailu- ja kuluttajaviraston tilinpäätös 2013, s. 12.

¹⁰⁸ Ks. Kilpailuviraston tilinpäätös 2009, s. 12, jossa markkinaoikeus- ja KHO-käsittelyiden todettiin vieneen työajasta 18 % (3,2 henkilötyövuotta), kun edellisinä kahtena vuonna osuus oli ollut 6 % (1,1 henkilötyövuotta).

¹⁰⁹ Rikosseuraamuslaitoksen toimintakertomus 2012, s. 6.

nittu summa riittäisi arvion mukaan neljän syyttäjän, kahdeksan poliisin, yhden taloustutkijan sekä yhden hallintohenkilön työllistämiseen. Aiheutuvien oikeudenkäyntikustannusten määräksi arvioitiin vähintään 30 miljoonaa kruunua (n. 3,4 milj. euroa). Laskelma perustui oikeudenkäyntipäivien laskemiseen ja arvottamiseen sekä mahdollisten oikeusapukustannusten ja muiden oikeudenkäynneistä aiheutuvien kustannusten määrittämiseen. Lisäksi kriminalisoinnilla todettiin olevan vaikutuksia kriminaalihuollolle aiheutuviin kustannuksiin.¹¹⁰

Edellä esitetyn perusteella kriminalisoinnista aiheutuvat kustannukset kohdistuisivat suurelta osin rikosten tutkintaan ja oikeudenkäynteihin. Kriminalisoinnin luonteen vuoksi esitutkinta ja syyttäjäviranomaisten piirissä olisi todennäköisesti tarvetta erikoistumiselle, mistä puolestaan seuraisi henkilöstökuluja kasvaneen työvoiman tarpeen sekä kouluttautumisen muodossa. Tutkinnasta ja oikeudenkäynneistä aiheutuviin kuluihin vaikuttaisivat myös mahdollisuudet viranomaisten väliseen tietojenvaihtoon ja muuhun yhteistyöhön. Tapausten arvioidun vähäisen lukumäärän vuoksi rangaistusten täytäntöönpanosta aiheutuvat kustannukset puolestaan pysyisivät melko alhaisina.

3.3.4.4 Kriminalisoinnin aiheuttamat toiminnalliset rajoitukset

Kriminalisointien yleisenä haittavaikutuksena on yksilön toimintavapauden rajoittaminen yhteiskunnassa. Suojatessaan jotakin oikeushyvää kriminalisoinnit usein samalla rajoittavat perusoikeuksien käyttämistä.¹¹¹ Harkittaessa uutta kriminalisointia on tarpeen arvioida, missä määrin kriminalisointi rajoittaisi yksilöiden perusoikeuksien turvaamaa toimintavapautta.

Kartellikriminalisointi asettaisi rangaistavaksi vakavimpiin horisontaalisiin kilpailunrajoituksiin osallistumisen. Siten se rajoittaisi yksilön toimintavapautta lähinnä perustuslain 18 §:n turvaaman elinkeinovapauden kannalta. Vastaavan rajoituksen elinkeinovapaudelle asettaa kuitenkin jo nykyinen kilpailulaki kieltoineen ja seuraamuksineen. Kriminalisoinnilla ei myöskään olisi tarkoitus laajentaa kiellettyjen menettelyjen alaa, vaan ainoastaan kohdistaa rangaistusvastuu yritysten lisäksi yksilöihin vakavimmissa tapauksissa. Tämän vuoksi kriminalisoinnin ei voitane katsoa aiheuttavan toiminnallisia rajoituksia nykytilaa laajemmin.

3.3.4.5 Leniency-järjestelmän toimivuus

Kilpailuoikeudellisen seuraamusmaksusta vapautumista ja maksun lieventämistä koskevan järjestelmän, eli leniency-järjestelmän, keskeisinä tavoitteina on pidetty vakavimpien kilpai-

¹¹⁰ SOU 2004:131, s. 258–260.

¹¹¹ Melander 2008, s. 489.

lunrajoitusten selvittämisen helpottamista sekä seuraamusjärjestelmän yleispreventiivisen vaikutuksen vahvistamista¹¹². Leniency-järjestelmän toiminta perustuu kartellien sisäisen epävakauden kasvattamiseen. Kuten *Leivo et al.* ovat todenneet, ”[t]ietoisuus siitä, että yksi kartellin jäsenistä voi vapautua seuraamuksista ilmiantamalla kartellin, on omiaan horjuttamaan epävakaa kartellia”¹¹³.

Lainsäätäjä on todennut leniency-säännöksillä olevan keskeinen merkitys vakavimpien kilpailunrajoitusten, erityisesti kartellien, selvittämisessä¹¹⁴. Myös oikeuskirjallisuudessa tehokkaasti toteutetun leniency-järjestelmän on katsottu olevan tärkeä – ellei jopa tärkein – keino kartellien paljastamisessa¹¹⁵. Näkemys näyttäisi saavan tukea oikeuskäytännöstä. *Wikberg* on tilastoinut EU:n komission kartellipäätöksiä vuosilta 1998–2009. Hänen kokoamansa taulukon perusteella komission antamista langettavista päätöksistä yli puolet oli tullut komission tietoon leniency-hakemuksilla.¹¹⁶ Myös Suomessa vuoden 2004 voimaan tulleen leniency-sääntelyn jälkeen merkittävimmissä kartelleja koskevissa seuraamusmaksuasioissa leniency-säännöksiä on sovellettu¹¹⁷.

Kilpailulainsäädännön uudistamisessa on useassa eri yhteydessä korostettu tarvetta turvata leniency-järjestelmän tehokas toiminta. Leniency-järjestelmää on pyritty turvaamaan esimerkiksi säätämällä leniency-hakemuksella saatujen tietojen käyttökiellosta muuhun tarkoituksen kuin kilpailunrajoitusasian käsittelyyn (kilpailulain 17 § 4 mom.), jotta seuraamusmaksun alentamista tai siitä vapautumista hakevaa yritystä ei asetettaisi vahingonkorvauksellisesti muita kartellin osapuolia heikompaan asemaan¹¹⁸. Talousvaliokunta on myös hiljattain käsitellessään komission direktiiviehdotusta kilpailusääntöjen rikkomisen johdosta nostettuja vahingonkorvauskanteita koskeviksi säännöiksi todennut, ettei ”hyvin toimiva, kartellin ilmiantajan sakoista vapauttamista koskeva järjestelmä – – saa nyt ehdotettujen uudistusten myötä vaarantua”¹¹⁹. Vastaavasti kilpailulakia valmistellut työryhmä totesi mahdollisen kriminalisoinnin osalta, että

¹¹² HE 11/2004 vp, s. 16.

¹¹³ *Leivo et al.*, 2012, s. 319.

¹¹⁴ HE 88/2010 vp, s. 7.

¹¹⁵ *Alkio – Wik* 2009, s. 777 sekä kokoavasti *Wikberg* 2009, s. 181–202.

¹¹⁶ *Wikberg* 2009, s. 416–418. Leniency-hakemuksien perusteella vireille tulleiden asioiden määrä suhteessa kaikkiin langettaviin päätöksiin oli 43/70.

¹¹⁷ Niin sanotut raakapuun hankintaa (MAO 614/2009) sekä autojen varaosien tukkumyyntien hintakartellia (MAO 91/2009) koskeneet asiat.

¹¹⁸ HE 88/2010 vp, s. 25.

¹¹⁹ TaVL 23/2012 vp, s. 3.

”[t]yöryhmä pitää – – kilpailuvalvonnan tehokkuuden ja Suomen kansainvälisten velvoitteiden kannalta välttämättömänä, että kilpailulainsäädännön mukaisen leniency-järjestelmän toimivuus turvataan säädösten myötä myös niissä tilanteissa, joissa rikosoikeudellisten seuraamusten uhka voi olla olemassa.”¹²⁰

Huoli rikosoikeudellisten seuraamusten kielteisistä vaikutuksista leniency-järjestelmään koskee tilannetta, jossa kriminalisointi toteutettaisiin ilman hallinto-oikeudellisten seuraamuksista vapautumista tai niiden alentamista koskevien säännösten ulottamista rikosoikeudellisiin seuraamuksiin. Kilpailulakia valmistellut työryhmä katsoi, että

”[r]ikosoikeudellisten sanktioiden käyttöönotto kilpailunrajoitustapauksissa todennäköisesti heikentäisi myös sakoista vapautumista ja sakkojen alentamista koskevan leniency-järjestelmän tehokkuutta ja vähentäisi yritysten kannustimia antaa ilmi kilpailunrikkomuksiin, koska leniency-järjestelmä ei vapauttaisi yritysjohtoa rikosoikeudellisista seuraamuksista.”¹²¹

Taustalla oleva ajatus on selvä. Mikäli yrityksessä kartellitoimintaan osallistuneet henkilöt eivät voisi vapautua henkilökohtaisesta rikosvastuusta, eivät he myöskään avustaisi yritystä leniency-hakemuksen laadinnassa tai tekisi itse aloitetta hakemuksen laatimiseksi. Toisaalta vaikka yrityksellä olisi tarvittavat tiedot hakemuksen laatimiseksi, voisi yritys pidättäytyä hakemuksen tekemisestä suojellakseen työntekijöitään mahdollisilta (vankeus)rangaistuksilta. Käytännön todisteena mainitunlaisesta vaikutuksesta esitetään usein Yhdysvaltojen lainsäädännön kehittymisen vaikutukset leniency-hakemusten määrään. Yhdysvallat vuonna 1993 uudisti kilpailulainsäädäntöään siten, että a) leniencyn myöntäminen ei ollut enää harkinnanvaraista, b) leniencyn saattoi saada myös sen jälkeen, kun viranomainen on aloittanut tutkinnan, ja c) leniency laajennettiin koskemaan myös vapautusta hakevan yrityksen henkilöstöä. Uudistuksen seurauksena hakemusten määrät nousivat merkittävästi.¹²² Myös Ruotsissa on omaksuttu näkemys, jonka mukaan leniency-järjestelmällä saadut hyödyt pitkälti menetettäisiin, mikäli seuraamuksesta vapauttamista ja sen alentamista koskevaa sääntelyä ei ulotettaisiin rikosoikeudellisiin seuraamuksiin¹²³.

¹²⁰ Kilpailulaki 2010 -mietintö, s. 51.

¹²¹ Kilpailulaki 2010 -mietintö, s. 51.

¹²² Kokoavasti Yhdysvaltojen lainsäädännön kehittämisestä ks. Wikberg 2009, s. 182–185 sekä Leivo et al. 2012, s. 321–322.

¹²³ SOU 2004:131, s. 245–249. Ruotsissa tosin katsottiin lisäksi, ettei leniency-järjestelmä ollut tuolloin yhteen sovitettavissa rikoslainsäädännön kanssa.

Edellä on esitetty kriminalisoinnista mahdollisesti aiheutuvia ongelmia leniency-järjestelmän kannalta. On kuitenkin huomattava, että kriminalisoinnilla voisi tietyin edellytyksin olla myös positiivisia vaikutuksia järjestelmän toimintaan. Tehokkaan leniency-järjestelmän on nimittäin katsottu edellyttävän kolmen vaatimuksen täyttymistä. Ensinnäkin tuomittavien seuraamusten tulisi olla riittävän vakavia. Jos seuraamuksista syntyvät kustannukset jäävät kartellista saatavia hyötyjä pienemmäksi, ei intressiä ilmiantamiseen ole. Toiseksi kiinnijäämistodennäköisyyden tulisi olla suuri. Pelkät ankarat seuraamukset eivät välttämättä riitä, jos kiinnijäämisriski mielletään pieneksi. Kolmanneksi leniency-järjestelmän toiminnan tulee olla läpinäkyvää. Yrityksen tulee riittävällä varmuudella pystyä ennakoimaan, kuinka sitä kohdellaan, jos se tekee leniency-hakemuksen.¹²⁴ Tästä näkökulmasta rikosoikeudelliset seuraamukset voisivat vaikuttaa sekä seuraamusten ankaruuteen että kiinnijäämistodennäköisyyteen. Rikosoikeudelliset seuraamukset tulisivat nimittäin hallinnollisten seuraamusten rinnalle kasvattaen siten seuraamusten kokonaistasoa. Kiinnijäämisriskin kasvaminen puolestaan perustuisi yksilöiden ja yritysten väliseen eturistiriitaan, kun yrityksen työntekijöillä olisi henkilökohtainen motiivi paljastaa kartelli rangaistuksen välttämiseksi yrityksen tahdosta riippumatta. Etujen saavuttaminen kriminalisoinnilla edellyttäisi kuitenkin läpinäkyvyyden toteutumista sekä vastuusta vapautumisen mahdollisuutta myös rikosoikeudellisten seuraamusten osalta.

Hyöty-haitta-punninnan periaatteen ja leniency-järjestelmän kannalta kriminalisoinnilla voitaisiin saavuttaa hyötyjä tai siitä voisi aiheutua merkittävää haittaa kilpailulainsäädännön toimivuudelle. Kynnyskysymykseksi tältä osin muodostuu se, voitaisiinko – ja tulisiko – seuraamuksista vapautuminen ulottaa kilpailulainsäädännön lisäksi myös rikosoikeudellisiin seuraamuksiin. Laajuutensa vuoksi kysymystä ei käsitellä tässä yhteydessä, vaan siihen palataan jäljempänä jaksossa 5.4.

3.3.4.6 Viranomaisten tutkinta- ja tietojenvaihtovaltuudet

Kilpailu- ja kuluttajavirastolla on kilpailulain nojalla kilpailunrajoitusten selvittämiseksi toimivalta pyytää elinkeinonharjoittajalta tietoja ja asiakirjoja, kutsua henkilö kuultavaksi ja tehdä tarkastus elinkeinonharjoittajan liiketiloissa sekä muissa tiloissa. Esitutkintaa suorittavalla viranomaisella puolestaan on hieman rikostyyppistä ja tutkittavan rikoksen enimmäisrangaistuksesta riippuen käytettävissään melko laaja valikoima erilaisia keinoja rikosten selvittämiseksi. Rikoksesta epäillyn kuulemisen ja erilaisten etsintöjen lisäksi poliisi voi asetettu-

¹²⁴ Hammond 2008. Ks. myös Alkio – Wik 2009, s. 778 sekä Wikberg 2009, s. 187–193.

jen edellytysten täyttyessä kohdistaa epäiltyyn niin sanottuja salaisia pakkokeinoja kuten telekuuntelua, televalvontaa, suunnitelmallista tarkkailua, peiteltyä tiedonhankintaa, teknistä seurantaan sekä asuntokuuntelua.

Esitutkintaviranomaisten laajempien tutkintavaltuuksien vuoksi kriminalisoinnista voisi olla hyötyä vakavimpien kilpailunrajoitusten selvittämisen kannalta. Voitaneen olettaa, että erityisesti vakavimmissa kartellitapauksissa kilpailusääntöjä rikkovat tahot ovat hyvin tietoisia kilpailuviranomaisten käytettävissä olevista rajallisista tutkintavaltuuksista, ja pyrkivät siten toteuttamaan kielletyn kanssakäymisen sellaisella tavalla, jota kilpailuviranomainen ei voi valvoa. Esimerkkinä tällaisesta voidaan mainita esimaksettujen matkapuhelinliittymien, eli niin sanottujen prepaid-liittymien, käyttö kilpailijoiden välisessä kielletyssä yhteydenpidossa. Jos osa salaisista pakkokeinoista olisi käytettävissä vakavimpia kilpailunrajoitusasioita selvittäessä, voisivat viranomaisten mahdollisuudet omatoimisesti selvittää kyseisiä asioita parantua merkittävästi.

Jotta laajemmista tutkintavaltuuksista olisi kilpailunrajoituksen selvittämisen kannalta hyötyä, tulisi seuraavien edellytysten kuitenkin täyttyä. Ensinnäkin tarpeellisten pakkokeinojen käytön tulisi olla mahdollista pakkokeinolain nojalla. Käytännössä tämä tarkoittaa riittävän korkeaa enimmäisrangaistusta tai rikoksen yksilöintiä laissa. Toiseksi rikostutkinnan tulisi olla yhtäaikaaisesti vireillä kilpailuviranomaisen hallinnollisen tutkinnan kanssa. Jos prosessit olisivat kokonaan peräkkäisiä, joutuisi kilpailuviranomainen kokoamaan näytön markkinaoikeuskäsittelyä varten pelkästään omien tutkintavaltuuksiensa nojalla. Tällöin olisi riski siitä, ettei rikostutkintaa edes aloitettaisi, mikäli kilpailuviranomainen ei saisi kerättyä tarvittavaa näyttöä seuraamusmaksuvaatimuksen tueksi. Kolmanneksi viranomaisten tietojenvaihtovaltuuksien tulisi mahdollistaa tarpeellisten tietojen kulkeminen molempiin suuntiin, jotta poliisin laajemmat tutkintavaltuudet koituisivat myös kilpailuviranomaisen hyväksi. Mahdollisuutta mainittujen edellytysten täyttymiseen sekä muita rikos- ja hallintoprosessin keskinäiseen suhteeseen liittyviä näkökulmia käsitellään tarkemmin jäljempänä jaksossa 5.3.

3.4 EU:n kilpailuoikeudesta seuraavat rajoitukset

Edellä jaksossa 1.3.1 esiteltiin EU:n kilpailulainsäädäntöä pääpiirteissään. Kuten todettu, kiellettyjä kilpailunrajoituksia koskeva SEUT 101 artikla vastaa sisällöltään kilpailulain kiellosäännöstä (5 §) ja kiellosta tehtäviä poikkeuksia (6 §) sillä erolla, että SEUT 101 artiklaa sovelletaan vain silloin, kun kilpailunrajoitus on omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Niissä tapauksissa, joissa kauppavaikutuskriteeri täyttyy, tulee kansallisen

kilpailuviranomaisen tai tuomioistuimen soveltaa SEUT 101 artiklaa kansallisten säännösten rinnalla (asetuksen 1/2003 artikla 3(1)).

SEUT 101 artiklan täytäntöönpanosta annettu neuvoston asetus 1/2003 ei sisällä määräyksiä, jotka suoranaisesti rajoittaisivat jäsenvaltioiden toimivaltaa päättää kilpailunrajoituksia koskevista seuraamuksista. Asetuksesta seuraa kuitenkin tiettyjä rajoituksia kansalliselle kilpailulainsäädännön soveltamiselle sekä viranomaisten väliselle tietojenvaihdolle, jotka voivat olla merkityksellisiä kilpailunrajoituksiin kohdistuvaa kriminalisointia harkittaessa.

Ensinnäkin asetuksen 3(2) artiklassa jäsenvaltioita kielletään kansallista kilpailulainsäädäntöä suhtautumasta EU-sääntelyä tiukemmin sellaisiin sopimuksiin, yritysten yhteenliittymien päätöksiin tai yhdenmukaistettuihin menettelytapoihin, jotka saattavat vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, mutta jotka eivät rajoita kilpailua SEUT 101(1) artiklassa tarkoitetulla tavalla tai jotka täyttävät SEUT 101(3) artiklan poikkeusedellytykset tai kuuluvat ryhmäpoikkeusasetusten piiriin. Näin ollen tilanteissa, joissa kauppavaikutuskriteeri täyttyy, EU:n kilpailuoikeudesta seuraa vaatimus kieltää tietyt menettelyt ja toisaalta kiello soveltaa kansallisia säännöksiä muihin kuin EU:n kilpailusääntöjen kieltämiin menettelyihin.

Toiseksi jos komissio aloittaa oman menettelynsä kilpailunrajoituksen toteamiseksi ja lopettamiseksi, menettää kansallinen kilpailuviranomainen toimivaltansa SEUT 101 artiklan soveltamiseen (asetuksen 1/2003 artikla 11(6)). Komissiolla on siten toimivalta päättää, milloin kauppavaikutuskriteerin täyttävät menettelyt arvioidaan kansallisella, ja milloin ylikansallisella tasolla.

Kolmanneksi asetuksen 12 artikla asettaa rajoituksia viranomaisten välisellä tietojenvaihdolla saatujen tietojen käytölle todisteena. Lähtökohtana on, että komissio ja jäsenvaltioiden viranomaiset voivat SEUT 101 artiklan soveltamiseksi välittää toisilleen tietoa kaikista tosiseikoista ja oikeudellisista seikoista, ja käyttää niitä todisteina (asetuksen 1/2003 artikla 12(1)). Vaihdettuja tietoja voidaan kuitenkin käyttää ainoastaan todisteena SEUT 101 artiklan soveltamiseksi ja siinä asiassa, jota varten tiedot toimittanut viranomainen on ne hankkinut. Tietoja voidaan käyttää myös kansallisen kilpailulainsäädännön soveltamisessa, jos kansallista kilpailulainsäädäntöä sovelletaan yhteisön kilpailulainsäädännön kanssa rinnakkain, eikä tämä johda erilaiseen lopputulokseen (asetuksen 1/2003 artikla 12(2)). Asetuksessa on erikseen rajoitettu vaihdettujen tietojen käyttöä seuraamusten määräämiseksi luonnollisille henkilöille. Tällaisissa tapauksissa tietojen käyttö on sallittua, jos tiedot toimittaneen viranomaisen lainsäädännössä määrätään samankaltaisesta seuraamuksesta kuin SEUT 101 artiklan rikkomisen

yhteydessä, tai jos näin ei ole, tiedot on koottu tavalla, joka takaa samantasoisien luonnollisten henkilöiden puolustautumisoikeuksien suojan kuin vastaanottavan viranomaisen kansallisissa säännöissä on säädetty. Vastaanottava viranomainen ei kuitenkaan jälkimmäisessä tapauksessa voi käyttää vaihdettuja tietoja vapausrangaistusten langettamiseen (asetuksen 1/2003 artikla 12(3)).¹²⁵

Edellä mainituista rajoitteista ainoastaan viimeisin on nimenomaisesti suunnattu koskemaan luonnollisille henkilöille määrättäviä seuraamuksia. Sen sijaan asetuksen artiklassa 3(2) puhutaan kilpailulainsäädännön soveltamisesta ja 11(6) artiklassa SEUT 101 artiklan soveltamisesta. Herää kysymys, missä määrin kyseiset säännökset rajoittaisivat kartelleja koskevan kriminalisoinnin muotoilemista ja soveltamista.

Merkityksellistä asetuksen 1/2003 mainittujen artiklojen vaikutuksen arvioinnin kannalta on, sovelletaanko asetusta yleisesti myös luonnollisille henkilöille määrättäviin seuraamuksiin. Vastaus kysymykseen ei ole yksiselitteinen, eikä unionin tuomioistuin ole antanut asiasta ennakkoratkaisua. Asetuksen johdanto-osan kohdassa 8 todetaan, että ”[t]ätä asetusta ei – – sovelleta kansalliseen lainsäädäntöön, jossa säädetään rikosoikeudellisia rangaistuksia luonnollisille henkilöille, paitsi siltä osin kuin tällaiset rangaistukset ovat keino panna täytäntöön yrityksiin sovellettavat kilpailusäännöt”. Ensimmäinen tulkintavaihtoehto on se, että mainittua johdanto-osan kohtaa tulkitaan itsenäisenä asetuksen soveltamisalaa koskevana lausumana. Tällöin on mahdollista katsoa, että jos jäsenvaltiolla on olemassa erikseen järjestelmä, jolla yrityksiin sovellettavat kilpailusäännöt pannaan EU-oikeuden edellyttämällä tavoin täytäntöön, ei asetusta ole tarvetta soveltaa luonnollisia henkilöitä koskeviin seuraamuksiin¹²⁶. Toinen vaihtoehto on tulkita johdanto-osan lausumaa asetuksen soveltamisalan rajoittamista koskevan 3(3) artiklan näkökulmasta. Kyseisessä 3 artiklan kohdassa todetaan, ettei artiklassa määrätty velvollisuus soveltaa SEUT 101 artiklaa kansallisen lainsäädännön rinnalla estä ”sellaisten kansallisen lainsäädännön määräysten soveltamista, joiden pääasiallinen tavoite eroaa perustamissopimuksen 81 (nyk. 101) – – artiklassa tarkoitetusta tavoitteesta, sanotun rajoittamatta yhteisön yleisen lainsäädännön yleisten periaatteiden ja muiden säännösten soveltamista”. Artiklan 3(3) näkökulmasta johdanto-osan lausuma voisi siten tarkoittaa sitä, että luonnollisiin henkilöihin kohdistettuja seuraamuksia tulisi pitää keinona panna täytäntöön

¹²⁵ Artiklan vaikutuksia arvioidaan tarkemmin jäljempänä jaksossa 5.3.4.

¹²⁶ Tällaista tulkintamallia edustavat esimerkiksi Yhdistyneen kuningaskunnan kilpailuviranomaisen soveltamissuuntaviivat (OFT 442, 2004, s. 13).

yrityksiin sovellettavat kilpailusäännöt, mikäli niiden *tavoite* on olennaisilta osin sama kuin yrityksiin sovellettavien sääntöjen¹²⁷.

Pro et contra -argumentaatio tulkintavaihtoehtojen välillä on pääpiirteissään seuraava. Jälkimmäisen vaihtoehdon normiperustan voidaan katsoa olevan jossain määrin vahvempi, sillä tulkintaan saadaan tukea asetuksen varsinaisista artikloista. Komission Kilpailu-pääosaston silloinen pääjohtaja Lowe on kirjeessään Ruotsin kartellikriminalisointia koskeneen selvityksen SOU 2004:131 johdosta ilmoittanut komission kantana, että artiklasta 3(3) ilmenevä poikkeus on ainoa poikkeus jäsenvaltioiden viranomaisten ja tuomioistuinten velvollisuuteen soveltaa SEUT 101 artiklaa kauppavaikutuskriteerin täytyessä. Tämän vuoksi kirjeessä pidettiin selvänä, että asetuksen soveltamisalaan kuuluvat myös 101 artiklan rikkomisesta luonnollisille henkilöille määrättävät sanktiot. Merkitystä ei katsottu olevan sillä, että yritykselle voitaisiin erikseen määrätä seuraamuksia 101 artiklan rikkomisesta.¹²⁸ Yksin säännösten tavoitetta korostava malli vaikuttaa kuitenkin rikosoikeudellisen järjestelmän käytön kannalta erikoiselta, koska asetuksen soveltamista olisi mahdollista kiertää korostamalla kriminalisoinnin perusteluissa kilpailun suojaamisen sijasta esimerkiksi teon moitittavuutta ja epärehellisyyttä, jolloin sääntelyn tavoite poikkeaisi SEUT 101 artiklan tavoitteesta. Ongelmallisena voitaneen pitää myös sitä, että jos yleisenä lähtökohtana olisi asetuksen soveltaminen tavoitteiltaan SEUT 101 artiklaa vastaavaan rikoslainsäädäntöön, vaikuttaisi päätös ottaa asia komission tutkittavaksi suoraan siihen, voitaisiinko rikosasiaa tutkia kansallisesti vai ei. Toisin sanoen luonnollisen henkilön rangaistusvastuun toteutuminen olisi kauppavaikutuskriteerin täytyessä pitkälti sattumanvaraista, sillä komission toimivalta määrätä seuraamuksia kilpailuasioissa on rajoitettu yrityksiin.

Ensimmäistä tulkintavaihtoehtoa puolestaan puoltaa asetuksen johdanto-osan sanamuoto, jossa nimenomaisesti todetaan, että asetusta sovelletaan luonnollisia henkilöitä koskevaan rikoslainsäädäntöön vain silloin, kun sitä *käytetään keinona panna täytäntöön yrityksiin sovellettavat kilpailusäännöt*. Itsenäisenä toteamana mainitun lausuman voitaneen katsoa ilmaisevan sitä sinänsä SEUT 101 artiklan perusteella selvää asiaa, että unionin kilpailulainsäädäntö koskee yrityksiä eikä luonnollisia henkilöitä ja että jäsenvaltioilla on vapaus päättää omista seuraamusjärjestelmistään, kunhan ne panevat unionin kilpailusäännöt täytäntöön tehokkaalla tavalla. Jos siis jäsenvaltio on toteuttanut yrityksiä koskevan seuraamusjärjestelmän unionioi-

¹²⁷ Tällaista tulkintaa ovat edustaneet Wils 2006, s. 74 sekä EU:n komission Kilpailu-pääosaston pääjohtaja Ruotsille suunnatussa kirjeessä 29.4.2005.

¹²⁸ EU:n komission kirje Ruotsille 29.4.2005, s. 3.

keuden edellyttämällä tavalla, on sillä tämän näkemyksen mukaan vapaus päättää itsenäisesti muista sanktioista sillä edellytyksellä, ettei tämä sääntely ole ristiriidassa EU-normiston kanssa. On myös huomattava, ettei mainittu tulkinta tosiasiallisesti vaikuttaisi millään tavalla komission toimivaltaan ottaa yrityksiä koskeva kilpailunrajoitusasia käsiteltäväkseen. Tulkintamalli saa kuitenkin johdanto-osan lausuman lisäksi lähinnä vain välillistä tukea asetuksen artiklojen muotoilusta.

Kysymys näyttäisi olevan aidosti avoimesta tulkintatilanteesta, jossa molemmat näkökohdat ovat perusteltavissa. Komission omaksumassa laajentavassa tulkintamallissa korostuu EU-oikeuden tehokkaan toteuttamisen varmistaminen, kun taas asetuksen soveltamisalaa rajoittava tulkinta pyrkii varmistamaan oikeusvarmuuden ja yhdenvertaisuuden toteutumisen jäsenvaltioissa. Selvää on joka tapauksessa se, että asetuksen 1/2003 tarkoitus ei ole ollut antaa jäsenvaltioille viestiä pidättäytyä luonnollisiin henkilöihin kohdistuvien sanktioiden säätämisestä. Komissio on myös edellä mainitussa kirjeessään ilmoittanut nimenomaisesti, että se kannattaa kaikkia sellaisia jäsenvaltioiden toimenpiteitä, jotka lisäävät mahdollisuuksia selvittää ja rangaista kartelleja, ja että rikosoikeudelliset sanktiot ovat omiaan tukemaan tätä tavoitetta, kunhan lainsäädäntö on yhdenmukaista EU-oikeuden kanssa¹²⁹.

Käytännössä ne lopputulokset, joihin asetuksen 1/2003 soveltamisalaa koskevat eri tulkinnat päätyvät, eivät suurelta osin ole kovinkaan kaukana toisistaan. Kriminalisoinnin soveltamisalan määrittämiseen kohdistuvien rajoitusten kannalta tilanne vaikuttaisi olevan molempien vaihtoehtojen kannalta sama; kauppavaikutuskriteerin täytyessä kilpailunrajoituskieltojen soveltamisala ei jäsenvaltiossa saa muodostua suppeammaksi tai laajemmaksi kuin mitä se SEUT 101 artiklan perusteella on. Tämä johtuu siitä, että SEUT 101 artiklaa laajempi kriminalisointi olisi EU-oikeuden tavoitteiden kanssa ristiriidassa siitä riippumatta, sovelletaanko asetusta 1/2003 siihen vai ei, koska asetus 1/2003 pyrkii nimenomaisesti siihen, että yhteismarkkinoilla yrityksillä tulee olla yhdenvertaiset mahdollisuudet toimia (johdanto-osan kohta 8). Siten kauppavaikutuskriteerin täytyessä SEUT 101 artiklaa laajempi kriminalisointi tulisi EU-oikeuden etusijaperiaatteen nojalla jättää soveltamatta niissä tapauksissa, joissa kriminalisoinnin soveltaminen johtaisi rangaistavuuteen SEUT 101 artiklan ylittäviltä osin. Kriminalisoinnin suppeudella ei taas EU-normiston täyttymisen kannalta ole merkitystä, jos kansallisella tasolla on voimassa sääntelyä, jolla EU:n kilpailusääntöjen edellyttämä vähim-

¹²⁹ EU:n komission kirje Ruotsille 29.4.2005, s. 2.

mäis- ja enimmäistaso on tehokkaasti pantu täytäntöön. Suomessa kilpailulain 5 § täyttää mainitut edellytykset.

Merkittävä ero eri tulkintavaihtoehtojen välille muodostuu kuitenkin komission ja jäsenvaltion viranomaisten toimivaltasuhteiden määrittämisessä. Kuten todettu, jos kriminalisoinnin katsottaisiin kuuluvan asetuksen 1/2003 soveltamisalaan, johtaisi kilpailunrajoitusasian käsittelyn siirtyminen komissiolle artiklan 11(6) perusteella siihen, että kansalliset viranomaiset menettäisivät toimivaltansa myös rikosoikeudellisten seuraamusten osalta. Tällainen tilanne johtaisi rikoslainsäädännön ennustettavuuden vähenemiseen sekä yhdenvertaisuuden kärsimiseen, kun rangaistusvastuun toteutuminen luonnollisten henkilöiden osalta muodostuisi satumanvaraiseksi tilanteessa, jossa kauppavaikutuskriteeri täyttyy. Vastaavasti yhdenvertaisuuden ja ennakoitavuuden kannalta ongelmalliseksi muodostuisi kriminalisoinnin rajaaminen koskemaan vain sellaisia tapauksia, joissa kauppavaikutuskriteeri ei täyty. Kriminalisoinnin tavoitteiden muotoilemisen osalta puolestaan on todettava, että ottaen huomioon edellä oikeushyvien suojelun periaatteesta esitetyn, olisi kotimaiselle talousrikossäännöstölle epätyypillistä perustella kriminalisointia yksin moitittavuus- ja/tai epärehellisyysnäkökohdilla sijoittamatta tekoa laajempaan kontekstiin.

Oikeusvarmuusnäkökohtien vuoksi kansalliselle lainsäätäjälle näyttäisi jäävän kaksi vaihtoehtoa, joille kummallekin on yhteistä se, ettei asetuksen 1/2003 katsottaisi soveltuvan rikosoikeudellisiin seuraamuksiin. Ensimmäinen vaihtoehto on omaksua edellä esitetty tulkintamalli, jonka mukaan rikosoikeudelliset rangaistukset jo lähtökohtaisesti kuuluvat asetuksen soveltamisalan ulkopuolelle, jos EU:n kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta on huolehdittu muilla tavoin. Tällöin valtio ottaa kuitenkin riskin siitä, että asetuksen soveltamisalaa koskeva tulkinta kehittyy myöhemmin EU:n tuomioistuimessa kielteiseen suuntaan. Toinen vaihtoehto on sinänsä hyväksyä komission esittämä tulkinta asetuksen soveltumisesta rikosoikeudellisiin seuraamuksiin, mutta muotoilla kriminalisoinnin tavoitteet sillä tavoin, ettei niiden voida katsoa olevan yhtenevät SEUT 101 artiklan tavoitteiden kanssa. Tällöinkin lainsäätäjä tosin ottanee jonkinasteisen riskin siitä, että säännösten katsotaan tosiasiallisesti toteuttavan EU:n kilpailusääntöjen täytäntöönpanoa ja siten kuuluvan asetuksen soveltamisalaan.

3.5 Yhteenvetoa

Edellä on katsottu, että kartellitoimintaa voidaan perusluonteeltaan pitää epärehellisenä, mikä lisäksi toiminnan keskiössä olevasta oikeudettoman hyödyn tavoittelusta aiheutuu muille vahinkoa. Menettelyä voidaan siten moitittavuudeltaan pitää rikosoikeuden alaan kuuluvana,

ja tästä näkökulmasta sillä onkin läheinen yhteys useisiin rikoslain talous- ja elinkeinorikossäännöksiin. Esitetyt moitittavuusnäkökulmat näyttäisivät puoltavan rikosoikeudellisen järjestelmän käyttöä kartellitoiminnan sanktioinnissa.

Kriminalisoinnille asetettavia oikeudellisia edellytyksiä on tässä luvussa tarkasteltu oikeuskirjallisuudessa vakiintuneiden kriminalisointiperiaatteiden kautta. Oikeushyvien suojelun periaatteen kannalta kartelleja koskeva kriminalisointi näyttäisi täyttävän asetetun vaatimuksen hyväksyttävän suojeluobjektin olemassaolosta. Myös rikosoikeuden viimesijaisuutta vaativan *ultima ratio* -periaatteen näkökulmasta kriminalisoinnin preventiovaikutusta, oikeudenmukaisuutta sekä yhdenvertaisuutta koskevat näkökohdat näyttäisivät puoltavan mahdollisuutta kriminalisointiin, mikäli kriminalisoinnista aiheutuvia kustannuksia ei pidetä liiallisina. On kuitenkin huomattava, että viimesijaisuusvaatimus edellyttää myös vaihtoehtoisten sääntelymallien punnintaa, mikä esitysteknisistä syistä toteutetaan vasta jäljempänä. Hyötyhaitta-punninnan periaatteen kannalta kriminalisoinnille asetettavien edellytysten täyttyminen vaikuttaisi puolestaan jäävän kiinni lähinnä mahdollisuuksista toteuttaa kriminalisoinnin yhteydessä tarvittavat prosessioikeudelliset muutokset. Keskeisessä roolissa on tällöin kilpailuoikeudellisen leniency-järjestelmän toiminnan turvaaminen. Leniency-järjestelmän toiminnan turvaamista ja muita prosessien yhteensovittamista koskevia näkökohtia tarkastellaan tarkemmin jäljempänä.

EU:n kilpailuoikeuden näkökulmasta ongelmalliseksi kysymykseksi muodostuu EU:n kilpailusääntöjen täytäntöönpanoa koskevan asetuksen soveltamisala. Jos asetuksen katsottaisiin soveltuvan kansalliseen kartellikriminalisointiin, olisi komissiolla toimivalta siirtää kilpailunrajoituksen tutkinta tietyissä tapauksissa itselleen, mikä puolestaan johtaisi kansallisen toimivallan menettämiseen sekä hallinto- että rikosprosessissa. Näin ollen kansallisen lainsäätäjän olisi tulkittava mainittua asetusta siten, ettei kriminalisointi kuuluisi sen soveltamisalaan, mikäli rikossäännöksen soveltamisesta haluttaisiin ennakoitavaa ja yhdenvertaista, tai vaihtoehtoisesti pyrkiä kiertämään asetuksen soveltamista määrittämällä kriminalisoinnin tavoitteet EU:n kilpailusääntöihin nähden poikkeavasti. Lisäksi EU:n kilpailuoikeudesta seuraa joitakin rajoitteita mahdollisen rikostunnusmerkistön muotoilulle sekä kilpailu- että esitutkintaviranomaisten väliselle yhteistyölle. Nämä rajoitukset huomioidaan jäljempänä kyseisiä kokonaisuuksia arvioivissa jaksoissa.

4. Kartellikriminalisointi rangaistussäännöksenä

4.1 Yleistä

Kartelleja koskevaa kriminalisointia harkittaessa tulee kartellitoimintaa tarkastella edellä arvioitujen yleisten rikosoikeudellisen rangaistavuuden edellytysten lisäksi myös mahdollisen rangaistussäännöksen sisällön näkökulmasta. Tällöin voidaan arvioida eri sääntelymallien sopivuutta järjestelmäämme sekä nostaa esiin ongelmakohtia ja kysymyksiä, joita mahdolliseen rikostunnusmerkistön laatimiseen tässä tapauksessa liittyy. Tarkempi säädöstekninen tarkastelu on tarpeen myös siitä syystä, että rikosoikeudelliselta lainsäädännöltä edellytettävän täsmällisyysvaatimuksen arvioiminen edellyttää riittävän tarkkaa tietoa eri tunnusmerkkitekijöiden sisällöstä.

Luvussa käsitellään kartelleja koskevan rikostunnusmerkistön kannalta keskeisimpiä kysymyksiä, eli rikosoikeudellisesti merkityksellisten kilpailunrajoitusten ja rangaistavan teon määrittämistä, vastuun kohdentumista sekä rangaistusasteikon rajoja. Jäljempänä kartellirikoksen, kartellikriminalisoinnin ja kartelleja koskevan kriminalisoinnin käsitteitä käytetään synonyymeina, ja niillä viitataan yleiseen kartelleja koskevaan rikostunnusmerkistöön ottamatta kantaa mahdolliseen rikosnimikkeeseen. Luvun lähtökohtana on pidetty kartellikriminalisoinnin sijoittamista rikoslakiin aineellista lainsäädäntöä koskevan kilpailulain sijasta. Syynä on se, että nykyisin kaikki vankeusuhkaiset kriminalisoinnit on pyritty kokoamaan rikoslakiin niin sanotun keskittämisperiaatteen mukaisesti¹³⁰.

Arvioinnissa hyödynnetään muissa maissa omaksuttuja sääntelymalleja, kilpailulain ja EU:n kilpailuoikeuden säännöksiä, oikeuskirjallisuutta sekä voimassa olevaa kotimaista rikoslainsäädäntöä.

4.2 Rikosoikeudellisesti merkitykselliset kilpailunrajoitukset

Kilpailulain 5 §:ssä ja EU:n perustamissopimuksen 101(1) artiklassa kielletyt kilpailunrajoitukset kattavat laajan joukon erilaisia menettelyjä, jotka poikkeavat toisistaan niin vahingollisuuden, moitittavuuden kuin toiminnan tavoitteiden suhteen. Kielto­säännöksissä ei tehdä eroa horisontaalisten ja vertikaalisten kilpailunrajoitusten välille, minkä lisäksi kiellot kattavat sanamuotonsa perusteella myös sellaisia menettelyjä, jotka voivat kilpailulain 6 §:n tai SEUT 101(3) artiklan poikkeussäännösten perusteella olla sallittuja. Tämän vuoksi kartelleja koske-

¹³⁰ Keskittämisperiaatteesta kootusti ks. Melander 2008, s. 111–113.

van rikostunnusmerkistön sisältöön liittyvien kysymysten tarkastelu on syytä aloittaa rikosoikeudellisesti merkityksellisten kilpailunrajoitusten määrittämiseen liittyvistä ongelmista.

Eri maissa valitut sääntelyratkaisut voidaan karkeasti jaotella kahteen ryhmään. Ensimmäinen vaihtoehto on sitoa rikosoikeudelliset seuraamukset suoraan kilpailulain kiellettyjä kilpailunrajoituksia koskevaan säännökseen. Tällaisesta sääntelystä voidaan esimerkkinä mainita Norjan kilpailulaki (*konkurranseloven*), jonka 32 §:n rangaistussäännöksessä viitataan vain yleisesti kiellettyjä kilpailunrajoituksia koskevan 10 §:n rikkomiseen¹³¹. Myös kotimainen, vuoden 1988 kilpailunrajoituslain (709/1988) 24 §:n rangaistussäännös perustui kieltosäännökseen viittaamiseen¹³², joskin on syytä huomata, että tuolloiset kieltosäännökset koskivat vain nimenomaisesti määrähinnoittelua (4 §) sekä tarjouskartelleja (5 §).

Toinen sääntelymalli erottelee moitittavimmat ja vahingollisimmat kilpailunrajoitukset muista vähemmän haitallisista rajoituksista. Esimerkiksi Tanskan kilpailulain (*konkurrenceloven*) 23(3) §:n mukaan rikosoikeudellinen rangaistus seuraa lain tai EU-oikeuden kilpailunrajoituksia koskevien kieltojen vastaisesti kartellisopimukseen sitoutumisesta, jos rikkomus on tahallinen ja luonteeltaan vakava. Vakavuuden arviointiin vaikuttavia seikkoja ovat etenkin rikkomuksen laajuus ja kartellin mahdolliset vahingolliset vaikutukset. Edelleen säännöksen mukaan kartellisopimuksella tarkoitetaan elinkeinotoiminnassa samalla tasolla toimivien yritysten välistä sopimusta, yhdenmukaista menettelyä tai päätöstä koskien a) hintoja tai voittoja, b) tuotannon tai myynnin rajoittamista, c) markkinoiden tai asiakkaiden jakamista, tai d) tarjousten koordinoitua.¹³³

Ottaen huomioon edellä *ultima ratio* -periaatteesta sekä erilaisten kilpailunrajoitusten vahingollisuudesta ja moitittavuudesta esitetyn on perusteltua asettaa tarkastelun lähtökohdaksi se, että vain kaikista vahingollisimmat ja paheksuttavimmat kilpailunrajoitukset voisivat tulla rikosoikeudellisesti arvioitaviksi. Rikosvastuuta ei siten voitane Suomessa liittää yleisesti kilpailulain 5 §:n rikkomiseen, koska kyseinen kieltosäännös kattaa sanamuotonsa perusteella myös melko vähäisinä pidettäviä kilpailurikkomuksia, joiden rikosoikeudellista rangaistavuutta ei voida pitää perusteltuna.

¹³¹ Norjan kilpailulain 10 §:n kilpailunrajoituskielto kattaa vastaavan suomalaisen ja EU-säännöksen tavoin huomattavan laajan joukon erilaisia kilpailunrajoituksia. Lisäksi norjalainen rangaistussäännös koskee kilpailunrajoitusten lisäksi myös useita muita kilpailulainsäädäntöä koskevia rikkomuksia.

¹³² Vuoden 1988 KilpRajL 24 § 1 mom.: ”Joka tahallaan rikkoo 4 tai 5§:n säännöksiä, on tuomittava kilpailunrajoitusrikoksesta sakkoon tai vankeuteen enintään yhdeksi vuodeksi.”

¹³³ Vastaavanlaisista sääntelytavoista esimerkkeinä voidaan mainita Kanadan kilpailulain (Competition Act) 45(1) sekä Yhdistyneen kuningaskunnan kilpailulain (Enterprise Act) 6 luku (erit. 188 §).

Mahdollisen rangaistussäännöksen soveltamisalaa arvioitaessa tulee huomioida myös rikosoikeudellinen laillisuusperiaate. Laillisuusperiaatteeseen sisältyy vaatimus sääntelyn täsmällisyydestä, joka merkitsee, että ”– – sekä rangaistuksella uhatun toiminnan kuvaus että teosta seuraava rangaistus on määritelty sellaisella tarkkuudella, että ainakin oikeustieteellisen koulutuksen saaneet henkilöt, ja mieluiten muutkin, voivat ennakolta tietää mikä on rangaistavaa ja kuinka ankarasti”¹³⁴. Rangaistussäännöksen tulee siis olla muotoilultaan sellainen, että sen soveltamisala pystytään riittävällä tarkkuudella määrittämään. Mikäli kriminalisointi ulotettaisiin tässä tapauksessa koskemaan kilpailulain yleismuotoisen kielto­säännöksen tarkoittamia menettelyjä, olisi rangaistussäännöksen soveltamisala melko epäselvä. Lisäksi kuten todettu, kilpailulain kielto­säännös ei myöskään ole kaikilta osin ehdoton, vaan sen sanamuodon kattamista menettelyistä osaa voidaan pitää kilpailuoikeudellisesta näkökulmasta hyväksyttävänä¹³⁵.

Edellä mainituista syistä mahdollinen rikostunnusmerkistö tulisi muotoilla siten, että a) se pystyy erottelemaan haitallisimmat kartellit muista kilpailunrajoituksesta, b) se olisi sisällöltään riittävän tarkkarajainen täyttääkseen laillisuusperiaatteen asettamat vaatimukset, ja c) sen soveltamisalan ulkopuolelle jäisivät sellaiset kilpailulain 6 §:ssä ja SEUT 101(3) artiklassa tarkoitetut menettelyt, joista aiheutuu kokonaisuutena arvioiden enemmän hyötyjä kuin haittoja, ja jotka siten ovat kilpailuoikeudellisesta näkökulmasta sallittuja.

Vaatimuksista ensimmäinen ei itsessään ole kovin ongelmallinen. Vakavimpina kilpailunrajoituksina pidettävien ns. *hard core* -kartellien positiivinen määritelmä näyttäisi pitkälti vaikiintuneen eurooppalaisessa keskustelussa. OECD on määritellyt kartellin käsitteen seuraavasti:

“a ‘hard core cartel’ is an anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce”¹³⁶

OECD:n määritelmä on hyvin samankaltainen kuin kilpailunrajoituslain 5 §:ssä ja SEUT 101(1) artiklassa omaksutut kiellettyjen kilpailunrajoitusten määritelmät. Merkittävä ero määritelmien välille muodostuu soveltamisalan rajaamisesta kilpailijoiden välisiin menettelyihin

¹³⁴ HE 44/2002 vp, s. 29. Laillisuusperiaatteesta tarkemmin ks. esim. Melander 2008, s. 192–259.

¹³⁵ Ks. kilpailulain 6 §:n poikkeukset kiellosta, SEUT 101(3) artikla sekä EU:n ryhmäpoikkeusasetukset (esim. Kuoppamäki 2012, s. 156–166).

¹³⁶ OECD 1998, s. 3.

sekä vakavimpiin kilpailunrajoitusten toteuttamistapoihin. OECD:n määritelmän kanssa vastaavaa jaottelua noudattaa kilpailulain 14 § (seuraamusmaksusta vapautuminen kartellitapauksissa), jonka mukaan kartellitapauksissa on kyse ”– sellaisesta 5 §:ssä tai Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklassa tarkoitetusta kilpailijoiden välisestä salaisesta kilpailunrajoituksesta, jolla vahvistetaan osto- tai myyntihintoja tai muita kauppaehtoja, rajoitetaan tuotantoa tai myyntiä taikka jaetaan markkinoita, asiakkaita tai hankintalähteitä –”. Tällainen kartellimääritelmä soveltuisi hyvin myös rikostunnusmerkistön perustaksi.

Sääntelyn toimivuuden ja ennakoitavuuden kannalta olisi toivottavaa, että itse kartellin olomassaolo arvioitaisiin sekä kilpailu- että rikosprosessissa samoilla kriteereillä. Selvimmin yhteyden luominen rikostunnusmerkistön ja kilpailulain välille onnistuisi nimenomaisella viittauksella rikostunnusmerkistössä. Tällöin rikostunnusmerkistö voitaisiin kytkeä muiden edellytysten lisäksi kilpailulain 5 §:n ja/tai SEUT 101(1) artiklan rikkomiseen. Esimerkkinä tällaisesta muotoilusta voidaan mainita edellä esitelty Tanskan kilpailulain 23(3). Yhteys on toki mahdollista luoda myös säännöksen soveltamista tarkentavilla esityölausumilla, mutta nimenomainen maininta säädöstekstissä olisi toivottavampi ratkaisu sääntelyn täsmällisyyden ja ennakoitavuuden näkökulmasta.

Toisen vaatimuksen, eli laillisuusperiaatteen toteutumisen kannalta on merkittävää huomata, että edellä mainitut määritelmät nojautuvat vahvasti kauppa- ja kilpailuoikeudelliseen käsitteistöön ja tulkintakäytäntöön. Määritelmien perusteella kielletyn ja sallitun menettelyn raja ei pelkästään yleiskielisen tulkinnan perusteella ole kaikissa tapauksissa selvä. Oikeuskirjallisuudessa on kuitenkin katsottu, että rangaistussäännöksen kohde vaikuttaa rangaistussäännökseltä edellytettävään täsmällisyyteen. Taustalla on ajatus siitä, että täydelliseen täsmällisyyteen pyrkiminen on mahdotonta, ja että oikeudellisen sääntelyn eriytyessä ja monimutkaistuesssa voidaan pitää selvänä sitä, etteivät kaikki rangaistussäännökset ole tosiasiallisesti ”jokaiselle” kohdistettuja. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, etteivät säännöksen täsmällisyydelle asetettavat vaatimukset ole yhtä ankaria silloin, kun kriminalisointi on kohdistettu tietylle erikoisalalle, jonka toimijoilta voidaan edellyttää tiettyä selvitys- ja selvilläolovelvollisuutta koskien omaa toimintaansa.¹³⁷ Kyseinen tulkinta on Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen

¹³⁷ Melander 2008, s. 251–252.

vahvistama, ja tuomioistuin onkin ratkaisukäytännössään saattanut edellyttää oikeudellisen avun hyödyntämistä rangaistussäännöksen sisällön määrittämisessä¹³⁸.

Ottamatta tässä vaiheessa tarkemmin kantaa rikosvastuun kohdentamiseen liittyviin kysymyksiin voitaneen todeta, että kartelleja koskeva kriminalisointi kohdistuisi keskeisesti yritysten ylimpään johtoon sekä yrityksissä määräysvaltaa käyttäviin henkilöihin. Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että juuri liike-elämässä toimiville on voitava asettaa tavanomaista laajemmat velvollisuudet ottaa selvää säännöksistä ja niiden tulkinnasta¹³⁹. Näin voidaan katsoa myös käytännössä menetellyn. *Lahti* onkin todennut, että talousrikosten¹⁴⁰ eri tekotapojen kriminalisoimiseksi rikostunnusmerkistöissä joudutaan turvautumaan normatiiviselle harkinnalle sijaa antaviin käsitteisiin ja sääntelyn yleisluonteisuuteen. Mainitut käsitteet ovat usein vahvasti sidoksissa tekojen toimintaympäristöä sääntelevään aineelliseen lainsäädäntöön ja taloustieteelliseen käsitteistöön, vaikka itse rikostunnusmerkistöt on sijoitettu kyseisestä sääntelystä erilleen ja muotoiltu itsenäisiksi säännöksiksi.¹⁴¹ Kartelleja koskevan kriminalisoinnin kannalta tämä tarkoittaa sitä, että rajanvedossa sallitun ja kielletyn toiminnan välillä voitaisiin – ja oikeastaan tulisikin – rikostunnusmerkistön sanamuodon sallimissa rajoissa hyödyntää kauppaja- ja kilpailuoikeudellista sekä taloustieteellistä argumentaatiota. Markkinoilla toimivien edellytetään joka tapauksessa tuntevan kilpailulainsäädännön asettamat rajoitukset yritysten liiketoiminnalle. Tukeutuminen kilpailuoikeudessa vakiintuneeseen käsitteistöön rikostunnusmerkistöä määritettäessä ei siten ole lähtökohtaisesti ongelmallista.

Viimeiseksi tunnusmerkistöä laadittaessa tulisi varmistaa, ettei rikostunnusmerkistö kata sellaisia menettelyjä, jotka ovat kilpailuoikeudellisesta näkökulmasta sallittuja. Jos kriminalisointi olisi edellä todetuin tavoin kohdistettava vahingolliseen ja moitittavaan menettelyyn, ei perusteltuna voitane pitää kriminalisoinnin ulottamista sellaiseen toimintaan, josta aiheutuvat hyödyt ovat haittoja suuremmat. Lisäksi niissä tapauksissa, joissa EU:n kilpailuoikeuden soveltamisedellytyksenä oleva kauppavaikutuskriteeri täyttyy, johtaisi SEUT 101 artiklaa laajempi kriminalisointi ristiriitatilanteeseen EU-oikeuden kanssa¹⁴². Rajanvedon kannalta epä-

¹³⁸ Ks. *Gropper Radio AG ym. v. Sveitsi*, 28.3.1990, kohta 68: “In the Court’s view, the scope of the concepts of foreseeability and accessibility depends to a considerable degree on the content of the instrument in issue, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed”. Vastaavasti myös suuren jaoston ratkaisussa *Cantoni v. Ranska*, 15.11.1996, kohta 35. Ks. myös *Melander* 2008, s. 252 sekä *Pellonpää et al.* 2012, s. 645–646.

¹³⁹ Ks. esim. *Koponen* 2004, s. 38.

¹⁴⁰ *Lahti* puhuu tässä yhteydessä talousrikoksista laajasti ymmärrettynä, ks. erottelusta tarkemmin *Lahti* 2007, s. 4–6.

¹⁴¹ *Lahti* 2007, s. 8–9.

¹⁴² Ks. tarkemmin edellä jakso 3.4.

selvä rikostunnusmerkistö saattaisi myös vaikuttaa tavoitteidensa vastaisesti, jos yritykset pidättäytyisivät sinänsä laillisesta liiketoiminnasta sen vuoksi, että kyseisen toiminnan ajatellaan (virheellisesti) kuuluvan rikostunnusmerkistön soveltamisalaan.

Mahdolliset ongelmat rikostunnusmerkistön yhdenmukaisessa rajaamisessa kilpailulain sekä EU-oikeuden kieltojen kanssa aiheutuvat siitä, että vankeusuhkaiset kriminalisoinnit pyritään nykyisin sijoittamaan keskitetysti rikoslakiin. Tämän vuoksi kartellikriminalisointi olisi irrallaan kiellettyjä kilpailunrajoituksia koskevasta aineellisesta lainsäädännöstä. Yhdenmukaisen tulkinnan turvaamiseksi on kuitenkin ajateltavissa useita ratkaisuvaihtoehtoja.

Ensimmäinen vaihtoehto on jo edellä esitetty tunnusmerkistön kytkeminen kilpailulain 5 §:ään tai SEUT 101(1) artiklaan. Tällöin säännöksen esitöihin otettaisiin maininta siitä, että kilpailulain 6 §:n ja/tai SEUT 101(3) artiklan edellytykset täyttävä menettely ei kuulu rikossäännöksen soveltamisalaan. Vaihtoehtoisesti rikostunnusmerkistöön voitaisiin ottaa kielto-lausekeviittausten lisäksi nimenomainen maininta siitä, ettei tunnusmerkistöä sovelleta sellaisiin menettelyihin, joihin kilpailulain 6 § ja/tai SEUT 101(3) artikla soveltuu.

Mainittujen sääntelymallien ilmeisenä etuna voidaan pitää selvää yhteyttä kilpailulain sääntelyyn, mikä puolestaan olisi omiaan turvaamaan säännösten yhtenäistä tulkintaa. Kansainvälisessä keskustelussa tämäntyyppisessä sääntelyssä ongelmalliseksi on nähty se, että sääntely pakottaisi yleisen tuomioistuimen tekemään monimutkaisia taloudellisia analyysejä¹⁴³. Tällöin yleinen tuomioistuin voisi saman taloudellisen tosiseikaston perusteella päätyä erilaiseen lopputulokseen kilpailunrajoituksen olemassaolon arvioinnissa kuin erikoistunut kilpailuasioita käsittelevä tuomioistuin. Keskustelu kansainvälisellä tasolla on kuitenkin koskenut lähinnä common law -valtioissa rikosasioita ratkaisevia lautamieskokoonpanoja, joita ei ole tarkoitettu vaativien ja monimutkaisten taloudellisten asioiden ratkaisemiseen. Suomessa tilanne on jokseenkin erilainen. Vuoden 2009 alusta lähtien vaativien rikosasioiden käsittely on ollut mahdollista kolmen ammattituomarin kokoonpanossa (oikeudenkäymiskaari 2:1). Käytännössä kokoonpanoa on käytetty juuri laajoissa ja vaativissa talousrikosasioissa, joissa joudutaan ottamaan kantaa monimutkaisiin taloudellisiin tosiseikastoihin. Voitaneen olettaa, että vaativiksi luokiteltavat kilpailunrajoituksiin liittyvät rikosasiat käsiteltäisiin pääosin kolmen tuomarin kokoonpanossa. Lisäksi tässä yhteydessä on syytä mainita, että tukea yleisessä tuomioistuimessa tapahtuvalle kielletyn kilpailunrajoituksen arvioinnille olisi yleensä saatavissa markkinaoikeuden tai korkeimman hallinto-oikeuden seuraamusmaksuasiaa koskevasta

¹⁴³ Warner – Trebilcock 1993, s. 690–691.

ratkaisusta, jos rikossyyte lähtökohtaisesti nostettaisiin vasta langettavan seuraamusmaksu-päätöksen jälkeen vahingonkorvausasioiden tavoin¹⁴⁴.

Toinen vaihtoehto rajanvedossa sallitun ja kielletyn menettelyn välillä olisi keskittyminen kartelleille tyypilliseen toiminnan salaiseen luonteeseen. Kuten todettu, kilpailulain 14 §:n mukaan kartellitapauksissa on kyse kilpailijoiden välisestä *salaisesta* kilpailunrajoituksesta. Ajatuksena on tällöin, että jos yritykset katsovat osaltaan kilpailua rajoittavan menettelyn tehokkuuspuolustuksen perusteella sallituksi, ne voivat yhtä hyvin tuoda menettelyn julki. Salailua taas edellyttävät sellaiset menettelyt, jotka ovat kilpailulainsäädännön vastaisia. Täl-laista ajatusmallia edustaa hiljattain voimaantullut Yhdistyneen kuningaskunnan kilpailulain uudistus, jossa rikostunnusmerkistön ulkopuolelle on suljettu sellaiset tapaukset, joissa kilpai-lijoiden välinen toiminta on julkaistu taikka tuotu asiakkaiden tietoon ennen sopimusten tai tarjousten tekemistä¹⁴⁵. Sääntelymallina etuna on kirjallisuudessa pidetty sitä, ettei tuomiois-tuimen tarvitsisi arvioida tarkasti asiaan liittyviä monimutkaisia taloudellisia kysymyksiä¹⁴⁶. Toisaalta kirjallisuudessa on myös katsottu, että mallin lisäämä elementti tuo säännöksen soveltamiseen epävarmuutta sekä lisää syyttäjän ja tuomioistuimen taakkaa asettamalla vel-vollisuuden arvioida asiakkaille tai muille sopimuskumppaneille mahdollisesti annettujen tietojen relevanssia ja riittävyttä¹⁴⁷. Kirjallisuudessa esitetyn perusteella jää joka tapauksessa hieman epäselväksi, miten mainittu sääntelyvaihtoehto vähentäisi taloudellisen analyysin tarvetta tuomioistuimessa tilanteessa, jossa rikosasian vastaaja väittäisi kilpailijoiden välisen menettelyn olevan kilpailuoikeudellisesta näkökulmasta sallittu, vaikkei menettelyä olekaan julkaistu ennen sen toteuttamista. Olisi ongelmallista kilpailulainsäädännön kannalta, jos pää-asiallinen rajanvetokriteeri rikostunnusmerkistön osalta olisi menettelyn *julkisuus*, eikä mer-kitystä annettaisi sille, soveltaisiko tehokkuuspuolustus tapaukseen vai ei. Lienee myös sel-vää, ettei rikostuomiota voida langettaa kauppavaikutuskriteerin täytyessä pelkästään menet-telyn salaisuutta koskevalla edellytyksellä, mikäli menettely on EU:n kilpailulainsäädännön sallima SEUT 101(3) artiklan nojalla. Sanottu ei kuitenkaan tarkoita sitä, etteikö kilpailunra-joituksen salaisuus voisi – ja mahdollisesti tulisikin – olla yhtenä rikostunnusmerkistön sovel-tamisalaa rajaavana tekijänä samalla tavoin kuin kilpailulain 14 §:ssä, kunhan kilpailulain 6 §:n ja SEUT 101(3) artiklan tarkoittamat tilanteet olisi mahdollista huomioida rikostunnus-merkistön soveltumista arvioitaessa.

¹⁴⁴ Prosessien keskinäistä suhdetta sekä hallintotuomioistuimen päätöksen käytettävyyttä rikosasian näyttönä käsitellään tarkemmin jäljempänä jaksossa 5.3.5.

¹⁴⁵ Enterprise and Regulatory Reform Act 2013, sect. 47.

¹⁴⁶ Whelan 2012, s. 597.

¹⁴⁷ Wardhaugh 2012, s. 582.

Edellä esitetyn perusteella rikosoikeudellisesti merkityksellisten kilpailunrajoitusten määrittelyyn liittyy joitakin seikkoja, joita tulisi huolellisesti harkita, mikäli kartelleja koskeva kriminalisointi päätettäisiin toteuttaa. Ensinnäkin tulisi pitää huolta siitä, että kartellin olemassaoloa arvioitaisiin rikosprosessissa lähtökohtaisesti samoilla kriteereillä kuin kilpailulain perusteella. Tämän vuoksi saattaisi olla tarpeellista sijoittaa rikostunnusmerkistöön viittaus kilpailulain sekä EU:n kilpailusääntöjen kieltolauseisiin. Toiseksi säännöksen muotoilussa tulisi huomioida laillisuusperiaate. Toisin sanoen kielletyt menettelyt tulisi yksilöidä riittävässä tarkkuudella. Apuna voitaisiin käyttää kilpailuoikeudellista käsitteistöä ja tulkintakäytäntöä. Kolmanneksi rikossäännöksen soveltaminen ei saisi johtaa sellaisten kilpailijoiden välisen menettelyjen kieltämiseen, jotka olisivat kilpailulain 6 §:n taikka SEUT 101(3) artiklan perusteella sallittuja.

4.3 Rikostunnusmerkistön sisältöä koskevat kysymykset

Kartelleja koskevan rikostunnusmerkistön sisältöön liittyvien kysymysten tarkastelu erotellaan tässä kolmeen osaan. Aluksi jaksossa tarkastellaan yleisesti, tulisiko rangaistava teko liittää kilpailusääntöjen rikkomiseen, ja mitä vaikutuksia tällä valinnalla olisi. Toiseksi arvioidaan erilaisia vaihtoehtoja rangaistavaksi teoksi ja suhteutetaan näitä vaihtoehtoja rikoslain systematiikkaan. Viimeiseksi pohditaan tarvetta tunnusmerkistön soveltamisalaa rajaaville lisätunnusmerkeille.

Kriminalisoinnin suhde kilpailulainsäädännön rikkomiseen

Edellisessä jaksossa todettiin, että sääntelyn toimivuuden ja ennakoitavuuden kannalta olisi tärkeää, että kartellin olemassaolo arvioitaisiin kilpailu- ja rikosprosessissa samoilla kriteereillä, vaikkakaan itse kartellin määritelmä ei olisi suoraan johdettavissa kilpailulain tai EU:n kilpailuoikeuden kieltolausekkeista. Tämä ei kuitenkaan vielä suoraan tarkoita sitä, että myös kriminalisoitu teko olisi suoraan yhteydessä kilpailusääntöjen rikkomiseen. Lyhyt oikeusvertaileva katsaus valottanee asiaa.

Norjassa rangaistavaa on tahallisesti tai törkeästi huolimattomuudesta rikkoa (*overtre*) kiellettyjä kilpailunrajoituksia koskevaa kilpailulain 10 §:ää¹⁴⁸. Tanskassa kriminalisointi koskee kilpailunrajoitustiskiellon tai EU:n perustamissopimuksen 101(1) artiklan vastaisesti (yritysten väliseen) kartellisopimukseen sitoutumista (*indgå*)¹⁴⁹. Englannissa rikosvastuu kohdentuu puolestaan henkilöihin, jotka sopivat (*agree*) yhden tai useamman henkilön kanssa laissa yk-

¹⁴⁸ Norjan konkuranseloven 32 §.

¹⁴⁹ Tanskan konkurrenceloven 6(1) ja 23(3).

silöityjen kiellettyjen järjestelyjen tekemisestä tai voimaansaattamisesta taikka tällaisten järjestelyjen tekemisen tai voimaansaattamisen aiheuttamisesta koskien vähintään kahta yritystä¹⁵⁰. Kanadassa taas tekotavat voivat olla laissa yksilöityjä vakavimpia kilpailunrajoituksia koskeva salahanke (*conspire*), kilpailunrajoituksista sopiminen (*agree*) tai niiden järjestäminen (*arrange*) kilpailijan kanssa¹⁵¹.

Esitetystä vertailusta voidaan havaita eräs merkittävä ero common law -valtioiden (Englanti ja Kanada) ja mannermaisen oikeusjärjestysten (Norja ja Tanska) rikostunnusmerkistöissä. Norjassa ja Tanskassa tunnusmerkistö on kytketty yritystä koskeviin kilpailunrajoituskieltoihin, ja rikollinen teko liittyy näiden sääntöjen rikkomiseen. Siten yksilön toimintaa tarkastellaan suhteessa kilpailusääntöjen vastaiseen *yritysten väliseen* kilpailunrajoitukseen. Englannissa ja Kanadassa taas teonkuvauksen keskiössä on kilpailua rajoittavaa toimintaa koskevat sopimistoimet toisen *henkilön* kanssa.

Norjassa ja Tanskassa omaksuttu sääntelytapa, jossa rikollinen teko on liitetty yritysten välisen kilpailusääntöjen rikkomiseen, näyttäisi tavoittavan arkitodellisuuden common law -vastinpariaan paremmin. Ensinnäkin henkilöiden välisen sopimisen edellyttäminen ei kaikissa tapauksissa kuvaa kartellien syntymistä tai toimintaa, vaan kuten edellä on todettu, yritysten väliset kilpailunrajoituskiellot kattavat myös yritysten väliset yhdenmukaistetut menettelytavat. Tällaisessa tapauksessa yritysten välille ei välttämättä ole syntynyt edes hiljaista sopimusta, vaan kyse voi olla esimerkiksi siitä, että yritykset paljastavat kilpailijoilleen, miten ne ovat päättäneet toimia markkinoilla¹⁵². Jos kriminalisointi koskisi henkilöiden välistä sopimista, voisi tunnusmerkistön soveltaminen osoittautua siten ainakin suomalaisessa järjestelmässä ongelmalliseksi tilanteissa, joissa yritysten välinen yhteistyö perustuu konkludenttiseen sopimukseen tai yhdenmukaistettuun menettelytapaan. Toiseksi henkilöiden väliseen sopimiseen kohdistuva kriminalisointi ei ainakaan sanamuotonsa perusteella kattaisi useita kartellin täytäntöönpanoon liittyviä tilanteita. Yrityksessä kartellin jälkiä kirjanpitoon peittävä henkilö ei välttämättä osallistu millään tavalla kartellista sopimiseen, mutta hänen voitaneen katsoa melko merkittävällä tavalla edistävän kilpailusääntöjen rikkomista ja kartellin ylläpitämistä¹⁵³. Sama pätee myös kilpailijalle tietoja paljastavaan tai kartellisopimuksen perusteella yrityksen hinnoittelua muuttavaan henkilöön. Kyseiset teot eivät henkilöiden väli-

¹⁵⁰ Enterprise Act 188(1) sekä Enterprise and Regulatory Reform Act 2013, sect. 47.

¹⁵¹ Competition Act 45(1).

¹⁵² Leivo et al. 2012, s. 131.

¹⁵³ Luonnollisesti kirjanpidon väärentäminen voisi täyttää myös kirjanpitorikoksen tunnusmerkistön (RL 30:9), mutta ainakaan toistaiseksi tällaisia syytteitä ei kartelliasioiden osalta ole nostettu.

seen sopimukseen perustuvan kriminalisoinnin perusteella myöskään välttämättä tulisi arvioida rikokseen osallisuutta koskevien säännösten perusteella¹⁵⁴.

Kuten todettu, kilpailusääntöjen rikkomiseen perustuva kriminalisointi tarkastelisi yksilön toimintaa suhteessa *yritysten väliseen* kilpailunrajoitukseen. Käytännössä tämä tarkoittaisi, että rikostunnusmerkistön perusteella tehtävä arviointi kohdistuisi siihen, onko luonnollinen henkilö osallistunut yritysten välisten kilpailunrajoituskieltojen rikkomiseen – eli kartellin syntymiseen tai ylläpitämiseen – jollakin merkityksellisellä tavalla. Tällöin rikostunnusmerkistö kohdentuisi teon moitittavuuden kannalta mielekkäästi. Yksilötasolla toiminnan moitittavuuden kannalta merkityksellistä ei ole niinkään se, kenen kanssa henkilö on ollut vuorovaikutuksessa, vaan se, että henkilö on tietoisena lain kielloista ja toimintansa vahingollisuudesta pyrkinyt edistämään yritysten välisen vakavan kilpailunrajoituksen syntymistä ja/tai ylläpitämistä. On myös selvää, että teon kuvauksen liittäminen kilpailulainsäädännön kielto-lausekkeisiin olisi omiaan edistämään kilpailunrajoitusten yhtenäistä ja ennakoitavaa arviointia kahden prosessin järjestelmässä.

Rikostunnusmerkistön sitomisesta kilpailuoikeudellisten kieltojen rikkomiseen saattaisi edellä mainittujen seikkojen lisäksi seurata käytännön hyötyjä tuomioistuinprosessissa. Vahvasti kilpailulainsäädäntöön sidoksissa oleva rikostunnusmerkistö voisi saada synergiahyötyä hallinnollisesta seuraamusmaksumenettelystä. Hallinnollisessa menettelyssä nimenomaisesti otetaan kantaa siihen, onko tiettyä ajankohtana yritysten välillä vallinnut kielletty kilpailunrajoitus, ja tämä kysymys ratkaistaan yritysten osalta lainvoimaisesti hallintoprosessissa. Rikosprosessissa ei siten varsinaisesti olisi tarvetta ratkaista uudestaan kysymystä siitä, onko kielletty kilpailunrajoitus yritysten välillä ylipäänsä ollut olemassa, vaan keskeistä olisi selvittää, onko kyse ollut rikostunnusmerkistön soveltamisalaan kuuluvasta kartellista, ja jos on, kuka tai ketkä ovat toiminnallaan merkityksellisellä tavalla osallistuneet kilpailunrajoituksen syntymiseen ja/tai ylläpitämiseen. Tällöin markkinaoikeuden tai korkeimman hallinto-oikeuden seuraamusmaksuasiaa koskeva päätös voisi toimia yhtenä todisteena kartellin olemassaolosta rikosprosessissa. Edellytyksenä luonnollisesti olisi se, että hallintoprosessi päättyisi ennen rikosasian käsittelemistä¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Osallisuuteen liittyvistä kysymyksistä tarkemmin jäljempänä.

¹⁵⁵ Ks. jäljempänä jaksot 5.3.2 ja 5.3.5.

Rangaistava teko

Selvityksessä vertailuista valtioista kaikissa, jotka ovat toteuttaneet soveltamisalaltaan yleisen kartellikriminalisoinnin, tunnusmerkistön teonkuvaus on muotoilultaan melko yleisluonteinen ja rangaistava teko sijoittuu vahinkoa aiheuttavassa ketjussa (sopiminen – täytäntöönpano – seuraukset) aikaiseen vaiheeseen. Tämä olisi tilanne todennäköisesti myös kotimaisen kriminalisoinnin osalta. Syyt ovat pääpiirteissään seuraavat.

Ensinnäkin jos rikosoikeudellisesti merkitykselliset kilpailunrajoitukset määritellään edellisessä jaksossa esitetyllä tavoin kilpailulain 5 §:n ja SEUT 101(1) artiklan määritelmiä rajaamalla, rikostunnusmerkistön soveltamisalaan kuuluisi rakenteiltaan ja toimintatavoiltaan kirjavia joukko erilaisia kartelleja. Osassa näistä kartelleista yritykset ovat nimenomaisesti sopineet keskenään kilpailunrajoituksen toteuttamisesta, kun taas osassa kysymys voi olla yritysten yhteenliittymien päätöksistä taikka yhdenmukaisista menettelytavoista. Vastaavasti täytäntöönpanotoimien osalta kartellit voivat erota toisistaan. Selvimmillään kysymys voi olla tarjouskartellin perusteella tehdystä tarjouksesta, jolloin täytäntöönpanotoimi on helposti todettavissa. Täytäntöönpanotoimissa voi kuitenkin olla kysymys myös esimerkiksi hinnoittelun määrittämisestä, yrityksen tuotannon rajoittamisesta, markkinoiden tai asiakkaiden jakamisesta ja niin edelleen. Täytäntöönpanotoimet voivat myös aktiivisten toimenpiteiden lisäksi olla passiivisia; yrityksen hintataso voi olla jo sovitulla tasolla, jolloin yritys sitoutuu olemaan nostamatta hintojaan, tai yritys voi kartellisopimuksen perusteella jättää tarjouksen tekemättä tarjouskilpailussa. Jos rikostunnusmerkistön toimintaympäristö on mainitulla tavoin laaja, monimutkainen ja vaihteleva, on selvää, ettei tunnusmerkistön teonkuvausta voida kirjoittaa kovin eksaktiin muotoon.

Toiseksi tunnusmerkistön sijoittuminen vahinkoa aiheuttavassa ketjussa aikaiseen vaiheeseen seuraa kompromissista, joka on tehtävä säännöksen sovellettavuuden turvaamiseksi. Lähtökohdat tälle kompromissille sekä perustelut tunnusmerkistön sijoittumiselle suojeltavien oikeushyvien ja kartellitoiminnan aiheuttamien vahinkojen kannalta aikaiseen vaiheeseen ovat seuraavat.

Hieman yksinkertaisten kartellitoiminta on jaoteltavissa kolmeen virstanpylvääseen, joiden ”täytymiseen” rikosoikeudellinen rangaistavuus olisi periaatteessa kytkettävissä. Nämä ovat 1) yritysten välisestä kartellitoiminnasta sopiminen, 2) sopimuksen täytäntöönpano sekä 3)

aiheutunut seuraus tai vahinko¹⁵⁶. Tämän mallin mukaisesti kartellisopimuksen tekeminen on kartellitoiminnan lähtökohta, ja samalla aikaisin vaihe, johon rangaistavuus olisi mielekkäästi kytkettävissä. Suojeltavien oikeushyvien kannalta kartellisopimus on kuitenkin vasta vahinkoa aiheuttavan toiminnan esiaste, joka luo *vaaran* kilpailun vääristymisestä sekä kuluttajiin ja toisiin elinkeinonharjoittajiin kohdistuvasta taloudellisesta vahingosta; tosiasialliset vahingot ja haitta kilpailulle aiheutuvat vasta kartellisopimuksen täytäntöönpanosta ja tämän toiminnan seurauksista. Toisaalta koska kartellissa on nimenomaisesti kyse kilpailijoiden välisestä moitittavasta yhteistoiminnasta, ei kriminalisointia voitane irrottaa kartellitoiminnan keskeisistä tekijöistä, eli yritysten välisestä kielletystä vuorovaikutuksesta ja kilpailunrajoittamistarkoituksesta. On myös huomattava, että erilaisten tarkentavien tunnusmerkkien lisääntyessä säännöksen soveltamisala vastaavasti kaventuu, ja tunnusmerkistön soveltaminen voisi käytännössä muodostua hyvin hankalaksi, jos tunnusmerkistö edellyttäisi kattavaa näyttöä kaikista vahinkoa aiheuttavassa ketjussa merkityksellisistä tekijöistä sekä aiheutuneesta vahingosta itsessään. Viime kädessä kysymys onkin siten tunnusmerkistön tasapainottamisesta rikosoikeudellisesta näkökulmasta riittävien ja hyväksyttävien tunnusmerkistötekijöiden ja sääntelyn toimivuuden välillä.

Esitetyn perusteella lienee selvää, että tunnusmerkistöä ei olisi mahdollista rajata vahinkoa aiheuttavan ketjun alkupäästä. Ilman (laajasti ymmärrettyä) kartellisopimusta, jonka tavoitteena tai tosiasiallisena seurauksena on kilpailun rajoittuminen, yrityksen ei voida kilpailuoikeudellisesta näkökulmasta katsoa menetelleen asetettujen kieltojen vastaisesti. Ilman kartellisopimuksen olemassaoloa ei myöskään ole tapahtunut mitään moitittavaa; ne toimenpiteet, joilla kiellettyjä kilpailunrajoituksia pannaan täytäntöön, ovat lähtökohtaisesti aina sinänsä sallittuja liiketoimia, ja moitittavaa menettelystä tulee vasta silloin, kun toiminnan taustalla on kartellisopimus¹⁵⁷. Esimerkkinä ulkoisesti kartellitoiminnalta vaikuttavasta sallitusta menettelystä voidaan mainita niin sanottu torikauppailmiö. Kyseessä on tilanne, jossa hintataso yhdenmukaistuu markkinoilla *ilman* kartellisopimusta ja/tai kiellettyä tietojenvaihtoa; yritykset siis seuraavat kilpailijoidensa toimintaa markkinoilla ja reagoivat tapahtuneisiin muutoksiin¹⁵⁸. Toisin sanoen mikäli mahdollinen kriminalisointi irrotettaisiin kartellisopimuksesta, ja siten kilpailuoikeudellisesta näkökulmasta kielletystä yhteistyöstä tai tietojenvaihtamisesta,

¹⁵⁶ Todellisuudessa luokittelu ei ole aivan näin yksinkertaista. Esimerkiksi menettelytapojen yhdenmukaistaminen sijoittunee jonnekin sopimuksen ja täytäntöönpanotoimien välimaastoon.

¹⁵⁷ Poikkeuksen tähän muodostaa yritysten välinen kilpailun kannalta haitallinen tietojenvaihto, joka on kiellettyä siitä riippumatta, onko taustalla kartellisopimus vai ei.

¹⁵⁸ Kuoppamäki 2012, s. 133.

jäisi kriminalisoinnin ulkopuolelle juuri se osa toiminnasta, joka tekee kartellien markkina-käyttäytymisestä moitittavaa, eikä eroa kielletyn ja sallitun menettelyn välillä voitaisi tehdä.

Kartellista aiheutuvien seurausten näyttämistä edellyttävä rikostunnusmerkistö taas olisi ongelmallinen käytännön näyttökysymysten vuoksi. Tällainen tunnusmerkistö nimittäin tyypillisesti edellyttää aiheutuneiden seurausten osoittamisen lisäksi moitittavan käyttäytymisen ja aiheutuvien seurausten välisen syy-yhteyden sekä seurausten suuruuden tai määrän näyttämistä. Ottaen huomioon taustalla olevat suojeluobjektit, voisi seuraustunnusmerkki tässä tapauksessa koskea lähinnä kilpailun estymistä tai vääristymistä, tai markkinoilla toimiville aiheutuvaa taloudellista vahinkoa. Mainittuja seikkoja koskeva todistelu voisi useissa tapauksissa muodostua hankalaksi, jos kattavaa näyttöä edellytettäisiin kartellin aiheuttamista taloudellisista vahingoista määrineen ja/tai kilpailun tosiasiallisesta vääristymisestä tietyllä toimialalla sekä kartellisopimuksen ja siihen perustuvan markkinakäyttäytymisen syy-yhteydestä kilpailun vääristymiseen.

Esitetyistä syistä näyttäisi siltä, että kotimaisesta kartellikriminalisoinnista muodostuisi kansainvälisten vastinpariensä tapaan muotoilultaan melko yleisluontoinen. Rikoslain systematiikkaan sijoitettuna tämä voisi tarkoittaa rangaistavan tekemuodon osalta esimerkiksi kilpailusääntöjen (rikossäännöksessä tarkemmin rajattu) *rikkomista*¹⁵⁹, kiellettyyn kartellitoimintaan *osallistumista*¹⁶⁰ tai kartellin *toimeenpanemista*¹⁶¹. Varteenotettavan vaihtoehdon tarjoaa myös tanskalainen sääntelymalli, joka asettaa rangaistavaksi kilpailunrajoituskiellon vastaisesti kartellisopimukseen *sitoutumisen*.

Mainittuihin tekotapoihin liittyy kuitenkin niiden yleisluontoisuuden lisäksi joitakin ongelmakohtia, jotka tulisi huomioida, mikäli kriminalisointi päätettäisiin toteuttaa. Jos rikkomis-tekemuotoa ja säännösviittausta käytetään yksin kuvaamaan rangaistavaa tekoa, on rikostunnusmerkistön informatiivisuus melko alhainen; yksin tunnusmerkistötekstin perusteella on melko vaikea havaita, mistä kriminalisoinnissa on kyse. Tällaista sääntelyä ei sinänsä ole katsottu esimerkiksi laillisuusperiaatteen kannalta ongelmalliseksi, vaan rikoslaissa on edellä todetulla tavoin myös sanotunlaisia tunnusmerkistöjä. Kysymys on ennemminkin siitä, että tunnusmerkistö olisi syytä muotoilla havainnollisemmin, mikäli siihen on mahdollisuus. Kartellitoimintaan osallistuminen ja kartellitoimintaan sitoutuminen taas saattavat olla kotimais-

¹⁵⁹ Ks. esim. liikenneturvallisuuden vaarantaminen (RL 21:1), työturvallisuusrikos (RL 47:1) sekä ympäristörikkoksia koskeva RL 48 luku.

¹⁶⁰ Ks. järjestäytyneen rikollisryhmän toimintaan osallistuminen (RL 17:1a), mellakka (RL 17:2), tappeluun osallistuminen (RL 21:12).

¹⁶¹ Ks. arpajaisrikos (RL 17:16b), rahankeräysrikos (RL 17:16c).

ten osallisuusoppien kannalta ongelmallisia. Esimerkkinä mainittakoon rikoslain 5 luvun 6 §:n mukainen avunanto; voi olla vaikeaa ajatella, mitä olisi avunanto kartellitoimintaan osallistumiseen. Toisaalta rikoslaissa on nykyisinkin vastaavalla tavalla osallisuusoppien kannalta ongelmalliseksi koettuja tunnusmerkistöjä¹⁶². Kartellin toimeenpanoon keskittyvä malli olisi esitetyistä vaihtoehtoista sinänsä täsmällisin, mutta sitä puolestaan rasittaa jo edellä todettu yleisen kartellirikostunnusmerkistön toimintaympäristön laajuuteen ja vaihtelevuuteen liittyvä ongelma; jos rikostunnusmerkistön soveltaminen edellyttäisi toimeenpanotoimia, jäisi rangaistussäännöksen soveltaminen esimerkiksi pelkästään kartellisopimuksen tekemiseen osallistuneiden henkilöiden osalta osallisuussäännösten soveltamisen varaan, mitä ei kaikissa tilanteissa voitane pitää hyväksyttävänä ratkaisuna sääntelyn oikeudenmukaisuuden kannalta.

Rikostunnusmerkistön soveltamisalan rajaaminen lisätunnusmerkillä

Koska kartelleja koskeva kriminalisointi muodostuisi edellä esitetyn perusteella teonkuvaukseltaan melko yleisluontoiseksi ja laaja-alaiseksi, saattaisi olla tarpeen sisällyttää tunnusmerkistöön teon tapauskohtaista *vaarallisuusarviointia* koskeva tunnusmerkki, jolla vähäisimmät teot suljettaisiin säännöksen soveltamisalan ulkopuolelle.

Kilpailulain 5 §:ssä sekä SEUT 101(1) artiklassa omaksuttu sääntelymallimalli, jossa vakavimpien kilpailunrajoitusten joukkoon luettavien menettelyjen vahingollisuus on presumoitu, vaikuttaa rikosvastuun oikeudenmukaisen kohdentumisen kannalta riittämättömältä. Rikoslakiin sovitettuna mallissa olisi kyse niin sanotusta tekorikoksesta, jossa tietyn teon tekeminen katsotaan kaikissa tilanteissa moitittavaksi, eikä todistelulla teon vaarallisuudesta tai seurauksista ole merkitystä. Luonnollisen henkilön myötävaikutusta kartellin syntymiseen tai toimintaan ei kuitenkaan voitane kaikissa tapauksissa kategorisesti pitää niin vakavana ja moitittavana menettelynä, että rikosoikeudellisen järjestelmän käyttö olisi perusteltua. Ensinnäkin kyse saattaa olla sellaisesta kilpailunrajoituksesta, joka toteuttamistavaltaan kuuluu vakavimpien kilpailunrajoitusten joukkoon, mutta jonka oletettuja tai arvioituja seurauksia ei voida pitää toimivan kilpailun kannalta merkityksellisinä, eivätkä ne toteutuessaan aiheuttaisi käytännössä ollenkaan vahinkoa markkinoilla toimiville. Koska kilpailuoikeudessa sovellettu yritysten markkinaosuuteen perustuva vähämerkityksellisyysarviointi ei sovellu vakavimpiin kilpailunrajoituksiin, voi käytännöllisiltä vaikutuksiltaan vähäinenkin kilpailunrajoitus olla kilpailulain 5 §:n tai SEUT 101(1) artiklan perusteella kielletty, mikäli se teknisesti kuuluu

¹⁶² Ks. esim. rangaistavaa valmistelua koskevat RL 21:6 a, RL 25:4a sekä RL 31:2a. Vastaavasti jotkin kansainvälisten velvoitteiden täytäntöönpanoon perustuvat kriminalisoinnit voivat muodostaa ongelmatilanteita kotimaisten laajojen osallisuusoppien näkökulmasta.

vakavimpien kilpailunrajoitusten joukkoon. Tällaisessa tapauksessa teko voi suojeltavien oikeushyvien kannalta jäädä vaikutuksiltaan hyvin vähäiseksi, jolloin rikosoikeudellista rangaistavuutta saattaa olla vaikea perustella. Toiseksi mikäli kartellikriminalisoinnin tekemuodoksi valikoituisi jokin esitetyistä yleisluontoisista tekemuodoista, olisi olemassa riski siitä, että rangaistussäännöksen tulkittaisiin soveltuvan kartellin syntymisen tai toiminnan kannalta hyvin vähämerkityksellisiin tekoihin. Rikosoikeudellisten seuraamusten käyttö lienee kuitenkin perusteltua kohdistaa vain kaikista merkityksellisimpiin toimiin.

Vaarallisuusarviointi voisi periaatteessa koskea joko teosta aiheutuvaa konkreettista vaaraa tai tietynlaisesta teosta tyypillisesti aiheutuvaa (abstraktia) vaaraa. Konkreettinen vaarantaminen edellyttää teon hetkellä vallinneiden olosuhteiden arviointia; olisiko teosta sen konkreettisessa ilmenemismuodossa voinut aiheutua vahinkoa jollekin teon todellisessa vaikutuspiirissä olevalle henkilölle¹⁶³. Abstraktissa vaarantamisessa kyse on puolestaan teon tietynlaisesta yleistämisestä. Tämä tarkoittaa sitä, että teon tietyt konkreettiset piirteet jätetään huomioimatta, ja teon vaarallisuutta arvioidaan tarkastelemalla tällä tavalla pelkistettyä tekoa; kuuluuko pelkistetty teko sellaisten tekojen luokkaan, jotka tyypillisesti aiheuttavat konkreettisen vahingonvaaran tai tietyn seurauksen.¹⁶⁴ Rikoslain rangaistussäännöksissä abstraktia vaarantamista koskeva tunnusmerkki ilmenee säännöksen ”on omiaan” -muotoilusta. Hieman yksinkertaistaen voitaneen sanoa, että konkreettista vaarantamista käytetään rajoittamaan tunnusmerkistön soveltaminen niin sanottuihin ”läheltä piti” -tilanteisiin, kun taas abstrakti vaarantaminen on yleisemmän tason vaarallisuutta, joka määritetään tekotyypikohtaisesti¹⁶⁵.

Vaihtoehtoista jälkimmäinen, ”on omiaan” -tyyppinen vaarantamistunnusmerkki näyttäisi soveltuvan paremmin kartellitapausten arviointiin. Vaarantamistunnusmerkin tarkoitus ei nimittäin tässä tapauksessa olisi niinkään sen arvioiminen, olisiko tietty vahinkoseuraus voinut tapahtua, vaan rajata tunnusmerkistön soveltamisalan ulkopuolelle suojeltavien oikeushyvien kannalta vähämerkityksellisiä tapauksia. Kysymys olisi siten sen arvioinnista, onko kässillä oleva kielletty kartelliyhteistyö tyypillisesti sellaista, että se aiheuttaa kilpailun vääristymistä ja taloudellisia vahinkoja, ja toisaalta siitä, onko syytetyn toiminta ollut kilpailunrajoituksen toteutumisen kannalta kokonaisuutena arvioiden merkityksellistä.

Edelleen rangaistavan menettelyn alarajan tarkoituksenmukaiseksi määrittelemiseksi voisi olla perusteltua rajata tunnusmerkistö koskemaan vain sellaisia menettelyjä ja toimia, jotka

¹⁶³ Nuutila 1996, s. 290–291. Ks. myös Tapani – Tolvanen 2013, s. 191–192.

¹⁶⁴ Frände 2012, s. 84–85.

¹⁶⁵ Ks. Tapani – Tolvanen 2013, s. 191–193 sekä Nuotio 1998, s. 297.

olisivat omiaan *merkittävästi* tai *olennaisesti* vääristämään kilpailua tai aiheuttamaan taloudellista vahinkoa markkinoilla toimiville. Näin rikostunnusmerkistö kohdistuisi vain kaikista moitittavimpiin kilpailurikkomuksiin ja niiden toiminnan kannalta merkityksellisiin tekoihin, ja vähäisemmät kilpailunrajoitukset jäisivät nykyisellä tavoin arvioitavaksi hallinnollisessa menettelyssä¹⁶⁶.

4.4 Rikosvastuun kohdentaminen

Kartellirikoksen tekijäpiiriin liittyvien kysymysten tarkastelu on syytä aloittaa rikosvastuun kohdentamisen kannalta merkittävästä taustakysymyksestä: ketkä oikeastaan rikkovat kilpailunrajoituskieltoja¹⁶⁷. Kilpailulain ja EU:n kilpailusääntelyn perusteella vastaus on sinänsä selvä; kieltoja voivat rikkoa vain yritykset. Rikosoikeudellisen vastuun määräytymistä harkittaessa on kuitenkin arvioitava myös sitä, ketkä luonnolliset henkilöt yrityksessä todella sopivat kartelleista tai toteuttavat taikka muuten osallistuvat kartelleihin. Oikeuskirjallisuudessa kilpailurikkomusten tekijäpiiriä on hahmoteltu seuraavalla tavalla. Yhden ryhmän muodostavat yrittäjät sekä yrityksen ylin johtoporras, joiden voidaan katsoa muodostavan yrityksen päätöksenteon ytimen. Tämä yrityksen ylin johto voi kilpailunrajoituksista sopimisen ja täytäntöönpanotoimien lisäksi myös antaa käskyjä ja rohkaista yrityksessä toimivia kilpailunrajoituksiin sekä suvaitsemalla muun henkilöstön sopimia kilpailunrajoituksia laiminlyödä heille kuuluvan velvollisuuden valvoa yrityksen kilpailutoiminnan asianmukaisuutta. Toiminnan taustalla on yleensä pyrkimys maksimoida yrityksen saamaa taloudellista hyötyä. Toisen ryhmän muodostavat yrityksen muu henkilöstö, tyypillisesti keskijohto. Tämä ryhmän motiivit voivat olla moninaisia. Kilpailurikkomuksen taustalla saattaa olla ylennyksen tai palkan korotuksen tavoittelu, tulosvaatimusten täyttäminen tai vaikkapa kilpailevassa yrityksessä toimivan läheisen ystävän auttaminen.¹⁶⁸ Yleisenä lähtökohtana voitaneen kuitenkin pitää sitä, etteivät ainakaan laajamuotoisimmat kartellit voi käytännössä toimia ilman yritysten ylimmän johdon siunausta. Käytännössä kartellitoiminnasta usein myös sovitaan nimenomaisesti yrityksen johtoportaan toimesta, ja johto myös osallistuu aktiivisesti kartellitoiminnan valvontaan ja suunnitteluun.¹⁶⁹

Rikosvastuun kohdentamisessa tulisi huomioida edellä mainittu asetelma sekä erityisesti ylimmän johdon tosiasialliset mahdollisuudet vaikuttaa yrityksen kilpailutoimintaan ja valvoa

¹⁶⁶ Ajatus näkyy myös esimerkiksi Tanskan kilpailulain kartelleja koskevassa rangaistussäännöksessä, joka edellyttää, että menettelyn tulee olla ”luonteeltaan vakava” (ks. edellä jakso 2.4).

¹⁶⁷ Rikosvastuun kohdentamisesta yleisesti ks. Lahti 1981 sekä Lahti 1998.

¹⁶⁸ Wils 2002, s. 192–193.

¹⁶⁹ Ks. esim. ns. asfalttikartellia koskeva ratkaisu KHO 2009:83, jossa yritysten johtohenkilöt olivat aktiivisesti olleet myös mukana kartellin päivittäisissä ja rutiininomaisissa sopimuksissa.

yrittäjien henkilöstöä. On syytä huomioda, että yrityksen ylin johto voi mainitulla tavoin aktiivisen kilpailunrajoitusten ajamisen lisäksi myös passiivisesti hyväksyä yrityksen piirissä harjoitetun kartellitoiminnan yrityksen tuloksen parantamiseksi. Ennaltaehkäisevän vaikutuksen tehokkaaksi toteuttamiseksi rikosvastuun tulisi ulottua sekä aktiiviseen tekemiseen että valvonnan laiminlyöntiin. Kartellikriminalisoinnin vastuun kohdentamiseen liittyviä kysymyksiä ei kuitenkaan ymmärrettävästi voida erottaa rangaistavaa tekoa koskevasta sääntelymallivalinnasta. Tässä yhteydessä onkin mahdollista ja tarpeellista tarkastella vastuun kohdentamista melko yleisellä tasolla keskittyen siihen, voisiko kartellikriminalisoinnista aiheutua erityisiä vastuun kohdentamista koskevia ongelmia.

Suurin osa rikoslain tunnusmerkistöistä, jotka koskevat organisaation piirissä tehtyjä rikoksia, on periaatteessa kohdistettu kaikkiin luonnollisiin henkilöihin. Näissä tunnusmerkistöissä tekijää kuvataan yleisesti termillä ”joka”.¹⁷⁰ Osassa tunnusmerkistöjä tekijänä voi olla kuitenkin vain tietyt lisäedellytykset täyttävä toimija. Kyse saattaa olla ensinnäkin siitä, että tunnusmerkistö muotoillaan yleisen ”joka”-kriteerin lisäksi muilta osin niin ahtaaksi, että kysymykseen voi tulla vain tietyn aseman omaava henkilö. Esimerkkinä tällaisesta sääntelystä mainittakoon veropetosrikokset (RL 29:1–3), jotka ”joka”-sanamuodosta huolimatta voivat kohdistua tosiasiallisesti vain verovelvolliseen sekä ennakonpidätyksen laiminlyöneeseen palkanmaksajaan. Toiseksi kyse voi olla tietyn tavoitteen edellyttämisestä tekijältä. Hyvin tavanomainen sääntelymalli on edellyttää, että rangaistava teko tehdään tarkoituksena hankkia hyötyä itselle tai toiselle. Kolmannen kokonaisuuden muodostavat tunnusmerkistöt, joissa rikosvastuun edellytyksenä on, että tekijällä on tietty muodollisjuridinen asema (ns. erikoisrikokset, *delicta propria*). Esimerkkeinä voidaan mainita työrikokset (RL 47 luku; ”työnantaja tai tämän edustaja”), velallisen rikokset (RL 39 luku; ”velallinen”) sekä kirjanpitorikokset (RL 30:9–10; ”kirjanpitovelvollinen, tämän edustaja, kirjanpitovelvollisessa oikeushenkilössä tosiasiallista määräysvaltaa käyttävä tai se, jonka tehtäväksi kirjanpito on toimeksiannolla uskottu”).¹⁷¹

Kartelliin osallistuvia luonnollisia henkilöitä ei voitane kovinkaan täsmällisesti määritellä tietyn muodollisjuridisen aseman perusteella. Henkilöpiirin ainoa yhteinen nimittäjä on jonkinlainen asema kartellitoimintaan osallisessa yrityksessä. Yrityksen sisäisessä hierarkiassa henkilöt taas voivat – hieman rikostunnusmerkistön muista rajauksista riippuen – kuulua useisiin eri ryhmiin. Käytännössä kartellitoimintaan osallistuminen edellyttäneekin

¹⁷⁰ Ks. esim. Lappi-Seppälä LM 2004, s. 433.

¹⁷¹ HE 44/2002 vp, s. 159–160.

henkilöltä jonkin verran tosiasiallista määräysvaltaa yrityksessä, mutta tällaista epämääräistä henkilöpiiriä ei voitane sijoittaa tiettyyn käsitteelliseen lokeroon. Näin ollen *delicta propria* -tyyppinen tekijäpiirin rajaaminen ei kartellikriminalisoinnin osalta vaikuta mahdolliselta. Lisäksi on ylipäänsä vaikea hahmottaa tilanteita, joissa tekijäpiirin nimenomainen rajaaminen jonkin muodollisen aseman perusteella toisi tässä tapauksessa rangaistussäännökseen tarpeellista rajausta tai tekisi sen soveltamisesta ennustettavampaa. Mainituilla perusteilla kartellikriminalisoinnin tekijäpiiri olisi tarkoituksenmukaista jättää lähtökohtaisesti avoimeksi käytämällä yleistä ”joka”-tekijätunnusmerkkiä. Näin ollen vastuun kohdentamisessa ei ole tarpeen arvioida enemmälti tilannetta, jossa yrityksen puolesta toimiva henkilö ei täyttäisi tunnusmerkistössä tekijälle asetettuja erityisehtoja.

Keskeiseksi kysymykseksi kartellirikoksen kohdalla näyttäisi muodostuvan vastuun kohdentaminen organisaatiossa: missä määrin rikosvastuu ulottuisi kartellitoimintaa aktiivisesti tai passiivisesti edistävään yrityksen johtoon?

Lienee selvää, että yrityksen johto, esimerkiksi hallituksen jäsenet ja toimitusjohtaja, voisivat syyllistyä kartellirikokseen suoraan rikoksen tunnusmerkistön täyttävällä toiminnalla tekijöinä. Johdon rikosvastuu voisi syntyä myös tahallisen myötävaikuttamisen kautta, jolloin tekoa arvioitaisiin rikoslain 5 luvun osallisuussäännösten nojalla. Tällöin kyse voisi olla rikoskumppanuudesta (RL 5:3), välillisestä tekemisestä (RL 5:4), yllytyksestä (RL 5:5) tai avunannosta (RL 5:6).

Vaikeampi kysymys sen sijaan olisi se, voisiko rikosvastuu ulottua kartellitoiminnasta tietoiseen johtoon, mikäli kysymys olisi ainoastaan kartellitoiminnan passiivisesta sallimisesta. Tällöin kyse voisi olla lähinnä yrityksen johdolle asetetun valvontavastuun laiminlyönnistä. Rikoslain 3:3:n mukaan

”Laiminlyönti on rangaistava, jos rikoksen tunnusmerkistössä niin nimenomaan määrätään.

Laiminlyönti on rangaistava myös, jos tekijä on jättänyt estämättä tunnusmerkistön mukaisen seurauksen syntymisen, vaikka hänellä on ollut erityinen oikeudellinen velvollisuus estää seurauksen syntyminen. Tällainen velvollisuus voi perustua:

- 1) virkaan, toimeen tai asemaan;
- 2) tekijän ja uhrin väliseen suhteeseen;
- 3) tehtäväksi ottamiseen tai sopimukseen;
- 4) tekijän vaaraa aiheuttaneeseen toimintaan; tai

5) muuhun niihin rinnastettavaan syyhyn.”

Ottaen huomioon mahdollisen kartellirikoksen tunnusmerkistöstä edellisessä jaksossa esitetyn, kyseeseen voisi tulla säännöksen 2 momentin mukainen *epävarsinainen laiminlyöntivastuu*, jolloin vastuu perustuisi yhtiön johdon toimeen tai asemaan, josta on annettu määräyksiä laissa. Säännöksen soveltuminen ei kuitenkaan kartellitapauksissa ole itsestään selvää.

Ensinnäkin kartellikriminalisoinnin kannalta ongelmia saattaisi aiheuttaa RL 3:3.2:ssa käytetty sanamuoto, joka edellyttää, että tekijä on jättänyt estämättä tunnusmerkistön mukaisen *seurauksen* syntymisen. Tulisiko säännöstä siis tulkita ahtaasti siten, että sen soveltamisalaan katsottaisiin kuuluvan ainoastaan sellaiset rikokset, joiden tunnusmerkistössä on yksilöity rikoksesta aiheutuva seuraus, vai voidaanko rikostunnusmerkistön täyttymistä jo itsessään pitää tunnusmerkistön mukaisena seurauksena? Kysymys on tässä yhteydessä merkityksellinen siksi, että säännöksen supistava tulkinta asettaisi kriminalisoinnille seuraustunnusmerkkiä koskevan edellytyksen, mikäli epävarsinaisen laiminlyönnin tahdottaisiin soveltuvan kartellirikokseen.

Oikeuskirjallisuudessa esitetyn perusteella RL 3:3.2:n soveltamisalalle ei voida määrittää selvää rajaa rikoksentekotyyppin perusteella. Nuotio toteaa, että epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen konstruktio soveltuu sinänsä luontevammin seurausrikoksiin kuin tekorikoksiin. Hän kuitenkin huomauttaa, että jako seuraus- ja tekorikoksiin on sopimuksenvarainen. Edelleen hän katsoo, että abstraktille vaaralle rakentuvien tunnusmerkistöjen lisääntyminen saattaa olla sellainen kehityssuunta, joka voisi aiheuttaa laiminlyöntivastuun periaatteiden tulkitsemista uudelleen.¹⁷² Myös oikeuskäytännöstä löytyy joitakin tapauksia, joiden perusteella voitaneen päätellä, ettei kovin kategorinen jako seuraus- ja tekorikosten välille ole tässä yhteydessä tarkoituksenmukainen. Ratkaisussa KKO 2005:27 oli kyse Ahvenanmaan Raha-automaattiyhdistys PAF:n johtoportaan syylistymisestä arpajaisrikokseen. Vanhan arpajaislain (1.9.1965/491) 6 §:n mukaan ”(j)oka luvattomasti toimeenpanee arpajaiset, joiden järjestämiseen tarvitaan viranomaisen lupa, – – tuomittakoon arpajaisrikoksesta – –”. Mainituissa tunnusmerkistöissä korostuu juuri toiminnan luonne, eli ilman viranomaisen lupaa toimiminen (vaikkakin kyse on samalla myös seurauksen aiheuttamisesta). Tämän vuoksi rangaistussäännöstä ei voitane pitää ainakaan puhtaana seurausrikoksena. Korkein oikeus katsoi laiminlyöntivastuun arpajaisrikoksen osalta kuitenkin mahdolliseksi toteamalla, että ”– – (ä)ven straff-

¹⁷² Nuotio 2006, s. 345.

rättsligt ansvar för lotteribrott kan uppstå för styrelsemedlemmar antingen på grund av medverkan till beslutsprocessen eller genom underlåtenhet att ingripa i det som sker”¹⁷³.

RL 3:3.2:n soveltamisalan kannalta mielenkiintoisena voidaan pitää myös ratkaisua KKO 2003:42. Tapauksessa A oli hankkinut 14-vuotiaalle pojalleen mopon, jolla pojan oli lupa harjoitella pihapiirissä. Poika oli kuitenkin kieltojen vastaisesti kuljettanut mopoa kahdesti yleisellä tiellä. Kysymys oli siitä, oliko A:n katsottava luovuttaneen mopon pojalleen tahallaan, kun poika oli A:n poissa kotoa ollessa kolmannen kerran lähtenyt kuljettamaan mopoa yleiselle tielle. Ratkaisussa ei nimellisesti ollut kyse laiminlyöntivastuusta, vaan A:n tahallisuudesta ajoneuvon luovuttamisen suhteen. Ratkaisun perusteluissa liikutaan todellisuudessa kuitenkin melko lähellä laiminlyöntivastuuta, kun A:lla katsottiin olleen erityinen velvollisuus huolehtia siitä, ettei mopon kiellonvastainen käyttö uusiudu, eikä A voinut vapautua valvontavelvollisuutensa laiminlyönnin rikosoikeudellisista seurauksista. Korkein oikeus katsoi alempien oikeuksien tavoin, että A oli syylistynyt tieliikennelain 103 §:n mukaiseen liikennერიკkomukseen luovuttaessaan ajoneuvon ajo-oikeudettomalle lain 65 §:n vastaisesti. Kyseinen rangaistussäännös taas on muodoltaan selvästi tekorikos, sillä rangaistavaa on säännöksen sanamuodon mukaan tieliikennelain rikkomisen. Toisaalta oikeuskirjallisuudessa *Frände* on huomauttanut, ettei mainittu ratkaisu sovi laiminlyöntirikosten vastuuasemaoppiin täysin vaivattomasti, koska isää ei tuomittu laiminlyönnin seurauksesta, eli mopon kuljettamisesta ilman ajo-oikeutta, vaan mopon luovuttamisesta¹⁷⁴. Joka tapauksessa vaikuttaisi kuitenkin siltä, ettei epävarsinaisen laiminlyöntivastuun edellytykseksi voida kategorisesti asettaa vaatimusta siitä, että rikostunnusmerkistö olisi laadittu seurausrikoksen muotoon, vaan RL 3:3.2:a voitaneen tulkita siten, että tunnusmerkistön mukaisella seurauksella tarkoitetaan yleisesti rikostunnusmerkistön täyttymistä.

Toinen – ja käytännön kannalta merkittävämpi – kysymys on se, voidaanko yrityksen johdolla katsoa kartellitapauksissa olevan RL 3:3.2:n edellyttämä erityinen oikeudellinen velvollisuus estää seurauksen syntyminen.

Säännöksen esitöissä on korostettu, että kyse on nimenomaan oikeudellisesta velvollisuudesta, mikä puolestaan tarkoittaa, että toimintavelvoitteen tulisi olla ankkuroitavissa oikeusjärjestyksen muuhun normistoon¹⁷⁵. Näin ollen, ja kuten *Nuotio* on todennut, on oikeushenkilön toiminnan yhteydessä tapahtuneiden rikosten henkilökohtaisen vastuun arvioinnin lähtökoh-

¹⁷³ KKO 2005:27, kohta 49.

¹⁷⁴ *Frände* 2012, s. 218, alaviite 471.

¹⁷⁵ HE 44/2002 vp, s. 43.

tana pidettävä sitä, että ensin selvitetään organisaatiolla olevat velvoitteet, joita sitten käytetään henkilökohtaisen vastuun puitteena ja lähtökohtana¹⁷⁶. Selvimpiä tilanteita ovat luonnollisesti ne, joissa johdon vastuu on nimenomaisesti ilmaistu jossakin säännöksessä, kuten asian laita on esimerkiksi kirjanpitovelvollisuuden sekä tiettyjen työturvallisuusmääräysten osalta. Tässä tapauksessa kilpailulaista ei kuitenkaan voida johtaa erityisiä yrityksen johdolle asetettavia velvollisuuksia, joten mahdollinen laiminlyöntivastuu tulisi perustaa yritysten toimintaa yleisesti säänteleviin normeihin. Esimerkiksi osakeyhtiön johdon mahdollinen laiminlyöntivastuu voisi perustua tällöin lähinnä yleiseen valvontavastuuseen, joka on johdettavissa osakeyhtiölain (21.7.2006/624) yleisistä johdon tehtäviä ja vastuita koskevista säännöksistä¹⁷⁷. Yrityksen ylimmällä johdolla voidaan katsoa olevan velvollisuus järjestää yrityksen toiminta siten, että se on lain mukaista. Tämä velvollisuus puolestaan sisältää velvollisuuden aktiivisesti valvoa toimintaa sekä järjestää asianmukaiset valvonta- ja informaatioinformaatiojärjestelmät siten, että käytännön valvonta on mahdollista¹⁷⁸. Oikeushenkilön johdon velvollisuuden estää rikoksen tekeminen otetaan kantaa oikeushenkilön rangaistusvastuuta koskevassa hallituksen esityksessä:

”Oikeushenkilön johdolla on myös velvollisuus estää rikoksen tekeminen silloin, kun johto tietää, että lakia tullaan rikkomaan tai sitä rikotaan parhaillaan. Kun oikeushenkilön toimissa rajoissa ryhdyttävä toimiin sellaisten rikosten ehkäisemiseksi, joita oikeushenkilön toiminnassa saattaa esiintyä, ei johto luonnollisesti voi sallia sellaisten rikosten tekemistä, joista on jo tietoinen. Sallimisen käsitteeseen sisältyy vaatimus siitä, että rikos on ollut estettävissä. Jos rikosta ei ole voitu estää, pelkkä johdon tietoisuus rikoksesta ei voi perustaa oikeushenkilölle rangaistusvastuuta.”¹⁷⁹

Toisaalta Nuotio on katsonut, etteivät oikeushenkilön rangaistusvastuuta koskevat perustelut kuitenkaan ilman muuta sovellu luonnollisten henkilöiden vastuun perustaksi, sillä yksilövastuu ei voi määräytyä yhtä pragmaattisin ja konstruktiivisin kriteerein kuin yhteisövastuu. Hän toteaa myös, ettei rikoksen salliminen ole osallisuusopin tuntema osallisuuden muoto, eikä sille voida perustaa rikosvastuuta, ellei kyse samalla ole sellaisesta vastuuasemasta, johon liittyy erityinen velvollisuus estää rikos ja mahdollisuus siihen. Nuotio toteaa myös, ettei edes oikeushenkilön yleinen velvollisuus järjestää toimintansa lainmukaiseksi ja ehkäistä toimin-

¹⁷⁶ Nuotio 2006, s. 330.

¹⁷⁷ Ks. esim. johdon tehtäviä koskeva yleissäännös OYL 1:8 sekä hallituksen ja toimitusjohtajan tehtäviä koskevat OYL 6:2 ja 6:17.

¹⁷⁸ Nuotio 2006, s. 337 ja Nissinen 1997, s. 160.

¹⁷⁹ HE 95/1993 vp, s. 31.

nassa tapahtuvia rikoksia voi suoraan kääntyä luonnollisten henkilöiden laiminlyöntivastuun perustaksi.¹⁸⁰

Kartellikriminalisoinnin kannalta merkittävä on myös *Fränden* tekemä huomio siitä, että kotimaisessa oikeuskäytännössä epävarsinaisina laiminlyöntirikoksina on pidetty vain tuottamuksellisia rikoksia¹⁸¹. *Fränden* mukaan ilmiö johtuu siitä, että vallitsevan moraalikatsomuksen mukaan on tehtävä ero esimerkiksi sen välille, tappaako toisen vai antaako tämän kuolla¹⁸². *Nuotio* puolestaan lisää tähän, ettei oikeusjärjestyksemme lähtökohtiin sovellu kollektiivisen vastuun malli, eikä se, että valvonta- ja suojeluvastuuta korostettaisiin niin pitkälle, että laiminlyönti rutiininomaisesti korotettaisiin tekemisen tasolle. Hän katsoo, että tämän vuoksi tahallisten rikosten estäminen tuntuu rajautuvan laiminlyöntivastuun ulkopuolelle. Toisaalta hän toteaa myös, että juuri organisaation puitteissa toimittaessa laiminlyöntiperusteiselle esimiesvastuulle on tarvetta, ja tämän vuoksi vastuumallien keinoin on kompensoitava se toiminnan merkityksen lisäys, mikä seuraa yhteisömuodossa toimimisesta. *Nuotio* onkin huomauttanut, että syytä rajata tahallisia rikoksia kokonaan epävarsinaisen laiminlyöntivastuun ulkopuolelle tuskin on.¹⁸³ Edellä viitatus ratkaisun KKO 2005:27 voitaneen myös katsoa ilmentävän osaltaan ajattelua, jonka mukaan (epävarsinainen) laiminlyönti voi tietyn edellytyksin toteutua tahallisuutta edellyttävien tunnusmerkistöjen osalta.

Edellä esitetyn perusteella voidaan havaita, että koska laiminlyöntivastuu rinnastuu rikoksen tekijävastuuseen, on epävarsinaisen laiminlyöntivastuun soveltamisala haluttu rajoittaa tilanteisiin, joissa henkilön vastuuasema on selvästi määritelty, ja joissa mahdollisuus seurauksen – tässä tapauksessa rikoksen – estämiseen on ollut olemassa. Voitaneen ajatella, että velvollisuuksien laiminlyönnin tulisi pitkälti ilmentää samanlaista syyllisyyttä ja moitittavuutta kuin itse rikollisen teon. Yrityksen johdon sallivaa tai piittaamatonta suhtautumista yrityksen osallistumiseen kartellitoimintaan lienee pidettävä sanotulla tavalla tekoon rinnastettavaa syyllisyyttä ja moitittavuutta ilmentävänä, jolloin laiminlyöntivastuun tulisi soveltua tilanteeseen. Yrityksen ylin johto on nimittäin vastuussa yhtiön toiminnan lainmukaisuuden valvonnasta ja sen järjestämisestä, ja mikäli tällaisessa vastuuasemassa olevat henkilöt eivät pyri estämään kartellitoimintaa saadessaan tietää siitä, voidaan heidän katsoa itse hyväksyneen toiminnan ja osaltaan sitoutuneen siihen.

¹⁸⁰ Nuotio 2006, s. 354.

¹⁸¹ Frände 2012, s. 212.

¹⁸² Frände 2012, s. 219.

¹⁸³ Nuotio 2006, s. 355.

Laiminlyöntivastuun edellytyksiä tarkasteltaessa on lisäksi huomattava, että epävarsinaisen laiminlyöntivastuun syntyminen edellyttää kohteena olevalta rikossäännökseltä edellä mainittujen seikkojen lisäksi sitä, että tunnusmerkistön teonkuvauksen katsotaan kattavan aktiivisen toiminnan lisäksi myös passiivisen suhtautumisen. Esitöiden mukaan kyse voi olla esimerkiksi tietyn seurauksen aiheuttamisesta, mutta myös useat aktiiviseen tekemiseen viittaavat teko-tavat voidaan toteuttaa passiivisella suhtautumisella. Toisaalta osa tunnusmerkistöistä on muotoiltu siten, ettei laiminlyöntiä voida yleisten tulkintaperiaatteiden mukaisesti sisällyttää sanan merkityssisältöön. Esimerkkeinä tällaisista rikoksista mainitaan sellaiset, jotka edellyttävät kehottamista, houkuttelemista, kokoukseen osallistumista, kuljettamista, käyttämistä tai tietojen antamista.¹⁸⁴ Mikäli epävarsinaisen laiminlyöntivastuun haluttaisiin ulottuvan mahdolliseen kartellikriminalisointiin, tulisi tunnusmerkistön laatimisessa huomioida myös tämä erilaisia toimintamuotoja käsittävän teonkuvauksen vaatimus.

Rikosvastuun kohdentamiseen liittyvien ongelmien minimoimiseksi rikoslaissa on tiettyjen organisaatioissa tapahtuvien rikosten kohdalla säädetty erityisiä vastuun kohdentamista koskevia säännöksiä. Työrikoksia koskevan RL 47:7:n sekä ympäristörikoksia koskevan RL 48:7:n mukaan luvuissa rangaistavaksi säädettyistä menettelyistä ”– – tuomitaan rangaistukseen se, jonka velvollisuuksien vastainen teko tai laiminlyönti on. Tätä arvioitaessa on otettava huomioon asianomaisen asema, hänen tehtäviensä ja toimivaltuuksiensa laatu ja laajuus sekä muutenkin hänen osuutensa lainvastaisen tilan syntyyn ja jatkumiseen”. Kartellikriminalisoinnin osalta voitaneen katsoa, ettei kyseisen kaltainen erityinen vastuun kohdentamista koskeva säännös antaisi käytännössä lisäarvoa RL 3:3.2:n perusteella tehtävään laiminlyöntiarviointiin. Johdon laiminlyöntivastuun arvioinnissa olisi säännöksen hieman erilaisesta muotoilusta huolimatta käsillä samat valvontavastuun konstruoimiseen liittyvät ongelmat kuin RL 3:3.2:n soveltamisessa. Lisäksi voitaneen katsoa, että erityissäännöksissä mainitut arvioinnissa huomioon otettavat seikat ovat luonteeltaan sellaisia, että ne tulisivat arvioitavaksi mahdollisissa laiminlyöntitapauksissa joka tapauksessa.

Rikoslain 9 luku koskee oikeushenkilön rangaistusvastuuta. RL 9:2.1:n mukaan oikeushenkilö tuomitaan yhteisösakkoon, jos sen lakisääteiseen toimielimeen tai muuhun johtoon kuuluva taikka oikeushenkilössä tosiasiallista päätösvaltaa käyttävä on ollut osallinen rikokseen tai sallinut rikoksen tekemisen taikka jos sen toiminnassa ei ole noudatettu vaadittavaa huolellisuutta ja varovaisuutta rikoksen ehkäisemiseksi. Yhteisösakko alin rahamäärä on 850 euroa ja

¹⁸⁴ HE 44/2002 vp, s. 42–43.

ylin 850 000 euroa (RL 9:5). Yhteisösakon tuomitseminen edellyttää, että yhteisösakko on erikseen säädetty sovellettavan rikostunnusmerkistön seuraamukseksi (RL 9:1). Kartellitapauksissa oikeushenkilöön kohdistetaan rangaistusluonteinen seuraamusmaksu jo kilpailulain 12 §:n perusteella. Kyseisen seuraamusmaksun suuruus on enintään 10 prosenttia elinkeinonharjoittajan vuotuisesta liikevaihdosta (kilpailulain 13 §). Näin ollen kilpailunrajoituksiin osallisiin oikeushenkilöihin kohdistetaan jo kilpailulain perusteella rangaistusluonteinen hallinnollinen seuraamus. Mikäli mahdollisen kriminalisoinnin yhteydessä säädettäisiin vielä erikseen oikeushenkilön rangaistusvastuuta koskevien säännösten soveltamisesta, tulisi kahteen lakiin sijoitetut, samaa oikeussubjektia koskevat rangaistussäännöksen ongelmalliseksi kahdenkertaisen rankaisemisen estävän *ne bis in idem* -kiellon kannalta¹⁸⁵. Tämän vuoksi oikeushenkilön rangaistusvastuuta ei liene perusteltua soveltaa mahdollisen kartellikriminalisoinnin kohdalla.

Yhteenvetona voitaneen todeta, että kartellikriminalisointiin ei näyttäisi liittyvän sellaisia piirteitä, jotka poikkeaisivat tavanomaisista organisaatioita koskevista vastuun kohdentamistilanteista. Vastuun kohdentaminen organisaatiossa ei olisi kartellitapauksissa ongelmatonta, mutta rikoslain osallisuus- ja laiminlyöntivastuuta koskevat säännökset mahdollistaisivat vastuun oikeudenmukaisen kohdentumisen yrityksissä. Tavanomainen tekijä- ja osallisuusvastuu voisi siten kohdistua yrityksessä periaatteessa keneen tahansa, joka täyttänyt tunnusmerkistössä asetetut tekijää ja tekoa koskevat vaatimukset taikka RL 5 luvussa määritetyllä tavalla avustanut tekijää. Myös RL 3:3.2:n 1 kohdan mukainen laiminlyöntivastuu voisi tulla kyseeseen yrityksen johdon osalta, jos tunnusmerkistö täyttäisi edellä mainitut laiminlyöntivastuulle asetetut edellytykset.

4.5 Kartellirikoksen seuraamukset

Jaksossa tarkastellaan kartellikriminalisointiin liitettäviä rangaistuksia kansallisesta näkökulmasta. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että jaksossa pyritään arvioimaan mahdollisen kriminalisoinnin rangaistusasteikkoa ja -lajeja rikoslaissa omaksutun systematiikan kannalta sekä vertaamalla kriminalisointia muihin talousrikossäännöksiin. Lisäksi arvioidaan lyhyesti mahdollisuutta ja tarvetta liittää liiketoimintakielto rangaistuksen oheisseuraamukseksi. Kysymystä eri rangaistuslajien yleisestä oikeutettavuudesta ei tässä yhteydessä käsitellä, ja eri seuraamuslajien yleisestäviin- ja muihin vaikutuksiin viitataan vain kursorisesti siltä osin

¹⁸⁵ *Ne bis in idem* -kieltoa käsitellään tarkemmin jäljempänä jaksossa 5.2.2.

kuin on välttämätöntä. Yleiselle kartellikriminalisoinnille vaihtoehtoisia malleja ja niihin liittyviä seuraamuskysymyksiä käsitellään puolestaan erikseen jäljempänä luvussa 5.

Edellä jaksossa 3.3.4 on käsitelty yleisesti niitä hyötyjä ja haittoja, joita kartelleja koskevaan kriminalisointiin liittyisi. Tässä yhteydessä on kuitenkin vielä erikseen syytä huomioda muutamia kartelleja koskevassa keskustelussa esille nousseita seikkoja eri rangaistuslajien soveltuvuudesta ja tarpeellisuudesta kartellikriminalisoinnin seuraamuksina.

Kuten edellä on todettu, nykyisen rikosoikeudellisen järjestelmämme tavoitteena on luoda pidäkkeitä toimia ei-toivotulla tavalla. Tämä toteutuu käytännössä yleisprevention, eli pelotevaikutuksen sekä lain moraalia ja tapaa luovan vaikutuksen kautta. Ihmisten käyttäytymisen ohjaamiseksi on siis olennaista, että uhka rangaistuksesta on todellinen. Kartellitoimintaan liittyy kuitenkin eräitä piirteitä, jotka uhkaavat kriminalisoinnin pelotevaikutuksen syntymistä, mikäli rangaistuksena voitaisiin tuomita ainoastaan sakkoja. Kartellitoimintaa harjoittavan yrityksen näkökulmasta kartellitoiminta on nimittäin kannattavaa niin kauan, kun kartellista saatavat voitot ovat suurempia kuin mahdolliset hallinto- tai rikosoikeudelliset seuraamusmaksut. Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, etteivät kilpailulainsäädännön perusteella tuomitavat seuraamusmaksut useissa tilanteissa ole riittävän suuria, jotta yritysten kannattaisi pidättäytyä kartellitoiminnasta¹⁸⁶. Jos kartellitoiminta arvioidaan yritykselle tarpeeksi tuottoisaksi, saattaa olla yrityksen intressissä rohkaista henkilöstöä harjoittamaan kartellitoimintaa lupamalla maksaa heille mahdollisesti tuomitavat seuraamusmaksut tai sakot. Siten yritys pystyy poistamaan sakkouhan muodostaman pelotevaikutuksen.¹⁸⁷ Näin ollen mainittu näkökohta näyttäisi osaltaan puoltavan sitä, että kriminalisoinnin seuraamuksena voitaisiin tuomita myös joko vankeutta tai ainakin sakkorangaistuksen lisäksi jonkinlainen pelotevaikutusta tehostava oheisseuraamus, kuten liiketoimintakielto.

Rikoslain kokonaisuudistuksen lähtökohdaksi laaditussa rikosoikeuskomitean mietinnössä KM 1976:72 jaoteltiin rikosten rangaistusteikot seuraavan neliportaisen törkeysluokituksen perusteella:

- törkeä rikos, 2 – 10 vuotta vankeutta
- vakava rikos, 8 kk – 4 vuotta vankeutta
- (rikoslaki)rikos, sakkoa – 2 vuotta vankeutta
- rikkomus, sakkoa – 60 vuorokautta vankeutta

¹⁸⁶ Ks. edellä jakso 3.3.4.1.

¹⁸⁷ Wils 2002, s. 220.

Kokonaisuudistuksessa päädyttiin kuitenkin käyttämään useampia eri asteikkotyyppejä, mutta uudistuksen ensimmäisen vaiheen esitöiden mukaan uudistuksessa pyrittiin toteuttamaan rikosoikeuskomitean ajatusta rikosten törkeysluokituksesta¹⁸⁸. Kokonaisuudistuksessa käytetyt rangaistusasteikot olivat pääpiirteissään seuraavat:

- 2–10 vuotta vankeutta
- 1–10 vuotta vankeutta
- 4 kk – 4 vuotta vankeutta
- sakkoa – 2 vuotta vankeutta
- sakkoa – 1 vuosi 6 kk vankeutta
- sakkoa – 1 vuosi vankeutta
- sakkoa – 6 kk vankeutta
- sakkoa

Käytännössä rikoslaissa on edelleen lukuisia erilaisia rangaistusasteikoita, joista kaikki eivät vastaa edellä esitettyjä luokitteluja. Mainittuja jaotteluja voitaneen kuitenkin käyttää jonkinlaisena lähtökohtana arvioitaessa erilaisten tekojen sijoittumista rikoslain systematiikkaan.

Suuntaa oikeasuhtaiselle rangaistukselle voidaan etsiä myös rikoslaissa jo rangaistavaksi säädettyistä teoista. Kartellikriminalisoinnin kannalta relevantteina rangaistussäännöksinä voitaneen pitää sellaisia (talous)rikoksia, jotka tyypillisesti tehdään osana liiketoimintaa. Tällaisia rikoksia ovat erilaiset petosrikokset, lahjuksen antamista ja ottamista koskevat rikokset, kirjapitorikokset, velallisen rikokset sekä arvopaperimarkkinarikokset. Näiden rikosten yleisin rangaistusasteikko on sakkoa – 2 vuotta vankeutta, ja törkeän tekemuodon osalta vankeutta 4 kuukautta – 4 vuotta¹⁸⁹. Muutaman lievemmäksi katsottavan teon osalta rangaistusasteikoksi on säädetty sakkoa – 1 vuosi vankeutta¹⁹⁰. Näin ollen näyttäisi siltä, että talousrikosten rangaistusasteikot ovat pitkälti vakiintuneet perustekomuodon osalta asteikolle sakkoa – 2 vuotta vankeutta, mikä vaikuttaisi olevan linjassa myös rikoslakikomitean esittämän rikosten törkeysluokituksen kanssa.

¹⁸⁸ HE 66/1988 vp, s. 16–17.

¹⁸⁹ Ks. veropetos (RL 29:1), työeläkemaksupetos (RL 29:4a), avustuspetos (RL 29:5), lahjominen elinkeinotoiminnassa (RL 30:7), lahjuksen ottaminen elinkeinotoiminnassa (RL 30:8), kirjapitorikos (RL 30:9), petos (RL 36:1), luottamusaseman väärinkäyttö (RL 36:5), velallisen epärehellisyys (RL 39:1), velallisen petos (RL 39:2), sisäpiirintiedon väärinkäyttö (RL 51:1), markkinoiden vääristäminen (RL 51:3) sekä arvopaperimarkkinoita koskeva tiedottamisrikos (RL 51:5).

¹⁹⁰ Tällaisia rikoksia ovat markkinointirikos (RL 30:1), kilpailumenettelyrikos (RL 30:2) sekä vakuutuspetos (RL 36:4).

Kuten edellä on todettu, kartellimenettely muistuttaa läheisesti erinäisiä elinkeino- ja talousrikoksia. Toiminta on perusluonteeltaan epärehellistä, ja tiettyjen tahojen taikka yleisesti markkinoiden erehdyttämällä saavutetaan suurehkoja taloudellisia voittoja ja vastaavasti aiheutetaan muille markkinoilla toimiville taloudellisia vahinkoja. Tämäntyyppisten tekojen rangaistusasteikoksi näyttäisi vakiintuneen sakkoa – 2 vuotta vankeutta, mikä sinänsä mahdollistaa yksittäistapauksellisen arvioinnin tarjoamalla useita eri rangaistusvaihtoehtoja (sakko, yhdyskuntapalvelu, ehdollinen ja ehdoton vankeus). Vankeusrangaistusuhkaisena kyseinen asteikko periaatteessa soveltuisi kartellitoimintaan siten myös esitettyjen erityisten preventiivisten näkökohtien vuoksi. On kuitenkin huomattava, että käytännössä suurin osa vankeusrangaistuksista, jotka tuomitaan enintään kahden vuoden vankeusrangaistuksen mahdollistavien tunnusmerkistöjen perusteella, tuomitaan ehdollisina. Tämä johtuu rikoslain 6 luvun 9 §:stä, jonka mukaan ”[m]ääraaikainen, enintään kahden vuoden vankeusrangaistus voidaan määrätä ehdolliseksi (ehdollinen vankeus), jollei rikoksen vakavuus, rikoksesta ilmenevä tekijän syyllisyys tai tekijän aikaisempi rikollisuus edellytä ehdottomaan vankeuteen tuomitsemista”. Joka tapauksessa, mikäli kartellikriminalisointi toteutettaisiin, vaikuttaisi rikoslain systematiikan kannalta perustellulta asettaa rangaistusasteikoksi *sakkoa – 2 vuotta vankeutta*.

Oman kysymyksensä muodostaa tarve törkeän tekomuodon säätämislle. Toisin sanoen on kysyttävä, voidaanko joitakin kartelleja pitää niin moitittavina ja vahingollisina, että niihin osallistumisesta tulisi tuomita enemmän kuin 2 vuotta vankeutta? Melko yleisesti talousrikosten törkeät tekomuodot koskevat tilanteita, joissa tavoitellaan huomattavaa hyötyä tai aiheutetaan huomattavaa vahinkoa¹⁹¹. Sitä, mitä on pidettävä huomattavana hyötynä, ei voitane lainvalmisteluasiakirjojen perusteella yksiselitteisesti sanoa. Joidenkin säännösten esitöissä arviointi on ankkuroitu törkeää varkautta koskeviin esityölausumiin, joissa jonkinlaiseksi raja-arvoksi on asetettu aikanaan 10.000–15.000 markkaa¹⁹². Oikeuskirjallisuudessa on arvioitu jonkinlaiseksi lähtökohdaksi nykyisessä eurojärjestelmässä noin 5.000 euroa¹⁹³. Toisaalta, kuten esimerkiksi sisäpiirintiedon väärinkäyttöä koskevissa esitöissä on todettu, johtaisi suora vertaaminen varkausrikoksen tulkintaohjeisiin useiden talousrikosasioiden osalta sitä, että kaikki teot katsottaisiin törkeiksi. Arvioinnin tulisikin olla ennemmin suhteessa vastaavanlaisesta rikoksesta yleensä odotettavaan hyötyyn nähden.¹⁹⁴ Yksiselitteistä raja-arvoa hyödyn tai

¹⁹¹ Esim. petosrikokset (pl. RL 36:4:n vakuutuspetos), törkeä lahjominen elinkeinotoiminnassa (RL 30:7 a), törkeä velallisen epärehellisyys ja velallisen petos (RL 39:1 a ja 39:3) sekä törkeä sisäpiirintiedon väärinkäyttö ja markkinoiden vääristäminen (RL 51:2 ja 51:4).

¹⁹² HE 66/1988 vp, s. 37.

¹⁹³ Frände et al. 2007, s. 479.

¹⁹⁴ HE 254/1998 vp, s. 24.

vahingon perusteella tehtävään törkeysarvointiin ei siten voida antaa. On kuitenkin sinänsä ajateltavissa tilanteita, joissa yhteiskunnan toiminnan kannalta merkityksellisellä alalla toimiva pitkäkestoinen ja laaja-alainen kartelli kerryttää niin suuria kartellivoittoja, että sen vahingolliset vaikutukset voisivat tuntua koko talousjärjestelmässä. Suhteessa muiden talousrikosten törkeinä tekemuotoina pidettäviin tekoihin voitaneen katsoa, että tällaisesta erityistä taloudellista hyötyä tavoittelevasta ja vahinkoa aiheuttavasta menettelystä tulisi voida tuomita myös perustekomuotoa ankarampi rangaistus. Tällöin esityölausumissa tulisi kuitenkin kiinnittää erityistä huomiota riittävien tulkintaohjeiden antamiseen, jotta tunnusmerkistöjen soveltaminen muodostuisi yhdenmukaiseksi. Asteikoksi törkeälle tekemuodolle olisi luontevaa asettaa muiden talousrikosten tavoin *4 kk – 4 vuotta vankeutta*.

Kartellirikoksen oheisrangaistuksena tulisi kyseeseen lähinnä liiketoimintakielto. Liiketoimintakiellosta annetun lain (13.12.1985/1059) 1 §:n mukaan liiketoimintakielto voidaan määrätä sopimattoman ja vahingollisen liiketoiminnan estämiseksi sekä liiketoimintaan kohdistuvan luottamuksen ylläpitämiseksi. Liiketoimintakielto koskee yrityksen johtoa ja yrityksessä tosiasiallista määräysvaltaa käyttäviä (2 §). Lain 3.1 §:n 2 kohdan mukaan liiketoimintakielto voidaan määrätä 2 §:ssä tarkoitettu henkilö, jos hän on liiketoiminnassa syyllistynyt rikolliseen menettelyyn, jota ei voida pitää vähäisenä, ja hänen toimintaansa on kokonaisuutena arvioiden pidettävä velkojien, sopimuskumppaneiden, julkisen talouden taikka terveen ja toimivan taloudellisen kilpailun kannalta vahingollisena. Lain tarkoituksen sekä liiketoimintakiellon määrittämisestä koskevat edellytykset huomioiden kiellon määrittäminen kartellirikoksen yhteydessä ei vaikuta ongelmalliselta. Kielto voisi myös lisätä kartellikriminalisoinnin yleisestävää vaikutusta, sillä sakkorangaistuksen tehosteena annettuna se olisi sellainen henkilöön kohdistuva seuraamus, jota ei yrityksen sisäisin järjestelyin voitaisi ainakaan muodollisesti kiertää. Liiketoimintakieltoa vaihtoehtoisena sääntelymallina käsitellään tarkemmin jäljempänä jaksossa 6.4.

4.6 Yhteenvetoa

Tässä luvussa on selvitetty kartellikriminalisoinnin edellytyksiä ja toteutettavuutta rikosoikeudellisista lähtökohdista. Kokonaisuutena arvioiden kartellikriminalisoinnin toteuttaminen näyttäisi mahdolliselta rikoslainsäädännölle asetetut erityisedellytykset sekä rikoslain systematiikan huomioiden. Seuraavat kriminalisoinnin eri osa-alueita koskevat seikat olisi kuitenkin huomioitava, mikäli kriminalisointi toteutettaisiin.

Kartellin määritelmä. Kartellisopimus tai kartelli voitaneen määritellä rikosoikeudellisen täsmällisyysvaatimuksen täyttävällä tavalla. Määritelmää ei kuitenkaan voitane johtaa suoraan kilpailulaista tai EU-oikeudesta, vaan rikostunnusmerkistöön tulisi sisällyttää kilpailunrajoituskieltolausekkeitä tarkempi määritelmä. Olisi kuitenkin tärkeää, että rikosoikeudellisesti merkitykselliset kilpailunrajoitukset määriteltäisiin siten, että kartellin olemassaoloa arvioitaisiin rikosprosessissa lähtökohtaisesti samoilla kriteereillä kuin kilpailulain perusteella. Määritelmä voitaisiinkin toteuttaa esimerkiksi viittauksella kilpailulain 5 §:ään ja/tai SEUT 101(1) artiklaan, jonka lisäksi tunnusmerkistössä asetettaisiin tarkentavia edellytyksiä siitä, minkälaiset kilpailunrajoitukset kuuluvat rikostunnusmerkistön soveltamisalaan.

Rikostunnusmerkistön rajaaminen. Mikäli yleiseen erityyppisiä kartelleja koskevaan rikostunnusmerkistöön pyritäisiin, näyttäisi siltä, että tunnusmerkistön teonkuvaus jäisi melko yleisluontoiseksi. Tämä ei sinänsä olisi poikkeuksellista rikoslain systematiikan kannalta. Erityisesti monimutkaisessa taloudellisessa ympäristössä sovellettaviksi tarkoitetut talousrikossäännökset edellyttävät melko avointa muotoilua, jotta ne ovat sovellettavissa erilaisissa tilanteissa. Tällöin on kuitenkin kiinnitettävä erityistä huomiota säännöksen soveltamisen ennakoitavuuteen. Tunnusmerkistön soveltamisalaa olisikin mahdollista rajata esimerkiksi vaarallisuusarviointia edellyttävällä lisätunnusmerkillä, minkä lisäksi myös teonkuvauksen kytkeminen kilpailunormistoon saattaisi olla tarpeen.

Rikosvastuun kohdentaminen. Rikosvastuun oikeudenmukaisen kohdentamisen kannalta haastavimmaksi kysymykseksi muodostunee yrityksen johdon vastuu. Oikeuskirjallisuuden ja -käytännön perusteella ei ole täysin selvää, voisiko rikoslain 3:3:n mukainen laiminlyöntivastuu soveltua yrityksen johtoon sellaisen tunnusmerkistön osalta, joka edellyttää teolta tahallisuutta, ja jonka osalta johdon valvontavelvollisuus on johdettavissa lähinnä yleisistä johdon vastuuta koskevista säännöksistä. Tässä selvityksessä on katsottu, että johdon vastuu olisi periaatteessa mahdollista toteuttaa laiminlyöntiperusteisena, mikäli johdon voidaan osoittaa olleen tietoinen kilpailunrajoituksesta. Oikeushenkilön rangaistusvastuun soveltaminen voisi puolestaan aiheuttaa ongelmia *ne bis in idem* -kiellon kannalta.

Seuraamukset. Rangaistusasteikko olisi syytä määrittää vankeusrangaistushkaiseksi. Teon moitittavuuden ja rikosoikeuden systematiikan perusteella sopivalta rangaistusasteikolta vaikuttaisi sakkoa – 2 vuotta vankeutta, ja mikäli törkeä tekemuoto säädettäisiin, sen osalta vankeutta 4 kuukautta – 4 vuotta. Törkeän tekemuodon säätäminen saattaisi olla tarpeen ottaen huomioon kaikista vakavimpien tekojen vahingollisuus, ja tällöin teolta voitaisiin edellyttää

useiden muiden talousrikosten tavoin erityisen suuren hyödyn tavoittelua tai vahingon aiheuttamista. Liiketoimintakielto soveltuisi nykyisessä muodossaan oheisrangaistukseksi, ja sen soveltaminen saattaisi olla tarpeen sakkorangaistusten tehostamiseksi.

5. Kilpailuoikeudellisen hallintomenettelyn ja rikosprosessin yhteensovittamiseen liittyvistä kysymyksistä

5.1 Yleistä

Luvussa käsitellään kartellikriminalisointiin liittyviä merkittävimpiä hallinto- ja rikosprosessien yhteensovittamista koskevia kysymyksiä. Tarkastelu aloitetaan kahden rinnakkaisen tai peräkkäisen sanktiomenettelyn kannalta tyypillisimmän oikeusturvaongelman – itsekriminointisuoja ja *ne bis in idem* -kiellon rikkomisen – tarkastelusta. Yleisten oikeusturvakysymysten jälkeen selvitys kohdistetaan nimenomaan kartellikriminalisoinnin kannalta keskeisiin kysymyksiin, joita ovat prosessien vuorovaikutukseen liittyvät kysymykset (5.3), leniency-järjestelmän toimivuus (5.4) ja kilpailuoikeudellisen vahingonkorvauksen suhde kriminalisointiin (5.5).

5.2 Erityiset oikeusturvakysymykset kahden prosessin järjestelmässä

5.2.1 Itsekriminointisuoja

5.2.1.1 Yleistä

Itsekriminointisuojaalla tarkoitetaan rikoksesta epäillyn tai syytetyn oikeutta olla myötävaikuttamatta oman syyllisyytensä selvittämiseen (ns. *nemo tenetur se ipsum accusare* -periaate). Rikoksesta epäillyllä on oikeus vaieta ja olla vastaamatta kysymyksiin eikä hänellä ole totuusvelvollisuutta esitutkinnassa tai oikeudenkäynnissä. Rikoksesta epäillyllä ja syytteessä olevalla on myös oikeus olla esittämättä todisteita itseään vastaan, eikä mainitussa asemassa olevaa henkilöä saa siten pakottaa tai painostaa myötävaikuttamaan omalla toiminnallaan syyllisyytensä selvittämiseen.¹⁹⁵

Itsekriminointisuojaan periaatteen katsotaan sisältyvän perustuslain oikeusturvaa koskevaan 21 §:ään säännöksessä mainittuina ”muuna oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takeena”, joihin kuuluvat muun muassa Suomea sitovista ihmisoikeussopimuksista johdettavat rikoksesta syytetyn vähimmäisoikeudet¹⁹⁶. Kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevan kansanvälisen yleissopimuksen (ns. KP-sopimus; SopS 8/1976) 14 artiklan 3 kappaleen g

¹⁹⁵ Ks. esim. HE 86/2012 vp, s. 5.

¹⁹⁶ HE 309/1993 vp, s. 74.

kohdan mukaan rikossyytettä tutkittaessa jokaisella on oikeus olla tulematta pakotetuksi todistamaan itseään vastaan tai tunnustamaan syyllisyytensä. Periaatteen katsotaan sisältyvän myös Euroopan ihmisoikeussopimuksen (SopS 63/1999) 6 artiklan suojaamaan oikeuteen oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on ratkaisukäytännössään toistuvasti todennut, että

“ – although not specifically mentioned in Article 6 of the Convention (art. 6), the right to silence and the right not to incriminate oneself are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6 (art. 6).”¹⁹⁷

Itsekriminointisuoja tarkoituksena on suojata syytettyä viranomaisten epäasiallista pakottamista vastaan¹⁹⁸. Periaatteen tarkoituksen perusteella voidaan tehdä kaksi tärkeää huomiota sen soveltamisalasta. Ensinnäkin periaatteen soveltuminen edellyttää rikoksesta syytetyn asemaa. Toiseksi periaate suojaa *yleisesti* syytettyä viranomaisten epäasialliselta pakottamiselta. Periaatteen soveltaminen ei siten rajoitu pelkästään varsinaisen rikosasian tutkinnassa tapahtuneeseen epäasialliseen menettelyyn, vaan se koskee myös muun viranomaismenettelyn yhteydessä tapahtunutta pakottamista, jos tällä menettelyllä voidaan katsoa olevan yhteys rikosasiaan. Toisin sanoen itsekriminointisuoja voi tietyin edellytyksin ulottua myös muihin kuin rikosoikeudellisiin menettelyihin, kuten hallinto- ja insolvenssimenettelyyn.

Mahdollisen kartellikriminalisoinnin kannalta itsekriminointisuoja on tarpeen tarkastella äsken mainitusta syystä: mikäli kartellikriminalisointi toteutettaisiin nykyiseen hallinnolliseen järjestelmään nähden rinnakkaisena, asettaisi itsekriminointisuoja periaate tiettyjä reunaehtoja tietojenhankinnalle hallintoprosessissa sekä hankittujen tietojen hyödyntämiselle rikosprosessissa. Itsekriminointisuoja edellytyksiä ja sen vaikutuksia käsitellään tässä luvussa erityisesti mainitun kahden prosessin tilanteen näkökulmasta.

Itsekriminointisuoja periaatteen tarkastelu on tässä jaettu neljään osaan. Ensin jäsennetään edellytyksiä itsekriminointisuoja ulottamiselle varsinaisen rikosprosessin ulkopuoliseen menettelyyn, jota ei itsessään voida pitää rikosoikeudellisena menettelynä. Toiseksi tarkastellaan aiemmassa menettelyssä pakon uhalla saatujen tietojen käyttökelpoisuutta myöhemmässä rikosprosessissa. Kolmanneksi selvitetään itsekriminointisuoja soveltamisala nykyisessä hallinnollisessa kilpailuprosessissa. Viimeisessä jaksossa aiemmin esiteltyjä periaatteen edellytyksiä ja vaikutuksia tarkastellaan suhteessa mahdolliseen kartellikriminalisointiin.

¹⁹⁷ Ks. esim. Saunders v. Yhdistynyt kuningaskunta (19187/91, 17.12.1996), kohta 68.

¹⁹⁸ Ibid. Ks. myös KKO 2009:80, kohta 10.

5.2.1.2 Yleiset edellytykset itsekriminointisuojan ulottumiselle rikosprosessin ulkopuolelle

Vaikka itsekriminointisuojan tarve ja suojan tehokas toteutuminen tulee arvioida tapauskohtaisesti ja periaatteen tarkoituksen turvaavalla tavalla, voidaan ihmisoikeustuomioistuimen käytännöstä johtaa joitakin yleisiä edellytyksiä periaatteen soveltumiselle rikosprosessin ulkopuolelle. Oikeuskirjallisuudessa mainittuja edellytyksiä on jäsennetty hieman eri tavoin. Tässä lähtökohdaksi on otettu *Vuorenpään* tekemä jaottelu ja huomioitu *Fränden* esittämät näkökohdat edellytysten arviointijärjestyksestä¹⁹⁹.

Samanaikaisuusvaatimus. Itsekriminointisuojan soveltuminen edellyttää rikoksesta syytetyn asemaa. Keskeistä on siten arvioida, milloin rikossyytteen voidaan katsoa tulleen vireille. Arvioinnissa tulee huomioida ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä tehdyt linjaukset EIS 6(1) artiklassa tarkoitetun ”rikossyytteen” tulkinnasta²⁰⁰.

Ratkaisussaan *Serves v. Ranska* ihmisoikeustuomioistuin totesi, että EIS 6(1) artiklan rikossyytteen käsite on autonominen; se tulee ymmärtää ihmisoikeussopimuksen mukaisessa merkityksessä eikä turvautuen pelkästään kansalliseen lainsäädäntöön. Tuomioistuimen mukaan rikossyytteen katsotaan lähtökohtaisesti tulleen vireille ajankohtana, jolloin toimivaltainen viranomaisantaa epäillylle virallisen ilmoituksen siitä, että hänen väitetään tehneen rikoksen.²⁰¹ Toisaalta ihmisoikeustuomioistuimen käytännössä on katsottu rikossyytteen tulleen vireille myös silloin, kun rikosepäily on aineellisesti vaikuttanut henkilön asemaan²⁰².

Edellä mainitun perusteella voitaneen pitää selvänä, että rikossyytteestä ihmisoikeussopimuksen tarkoittamassa mielessä on kyse ainakin silloin, kun henkilölle ilmoitetaan, että häntä epäillään rikoksesta. Ihmisoikeustuomioistuin onkin tapauksessa *Marttinen v. Suomi* todennut rikosepäilyn olennaisesti vaikuttaneen henkilön asemaan ja hänen siten olleen syytetyn asemassa, kun häntä vastaan oli aloitettu esitutkinta sen selvittämiseksi, oliko hän syyllistynyt väärin tietojen antamiseen aiemmissa ulosotto- ja konkurssimenettelyissä²⁰³. Myös rikosepäilyjen tuleminen epäillyn tietoon voi alkaa vaikuttaa epäillyn asemaan siten, että rikossyytteen katsotaan tulleen vireille, vaikkei virallista ilmoitusta olisikaan vielä tehty. Esimer-

¹⁹⁹ Vrt. *Vuorenpää* 2011, s. 588–590 ja *Frände* 2011, s. 403–404.

²⁰⁰ Ks. esim. KKO 2009:80, kohta 11.

²⁰¹ *Serves v. Ranska* (82/1996/671/893, 20.10.1997), kohta 42.

²⁰² Ks. esim. *Heaney ja McGuinness v. Irlanti* (34720/97, 21.12.2000), kohdat 41–42. EIT:n käytännössä käytetty termi ”*substantially affected*” on kotimaisessa kirjallisuudessa ymmärretty tarkoittamaan joko ”olennaisesti vaikuttanut” tai ”materiaalisesti/aineellisesti vaikuttanut”, joista jälkimmäinen vastannee paremmin tuomioistuimen tarkoitusta kytkeä rikossyytteen käsite konkreettiseen rikosepäilyyn riippumatta siitä, onko virallista rikosprosessia aloitettu. Vrt. esim. *Frände* 2011, s. 403 ja Pentikäinen 2012, s. 233.

²⁰³ *Marttinen v. Suomi* (19235/03, 21.04.2009), kohdat 62–63.

kiksi tapauksessa *Eckle v. Saksa* rikossyytteen katsottiin tuleen vireille, kun useita todistajia oli haastateltu epäiltyyn kohdistuneisiin rikosväitteisiin liittyen ja epäilty oli tullut tietoiseksi haastatteluista²⁰⁴. Lisäksi rikossyytteestä voi EIS 6(1) artiklan autonomisen tulkinnan mukaan olla kyse silloinkin, kun varsinaista rikosprosessia ei vielä ole käynnistetty. Tällöin tosin edellytetään, että vaadittujen lausumien tai tietojen ja mahdollisen rikosprosessin välillä on riittävän konkreettinen yhteys, eikä rikosprosessin riski saa siten olla etäinen ja hypoteettinen²⁰⁵. Kuten *Vuorenpää* on todennut, itsekriminointisuoja ”on voimassa” *ainakin* siitä lähtien, kun henkilö on esitutkinnassa määritelty rikoksesta epäillyksi, mutta suoja voi olla voimassa jo ennen esitutkinnan aloittamista²⁰⁶.

Rikossyytteen käsite voi ihmisoikeustuomioistuimen käytännön perusteella ulottua tietyn edellytyksin myös hallinnolliseen menettelyyn silloinkin, kun varsinaista rikosasiaa ei ole vireillä²⁰⁷. Näitä edellytyksiä ja niiden suhdetta kotimaiseen kilpailuoikeudelliseen seuraamusmaksumenettelyyn käsitellään tarkemmin jäljempänä jaksossa 5.2.1.4.

Pakko. Itsekriminointisuoja ei lähtökohtaisesti anna suojaa vapaaehtoisesti annettujen lausumien tai luovutettujen tietojen osalta; periaatteen soveltuminen edellyttää, että tietojenluovutusvelvollisuutta tehostetaan jonkinlaisilla sanktioilla²⁰⁸. Tällaisia sanktioita ovat tyypillisesti tietojenantovelvollisuuden tehostamiseksi asetettu uhkasakko sekä tietojenantovelvollisuuden laiminlyöntiin kytketty rangaistusseuraamus. Itsekriminointisuoja ei sovellu tilanteisiin, joissa on kyse jonkin pakkokeinon passiivisesta sietämisestä, kuten kotietsinnästä tai erinäisten ruumiinnesteiden keräämisestä²⁰⁹.

Yhteysvaatimus ja relevanssivaatimus. Itsekriminointisuojan soveltuminen rikosprosessin ulkopuoliseen menettelyyn edellyttää, että muussa menettelyssä asetettu (ja pakolla tehostettu) tietojenantovelvollisuus koskee samoja tosiseikkoja kuin vireillä oleva rikosprosessi. Lisäksi edellytetään, että velvollisuuden kohteena olevat tiedot ovat rikosasian kannalta merkityksellisiä.²¹⁰ Ihmisoikeustuomioistuin onkin ratkaisukäytännössään arvioinut pakolla tehostettuja tiedonantovelvollisuuksia muun ohella myös siitä näkökulmasta, onko valittaja voinut

²⁰⁴ *Eckle v. Saksa* (8130/78, 15.7.1982), kohdat 73–74.

²⁰⁵ Frände 2011, s. 403. Ks. myös esim. *Weh v. Itävalta* (38544/97, 08.04.2004), kohta 56; ”a sufficiently concrete link” ja ”remote and hypothetical”.

²⁰⁶ *Vuorenpää* 2011, s. 588.

²⁰⁷ Ks. esim. *Saunders v. Yhdistynyt kuningaskunta* (19187/91, 17.12.1996), kohta 67.

²⁰⁸ *Vuorenpää* 2011, s. 589. EIT:n oikeuskäytännöstä ks. esim. *Funke v. Ranska* (10828/84, 25.02.1993), *Saunders v. Yhdistynyt kuningaskunta* (19187/91, 17.12.1996) sekä *J.B. v. Sveitsi* (31827/96, 03.05.2001).

²⁰⁹ Ks. esim. *Saunders v. Yhdistynyt kuningaskunta* (19187/91, 17.12.1996), kohta 69.

²¹⁰ Frände 2011, s. 404 sekä *Vuorenpää* 2011, s. 588–589.

poissulkea mahdollisuuden, että hänet voitaisiin asettaa syytteeseen luovuttamiensa tietojen perusteella²¹¹. Vastaavasti korkein oikeus on ratkaisussaan KKO 2009:80 katsonut, että ”syytetyllä ei ole velvollisuutta antaa sellaisia tietoja, joiden hän on perustellusti voinut arvioida vaarantavan tai heikentävän omia puolustusmahdollisuuksiaan”, ja että ”A ei ole voinut sulkea pois sitä mahdollisuutta, että tiedot olisivat merkityksellisiä hänen syyllisyytensä arvioimisen kannalta”²¹².

Palomuurin puuttuminen. Vaikka edellä mainitut edellytykset täyttyisivät, ei pakolla tehostetua tietojenantovelvollisuutta voitane kuitenkaan pitää itsekriminointisuojan vastaisena, mikäli aineelliseen lainsäädäntöön sisältyy tehokkaita oikeussuojatakeita muussa menettelyssä pakon uhalla saatujen tietojen käytön estämiseksi rikosprosessissa²¹³. Ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisussa ei tähän mennessä ole käsitelty tilanteita, joissa olisi suoranaisesti kyse kansalliseen lainsäädäntöön sisältyvän palomuurisäännöksen merkityksestä itsekriminointisuojan kannalta, mutta muun muassa ratkaisujen *J.B. v. Sveitsi* ja *Marttinen v. Suomi* perusteella voitaneen arvioida tehokkaasti toteutettu palomuurisääntely ihmisoikeussopimuksen kannalta hyväksytyksi ratkaisuksi²¹⁴.

Edellä esitetyt yleiset edellytykset muodostavat perustan itsekriminointisuojan soveltuvuuden arvioinnille ”kahden prosessin tilanteessa”. On kuitenkin syytä huomata, ettei itsekriminointisuojan periaate ole ihmisoikeustuomioistuimen käytännön valossa *ehdoton*²¹⁵. Tämä tarkoittaa sitä, että jos mainitut yleiset edellytykset täyttyvät, on kyse tilanteesta, johon itsekriminointisuojan periaate lähtökohtaisesti soveltuu. Suojan tarve tulee kuitenkin arvioida aina tapauskohtaisesti kokonaisarviointina. Arvioinnissa tulee huomioida erityisesti suojan tarkoitus, eli syytetyn suojaaminen viranomaisten epäasiallista pakottamista vastaan, jota vasten punnitaan, onko menettely loukannut syytetyn oikeutta olla vaiti sekä itsekriminointisuojan *ydinaluetta*²¹⁶. Tällöin arvioinnissa on kiinnitetty huomiota siihen, minkä laatuaisella ja asteisella pakolla tietoja on vaadittu, millaisia prosessuaalisia oikeusturvatakeita menettelyyn liitetty ja miten saatuja tietoja on käytetty²¹⁷.

²¹¹ Esim. *J.B. v. Sveitsi* (31827/96, 03.05.2001), kohta 66; ”— the applicant could not exclude that — he might be charged with the offence of —”. Vastaavasti myös *Marttinen v. Suomi* (19235/03, 21.04.2009), kohta 71.

²¹² KKO 2009:80, kohdat 17 ja 30.

²¹³ Frände 2011, s. 404 sekä Vuorenpää 2011, s. 589.

²¹⁴ Näin myös Frände 2011, s. 404.

²¹⁵ Kokoavasti ks. *O'Halloran ja Francis v. Yhdistynyt kuningaskunta* (15809/02 ja 25624/02, 29.06.2007), kohdat 43–52.

²¹⁶ Esim. *O'Halloran ja Francis v. Yhdistynyt kuningaskunta* (15809/02 ja 25624/02, 29.06.2007), kohta 55.

²¹⁷ Ibid. Ks. myös KKO 2009:80, kohta 18.

5.2.1.3 Pakolla saatujen tietojen käyttö myöhemmässä rikosprosessissa

Edellisessä jaksossa esitellyn samanaikaisuusvaatimuksen vuoksi itsekriminointisuoja ei tule sovellettavaksi tilanteissa, joissa rikossyytteen ei voida katsoa olevan vireillä EIS 6(1) artiklan mukaisesti. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että jos rikossyyte ei ole mainitulla tavoin vireillä, henkilö ei lähtökohtaisesti voi kieltäytyä antamasta tietoja esimerkiksi hallintomenettelyssä, vaikka laissa asetetun velvollisuuden kohteena olisikin sellaisia seikkoja, joiden perusteella henkilön voitaisiin päätellä syyllistyneen rikokseen²¹⁸. Mikäli henkilöä vastaan kuitenkin myöhemmin nostetaan rikossyyte koskien samaa tosiseikastoa kuin aiemmassa menettelyssä annetut tiedot, tulee arvioitavaksi, voidaanko aiemmin pakolla saatuja tietoja käyttää näyttönä rikosprosessissa.

Tämänhetkisen lainsäädännön ja oikeuskäytännön perusteella kysymys on osittain epäselvä. Sinänsä selvää lienee, ettei itsekriminointisuojan periaate estä yleisesti rankaisemasta väärin tietojen antamisesta hallinto- tai insolvenssimenettelyssä ja käyttämästä todisteena tällaisen syytteen näyttämiseksi syytetyn antamaa valheellista lausumaa tai asiakirjaa, jos ilmoitusvelvollisuuden sisällön kanssa samoja tosiseikkoja koskeva rikossyyte ei tietojenvaatimisajankohtana ole ollut vireillä. Tällöin kyse ei ole siitä, että henkilöä painostettaisiin selvittämään syyllisyyttään aiemmin tehdyn rikoksen osalta, vaan rangaistussäännöksellä pyritään suojaamaan esimerkiksi verotusmenettelyn toimivuutta. Näin väärin tietojen antaminen tai vastaaamisesta kieltäytyminen muodostaa itsessään rikoksen.²¹⁹ Sen sijaan tilanne, jossa mainitunlaisen pakon uhalla on hankittu tietoja, jotka paljastavat jonkin *aiemman* rikoksen, on ongelmallisempi.

Arvioitaessa aiemman rikoksen paljastavien, pakon uhalla saatujen tietojen käyttöä myöhemmässä rikosprosessissa on tarpeen erottaa toisistaan syytetyn antamat *lausumat* ja *muut todisteet*. Pakon uhalla annettujen, syyllisyyden osoittamisen kannalta merkityksellisten *lausumien* osalta lähtökohtana voitaneen ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännön perusteella pitää hyödyntämiskieltoa myöhemmässä rikosprosessissa.

Ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisussa *Saunders v. Yhdistynyt kuningaskunta* oli kysymys siitä, oliko itsekriminointisuojan periaatetta rikottu, kun valittajalta rangaistuksen uhalla hallinnollisessa selvitysmenettelyssä saatuja tietoja oli käytetty häntä vastaan myöhemmin rikosprosessissa. Yhdistyneen kuningaskunnan lainsäädännön perusteella kauppa- ja teollisuusmi-

²¹⁸ Ks. esim. *Saunders v. Yhdistynyt kuningaskunta* (19187/91, 17.12.1996), kohta 67.

²¹⁹ Ks. esim. *Allen v. Yhdistynyt kuningaskunta* (76574/01, 10.09.2002).

nisteriö saattoi nimittää selvitysmiehiä tutkimaan yrityksen epäselviä liiketoimia tai muuta mahdollisesti lainvastaista toimintaa. Selvitysmiehillä oli laaja toimivalta tutkia yrityksen toimia; heillä oli muun muassa oikeus pyytää nähtäväkseen kaikki yritystä koskevat asiakirjat sekä kuulla yrityksen vastuuhenkilöitä, joille asetettiin totuudessapysymisvelvollisuus kahden vuoden vankeuden uhalla. Tapauksessa selvitysmiehet olivat laatineet valittajan kuulemisesta puhtaaksikirjoitetun tekstin, jota sittemmin käytettiin todisteena valittajaa vastaan nostetussa rikosoikeudenkäynnissä. Teksti luettiin valamiehistöille tarkoituksena osoittaa valittajan tietoisuus eräistä syytteen kannalta merkityksellisistä olosuhteista sekä valittajan esittämän todistusaineiston kyseenalaistamiseksi. Ratkaisun perusteluissa ihmisoikeustuomioistuin totesi, että itse selvitysmenettely ei ollut itsekriminointisuojan vastainen, koska siinä kyse oli keskeisesti tosiseikkojen selvittämisestä ja tutkimisesta, eikä muodollisesta tai aineellisesta ratkaisutoiminnasta. Selvitysmenettelyssä pakolla saatujen lausumien käyttämisestä todisteena myöhemmässä rikosprosessissa tuomioistuin sen sijaan totesi, että itsekriminointisuojan periaate edellyttää, että syyttäjän tulee pyrkiä näyttämään syyte toteen turvautumatta todisteisiin, jotka on saatu pakolla tai panostuksella syytetyn tahdosta välittämättä. Edelleen tuomioistuin katsoi, ettei suoja rajoitu ainoastaan rikollisen teon tunnustamiseen tai suoranaisesti syyllisyyttä osoittaviin lausumiin, vaan kielto ulottuu myös sellaisten pakolla hankittujen lausumien käyttöön, joilla pyritään osoittamaan rikoksesta epäillyn lausumien ristiriitaisuutta tai epäiltävyyttä taikka joilla pyritään horjuttamaan hänen uskottavuuttaan. Tuomioistuin totesi, että valittajan lausumia oli käytetty mainitussa tarkoituksessa osoittamaan hänen syyllisyyttään. Merkitystä ei tullut antaa sille seikalle, että lausumat oli annettu ennen kuin rikossyyte oli ollut viireillä. Kysymys oli EIS 6(1) artiklan loukkauksesta.²²⁰

Edellä todetuin tavoin ihmisoikeustuomioistuimen uudemmissa ratkaisuissa tapauskohtainen kokonaisharkinta on kuitenkin saanut aiempaa enemmän painoarvoa. Tämä tarkoittanee myös tässä yhteydessä sitä, että suojan tarve ratkeaa lopullisesti vasta kun on arvioitu käytetyn pakon laatua, prosessuaalisten oikeusturvakeiden olomassaoloa sekä pakolla saatujen tietojen käyttöä rikosprosessissa. Mikäli pakolla tehostettu tiedonantovelvollisuus on ollut riittävän rajattu, prosessuaaliset normit takaavat potentiaalisesti epäluotettavan näytön asianmukaisen arvioinnin eikä lausumaa ole käytetty keskeisenä todisteena rikosoikeudenkäynnissä, ei itsekriminointisuojan periaate edellyttäne ehdotonta hyödyntämiskieltoa.²²¹

Muiden todisteiden – kuten esimerkiksi yrityksen toimintaa koskevien asiakirjojen – osalta oikeustila on jokseenkin epäselvä. Ihmisoikeustuomioistuin ei ole antanut tilannetta suoraan

²²⁰ Saunders v. Yhdistynyt kuningaskunta (19187/91, 17.12.1996), erit. kohdat 31 ja 67–75.

²²¹ O'Halloran ja Francis v. Yhdistynyt kuningaskunta (15809/02 ja 25624/02, 29.06.2007), kohdat 55–60.

koskevaa ratkaisua, eikä tilannetta ole käsitelty rikosasioiden osalta kotimaisessa oikeuskäytännössä²²².

Konkurssilain (20.2.2004/120) muuttamista – ja muun muassa itsekriminointisuoja ilmaisevan säännöksen lisäämistä – koskevassa hallituksen esityksessä HE 86/2012 vp katsottiin ihmisoikeustuomioistuimen päätöksen *Allen v. Yhdistynyt kuningaskunta*²²³ perustella olevan pääteltävissä, että laillisesti hankittuja tietoja voidaan hyödyntää myöhemmässä rikosprosessissa. Hallituksen esityksessä esitetyn näkemyksen mukaan esimerkiksi sanktiouhan alla annettuja tietoja yrityksen kirjanpidosta, maksuliikenteestä ja pankkitileistä voitaisiin hyödyntää myöhemmässä kirjanpitorikosta koskevassa oikeudenkäynnissä.²²⁴ Tästä huolimatta lienee kuitenkin syytä suhtautua varauksellisesti mainitun ratkaisun pitämiseen yleisempänä oikeusohjeena itsekriminointisuojan soveltamisalasta.

Tapauksessa *Allen v. Yhdistynyt kuningaskunta* oli kysymys siitä, oliko valittajan tuomitseminen rangaistukseen väärin tietojen antamisesta verottajalle rikkonut valittajan itsekriminointisuoja. Tuomioistuin totesi, että valittajan tuomitseminen epärehellisestä menettelystä ei ollut esimerkki pakotetusta itsekriminoinnista, joka koskee aiemmin tehtyä rikosta, vaan kyse oli itse rikoksesta. Vastaaja oli saattanut valehdella, jotta verottaja ei olisi saanut selville toimintaa, joka olisi voinut olla rikollista ja johtaa syytteeseen. Itsekriminointisuojan periaatetta ei kuitenkaan voida tulkita siten, että se antaisi yleisen koskemattomuuden toimille, joilla pyritään välttämään veroviranomaisten selvityksiä. Edelleen tuomioistuin katsoi, ettei jokaista toimenpidettä, jolla rohkaistaan yksilöitä antamaan viranomaisille tietoja, jotka saattavat olla hyödyllisiä myöhemmissä rikosprosesseissa, tule pitää epäasiallisena pakottamisena. Tuomioistuin päätti jättää asian tarkemmin tutkimatta EIS 35(3) artiklan perusteella, eli koska valituksen katsottiin olevan ilmeisen perusteeton.²²⁵

Tätä taustaa vasten ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisussaan esittämiä näkemyksiä itsekriminointisuojan soveltumattomuudesta viranomaisten selvitysten välttelemiseen ei voitane pitää kovinkaan merkittävinä *yleisinä* tulkintakannanottoina itsekriminointisuojan soveltamisalaa muissa tilanteissa määritettäessä. Perustelut kuitenkin ilmentävät hyvin ajatuksen siitä, ettei rikosoikeudellisia oikeusturvatakeita ole tarkoitettu rikosvastuun välttämiseksi, vaan henkilöiden suojaamiseksi epäasialliselta kohtelulta.

²²² Sen sijaan EU:n tuomioistuin on käsitellyt itsekriminointisuojan soveltamisalaa myös tästä näkökulmasta EU-kilpailuoikeutta koskevissa ratkaisuissaan, joita käsitellään jäljempänä kohdassa 5.2.1.4.

²²³ *Allen v. Yhdistynyt kuningaskunta* (76574/01, 10.09.2002).

²²⁴ HE 86/2012 vp, s. 7.

²²⁵ *Allen v. Yhdistynyt kuningaskunta* (76574/01, 10.09.2002), erit. s. 5.

Voimassaolevassa lainsäädännössä lähin yhtymäkohta kysymykseen löytynee oikeudenkäymiskaaren (1.1.1734/4) asiakirjan esittämismääräystä koskevasta 17:12:sta, jonka mukaan velvollisuus toimittaa hallussaan oleva, asian ratkaisemisen kannalta merkityksellinen asiakirja ei koske rikosasiassa syytettyä. Säännöksen voidaan katsoa toteuttavan itsekriminointisuojaan ydinaluetta; syytetyllä on oikeus olla esittämättä todisteita itseään vastaan oikeudenkäynnissä. Nyt kysymyksessä olevassa tapauksessa syytetty ei kuitenkaan itse esitä todisteita itseään vastaan rikosprosessissa, vaan kyse on ennemminkin syyttäjän todisteidenhankintavasta ja sen hyväksyttävyydestä²²⁶. Tämän vuoksi kysymystä ei voitane ratkaista myöskään oikeudenkäymiskaaren editiovelvollisuutta koskevien säännösten perusteella.

Lainsäädännön ja oikeuskäytännön avoimuuden vuoksi tilannetta lienee perusteltua arvioida itsekriminointisuojaan tarkoituksen toteutumisen kannalta. Kuten todettu, periaatteen tarkoituksena on suojata syytettyä viranomaisten epäasialliselta painostamiselta. Kyse on siis pohjimmiltaan siitä, että rikosprosessissa tulee kunnioittaa syytetyn tahtoa olla vaiti²²⁷. Useimmissa tapauksissa hallinto- ja insolvenssimenettelyssä tiedonantovelvollisuus koskee sellaisia asiakirjoja, joiden olemassaolo on riippumaton henkilön toiminnasta tiedonantovelvollisuuteen nähden. Toisin sanoen pyydetty asiakirjat ovat olleet olemassa jo ennen tietojen antamista koskevaa velvollisuutta. Tällaisessa tapauksessa myöhemmän rikosprosessin kannalta ei pääsääntöisesti liene merkityksellistä, että asiakirjat on saatu viranomaisten haltuun syytetyltä itseltään; asiakirjat olisi todennäköisesti voitu saada viranomaisten haltuun myös esitutkinnaissa käytössä olevin pakkokeinoin. Toisaalta mikäli mainitunkaltaisia asiakirjoja vaaditaan henkilöltä nimenomaisesti vain mahdollista myöhempää rikosprosessia ajatellen, voi kyse olla itsekriminointisuojaan loukkauksesta. Rajanvetoa selkeyttäneen osaltaan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisu *Funke v. Ranska*.

Tapauksessa *Funke v. Ranska* tulliviranomaiset olivat suorittamansa kotietsinnän jälkeen valittaneet valittajaa toimittamaan tiettyjä asiakirjoja, keskeisesti ulkomaisten pankkien tiliotteita, joiden viranomaiset uskoivat etsinnän perusteella olevan olemassa. Valittaja oli kieltäytynyt toimittamasta asiakirjoja, eivätkä viranomaisten etsinnät ja takavarikot johtaneet rikosoikeudelliseen menettelyyn valuuttamääräysten rikkomisesta. Sen sijaan viranomaiset käynnistivät prosessin asiakirjojen paljastamiseksi, ja valittaja veloitettiin sakon uhalla toimittamaan mainitut asiakirjat. Ihmisoikeustuomioistuin totesi, ettei velvollisuus toimittaa pankkiasiakirjoja tai siihen liitetty rangaistuksen uhka itsessään uhannut oikeutta oikeudenmukaiseen oi-

²²⁶ Vrt. edellä mainittu aiempien lausumien käyttöä koskeva tilanne ratkaisussa *Saunders v. Yhdistynyt kuningaskunta*, jossa *tosiasiallisesti* on kyse itse itseään vastaan todistamisesta oikeudenkäynnissä.

²²⁷ Ks. esim. *Saunders v. Yhdistynyt kuningaskunta* (1918/791, 17.12.1996), kohta 69.

keudenkäyntiin. Sen sijaan tuomioistuin katsoi itsekriminointisuoja loukatun, koska tapauksessa oli tosiasiallisesti kyse siitä, että viranomaiset olivat yrittäneet pakottaa valittajan toimittamaan tietoja, joiden viranomaiset uskoivat olevan olemassa, mutta joita he eivät olleet pystyneet hankkimaan muilla keinoin.²²⁸

Asiakirjojen toimittamisvelvollisuus voi koskea myös sellaisia asiakirjoja, jotka henkilö joutuu varta vasten laatimaan täyttääkseen hänelle asetetun tietojenantovelvollisuuden. Tällaisissa tilanteissa korostunee tapauskohtainen harkinta. Arvioinnissa lienee näissäkin tapauksissa tarpeellista turvautua edellä esiteltyihin, ratkaisuisa *Jalloh v. Saksa* ja *O'Halloran ja Francis v. Yhdistynyt kuningaskunta* omaksuttuihin arviointikriteereihin²²⁹. Keskeistä on siten tietojenantovelvollisuuden laajuus ja tarkkarajaisuus sekä todisteen merkittävyys muuhun syytetä tukevaan näyttöön nähden.

5.2.1.4 Itsekriminointisuoja nykyisessä hallinnollisessa kilpailuprosessissa

Edellä on todettu itsekriminointisuojan periaatteen voivan tietyin edellytyksin tulla sovellettavaksi hallintomenettelyssä myös silloin, kun varsinaista rikosprosessia ei ole vireillä. Kyse on tällöin siitä, että hallinnollinen sanktiomenettely rinnastetaan rikosprosessiin. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on ratkaisussaan *Engel ym. v. Alankomaat* määritellyt niin sanotut Engel-kriteerit, joiden perusteella voidaan arvioida, onko jotakin menettelyä pidettävä rikossyytteenä EIS 6(1) artiklassa tarkoitettussa mielessä²³⁰. Ihmisoikeustuomioistuimen käytännössä Engel-kriteereitä on sovellettu esimerkiksi hallinnollisiin seuraamuksiin, erilaisiin kurinpitomenettelyihin, tullilainsäädäntöön, kilpailulainsäädäntöön ja verotusmenettelyyn²³¹.

Ensimmäinen Engel-kriteeri on tekoa koskevan *säännöksen luokittelu* valtiosisäisessä oikeudessa, joka toimii lähtökohtana arvioinnille. Jos teko on luokiteltu rikosoikeuden alaan kuuluvaksi, kyse on rikossyytteestä; jos taas kyse on muusta menettelystä, arvioidaan tilannetta muiden kriteerien perusteella. Keskeisiä arviointikriteerejä ovat tällöin *teon luonne suhteessa erityisesti seuraamuksen tavoitteeseen ja seuraamuksen luonne ja ankaruus*, jotka ovat keskenään vaihtoehtoisia. Viitteitä luonteeltaan rikosoikeudelliselle menettelylle ovat muun muassa sanktioiden yleisluontoisuus, niiden rangaistuksellinen ja preventiivinen luonne sekä ankarana pidettävä rangaistus. Arviointi suoritetaan kokonaisharkintana, jonka perusteella

²²⁸ Funke v. Ranska (10828/84, 25.02.1993), erit. kohdat 43–44.

²²⁹ Ks. kokoavasti O'Halloran ja Francis v. Yhdistynyt kuningaskunta (15809/02 ja 25624/02, 29.06.2007), kohdat 52 ja 55.

²³⁰ Engel ym. v. Alankomaat (5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 08.06.1976).

²³¹ Ks. kokoavasti esim. Jussila v. Suomi (73053/01, 23.11.2006), kohta 43.

EIS 6 artikla voi tulla sovellettavaksi, vaikka mikään yksittäinen kriteeri ei selvästi osoita kysymyksen olevan rikosasiasta.²³²

Kilpailulain seuraamusmaksumenettelyssä on selvästi kyse rikossyytteestä EIS 6(1) artiklan autonomisen tulkinnan perusteella. Kilpailulain 12 §:n kilpailunrajoituksesta määrättävä seuraamusmaksu on selvästi luonteeltaan rangaistuksellinen ja sillä pyritään preventiovaikutukseen. Seuraamusmaksun soveltamisala on myös luonteeltaan yleinen, sillä se voidaan määrätä kenelle tahansa elinkeinonharjoittajalle, eli luonnolliselle henkilölle tai oikeushenkilölle, joka harjoittaa taloudellista toimintaa. Seuraamusmaksu on myös seurauksena ankara, sillä se voi kasvaa suuremmaksi kuin mitä rikosoikeudellisen järjestelmän puitteissa on edes mahdollista tuomita. Kilpailuoikeudellisen seuraamusmaksujärjestelmän rikosoikeudellinen luonne onkin otettu lähtökohdaksi myös kilpailulakia laadittaessa²³³.

Itsekriminointisuojaan periaate ilmenee kilpailulaissa elinkeinonharjoittajan puolustautumisoikeutta koskevan 38 §:n 3 momentissa, jonka mukaan

”– Elinkeinonharjoittajan vastatessa Kilpailu- ja kuluttajaviraston esittämiin kysymyksiin sitä ei voida velvoittaa myöntämään, että se on toiminut 5 tai 7 §:n taikka Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 tai 102 artiklan vastaisesti.”

Lain esitöiden mukaan säännös on luonteeltaan informatiivinen, ja se perustuu EIS 6 artiklaan ja sitä koskevaan oikeuskäytäntöön. Edelleen esitöissä todetaan, että EU:n tuomioistuimen kilpailuasioden tutkintaa koskevan oikeuskäytännön mukaan tutkinnan kohteella ei ole velvollisuutta antaa kysymyksiin sellaisia vastauksia, jotka merkitsisivät kilpailusääntöjen rikkomisen myöntämistä. Elinkeinonharjoittaja on sen sijaan velvollinen vastaamaan tosiasioita koskeviin kysymyksiin ja toimittamaan asiakirjoja siinäkin tapauksessa, että tällaisia tietoja saatetaan käyttää sitä tai toista elinkeinonharjoittajaa vastaan rikkomuksen toteamiseksi.²³⁴

EU:n tuomioistuimen itsekriminointisuojaan ulottuvuutta kilpailumenettelyssä koskevat ratkaisut on kohdistettu komission toimintaan kilpailunvalvontaviranomaisena. Ratkaisulla on vahvasti velvoittava oikeusvaikutus niissä tapauksissa, joissa on kyse unionioikeuden soveltamisesta jäsenvaltioissa. Vaikutus on käytännössä hyvin merkittävä myös puhtaasti kansallisissa kilpailuasioissa, sillä edellä mainittu kilpailulain 38 §:n 3 momentti perustuu EU:n tuo-

²³² Kokoavasti Pellonpää et al. 2012, s. 547–548.

²³³ Kilpailulaki 2010 -mietintö, s. 44 sekä KM 1991:15, s. 81.

²³⁴ HE 88/2010 vp, s. 80.

mioistuimen ratkaisukäytäntöön, jota kilpailu- ja kuluttajavirasto on jo ennen säännöksen laatimista ilmoittanut menettelyissään noudattavan²³⁵.

EU:n tuomioistuin on ratkaisukäytännössään todennut perusoikeudellisten puolustautumisoikeuksien kunnioittamisen olevan olennainen osa yleisiä oikeusperiaatteita, joiden noudattamista tuomioistuin valvoo tukeutuen jäsenvaltioiden yhteiseen valtiosääntöperinteeseen ja kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin, kuten Euroopan ihmisoikeussopimukseen²³⁶. Edelleen tuomioistuin on katsonut, että sen lisäksi, että puolustautumisoikeuksia on kunnioitettava hallinnollisissa seuraamusmenettelyissä, on myös tärkeää estää puolustautumisoikeuksien loukkaaminen peruuttamattomalla tavalla sellaisissa alustavissa tutkimusmenettelyissä, joilla voi olla ratkaiseva merkitys hankittaessa todisteita sellaisista yritysten lainvastaisista toimista, joista ne voivat joutua vastuuseen²³⁷.

Itsekriminointisuojaan osalta tuomioistuin on linjannut, että unionioikeuden tehokkaan toteutumisen turvaamiseksi yritys voidaan velvoittaa

”– toimittamaan kaikki tarvittavat tiedot tämän yrityksen tiedossa mahdollisesti olevista seikoista ja yrityksen hallussa olevat kyseisiä asioita koskevat asiakirjat, vaikka kyseisten asiakirjojen perusteella voitaisiin osoittaa kyseisen yrityksen tai jonkin toisen yrityksen rajoittaneen kilpailua, mutta komissio ei saa kuitenkaan tietojensaantipyyntöä koskevalla päätöksellä vaarantaa yritykselle kuuluvia puolustautumisoikeuksia.”²³⁸

EU:n tuomioistuin on itsekriminointisuojaan tulkitsijana päätenyt muiltakin osin rajanvetokysymyksissä painottamaan unionioikeuden tehokasta toteutumista. Esimerkiksi ratkaisussa *Mannesmannröhren-Werke* tuomioistuin totesi, että

”[s]en myöntäminen, että asianosaisella on oikeus pidäytyä ehdottomasti vastaamasta tiettyihin kysymyksiin, mihin kantaja on asiassa vedonnut, ylittäisi itse asiassa sen, mikä on tarpeen yritysten puolustautumisoikeuksien turvaamiseksi, ja se estäisi perusteettomasti komissiota valvomasta kilpailusääntöjen noudattamista yhteismarkkinoilla, mikä on osoitettu komission tehtäväksi EY:n perustamissopimuksen 89 artiklassa [nyk. 105 artikla] – –.”²³⁹

Tarkemmin EU:n tuomioistuimen tulkinta itsekriminointisuojaan ulottuvuudesta ilmenee tarkastelemalla tapauksissa ilmenneitä soveltamistilanteita. Esimerkkeinä kielletystä menettelys-

²³⁵ HE 88/2010 vp, s. 37 ja 80.

²³⁶ Asia 204/00 *Aalborg*, kohta 64.

²³⁷ Asia C-374/87 *Orkem*, kohta 33.

²³⁸ Asia C-374/87 *Orkem*, kohta 34.

²³⁹ Asia T-112/98 *Mannesmannröhren-Werke*, kohta 66.

tä voidaan mainita komission tietojensaantipyynnöt, joissa yritystä on vaadittu selvitystä sel-
laisista menettelytavoista tai toimenpiteistä, jotka olivat mahdollistaneet kilpailunrajoitusten
toteutumisen tai niiden noudattamisen²⁴⁰. Kielletyksi on katsottu myös pyynnot, joissa on
kehotettu määrittelemään niiden kokousten tarkoitus, joihin yritys oli osallistunut sekä näissä
kokouksissa tehdyt päätökset²⁴¹.

Sen sijaan komission on katsottu voivat velvoittaa yrityksen antamaan faktatietoja kokouksis-
ta, kuten kokousten päivämäärät, kokouspaikan, osallistuneet yritykset ja yritysten edustajat
kokouksessa, sekä niihin osallistuneiden henkilöiden asemasta kokouksissa. Lisäksi hyväk-
syttyä on pyytää yritystä toimittamaan kokouksiin liittyviä asiakirjoja, kuten pöytäkirjat, si-
säiset muistiot ja tehdyt muistiinpanot.²⁴² Itsekriminointisuoja ei myöskään ole katsottu ulot-
tuvan kysymyksiin, joissa on tiedusteltu yrityksen muille tuottajille toimittamia, tuotteiden
tuotantoon ja myyntiin liittyviä tietoja²⁴³. Edelleen suojan soveltamista ei ole katsottu tarpeel-
liseksi yritysten puolustautumisoikeuksien turvaamiseksi tilanteessa, jossa yritystä on keho-
tettu antamaan tietoja toisesta yrityksestä, joka kuuluu samaan yritysten yhteenliittymään²⁴⁴.

EU:n tuomioistuimen edellä esitettyä itsekriminointisuojaan tulkintaa on yritetty riitauttaa ih-
misoikeustuomioistuimen antaman laajemman suojan perusteella tapauksessa *Limburgse Vi-
nyl Maatschappij ym. v. komissio*. Ratkaisussa ei kuitenkaan päädytty lopulta ottamaan kan-
taa merkittävimpiin asiakysymyksiin, sillä valittajat eivät olleet pystyneet osoittamaan, että
tietojen vaatimista koskevissa päätöksissä yksilöityjä tietoja olisi käytetty syytösten perusta-
na.²⁴⁵

Nykyisessä kilpailulain mukaisessa seuraamusmaksumenettelyssä itsekriminointisuoja mer-
kitys näyttäisi jäävän melko vähäiseksi. Suojaa voi saada käytännössä vain silloin, jos viran-
omainen painostaa yritystä tai sen edustajaa vastaamaan sellaiseen kysymykseen, johon vas-
tatessaan yritys tosiasiallisesti myöntäisi syyllistyneensä kiellettyyn kilpailunrajoitukseen.
Tässä selvityksessä ei arvioida kilpailulain seuraamusmaksumenettelyn kohteena olevan yri-
tyksen oikeussuojan laajuutta suhteessa ihmisoikeustuomioistuimen linjauksiin eikä sitä, tuli-
siko nykyisessä hallinnollisessa seuraamusmaksumenettelyssä noudattaa yritysten osalta sa-

²⁴⁰ Asia C-374/87 *Orkem*, kohdat 38–39.

²⁴¹ Asia T-112/98 *Mannesmannröhren-Werke*, kohdat 71–72.

²⁴² Asia T-112/98 *Mannesmannröhren-Werke*, kohta 70 ja Leivo et al. 2012, s. 347.

²⁴³ Asia C-374/87 *Orkem*, kohta 40.

²⁴⁴ Asia 204/00 *Aalborg*, kohdat 207–209.

²⁴⁵ Asia C-238/99 *Limburgse Vinyl Maatschappij*, erit. kohdat 289–292.

moja oikeusturvanäkökohtia kuin mitä ihmisoikeustuomioistuin on luonnollisten henkilöiden osalta katsonut tarpeelliseksi.

Sen sijaan muutama huomio kilpailuoikeudessa omaksutun itsekriminointisuojan soveltamisalasta yrityksissä työskentelevien luonnollisten henkilöiden kannalta lienee paikallaan. Vaikka suojan ulottuvuus ensi näkemältä vaikuttaakin tältä osin kapeammalta kuin ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännössä omaksuttu tulkintalinja, käytännössä erot eivät liene kuitenkaan kovin suuria. Tämä johtuu ennen kaikkea siitä, että EU:n tuomioistuin on asettanut tiedonantovelvollisuuden kohteena olevan yrityksen ja sen edustajat suojaan nähden samalle viivalle huolimatta siitä, että todellisuudessa rangaistusmenettely ja siten rangaistuksen uhka kohdistuu vain tiedonantovelvolliseen yritykseen. Siten itsekriminointisuoja EU:n tuomioistuimen ymmärtämässä merkityksessä on ulotettu myös sellaisiin oikeussubjekteihin, joita ei kilpailuoikeudellisessa seuraamusmenettelyssä voida rangaista. Suojan voitaneen näin ollen katsoa luonnollisten henkilöiden osalta olevan jossain määrin laajempi kuin mitä ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntö edellyttäisi. On myös huomattava, että kilpailulaki ei mahdollista tietojenantovelvollisuuden tehosteeksi asetettavan uhkasakon määräämistä luonnolliselle henkilölle koskien 34 §:ssä säädettyä yrityksen edustajan kuulemista (46 § 4 mom.). Näin ollen luonnollinen henkilö voi ilman seuraamuksen uhkaa vaieta kilpailuviranomaisen kuulemistilaisuudessa.

Toisaalta niissä (kilpailulain soveltamisen kannalta oletettavasti melko harvinaisissa) tapauksissa, joissa esimerkiksi pienen yrityksen toimitusjohtaja käytännössä voidaan samaistaa itse yritykseen, on olemassa riski siitä, että itsekriminointisuojan kilpailuoikeudellinen tulkinta jää ihmisoikeuden tulkintalinjaan nähden kapeammaksi. Ongelmia saattaa syntyä esimerkiksi tilanteessa, jossa kilpailuviranomainen edellyttää edellä esitetyn EU:n tuomioistuimen asettamissa rajoissa ja kilpailulain 46 §:n mukaisen uhkasakon tehostamana elinkeinonharjoittajan vastaavan kirjallisesti ja laajasisältöisesti erinäisiin faktatietoja koskeviin kysymyksiin, jotka koskevat yrityksen – eli tässä tapauksessa luonnollisen henkilön itsensä – osallistumista tiettyihin kokouksiin ja yritysten väliseen muuhun yhteistyöhön. Tällöin luonnollisella henkilöllä ei käytännössä ole mahdollisuutta kieltäytyä vastaamasta sellaisiin kysymyksiin, joihin vastaaminen tosiasiallisesti osoittaisi hänen syyllistymisen epäilyn kohteena olevaan tekoon.

5.2.1.5 Itsekriminointisuojan merkitys mahdollisen kartellikriminalisoinnin kannalta

Kuten edellä on todettu, merkityksellistä itsekriminointisuojan soveltumisen kannalta on se, voidaanko tietojenantovelvollisuuden kohteena olevaan henkilöön katsoa kohdistuvan vireillä

oleva rikossyyte EIS 6(1) artiklassa tarkoitetulla tavalla. Koska tässä tapauksessa hallinnollinen sanktiomenettely kohdistuu yritykseen ja rikosoikeudellinen menettely kohdistuisi luonnollisiin henkilöihin, on rikosprosessin alkamisajankohdalla merkitystä arvioitaessa suojan soveltumista. Selvityksen tässä vaiheessa ei kuitenkaan arvioida tarkemmin sitä, tulisiko prosessien olla rinnakkaisia tai perättäisiä, vaan suojan toteutumista tarkastellaan molemmilta kannoilta.

Rikossyytteen ollessa vireillä lähtökohtana voitaneen ihmisoikeustuomioistuimen käytännön perusteella pitää sitä, että henkilöä ei voida missään menettelyssä velvoittaa pakon uhalla myötävaikuttamaan merkityksellisellä tavalla oman syyllisyytensä selvittämiseen. Käytännössä tämä tarkoittaisi kartellikriminalisoinnin kannalta sitä, että jos kilpailuoikeudellinen tutkinta ja esitutkinta olisivat vireillä samaan aikaan, voisivat esitutkinnan kohteena olevat luonnolliset henkilöt kieltäytyä esittämästä todisteita itseään vastaan myös kilpailuviranomaisen suorittamassa tutkinnassa. Edelleen mikäli luonnolliseen henkilöön kohdistuisi rikossyytteen vireillä ollessa pakolla tehostettu, oman syyllisyyden selvittämisen kannalta merkittävä tietojenantovelvollisuus, olisi lähtökohtaisesti kyse itsekriminointisuojaan loukkauksesta, ellei riittävää palomuuria rikosprosessiin nähden olisi. Tämän vuoksi on selvitettävä, sisältääkö kilpailulaki luonnollisiin henkilöihin kohdistuvia pakolla tehostettuja tiedonantovelvoitteita, ja jos sisältää, onko olemassa sellaisia tehokkaita oikeussuojatakeita, jotka estäisivät tietojen käytön rikosprosessissa.

Kilpailulain 14–17 §:ssä säädetään edellytyksistä seuraamusmaksusta vapautumiselle tai maksun alentamiselle kartellitapauksissa. Säännökset edellyttävät, että hakijoiden tulee toimittaa kilpailuviranomaiselle tietoja ja todisteita kilpailunrajoitusten toteamiseksi ja selvittämiseksi, minkä lisäksi hakijan tulee toimia yhteistyössä kilpailuviranomaisen kanssa koko kilpailunrajoituksen selvittämisen ajan. Mainittu sääntely ei ole itsekriminointisuojaan kannalta ongelmallista, koska se perustuu vapaaehtoisuuteen; yritystä tai sen työntekijöitä ei säännösten nojalla pakoteta antamaan tietoja.

Kilpailulain 33 §:n 1 momentin mukaan

”[e]linkeinonharjoittaja ja elinkeinonharjoittajien yhteenliittymä ovat velvollisia Kilpailu- ja kuluttajaviraston kehotuksesta antamaan sille kaikki kilpailunrajoituksen sisällön, tarkoituksen ja vaikutuksen sekä kilpailuolosuhteiden selvittämiseksi – tarpeelliset tiedot ja asiakirjat.”

Mainitun tietojenantovelvollisuuden noudattamisen tehostamiseksi voidaan kilpailulain 46 §:n 1 momentin perusteella asettaa uhkasakko. Säännöksen 3 momentin mukaan uhkasakon määräämisessä ja tuomitsemisessa noudatetaan uhkasakkolakia (14.12.1990/1113). Uhkasakkolain 7 §:n mukaan uhkasakko voidaan kohdistaa vain sellaiseen asianosaiseen, jolla on oikeudellinen ja tosiasiallinen mahdollisuus noudattaa päävelvoitetta. Jos päävelvoite koskee yhteisöä tai säätiötä, uhkasakko kohdistetaan joko yhteisöön tai säätiöön taikka sen päätösvaltaa käyttävän toimielimen jäseniin tai toimitusjohtajaan tai vastaavassa asemassa olevaan muuhun henkilöön. Jos uhkasakko kohdistetaan useisiin asianosaisiin, kullekin on asetettava eri uhkasakko. Kilpailulain 33 §:n tietojenantovelvollisuuden noudattamisen tehostamiseksi asetettu uhkasakko voidaan mainittujen säännösten perusteella kohdistaa sekä yritykseen että yrityksen johtoon kuuluviin luonnollisiin henkilöihin. Kysymys on siten lähtöasetelmiltaan tilanteesta, jossa itsekriminointisuojaan loukkaus voisi tapahtua rikossyytteen ollessa samankaltaisesti vireillä.

Toisaalta myös yritykseen kohdistettuna uhkasakon määrääminen saattaisi tietyissä tilanteissa muodostua ongelmalliseksi itsekriminointisuojaan kannalta. Periaatteessa selvitystä ei tällöin vaadita pakon uhalla *samalta* taholta kuin joka on esitutinnan kohteena (ellei yrityksen voida edellä esitetyn tavoin katsoa samaistuvan tiettyyn luonnolliseen henkilöön). Käytännössä lienee kuitenkin selvää, että yrityksen puolesta tietoja toimittavat määrättyssä asemassa olevat luonnolliset henkilöt. Onkin arvioitava, onko yritykseen kohdistuvan pakon katsottava tässä tilanteessa tosiasiallisesti kohdistuvan niihin henkilöihin, joiden tulisi yrityksen puolesta antaa pyydettyjä tietoja.

Taloudellisesta näkökulmasta yritykselle asetettava uhkasakko on ennen kaikkea yritykseen, ja siten välillisesti sen osakkeenomistajiin kohdistuva, eikä se vaikuta suoraan yrityksessä työsuhteessa tai vastaavassa asemassa olevaan henkilöön. Osakkeenomistajat eivät kuitenkaan omistusasemansa perusteella voi osallistua yhtiön (juoksevaan) hallintoon, eikä heillä useimmiten voitane katsoa olevan myöskään riittäviä tietoja tiedonantovelvollisuuden täyttämiseksi. Käytännössä tietojenantovelvollisuus kohdistuu siten mainitulla tavoin yrityksessä määrättyssä asemassa toimiviin henkilöihin, yrityksen johtoon. Uhkasakon tavoitteena voitaneenkin katsoa olevan nimenomaan näiden henkilöiden painostaminen antamaan halutut tiedot. Vaikka yrityksessä toimiviin luonnollisiin henkilöihin kohdistuva pakko onkin tässä tapauksessa välillinen, lienee perusteltua katsoa pakon tosiasiallisesti kohdistuvan myös niihin henkilöihin, joilla tehtäviensä puolesta on velvollisuus edustaa yritystä viranomaisiin nähden.

Luonnollisiin henkilöihin kohdistettuna tai tilanteessa, jossa yritykselle asetetun uhkasakon katsottaisiin mainituin tavoin tosiasiallisesti kohdistuvan tiettyihin yrityksessä kohdistuviin henkilöihin, voisi kilpailulain 46 §:n mukaisen uhkasakon asettaminen lain 33 §:n tietojenantovelvollisuuden tehosteeksi merkitä itsekriminointisuojan loukkausta tietyin edellytyksin. Ensinnäkin edellytyksenä olisi vireillä oleva rikostutkinta, joka kohdistuu tai on välittömässä yhteydessä tietojenantovelvollisuuden kohteena olevaan yritykseen. Vaadittujen tietojen tulee olla myös rikossyytteen kannalta merkityksellisiä edellä esiteltyjen yhteysvaatimuksen ja relevanssivaatimuksen edellyttämällä tavalla. Vaikka kyseiset edellytykset täyttyisivätkin, voisi pakolla tehostettu tietojenantovelvollisuus olla hyväksyttävissä, jos kilpailulaki estäisi pakon uhalla annettujen tietojen käytön rikosprosessissa. Palomuurin olemassaoloa nykyisessä järjestelmässä käsitellään tarkemmin jäljempänä.

Jos taas rikossyyte ei olisi uhkasakolla tehostetun tietojenantovelvollisuuden kanssa samanaikaisesti vireillä, itsekriminointisuojan periaate ei soveltuisi tilanteeseen. Sen sijaan mahdollisen myöhemmän luonnollisiin henkilöihin kohdistuvan rikosprosessin yhteydessä tulisi arvioidavaksi, voitaisiinko aiemmin pakon uhalla saatuja tietoja käyttää todisteena rikosprosessissa. Kysymystä on yleisellä tasolla selvitetty edellä jaksossa 5.2.1.3. Kilpailulain 33 §:n kannalta hyödyntämiskielto rikosprosessissa voisi koskea lähinnä sellaisia asiakirjoja, jotka on varta vasten laadittu vastauksiksi kilpailuviranomaisen esittämiin kysymyksiin yrityksen toiminnasta. Tällöinkin tulisi tosin suorittaa kokonaisarvio, jossa otettaisiin huomioon muun muassa esitettyjen kysymysten tarkkarajaisuus ja kokonaislaajuus sekä mainitun lausuman merkitys muuhun syytettä tukevaan näyttöön nähden.

Mikäli tilannetta puolestaan tulkitaan siten, ettei yritykselle asetetun uhkasakon voida tosiasiallisesti katsoa kohdistuvan pakkona yrityksessä toimiviin luonnollisiin henkilöihin, kyse ei tällöin olisi itsekriminointisuoja loukkaavasta toiminnasta. Itsekriminointisuoja voisi kuitenkin tällöinkin aiheuttaa epäsuorasti käytännöllisiä ongelmia; jos ne henkilöt, jotka yrityksen puolesta voivat antaa kilpailuviranomaisten esittämiin kysymyksiin vastauksia kieltäytyisivät vireillä olevan rikosprosessin ja itsekriminointisuojan perusteella näin tekemästä, ei yritys voisi täyttää sille asetettua tiedonantovelvollisuutta, mikä puolestaan vaarantaisi kilpailuvonnan tehokkaan toteutumisen (ja johtaisi uhkasakon laukeamiseen). Kilpailulain 38 §:n 3 momentin EU:n tuomioistuimen käytäntöön perustuva suojasäännös ei myöskään näyttäisi poistavan ongelmaa, sillä sen tarjoaman suojan voitaneen katsoa olevan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintalinjaa kapeampi, jolloin luonnollisilla henkilöillä saattaa olla perusteltu syy

kieltäytyä antamasta tietoja kilpailulain suojasäännöksen puitteissa esitetyistä kysymyksistä huolimatta.

Kilpailulain 34 § (kutsuminen kuultavaksi) ei puolestaan näyttäydy ongelmallisena itsekriminointisuojan toteutumisen kannalta. Kilpailu- ja kuluttajaviraston oikeutta asettaa uhkasakko määräyksen tai velvoitteen noudattamisen tehostamiseksi on rajoitettu siten, ettei sitä voida asettaa luonnolliselle henkilölle 34 §:ssä säädetyn velvollisuuden täyttämiseksi (kilpailulaki 46 § 4 mom.). Luonnollista henkilöä ei siten rangaistuksen uhalla voida velvoittaa vastaamaan kilpailuviranomaisen kysymyksiin mainitun säännöksen perusteella.

Kilpailulain 35 ja 36 §:ssä säädetään tarkastuksista elinkeinonharjoittajan liiketiloissa sekä tarkastuksista muissa tiloissa. Lain 37 §:n 1 momentin mukaan elinkeinonharjoittajan on tarkastusta varten päästettävä viranomaisen hallinnassaan oleviin tiloihin, maa-alueille ja kuluneuvoihin. Tarkastusta toimittavalla virkamiehellä on oikeus tutkia elinkeinonharjoittajan liikekirjeenvaihto, kirjanpito, tietojenkäsittelyn tallenteet sekä muut asiakirjat ja data, joilla voi olla merkitystä kilpailulain valvonnan kannalta. Kyseinen menettely itsessään ei ole itsekriminointisuojan kannalta ongelmallista, koska tarkastukset eivät tässä laajuudessa edellytä yritykseltä tai sen henkilöstöltä sellaista myötävaikuttamista, mikä kuuluisi suojan soveltamisalaan.

Elinkeinonharjoittajan tiloissa tapahtuvissa tarkastuksissa viranomaisella on kuitenkin edellä mainittujen asiakirjojen ja muun datan tutkimisoikeuden lisäksi oikeus pyytää kaikilta elinkeinonharjoittajan edustajilta tai muilta henkilöstön jäseniltä tarkastuksen kohteeseen ja tarkoitukseen liittyviä selvityksiä tosiseikoista ja asiakirjoista sekä tallentaa saamansa vastaukset (kilpailulaki 37 § 2 mom.). Pyynnön tehosteeksi on mahdollista asettaa kilpailulain 46 §:n perusteella uhkasakko. Tilanne on itsekriminointisuojan kannalta ongelmallinen vastaavalla tavalla kuin edellä kilpailulain 33 §:n tietojenantovelvollisuudesta on esitetty. Lisäksi on huomattava, että kilpailulain 37 §:n 2 momentin velvoite kohdistuu nimenomaisesti luonnollisiin henkilöihin, jolloin myös uhkasakko tulisi uhkasakon 6 ja 7 §:n nojalla kohdistaa päävelvoitteen kohteena oleviin luonnollisiin henkilöihin.

Kilpailulain tietojenantovelvollisuuksia koskevia säännöksiä sovellettaessa itsekriminointisuoja voisi näyttäytyä myös hieman toisenlaisessa roolissa. Rikoslain 16:8:n 1 momentin mukaan oikeudellisesti merkityksellisen totuudenvastaisen kirjallisen todistuksen tai siihen rinnastettavan teknisen tallenteen antaminen viranomaiselle on rangaistavaa väärän todistuksen antamisena viranomaiselle. Edelleen säännöksen 2 momentin mukaan rangaistavaa on se,

että viranomaisen erityisen valvonnan alaisen toiminnan harjoittaja taikka tämän edustaja tai palveluksessa oleva henkilö tai valvottavan yhteisön tilintarkastaja antaa lakiin perustuvan tarkastuksen yhteydessä tai lakiin perustuvaa ilmoitusvelvollisuutta muuten täyttäessään valvovalle viranomaiselle oikeudellisesti merkityksellisen totuudenvastaisen suullisen tiedon. Edellä esitetyn sekä ratkaisun KKO 2011:46 perusteella voitaneen pitää selvänä, ettei mainittua rikoslain säännöstä voitaisi soveltaa kilpailulain 33 ja 37 §:n tarkoittamissa tilanteissa, jos rikossyyte olisi EIS 6(1) artiklassa tarkoitettulla tavalla vireillä²⁴⁶.

Esitetyn perusteella itsekriminointisuojan periaate saattaisi aiheuttaa joitakin ongelmia kartellikriminalisoinnin seurauksena, ellei suojan toteutumista turvaavia lainsäädäntötoimenpiteitä tehtäisi. Koska kilpailulain 33 ja 37 §:n tietojenantovelvollisuuksia on mahdollista tehostaa luonnollisiin henkilöihin kohdistuvilla uhkasakoilla, voisivat uhkasakot muodostua periaatteen kieltämäksi epäasialliseksi pakottamiseksi rikosasian ollessa vireillä. Lisäksi saattaisi olla perusteltua pitää yritykselle asetettua uhkasakkoa tietyissä tilanteissa tosiasiallisesti yrityksen johtoon kohdistettuna, jolloin itsekriminointisuoja soveltuisi myös mainittuun tilanteeseen²⁴⁷. Näin ollen kilpailulain 33 ja 37 §:n tietojenantovelvollisuuden turvaaminen edellyttäisi toimivaa palomuurisääntelyä.

Nykyisen kilpailulain perusteella on jossain määrin epäselvää, estäisikö lakiin sisältyvä tietojen käytön rajoittamista koskeva säännös lain 33 ja 37 §:ssä tarkoitetun tietojenantovelvollisuuden perusteella saatujen tietojen käyttämisen rikosprosessissa. Poliisilain (22.7.2011/872) 4:2:n 1 momentin mukaan

”[p]oliisilla on päällystöön kuuluvan poliisimiehen pyynnöstä oikeus saada viranomaiselta ja julkista tehtävää hoitamaan asetetulta yhteisöltä poliisille kuuluvan tehtävän suorittamiseksi tarpeelliset tiedot ja asiakirjat maksutta ja salassapitovelvollisuuden estämättä, jollei sellaisen

²⁴⁶ Ratkaisussa 2011:46 korkein oikeus otti nimenomaisesti kantaa itsekriminointisuojan ulottumiseen väärin tietojen antamiseen. Ratkaisussa (kohta 18) todettiin muun muassa, että ”Suomessa rikoksesta epäillylle ei ole esitutkinnassa tai rikosoikeudenkäynnissä asetettu totuudessapysymisvelvollisuutta eikä väärin tietojen antamista rikosprosessin kuluessa ole säädetty rangaistavaksi. A on kuitenkin tuomittu rangaistukseen siitä, että hän on antanut vääriä tietoja asiaa selvittäneelle viranomaiselle seikoista, joista samanaikaisesti vireillä olevassa esitutkinnassa häntä on epäilty törkeästä veropetoksesta. Tällaisen menettelyn katsominen rangaistavaksi hävittäisi olennaisilta osiltaan syylliseksi epäillyn oikeuden vaieta tai olla myötävaikuttamatta oman syyllisyytensä selvittämiseen. Väärin tietojen antamista ei ole sen vuoksi syytä arvioida toisin kuin oikeutta vaieta tai jättää tietoja antamatta ja itsekriminointisuojan voidaan katsoa ulottuvan myös tällaiseen menettelyyn.”

²⁴⁷ Toisaalta vaikka kyseistä laajentavaa tulkintaa ei tehtäisi, luonnollisten henkilöiden oikeus kieltäytyä myötävaikuttamasta oman syyllisyytensä selvittämiseen voisi kuitenkin käytännössä vaikeuttaa tietojen keräämistä yrityksiltä säännösten nojalla. Tässäkin tapauksessa toimiva palomuurisääntely olisi hyödyllinen; yrityksen henkilöstöllä ei olisi laillista perustetta kieltäytyä tietojen antamisesta yrityksen puolesta, jos tietojen hyödyntäminen rikosprosessissa olisi estetty.

tiedon tai asiakirjan antamista poliisille tai tietojen käyttöä todisteena ole laissa nimenomaisesti kielletty tai rajoitettu.”

Poliisilain esitöissä on todettu, että pykälässä määritelty tietojensaantioikeus syrjäyttäisi muualla laissa säädettyt salassapitovelvollisuudet, ellei salassapitovelvollisuutta koskevassa säännöksessä nimenomaan kielletä tietojen luovuttamista poliisille. Edelleen esitöissä on katsottu, että jos kysymyksessä olevien tietojen käyttö todisteena on kielletty tai sitä on rajoitettu, poliisilla olisi oikeus saada tiedot vain sellaisiin tarkoituksiin, joissa niiden käyttö on todistelukieltoja ja -rajoituksia koskevien säännösten mukaan sallittua.²⁴⁸ Käytännössä tietojen luovuttamista poliisille tai tietojen käyttöä todisteena rikosprosessissa on useimmiten rajoitettu selkeillä poliisia ja rikostutkintaa koskevilla lausumilla. Kilpailulain valmistelussa rikostutkinnan mahdollisuutta ei ole huomioitu, vaan laissa tietojen käyttöä ja luovuttamista koskevat säännökset on laadittu muista lähtökohdista. Kilpailulain 38 §:n 3 momentin mukaan ”Kilpailu- ja kuluttajavirasto voi käyttää 33–36 §:n perusteella saatuja tietoja ainoastaan siihen tarkoitukseen, jota varten ne on koottu, ellei Kilpailu- ja kuluttajavirasto ole aloittanut uutta tutkintaa”. Sanamuotonsa perusteella säännös koskee siten tietojen käyttämistä kilpailuviranomaisen toimesta, eikä siinä näin ollen nimenomaisesti ole kielletty tai rajoitettu tietojen antamista poliisille tai tietojen käyttöä todisteena. Toisaalta säännöksen esitöissä todetaan, että säännöksen tarkoituksena on varmistaa, että elinkeinonharjoittajalla on tieto siitä, mihin kilpailuviranomaisen keräämää tai kilpailuviranomaiselle toimitettua aineistoa käytetään²⁴⁹, mikä osaltaan puhuisi rajoitussäännöksen lavean tulkinnan puolesta. Joka tapauksessa mikäli kartellikriminalisointi toteutettaisiin, olisi sääntelyn suhdetta rikosprosessiin syytä selkeyttää.

Palomuurisäännöksiä on toteutettu nykyisessä lainsäädännössä muutamalla eri tavalla. Yksi malli on kirjata kielto omaksi pykäläkseen. Esimerkkinä tällaisesta sääntelymallista voidaan mainita ulosottolain (15.6.2007/705) 3:73, jonka 2 kohdan mukaan ulosottomies ei saa luovuttaa tietoa, joka on olennaisin osin saatu velalliselta kysyttäessä velalliselta eräistä hänen taloudelliseen asemaansa ja toimintaansa koskevista seikoista, jos vastauksesta käy ilmi, että velallinen on saattanut syyllistyä muuhun kuin ulosottomenettelyssä tehtyyn rikokseen, ja tiedon luovuttaminen saattaa hänet siinä menettelyssä syytteen vaaraan. Jätelaissa (17.6.2011/646) palomuurisäännös on taas otettu osaksi uhkasakkoa, teettämisuuhkaa ja keskeyttämisuuhkaa koskevaa säännöstä. Jätelain 129 §:n 1 momentin mukaan

²⁴⁸ HE 57/1994 vp, lain 34 §:n 1 momenttia koskevat perustelut. Uuden poliisilain 4:2 vastaa asiallisesti vanhan lain 35 §:ää (HE 224/2010 vp, s. 87–88).

²⁴⁹ HE 88/2010 vp, s. 80.

”[v]alvontaviranomaisen tai ympäristöministeriön on tehostettava, jollei se ole ilmeisen tarpeetonta, tämän lain nojalla antamaansa kieltoa tai määräystä uhkasakolla tai uhalla, että tekemättä jätetty toimenpide teetetään laiminlyöjän kustannuksella tai toiminta keskeytetään tai kielletään. Tämän pykälän nojalla saatua tietoa ei saa käyttää todisteena rikosta tai laiminlyöntimaksua koskevassa asiassa.”

Yksinkertaisin tapa säätää kilpailulain 33 ja 37 §:ssä tarkoitetun tietojenantovelvollisuuden perusteella saatujen tietojen käytön tai luovuttamisen kieltämisestä olisi kieltää kaikkien mainittujen säännösten perusteella saatujen tietojen käyttö tai luovutus rikosasian selvittämiseksi. Tällöin suoja muodostuisi kuitenkin melko laajaksi ja koskemaan sellaista aineistoa – kuten yrityksen toimintaan liittyviä jo olemassa olevia asiakirjoja – jonka käytölle luonnollisten henkilöiden itsekriminointisuoja ei kaikissa tapauksissa muodostaisi estettä. Tarkoituksenmukaisempaa saattaisi olla luovuttamis- tai hyödyntämiskiellosta säätäminen uhkasakko-säännöksen yhteyteen siten, että säännös rajoittaisi tietojen luovuttamista tai käyttöä tilanteissa, jossa uhkasakkoa on käytetty 33 tai 37 §:n tarkoittaman tietojenantovelvollisuuden tehosteena, ja joissa yrityksen kilpailuviranomaisen kysymyksiin antamista vastauksista käy ilmi, että yrityksessä toimivat (vastauksia laatineet) henkilöt ovat saattaneet syyllistyä rikokseen.

5.2.2 Ne bis in idem -kielto

5.2.2.1 Yleistä

Euroopan ihmisoikeussopimuksen 7. lisäpöytäkirjan 4(1) artikla sisältää niin sanotun *ne bis in idem* -kiellon, jonka mukaan

”[k]etään ei saa saman valtion tuomiovallan nojalla tutkia uudelleen tai rangaista oikeudenkäynnissä rikoksesta, josta hänet on jo lopullisesti vapautettu tai tuomittu syylliseksi kyseisen valtion lakien ja oikeudenkäyntimenettelyn mukaisesti.”

Vastaavasta kiellosta määrätään myös kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevassa yleissopimuksessa (14(7) artikla) sekä Euroopan unionin perusoikeuskirjassa (2000/C 364/01). Euroopan unionin perusoikeuskirjan 50 artiklan mukaan ketään ei saa panna syytteeseen tai rangaista rikoksesta, josta hänet on jo unionissa lopullisesti vapautettu tai tuomittu syylliseksi lain mukaan. Perusoikeuskirjan määräykset koskevat jäsenvaltioita ainoastaan silloin, kun ne soveltavat unionin oikeutta (51(1) artikla). Siltä osin kuin perusoikeuskirjan oikeudet vastaavat Euroopan ihmisoikeussopimuksessa taattuja ihmisoikeuksia, niiden merkitys ja sisältö ovat samat, jollei unioni ole määrännyt tätä laajempaa suojaa (52(3) artikla).

Kansallisella tasolla *ne bis in idem* -kiellon on katsottu sisältyvän perustuslain yksilön oikeusturvaa koskevan 21 §:n 2 momentin säännökseen oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takeista, jotka on lailla turvattava²⁵⁰.

Tässä yhteydessä on olennaista selvittää, millä edellytyksillä *ne bis in idem* -kielto estäisi tutkinnan tai seuraamuksen määräämisen kilpailu- tai rikosprosessissa, jos luonnollisia henkilöitä koskeva kartellikriminalisointi säädettäisiin. Periaatteen soveltumista arvioidaan ihmisoikeustuomioistuimen käytännön ja *Heleniuksen* esittämän jäsenyyksen perusteella kahdessa osassa: 1) onko kilpailullinen seuraamusmaksumenettely laadultaan EIS 7. lisäpöytäkirjan 4 artiklan tarkoittamalla tavalla estävä, ja jos on, missä vaiheessa estävä vaikutus syntyisi (*bis*-momentti), sekä 2) milloin kilpailuoikeudellisessa seuraamusmaksumenettelyssä ja kartellikriminalisointiin perustuvassa rikosprosessissa olisi kyse ”samasta asiasta” (*idem*-momentti)²⁵¹.

5.2.2.2 Estävä laatu ja vaikutus

Jotta *ne bis in idem* -kielto voisi tulla sovellettavaksi, tulee tarkastelun kohteena olevan menettelyn olla luonteeltaan rikosoikeudellinen. Ihmisoikeustuomioistuin on vakiintuneesti käytännössään katsonut, että menettelyn rikosoikeudellisen luonteen arvioinnissa tulee tukeutua samoihin kriteereihin kuin EIS 6 artiklan rikossyytteen ja EIS 7 artiklan rikoksen ja rangaistuksen käsitteitä tulkittaessa²⁵². Kyse on siten jo edellä esiteltyjen niin sanottujen *Engel*-kriteerien täyttymisestä. Kuten edellä on todettu, kilpailulain seuraamusmaksujärjestelmää on selvästi pidettävä luonteeltaan rikosoikeudellisena *Engel*-kriteerien näkökulmasta.²⁵³ Näin ollen tarkastelun kohteena oleva menettely on laadultaan estävä.

Laadultaan estävästä menettelystä ei kuitenkaan automaattisesti seuraa estävää vaikutusta, vaan vaatimuksena on, että henkilö on ”jo lopullisesti vapautettu tai tuomittu syylliseksi kyseisen valtion lakien ja oikeudenkäyntimenettelyn mukaisesti”²⁵⁴. Kiellon soveltuminen edellyttää siten jonkinlaista päätöstä tai ratkaisua, joka on *lopullinen*. Lähtökohtana ratkaisun lopullisuuden arvioinnissa on ratkaisun oikeusvoimaisuus (*res judicata*). Ihmisoikeustuomio-

²⁵⁰ HE 309/1993 vp, s. 74 sekä PeVL 9/2012 vp, s. 3.

²⁵¹ Ks. esim. Zolotukhin v. Venäjä (14939/03, 10.02.2009) sekä ihmisoikeustuomioistuimen soveltamiskäytännöstä kokoavasti Helenius 2010.

²⁵² Zolotukhin v. Venäjä (14939/03, 10.02.2009), kohta 52.

²⁵³ Zolotukhin v. Venäjä (14939/03, 10.02.2009), kohta 53. *Engel*-kriteerien täyttymisestä kilpailulain seuraamusmaksujärjestelmän osalta ks. edellä jakso 5.2.1.4.

²⁵⁴ Suomennoksessa valitulle ilmaisulle ”oikeudenkäyntimenettelyn mukaisesti” (vrt. eng. ”penal procedure”) ei tule antaa liikaa painoarvoa, vaan kyse ennemminkin siitä, otetaanko menettelyssä kantaa jutun tosiasioihin ja arvioidaanko siinä tekijän syyllisyyttä. Kokoavasti ks. Helenius 2010, s. 769–770.

istuin on katsonut ratkaisun olevan oikeusvoimainen silloin kun se on peruuttamaton, eli kun säännönmukaisia muutoksenhakekeinoja ei enää ole käytettävissä, kun kaikki tällaiset keinot on jo käytetty tai kun määräaika tällaisten keinojen käyttämiselle on kulunut umpeen.²⁵⁵

Kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa ja -käytännössä on kuitenkin ollut epäselvyyttä siitä, mikä vaikutus ratkaisun lopulliseksi tulemisella on jo vireillä oleviin rikosasioihin ja toisaalta siitä, onko lopullisuutta tulkittava pääsääntöä laueammin tietyissä erikoistilanteissa. Alun perin korkein oikeus tulkitsi *Zolotukhin*-tapausta siten, ettei *ne bis in idem* -kielto estänyt jatkamasta jo vireillä ollutta rikostutkintaa toisen prosessin päätyä lopulliseen ratkaisuun²⁵⁶. Perustuslakivaliokunta on kuitenkin sittemmin lausunnoissaan 9/2012 ja 17/2013 katsonut, ettei kiellon voida katsoa koskevan vain puhtaasti peräkkäisiä menettelyjä, vaan myös samaan aikaan vireillä olevia menettelyjä²⁵⁷. Edelleen valiokunta on todennut, että sen käsityksen mukaan

” – – samaa tekoa koskevan seuraamusmaksumenettelyn ja rikosprosessin ollessa samanaikaisesti vireillä seuraamusmaksumenettely on keskeytettävä ja luovuttava maksun määräämisestä, jos rikosprosessi päättyy lainvoimaiseen ratkaisuun, joko vapauttavaan tai langettavaan tuomioon.”²⁵⁸

Perustuslakivaliokunnan kannanotot johtivat siihen, että korkein oikeus muutti aiempaa linjaansa veropetosta koskevassa ratkaisussa KKO 2013:59, jossa se valiokunnan lausuntoihin viitaten katsoi, että syytteen tutkiminen syytteen tutkiminen rikosoikeudenkäynnissä on lopetettava, jos veronkorotusratkaisu syyteasian vireillä ollessa tulee lainvoimaiseksi²⁵⁹. Ratkaisussa *ne bis in idem* -kiellon katsottiin myös aiemmasta poiketen tulevan sovellettavaksi veronkorotusmenettelyn osalta jo silloin, kun veronkorotusta koskeva päätös annetaan²⁶⁰. Tältä osin ratkaisusta ei kuitenkaan voitane tehdä yleisempiä johtopäätöksiä, sillä ratkaisu perustui ennen kaikkea siihen, että verotusmenettelyssä olevat pitkät muutoksenhaun määräajat voisivat johtaa yhdenvertaisuuden kannalta ongelmalliseen sattumanvaraisuuteen siksi, että estävä vaikutus määräytyisi sen perusteella, kummassa vireillä olevassa menettelyssä ehdittäisiin ensin antaa päätös.

²⁵⁵ Esim. *Zolotukhin v. Venäjä* (14939/03, 10.02.2009), kohta 107.

²⁵⁶ KKO 2010:45 sekä tarkemmasta analyysistä Pellonpää – Gullans 2011, erit. s. 425–426.

²⁵⁷ PeVL 9/2012 vp, s. 4 sekä PeVL 17/2013 vp, s. 3.

²⁵⁸ PeVL 9/2012 vp, s. 4.

²⁵⁹ KKO 2013:59, kohta 25.

²⁶⁰ KKO 2013:59, kohdat 26–32 sekä 36.

Kilpailuoikeudellisen seuraamusmaksumenettelyn osalta lähtökohtana voitaneen esitetyn perusteella pitää sitä, että estävä vaikutus syntyisi, kun seuraamusmaksua koskeva markkina-oikeuden tai korkeimman hallinto-oikeuden päätös tulisi lainvoimaiseksi (kilpailulain 12 §, 42 § sekä 44 §). Kilpailulain mukaiseen menettelyyn sovelletaan tavanomaisia hallintomenettelyn muutoksenhakuaikoja, joiden ei voitane katsoa olevan niin pitkiä, että ne edellyttäisivät poikkeamista lainvoimaa edellyttävästä pääsäännöstä. Seuraamusmaksua koskevan päätöksen tuleminen lainvoimaiseksi estäisi siten rinnakkaisen, kartelliin osallistumista koskevan rikosasian käsittelyn käynnistämisen tai jatkamisen tuomioistuimessa, mikäli seuraamusmaksua ja rikosasia täyttäisivät seuraavaksi esiteltävän asioiden samuutta koskevan vaatimuksen.

5.2.2.3 Asioiden samuus

Ratkaisussa *Zolotukhin v. Venäjä* ihmisoikeustuomioistuin harmonisoi aiemmin vaihdellutta tulkintalinjaansa ”samojen asioiden” määrittämisestä. Aiemmassa käytännössään tuomioistuin oli hieman vaihtelevasti painottanut samuuden arvioinnissa sekä asioiden tosiasiallista että oikeudellista yhtäläisyyttä²⁶¹. *Zolotukhin*-tapauksessa uudeksi linjaksi omaksuttiin, että aikaisempi tuomio ja uusi syyte koskevat ihmisoikeussopimuksen 7. lisäpöytäkirjan 4 artiklassa kielletyllä tavalla samaa tekoa, jos tapauksen tosiseikat ovat samat tai olennaisilta osiltaan samat²⁶². Ihmisoikeustuomioistuin totesi vielä tarkentavasti, että

“[t]he Court’s inquiry should therefore focus on those facts which constitute a set of concrete factual circumstances involving the same defendant and inextricably linked together in time and space, the existence of which must be demonstrated in order to secure a conviction or institute criminal proceedings.”²⁶³

Vaikka *ne bis in idem* -kiellon arviointi tulee tehdä tapauskohtaisten tosiseikkojen perusteella, voidaan asioiden samuutta mahdollisen kartellikriminalisoinnin kannalta yleisesti hahmotella vertailemalla kilpailulain seuraamusmaksumenettelyn soveltamisalaa edellä esiteltyihin kriminalisoinnin tunnusmerkistöä koskeviin huomioihin. Vertailun kannalta voidaan eritellä kaksi olennaista kysymystä: 1) perustuisiko kartellirikoksen tunnusmerkistön mukaisuuden arviointi samoihin tai olennaisilta osiltaan samoihin tosiseikkoihin ajan ja tilan suhteen kuin

²⁶¹ Kokoavasti ks. Helenius 2010, s. 775–776.

²⁶² *Zolotukhin v. Venäjä* (14939/03, 10.02.2009), kohta 82 (“identical facts or facts which are substantially the same”). Ks. myös esim. KKO 2010:46, erit. kohdat 20 ja 26.

²⁶³ *Zolotukhin v. Venäjä* (14939/03, 10.02.2009), kohta 84.

kilpailulain mukainen kilpailunrajoitusten arviointi, ja 2) kohdistuisiko menettely samaan vastajaan kilpailulain ja rikoslain perusteella?

Ensimmäisen kysymyksen osalta on todettava, että kilpailulain ja rikoslain vastuun perustavat säännökset mitä todennäköisimmin perustuisivat merkittävältä osin yhteneville objektiivisille tunnusmerkistöille. Kummatkin tunnusmerkistöt edellyttäisivät nimittäin kielletyn kilpailunrajoituksen olemassaolon näyttämistä, ja tässä arvioinnissa keskeistä olisi molempien säännösten kannalta järjestelyn luonne kilpailuoikeudellisesta näkökulmasta. Kyse on siten lähtökohtaisesti ajan ja tilan suhteen saman teon tai samojen tekojen arvioinnista.

Toisen kysymyksen osalta vastaus on riippuvainen arvioitavana olevasta soveltamistilanteesta. Kuten edellä on todettu, *ne bis in idem* -kiellon soveltuminen edellyttää, että kyse on samojen tosiseikkojen lisäksi *samasta vastaajasta*. Tältä osin kilpailulain ja rikoslain säännökset poikkeaisivat lähtökohdiltaan toisistaan: kilpailulain seuraamusmaksumenettelyn kohteena on elinkeinoharjoittaja, kun taas rikoslain rangaistussäännös kohdistuisi luonnollisiin henkilöihin. Näin ollen kielto soveltuisi ainoastaan tilanteisiin, joissa seuraamusmaksumenettelyn kohteena oleva elinkeinonharjoittaja samaistuisi rikosprosessin kohteena olevaan luonnolliseen henkilöön. Tällainen tilanne voisi olla kyseessä ensinnäkin silloin, kun elinkeinonharjoittajana toimii yksityinen elinkeinonharjoittaja. Toiseksi samaistus voisi olla aiheellista, mikäli luonnollinen ja juridinen henkilö olisi yhtiömuodon perusteella sama henkilö (henkilöyhtiöt). Myös pienimpien osakeyhtiöiden osalta tilanne saattaa olla se, että kilpailuoikeudellisen seuraamusmaksun voitaisiin tosiasiaassa katsoa kohdistuvan esimerkiksi yhtiön toimitusjohtajaan.

5.2.2.4 Periaatteen huomioiminen mahdollisen kartellikriminalisoinnin yhteydessä

Käytännössä *ne bis in idem* -kiellon merkitys jäisi mahdollisen kartellikriminalisoinnin kannalta vähäiseksi. Vaikka kilpailunrajoituksesta määrättävä seuraamusmaksu on lainvoimaiseksi tultuaan samoihin tosiseikkoihin perustuvaan rikosprosessiin nähden vaikutukseltaan estävä, eivät prosessien kohteena olevat oikeussubjektit useimmissa tapauksissa kohtaisi. Tämän voitaneen katsoa johtuvan jo pelkästään siitä, että kilpailu- ja kuluttajaviraston tulee kilpailulain 32 §:n perusteella asettaa tehtävänsä tärkeysjärjestykseen, ja sen tulee jättää asia tutkimatta muun muassa silloin, kun kilpailua kyseisillä markkinoilla voidaan epäilystä kilpailunrajoituksesta huolimatta pitää kokonaisuudessaan toimivana. Sellaiset elinkeinonharjoittajat, jotka juridisen muotonsa tai tosiasiallisen kokonsa perusteella voisivat tulla samais-

tettavaksi rikosprosessin kohteena olevaan luonnolliseen henkilöön, eivät kovinkaan usein pystyne horjuttamaan kilpailua joillakin markkinoilla.

Niissä tapauksissa, joissa luonnolliseen henkilöön tai henkilöihin rinnastettavan yrityksen kilpailunrajoitusasia kaikesta huolimatta etenisi markkinaoikeuden seuraamusmaksua koskevaan päätökseen, muodostaisi lainvoiman saanut päätös esteen rikosprosessin jatkamiselle tai aloittamiselle. Tällaisissa tapauksissa tulisi jo kilpailunrajoitusta koskevan tutkinnan aikana olla selvää, kummassa menettelyssä asia aiotaan viedä päätökseen.

Muilla oikeudenkäytön aloilla, joilla rinnakkaiset hallintosanktio- ja rikosprosessit saattavat aiheuttaa periaatteen kannalta ongelmia, menettelysäännökset asettavat yleensä rikosprosessin hallintoprosessin edelle. Esimerkiksi Finanssivalvonta tai markkinaoikeus ei voi määrätä arvopaperimarkkinalain rikkomisesta hallinnollista seuraamusmaksua sille, jota epäillään samasta teosta esitutkinnassa, syyteharkinnassa tai tuomioistuimessa vireillä olevassa rikosasiassa (Finanssivalvonnasta annetun lain (19.18.2008/878) 42 §:n 3 mom.). Sama koskee myös Maahanmuuttoviraston oikeutta määrätä seuraamusmaksu laittomasti maassa oleskelevien työllistämisestä (työsopimuslain (26.1.2001/55) 11a luvun 6 §:n 4 mom.). Sääntelyratkaisuja on selitetty nimenomaan sillä, että rikosoikeudellista järjestelmää on näissä tapauksissa pidetty ensisijaisena²⁶⁴. Toisaalta on huomattava, että esimerkiksi Finanssivalvonnalla on jonkin verran harkinnanvaraa sen suhteen, määrääkö se tutkittavanaan olevasta asiasta seuraamusmaksun vai tekeekö siitä rikosilmoituksen²⁶⁵.

Verotusmenettelyssä on puolestaan omaksuttu omanlaisensa sääntelytapa. Veroviranomainen voi jättää veronkorotusta koskevan päätöksen tekemättä verotuspäätöstä tehtäessä ja tehdä sen erillisellä päätöksellä myöhemmin, jos se ei tee asiasta rikosilmoitusta tai ole saanut määräajassa tietoa esitutkinnan aloittamisesta, taikka jos esitutkintaviranomainen tai syyttäjä on tehnyt asiassa päätöksen esitutkinnan lopettamisesta tai toimittamatta jättämisestä taikka syyttäjä on tehnyt syyttämättäjättämispäätöksen tai peruuttanut syytteen (laki erillisellä päätöksellä määrättävästä veron- tai tullinkorotuksesta (8.11.2013/781) 1–4 §). Rikoslain 29:11:n mukaan veropetosta tai verorikkomusta koskevassa rikosasiassa voidaan taas jättää ilmoitus tekemättä, esitutkinta toimittamatta, syyte ajamatta sekä rangaistus määräämättä, jos veron-

²⁶⁴ Ks. esim. PeVL 9/2012 vp, s. 3–4.

²⁶⁵ Finanssivalvonnasta annetun lain 40 §:n 3 mom.: ”Seuraamusmaksu voidaan määrätä edellyttäen, ettei asia kokonaisuutena arvioiden anna aiheutta ankarampiin toimenpiteisiin. Vaikka teon tai laiminlyönnin voidaan arvioida täyttävän rikoslain 51 luvussa säädetyn muun kuin törkeän rikoksen tunnusmerkistön, mutta teko tai laiminlyönti on sen haitallisuus, siitä ilmenevä tekijän syyllisyys sekä siitä saatu hyöty ja muut tekoon tai laiminlyöntiin liittyvät seikat huomioon ottaen kokonaisuutena arvioiden vähäinen, Finanssivalvonta voi kuitenkin määrätä seuraamusmaksun ja jättää ilmoittamatta asian esitutkintaviranomaiselle.”

tai tullinkorotus harkitaan riittäväksi seuraamukseksi. Sääntely mahdollistaa siten aidosti viranomaisten yhteistyön ja tapausta koskevan harkinnan eri viranomaisissa.

Kilpailuoikeudellinen seuraamusmaksumenettely on edellä esiteltyihin menettelyihin nähden tietyltä osin eri asemassa. Tämä johtuu siitä, että kilpailulain puitteissa voi tulla sovellettavaksi tapauksia, jotka edellyttävät SEUT 101 artiklan soveltamista. Jos tällaisessa tapauksessa luonnollisen henkilön samaistuessa yritykseen asetettaisiin rikosoikeudellinen järjestelmä ensisijaiseksi, tulisivat EU:n kilpailusäännöt asetuksen 1/2003 nojalla suoraan sovellettavaksi myös rikosoikeudellisessa menettelyssä²⁶⁶. Tällainen tilanne olisi omiaan aiheuttamaan sekaannusta muun muassa tuomittavien seuraamusten sekä viranomaisten toimivaltuuksien osalta. Kaiken kaikkiaan toimivampana ja tarkoituksenmukaisempaa vaihtoehtona voitaneenkin pitää sitä, että oikeussubjektien samuutta koskevissa tilanteissa kilpailulain mukainen hallinnollinen seuraamusmenettely saisi ensisijajan.

Kilpailulain seuraamusmaksumenettelyn etusija *ne bis in idem* -kiellon soveltamista koskevissa tilanteissa olisi toteutettavissa monin tavoin. Ensinnäkin etusija voitaisiin varmistaa säätämällä rikosilmoituksen tekeminen kilpailuviranomaisen tehtäväksi ja antamalla kilpailuviranomaiselle tiettyä harkintavaltaa ilmoituksen tekemisen suhteen. Tästä mallista voisi olla hyötyä myös leniency-menettelyn turvaamisen kannalta²⁶⁷. Toinen vaihtoehto olisi ilmaista suoraan laissa kilpailumenettelyn etusija ristiriitatilanteissa. Poissuljettuna ei voitane pitää myöskään sitä, että tilanne jätetään kokonaan sääntelemättä. Menettelyjen etusijajärjestystä koskevien tilanteiden vähälukuisuuden vuoksi suuria ongelmia tuskin aiheutuisi siitä, että kilpailuviranomainen ja esitutkinta- tai syyttäväviranomainen neuvottelisivat tutkinnan aikana keskenään siitä, kummassa menettelyssä asia olisi tarkoituksenmukaisempaa ajaa. Tällöin olisi kuitenkin syytä pitää kiinni yhtenäisestä soveltamislinjasta, jottei menettelystä seuraisi oikeusturvaongelmia yhdenvertaisuus- ja ennakoitavuusnäkökulmasta.

Lopuksi on syytä todeta selvyiden vuoksi, että oikeushenkilön rangaistusvastuun ulottaminen koskemaan kartellikriminalisointia olisi *ne bis in idem* -kiellon kannalta ongelmallinen. Tällöin kysymys prosessinvalinnasta tulisi ratkaistavaksi jokaisen rikostunnusmerkistön täyttävän teon kohdalla. Mikäli oikeushenkilön rangaistusvastuun soveltuminen kuitenkin katsottaisiin tarpeelliseksi, tulisi lainsäätäjän huolellisesti harkita menettelyjen keskinäistä painotamista sekä kirjata lakiin tarkat menettelyohjeet tutkinta- ja syyttäväviranomaisten toiminnas-

²⁶⁶ Ks. tarkemmin edellä jakso 3.4.

²⁶⁷ Toisaalta tällöin tulisi varmistua, ettei tuomiovaltaa siirretä liiallisesti pois tuomioistuimilta. Mainittua rajanvetoa sekä leniency-menettelyn turvaamista käsitellään tarkemmin jäljempänä jaksossa 5.4.

ta. Tässä selvityksessä mainittua harkintaa ei ole katsottu aiheelliseksi suorittaa, vaan lähtökohdaksi on otettu se, että jatkossakin oikeushenkilön vastuu olisi tarkoitus toteuttaa kilpailulain seuraamusmaksumenettelyssä.

5.3 Prosessien vuorovaikutussuhteisiin liittyvät yleiset kysymykset

5.3.1 Yleistä

Luvussa tarkastellaan erillisten hallinto- ja rikosprosessien vuorovaikutussuhteisiin ja käytännön toimivuuteen liittyviä avainkysymyksiä. Siten lähtökohtana prosessien tarkastelulle tässä selvityksessä on, että hallinnolliset kilpailunrajoitusasiat tutkisi kilpailuviranomainen eli Kilpailu- ja kuluttajavirasto, kun taas rikostutkintaa suorittaisi poliisi. Vastaava työnjako on ominainen järjestelmällemme ja se on toiminnan perustana esimerkiksi arvopaperimarkkina- ja verolainsäädännön valvonnassa.

Kahden prosessin järjestelmän ennakoitavan ja tehokkaan toiminnan edellytyksenä on riittävä ja oikein kohdennettu prosessien vuorovaikutussuhteita koskeva sääntely. Tästä näkökulmasta luvussa on nostettu esiin tärkeimmiksi arvioidut yleiset kahden prosessin yhteensovittamiseen liittyvät kysymykset. Aluksi tarkastellaan yleisesti miten prosessit voisivat sijoittua toisiinsa nähden ajallisesti. Tehtyjen huomioiden perusteella edetään vertailemaan kilpailu- ja esitutkintaviranomaisten käytössä olevia tutkintavaltuuksia, jonka jälkeen arvioidaan tarvetta ja mahdollisuutta viranomaisten väliselle tietojenvaihdolle. Lopuksi tarkastellaan lyhyesti minkälainen asema hallintotuomioistuimen ratkaisulla voi olla rikosoikeudenkäynnissä.

Kilpailunrajoitusasioissa oman erityiskysymyksensä muodostaa prosessien yhteensovittaminen hallinnollisista seuraamusmaksuista vapautumista tai maksujen alentamista koskeva leniency-järjestelmän kannalta. Tätä kysymystä käsitellään sen laajuuden ja merkittävyyden vuoksi jäljempänä omassa luvussaan.

5.3.2 Prosessien ajallinen suhde sekä vireilläolon vaikutus

Rangaistukselliseen seuraamukseen tähtäävien ja samaa tekokokonaisuutta käsittelevien hallinnollisten ja rikosoikeudellisten menettelyjen keskinäinen suhde vireilläolon kannalta on mahdollista järjestää useilla tavoilla. Karkeasti jaotellen menettelyt voidaan jakaa neljään ryhmään: rinnakkaiset, osittain rinnakkaiset, peräkkäiset sekä toisensa poissulkevat prosessit.

Toisensa poissulkevia prosesseja ovat pääsääntöisesti sellaiset menettelyt, joissa hallinnolliset ja rikosoikeudelliset seuraamukset on kohdistettu samaan oikeussubjektiin. Tällöin edellä esitellystä *ne bis in idem* -kiellosta johtuen joudutaan tekemään tapauskohtainen valinta,

kumpaan menettelyyn asia ohjataan. Esimerkiksi arvopaperimarkkinoita koskevan sääntelyn rikkomisesta voidaan määrätä seuraamusmaksu edellyttäen, ettei asia kokonaisuutena arvioiden anna aiheutta ankarampiin toimenpiteisiin (Finanssivalvonnasta annetun lain 40 §:n 3 mom.). Finanssivalvonta ei kuitenkaan voi määrätä seuraamusmaksua sille, jota epäillään samasta teosta esitutkinnassa, syyteharkinnassa tai tuomioistuimessa vireillä olevassa rikosasiassa, tai jos samasta teosta on annettu lainvoimainen tuomio (Finanssivalvonnasta annetun lain 42 §:n 3 mom.). Verotusmenettelyn liittyvien rikkomusten osalta sääntely on jokseenkin monimutkaisempaa, mutta pääperiaate on sama; verottaja ei määrää veronkorotusta, jos samasta asiasta annetaan syyksilukeva rikostuomio²⁶⁸. Kartellitoimintaan kohdistuvat seuraamukset poikkeaisivat mainituista menettelyistä, sillä rikosoikeudelliset seuraamukset kohdistuisivat pääsääntöisesti eri oikeussubjektiin kuin hallinnolliset seuraamukset. Tämän vuoksi tarvetta toisensa poissulkeville prosesseille ei kilpailunrajoitusasioiden kohdalla pääsääntöisesti olisi²⁶⁹.

Peräkkäisten prosessien mallissa ajatuksena olisi se, että rikosprosessi käynnistyisi vasta silloin, kun rikossäännöksen soveltamisalaan kuuluvan kielletyn kilpailunrajoituksen olemassaolo olisi hallinnollisessa menettelyssä todettu. Mallin etuna voitaisiin lähinnä pitää sitä, että esitutkinnasta aiheutuvat kustannukset voisivat olla rinnakkaisia menettelyjä pienemmät, kun rikosprosessiin olisi mahdollista ohjata vain sellaiset tapaukset, joiden osalta tunnusmerkistön soveltuminen olisi hallintotuomioistuimen päätöksen perusteella melko varmaa. Mallista aiheutuvat haitat näyttäisivät kuitenkin muodostuvan saatuja hyötyjä suuremmiksi. Ensinnäkään esitutkinnassa käytettävissä olevia laajempia tutkintavaltuuksia ei voitaisi käyttää hallinnollisessa prosessissa hyödyksi, jos rikostutkinta alkaisi vasta hallinnollisen asian ratketua. Toiseksi näytön hankkiminen rikossyytteen tueksi voisi olla hankalaa. Tämä johtuisi siitä, että useiden salaisten pakkokeinojen onnistunut käyttö edellyttää käytännössä, että pakkokeinon kohde ei ole tietoinen häneen kohdistuvasta tutkinnasta. Peräkkäisten menettelyjen mallissa kartellitoimintaan olisi jo ennen rikostutkintaa puututtu, jolloin salaisilla pakkokeinoilla saavutettavat tulokset jäisivät vähäisiksi. Toisin sanoen rikosasian näyttö jäisi pitkälti saman aineiston varaan kuin hallintomenettelyssä, jolloin rikosprosessin korkeammat näyttövaatimukset voisivat koitua ongelmallisiksi. Kolmanneksi kokonaan peräkkäiset prosessit saattaisivat johtaa oikeusprosessin hyvin pitkään kokonaisuuteen.

²⁶⁸ Ks. laki erillisellä päätöksellä määrättävästä veron- tai tullinkorotuksesta.

²⁶⁹ Mahdollisia *ne bis in idem* -kieltoon liittyviä ongelmatilanteita on käsitelty edellä jaksossa 5.2.2.

Rinnakkaiset prosessit olisivat nimensä mukaisesti vireillä samanaikaisesti. Käytännössä tämä tarkoittaisi sitä, että kilpailuviranomainen tekisi rikosilmoituksen aikaisessa vaiheessa omaa tutkintaansa ja ennen kilpailulain 33–36 §:ssä tarkoitettujen tutkintavaltuuksien käyttämistä²⁷⁰. Vastaavasti jos asia syystä tai toisesta tulisi poliisille tutkittavaksi ennen hallinnollisen tutkinnan aloittamista, olisi poliisilla velvollisuus ilmoittaa rikostutkinnasta kilpailuviranomaisille²⁷¹. Tällainen tutkinnan aikaiseen vaiheeseen sijoittuva viranomaisyhteistyö mahdollistaisi esimerkiksi salaisten pakkokeinojen onnistuneen käytön, ja mikäli tietojenvaihdosta viranomaisten välillä olisi erikseen säädetty, voisi esitutkintaviranomainen luovuttaa esitutkinta-aineistoa myös kilpailuviranomaiselle²⁷². Toisaalta mikäli prosessit olisivat täysin samanaikaiset ja toisistaan riippumattomat, olisi olemassa riski siitä, että asiaa samanaikaisesti käsittelevät tuomioistuimet voisivat ratkaista kilpailunrajoituksen olemassaoloa koskevan kysymyksen eri tavoilla. Käytännössä ongelma olisi mahdollista ratkaista siten, että rikossyyte nostettaisiin vasta silloin, kun hallintotuomioistuin on lainvoimaisesti todennut kilpailunrajoituksen olemassaolon (osittain rinnakkaiset prosessit). Etuna olisi tällöin myös se, että hallintotuomioistuimen päätöstä voitaisiin soveltuvilta osin käyttää rikosprosessissa tukena kilpailunrajoituksen olemassaoloon liittyviä kysymyksiä ratkaistaessa. Riskinä olisi kuitenkin, että rikosprosessi saattaisi joissain tapauksissa venyä kohtuuttoman pitkäksi.

Esitetyistä vaihtoehtoista (osittain) rinnakkaisten prosessien mallia voitaneen kokonaisuutena arvioiden pitää toimivimpana ratkaisuna. Oikeudellisesti tai näytön kannalta vaikeissa asioissa saattaisi käytännössä esiintyä tarvetta odottaa hallinnollisen seuraamusmaksuasian ratkaisua ennen rikossyytteen nostamista. Näissä tapauksissa tulisi huomiota kiinnittää erityisesti siihen, ettei rikosasian kokonaiskäsittelyaika pääsisi muodostumaan kohtuuttomaksi.

5.3.3 Viranomaisten tutkintavaltuuksista

Kilpailu- ja kuluttajaviraston tutkintavaltuuksista säädetään kilpailulain 5 luvussa. Kilpailulain 33 §:n mukaan elinkeinonharjoittajat sekä näiden yhteenliittymät ovat pyynnöstä velvollisia antamaan kilpailuviranomaisille ”– kaikki kilpailunrajoituksen sisällön, tarkoituksen ja vaikutuksen sekä kilpailuolosuhteiden selvittämiseksi ja 4 luvussa tarkoitetun yrityskaupan arvioimiseksi tarpeelliset tiedot ja asiakirjat”. Kilpailulain 34 §:n perusteella kilpailuviranomainen voi puolestaan kutsua kuultavaksi elinkeinonharjoittajan edustajan taikka muun

²⁷⁰ Velvollisuudesta tai oikeudesta rikosilmoituksen tekemiseen on määrätty useissa hallintoviranomaisia koskevissa menettelylaeissa. Ks. esim. jätelain 136 § sekä verohallinnosta annetun lain (11.6.2010/503) 28 §.

²⁷¹ Tällaisesta sääntelystä ks. esim. erillisellä päätöksellä määrättävästä veron- tai tullinkorotuksesta annetun lain 7 §.

²⁷² Viranomaisten väliseen tietojenvaihtoon liittyvistä kysymyksistä tarkemmin jäljempänä.

henkilön, jonka voidaan perustellusta syystä epäillä toimineen kilpailunrajoituksen toteuttamisessa, jos se on välttämätöntä tutkinnan kohteeseen liittyvien tietojen keräämistä varten. Edelleen kilpailuviranomainen voi suorittaa tarkastuksia elinkeinonharjoittajan liiketiloissa (kilpailulain 35 §) tai muissa tiloissa (kilpailulain 36 §), jos se on tarpeen kilpailulain noudattamisen valvomiseksi. Muissa kuin elinkeinonharjoittajan tiloissa suoritettava tarkastus edellyttää markkinaoikeuden antamaa lupaa sekä perusteltua epäilyä siitä, että tiloissa säilytetään kirjanpitoa tai muita liiketoimintaan ja tarkastuksen kohteeseen liittyviä asiakirjoja, joilla voi olla merkitystä kilpailusääntöjen rikkomista todistettaessa. Kilpailuviranomainen voi myös asettaa antamansa määräyksen, kiellon tai velvoitteen noudattamisen tehosteeksi uhkasakon, joskaan uhkasakkoa ei saa asettaa luonnolliselle henkilölle tehosteeksi 34 §:ssä säädetyn velvollisuuden täyttämiseksi (kilpailulain 46 §).

Keskeisimmät esitutkintaa koskevat säännökset on sijoitettu esitutkintalakiin (22.7.2011/805; ETL), pakkokeinolakiin (22.7.2011/806; PKL) sekä poliisilakiin (22.7.2011/872). Esitutkintaa suorittavan viranomaisen käytössä olevat keinot rikosten selvittämiseksi poikkeavat jossain määrin kilpailuviranomaisten tutkintavaltuuksista. Ensinnäkin kuten edellä itsekriminointisuoja koskevassa jaksossa kävi ilmi, rikoksesta epäillyllä on oikeus olla myötävaikuttamatta oman rikoksensa selvittämiseen. Tämä oikeus on myös nimenomaisesti kirjattu esitutkintalakiin (4:3). Toisin sanoen esitutkintaviranomainen ei saa vastaavalla tavalla painostaa rikoksesta epäiltyä antamaan tietoja kuin kilpailuviranomainen. Toisaalta esitutkintaviranomaisella on vahvemmat valtuudet siltä osin, että se voi pakottaa tutkinnan kannalta merkitykselliset henkilöt osallistumaan esimerkiksi kuulusteluun noutamalla nämä esitutkintaan (ETL 6:1 ja 6:2). Toiseksi esitutkintaviranomaisten toimivaltuudet erilaisten etsintöjen suorittamiseen ovat kilpailuviranomaisia laajemmat erityisesti siinä suhteessa, että yleinen kotietsintä ja muihin kuin asuttuihin tiloihin kohdistuva paikanetsintä voidaan suorittaa pidättämisen oikeutetun virkamiehen päätöksellä (PKL 8:15). Yleisen kotietsinnän käyttö tosin edellyttää, että on syytä epäillä, että on tehty rikos, josta säädetty ankarin rangaistus on vähintään kuusi kuukautta vankeutta tai selvitettävä asia koskee yhteisösakon tuomitsemista (ETL 6:2). Kolmas ja tärkein ero viranomaisten tutkintavaltuuksissa on esitutkintaviranomaisten käytössä olevat salaiset pakkokeinot, joilla rikostutkinnan kannalta tarpeellisia tietoja voidaan tietyin edellytyksin hankkia salassa epäilyiltä.

Salaisten pakkokeinojen käytön yleisenä edellytyksenä on, että käytöllä voidaan olettaa saatavan rikoksen selvittämiseksi tarvittavia tietoja, ja useimmat keinot edellyttävät myös, että niillä voidaan olettaa olevan erittäin tärkeä merkitys rikoksen selvittämislle (PKL 10:2).

Lisäksi jokaisen pakkokeinon osalta on erikseen määritelty ne rikokset, joista epäiltyihin pakkokeinoja voidaan kohdistaa. Osaa salaisista pakkokeinoista voidaan käyttää pidättämiseen oikeutetun virkamiehen tai erityisesti nimetyn poliisiviranomaisen päätöksellä, kun taas osa keinoista edellyttää tuomioistuimen lupaa. Tässä selvityksessä ei ole mahdollista arvioida yksityiskohtaisesti salaisten pakkokeinojen erityisiä edellytyksiä, vaan esiin nostetaan sellaisia pakkokeinoja, joita tyypillisesti voidaan käyttää vakavien talousrikosten selvittämiseksi.

Suurimmassa osassa pakkokeinosäännöksiä käytön erityiset edellytykset ovat kytköksissä tutkittavana olevasta rikoksesta säädettyyn enimmäisrangaistukseen. Edellä jaksossa 4.5 arviointiin, että perusmuotoisen kartellikriminalisoinnin rangaistusasteikoksi tulisi todennäköisesti sakkoa – kaksi vuotta vankeutta, ja mikäli törkeä tekemuoto säädettäisiin, sen asteikoksi tulisi vankeutta neljästä kuukaudesta neljään vuoteen. Näin ollen tutkittavana olevasta rikoksesta säädettyyn enimmäisrangaistukseen kytketyt pakkokeinot voidaan jakaa kahteen ryhmään: enintään kahden vuoden vankeusrangaistusta edellyttävät ja kahdesta neljään vuotta edellyttävät. Ensimmäiseen ryhmään kuuluvat suunnitelmallinen tarkkailu (PKL 10:12), teleosoitteen tai telepäätelaitteen yksilöintitietojen hankkiminen (PKL 10:25) sekä tietyin edellytyksin tekninen katselu (PKL 10:19) ja tekninen seuranta (PKL 10:21). Toiseen ryhmään puolestaan kuuluvat televalvonta (PKL 10:6), peitelty tiedonhankinta (PKL 10:14), tekninen kuuntelu (PKL 10:16), tekninen laitetarkkailu (PKL 10:23) sekä kotirauhan suojaamaan paikkaan kohdistuva tekninen katselu ja henkilöön kohdistuva tekninen seuranta. Useiden talousrikosten selvittämiseen voidaan edellä mainittujen pakkokeinojen lisäksi käyttää telekuuntelua (PKL 10:3). Soveltuvat rikostunnusmerkistöt on yksilöity laissa²⁷³, ja lisäksi luvan antamiseksi edellytetään, että rikoksella on tavoiteltu erityisen suurta hyötyä ja rikos on tehty erityisen suunnitelmallisesti (PKL 10:3.3).

Kuten edellä on todettu, esitutkintaviranomaisten kilpailuviranomaisia laajemmista tutkintavaltuuksista voisi olla hyötyä vakavimpien kilpailunrajoitusten selvittämisen kannalta. Salaisien pakkokeinojen käyttö epäiltyjen vakavimpien kilpailunrajoitusten tutkinnassa voisi merkittävästikin parantaa viranomaisten edellytyksiä ylipäänsä selvittää omatoimisesti näitä asioita, minkä lisäksi pakkokeinot mahdollistaisivat tarpeellisen (ja kilpailuasioita jossain määrin kattavamman) näytön keräämisen rikostuomioiden langettamiseksi. On kuitenkin huomattava, että suuri osa tarpeellisista tutkintakeinoista edellyttäisi törkeän tekemuodon säätämistä yleisen enimmäisrangaistusvaatimuksen perusteella. Sinänsä kartelleja koskeva rikostunnus-

²⁷³ Liike- tai ammattitoimintaan liittyvistä rikoksista telekuunteluluvan voi nykyisen lain perusteella saada vain, jos jotakuta on syytä epäillä näiden rikosten törkeistä tekemuodoista.

merkistö voitaisiin toki liittää myös tarpeellisten pakkokeinojen soveltamisalistauksiin, mutta käytännössä tavanomaisten talousrikossäännösten kohdalla näin ei ole menetelty, vaan ainoastaan törkeät tekumuodot kuuluvat säännösten soveltamisalaan.

Jotta esitutkintaviranomaisten laajemmista tutkintavaltuuksista olisi käytännössä hyötyä vakavimpien kilpailunrajoitusasioiden selvittämisessä, tulisi hallinnollisen menettelyn ja rikosprosessin olla ainakin osittain rinnakkain vireillä. Tämä johtuu ennen kaikkea siitä, että jos rikosilmoitus tehtäisiin (tai esitutkinta aloitettaisiin omatoimisesti) vasta kun kilpailurikkomus on hallintotuomioistuimessa todettu, tulisi esitutkintaviranomaisen tutkittavaksi pääsääntöisesti vain ne asiat, jotka on pystytty selvittämään käyttäen kilpailuviranomaisten tutkintakeinoja. Jos taas kilpailuviranomainen tekisi rikosilmoituksen siinä vaiheessa, kun esitutkinnan aloittamisen vaativa syytä epäillä -kynnys on ylittynyt, voisivat esitutkintaviranomaisten laajemmat tutkintavaltuudet olla hyödyksi myös kilpailuoikeudellisen kilpailunrajoitusasian selvittämisessä. Tässä vaiheessa salaisten pakkokeinojen käytöllä voitaisiin myös saavuttaa parhaat tulokset, sillä näiden keinojen onnistunut käyttö on useimmiten sidoksissa siihen, etteivät pakkokeinojen kohteet vielä tiedä vireillä olevasta tutkinnasta.

Esitetyn perusteella kilpailu- ja esitutkintaviranomaisten tutkintojen yhteensovittamisen näkökulmasta on syytä nostaa esille kaksi keskeistä seikkaa, joilla olisi vaikutusta kartellitutkintojen onnistumiseen. Ensimmäinen on mahdollisuus tutkinnan salaamiseen siihen asti, kun se on molempien viranomaisten toimien kannalta tarpeen. Tämä ei aiheuttane ongelmia nykyisen lainsäädännön perusteella. Kilpailulain 38 §:n 1 momentin mukaan kilpailuviranomaisten tulee ilmoittaa tutkinnan kohteena olevalle elinkeinonharjoittajalle, mikä on sen asema tutkinnassa ja mistä teosta sitä epäillään. Ilmoitus tulee tehdä niin pian kuin se on mahdollista ilman, että siitä voi aiheutua haittaa kilpailunrajoituksen selvittämiseksi. Kilpailulain esitöiden perusteella säännöksen tarkoituksena on varmistaa, että elinkeinonharjoittaja voi edesauttaa kilpailunrajoituksen selvittämistä ja toisaalta käyttää tehokkaasti puolustautumisoikeuksiaan. Velvollisuutta ei esimerkiksi ole vielä silloin, kun kilpailuviranomainen vasta suunnittelee asiaa koskevan tarkastuksen tekemistä.²⁷⁴ Säännöstä voitaneen tulkita siten, että ilmoituksen tekemistä voidaan siirtää myös tutkinnan salaamista edellyttävien esitutkintaviranomaisten salaisten pakkokeinojen vuoksi. Toiseksi jotta kilpailu- ja esitutkintaviranomaiset voisivat molemmat hyötyä eri tutkintavaltuuksilla saaduista tiedoista, tulisi tietojenvaihdon viran-

²⁷⁴ HE 88/2010 vp, s. 79.

omaisten välillä olla pääsääntöisesti mahdollista molempiin suuntiin. Tätä kysymystä tarkastellaan tarkemmin seuraavassa jaksossa.

5.3.4 Viranomaisten tietojenvaihtovaltuudet

Poliisilain 4:2.1:n mukaan

”[p]oliisilla on päällystöön kuuluvan poliisimiehen pyynnöstä oikeus saada viranomaiselta ja julkista tehtävää hoitamaan asetetulta yhteisöltä poliisille kuuluvan tehtävän suorittamiseksi tarpeelliset tiedot ja asiakirjat maksutta ja salassapitovelvollisuuden estämättä, jollei sellaisen tiedon tai asiakirjan antamista poliisille tai tietojen käyttöä todisteena ole laissa nimenomaisesti kielletty tai rajoitettu.”

Poliisilla on siten yleisvaltuus saada viranomaisilta tarpeelliset tiedot ja asiakirjat esitutinnan suorittamiseksi. Kuten edellä itsekriminointisuojaan käsittelyn yhteydessä on todettu, kilpailuviranomaisen tutkintavaltuuksiensa perusteella saamien tietojen käyttöä koskevan kilpailulain 38 §:n 3 momentin muotoilu on jokseenkin epäselvä poliisin tietojensaantioikeuteen nähden, mutta sen ei voitane ainakaan sanamuotonsa perusteella katsoa nimenomaisesti estävän tietojen luovuttamista poliisille tai tietojen käyttämistä esitutkinnassa. Tämän tulisi myös toimia lähtökohtana, mikäli kriminalisointi toteutettaisiin. Kilpailuasioden hallinnolliseen tutkintaan tai kilpailuviranomaisten toimivaltuuksiin ei liittynne sellaisia piirteitä, joiden vuoksi tietojen luovuttaminen poliisille tai tietojen käyttö myöhemmässä rikosprosessissa tulisi *yleisesti* kieltää. Kilpailulain 38 §:n 3 momentin muotoilu olisi kuitenkin kriminalisoinnin yhteydessä syytä tarkistaa.

Vaikka tietojen luovuttaminen esitutkintaviranomaiselle olisi yleisesti sallittua, seuraisi perus- ja ihmisoikeuksista sekä EU:n kilpailuoikeudesta tiettyjä rajoitteita kilpailuviranomaisen hallussa olevien tietojen luovuttamiselle ja käytölle rikosprosessissa.

Ensinnäkin tietojen luovuttamista olisi syytä rajata niissä tapauksissa, joissa kilpailuviranomainen on hankkinut tietoja sellaisin keinoin, joita esitutkinnassa ei olisi lupa käyttää. Edellä todetuin tavoin tällainen tilanne voisi olla kyseessä lähinnä silloin, kun kilpailuviranomainen on käyttänyt uhkasakkoa tietojenantovelvollisuuden tehosteena ja pakotteen voidaan katsoa kohdistuvan tosiasiallisesti rikosprosessissa epäiltyyn. Jaksossa 5.2.1.5 on käsitelty mainittua ongelmaa tarkemmin sekä esitelty nykyisessä lainsäädännössä käytettyjä ratkaisumalleja.

Toiseksi EU:n kilpailusäännöt rajoittavat tietojen käyttöä todisteena rikosprosessissa tietyissä tilanteissa, joissa kilpailuviranomaiselta saadut tiedot ovat peräisin jonkin muun valtion kilpailuviranomaisilta. EU:n kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta annetun asetuksen 1/2003 artiklan 12(1) mukaan komissiolla ja jäsenvaltioiden kilpailuviranomaisilla on perustamissopimuksen 101 artiklan soveltamiseksi ”toimivalta välittää toisilleen tietoa kaikista tosiseikoista tai oikeudellisista seikoista, luottamukselliset tiedot mukaan lukien, ja käyttää niitä todisteina”. Artiklan 3 kohdan mukaan vaihdettuja tietoja voidaan kuitenkin käyttää todisteena seuraamusten määräämiseksi luonnollisille henkilöille ainoastaan, jos 1) tiedot toimittaneen viranomaisen lainsäädännössä määrätään samankaltaisesta seuraamuksesta kuin perustamissopimuksen 101 artiklan rikkomisen yhteydessä, tai jos näin ei ole, 2) tiedot on koottu tavalla, joka takaa samantasoisien luonnollisten henkilöiden puolustautumisoikeuksien suojan kuin vastaanottavan viranomaisen kansallisissa säännöissä on säädetty. Tällöin tietoja ei kuitenkaan voida käyttää vapausrangaistusten langettamiseen.

Artiklan jossain määrin epäselvää muotoilua selventää komission tiedonanto yhteistyöstä kilpailuviranomaisten verkostossa, jossa on todettu seuraavaa:

”– [j]os tiedot toimittavan ja tiedot vastaanottavan viranomaisen oikeusjärjestelmässä määrätään samankaltaisista seuraamuksista (esim. molemmissa jäsenvaltioissa voidaan määrätä sakkoja yrityksen työntekijälle, joka on ollut osallisena perustamissopimuksen 81 tai 82 artiklan rikkomiseen), tiedot vastaanottava viranomainen voi käyttää neuvoston asetuksen 12 artiklan mukaisesti vaihdettuja tietoja. Tällöin oikeusjärjestelmiin kuuluvien menettelyllisten takeiden oletetaan olevan samanarvoiset. Sen sijaan silloin, jos molemmissa oikeusjärjestelmissä ei määrätä samankaltaisia seuraamuksia, tietoja voidaan käyttää vain, jos yksityishenkilön oikeuksia on kunnioitettu samantasoisesti käsiteltävänä olevassa asiassa (ks. neuvoston asetuksen 12 artiklan 3 kohta). Jälkimmäisessä tapauksessa vapausrangaistus voidaan kuitenkin määrätä vain, jos sekä tiedot toimittavalla viranomaisella että vastaanottavalla viranomaisella on valta määrätä tällainen seuraamus.”²⁷⁵

Oman kysymyksensä tietojen luovuttamiseen esitutkintaviranomaisille muodostaa kilpailulain 17 §:n 4 momentti, joka koskee leniency-hakemuksilla toimitettujen tietojen käyttämistä. Säännöksellä on melko yksiselitteisesti rajattu mainittujen tietojen käyttö vain tiettyihin kilpailulain mukaisiin menettelyihin:

²⁷⁵ EUVL C 101, 27.04.2004, s. 43–53, kohta 28(c).

”Kilpailu- ja kuluttajavirastolle 14 §:ssä tarkoitetun vapautuksen tai 15 §:ssä tarkoitetun alennuksen saamiseksi toimitettuja tietoja ja todisteita ei voida käyttää muuhun tarkoitukseen kuin 9 §:ssä tarkoitettua määräystä lopettaa kilpailunrajoitus tai velvollisuutta toimittaa hyödyke, 10 §:ssä tarkoitettua sitoumuspäätöstä, 11 §:ssä tarkoitettua ryhmäpoikkeuksen edun peruuttamista tai 12 §:ssä tarkoitettua seuraamusmaksuesitystä koskevan asian käsittelyyn Kilpailu- ja kuluttajavirastossa, markkinaoikeudessa tai korkeimmassa hallinto-oikeudessa.”

Tarve kilpailulain 17 §:n 4 momentin muuttamiseen riippuisi siitä, millä tavalla leniency-järjestelmän toimivuus pyrittäisiin turvaamaan kriminalisoinnin yhteydessä. Lain esitöiden mukaan mainitulla säännöksellä pyritään varmistamaan, ettei seuraamusmaksusta vapautumista tai maksun alentamista hakenut elinkeinonharjoittaja joutuisi vahingonkorvausprosessissa muita kartellin jäseniä huonompaan asemaan²⁷⁶. Sama ajatus soveltuisi myös rikosprosessin osalta. Toisin sanoen leniency-hakemuksilla saatujen tietojen luovuttaminen poliisiviranomaisille olisi hyväksyttävää lähinnä siinä tapauksessa, että leniency-järjestelmä ulotettaisiin myös rikosoikeudellisiin seuraamuksiin ja kumpaankin menettelyyn kohdistuva hakemus tehtäisiin kilpailuviranomaiselle. Jos taas leniency-järjestelmää ei lainkaan ulotettaisi rikosoikeudellisiin seuraamuksiin tai jos järjestelmän toimivuutta pyrittäisiin turvaamaan esimerkiksi säätämällä kilpailuviranomaiselle mahdollisuus olla tekemättä rikosilmoitus tietyissä tilanteissa, olisi leniency-hakemuksella saadut tiedot syytä pitää pelkästään kilpailuviranomaisen tiedossa, jottei hakemuksen tehnyt taho joutuisi mahdollisessa rikosprosessissa muita heikompaan asemaan. Leniency-järjestelmän turvaamiseen liittyviä kysymyksiä käsitellään tarkemmin jäljempänä.

Mikäli esitutkintaviranomaisen laajemmista tutkintavaltuuksista haluttaisiin puolestaan apua kilpailunrajoitusten selvittämiseksi (rinnakkaisessa) hallintoprosessissa, tulisi tietojenvaihdon olla mahdollista myös poliisilta kilpailuviranomaiselle. Esitutkinta-aineiston luovuttaminen toiselle viranomaiselle kesken rikostutkinnan on tietyin edellytyksin mahdollista, joskin se edellyttää laintasoista sääntelyä. Aivan kaikki esitutkintaan liittyvä materiaali ei kuitenkaan tällöinkään olisi välttämättä saatavissa. Esitutkinta-aineiston luovuttamista koskeva sääntely on pääpiirteissään seuraava.

Esitutkintalain 9:7.1:n mukaan esitutkinta-asiakirjojen julkisuudesta säädetään viranomaisten julkisuudesta annetussa laissa (21.5.1999/621; julkisuuslaki). Julkisuuslain 24 §:n 1 momen-

²⁷⁶ HE 88/2010 vp, s. 65.

tin 3 kohdan mukaan salassa pidettäviä viranomaisen asiakirjoja ovat, jollei erikseen toisin säädetä,

”poliisille ja muille esitutkintaviranomaisille ja syyttäjälle sekä tarkastus- ja valvontaviranomaisille tehdyt ilmoitukset rikoksesta, esitutkintaa ja syyteharkintaa varten saadut ja laaditut asiakirjat sekä haastehakemus, haaste ja siihen annettu vastaus rikosasiassa, kunnes asia on ollut esillä tuomioistuimen istunnossa taikka kun syyttäjä on päättänyt jättää syytteen nostamatta tai kun asia on jätetty sikseen, jollei ole ilmeistä, että tiedon antaminen niistä ei vaaranna rikoksen selvittämistä tai tutkinnan tarkoituksen toteutumista tai ilman painavaa syytä aiheuta asiaan osalliselle vahinkoa tai kärsimystä tai estä tuomioistuinta käyttämästä oikeuttaan määrätä asiakirjojen salassapidosta oikeudenkäynnin julkisuudesta yleisissä tuomioistuimissa annetun lain (370/2007) mukaan”.

Julkisuuslain 29 §:n 1 momentin 1 kohdan mukaan viranomainen voi antaa toiselle viranomaiselle tiedon salassa pidettävästä asiakirjasta, jos tiedon antamisesta tai oikeudesta tiedon saamiseen on laissa erikseen nimenomaisesti säädetty. Tällaisesta tiedonantovelvollisuudesta on säädetty esimerkiksi laissa erillisellä päätöksellä määrättävästä veron- tai tullinkorotuksesta. Kilpailuviranomaisen oikeus saada esitutkinta-asiakirjoja olisi siten mahdollista kirjata suoraan kilpailulakiin. Oikeutta olisi kuitenkin syytä rajoittaa koskemaan vain samaan kilpailunrajoitukseen liittyvää esitutkinta-aineistoa.

Julkisuuslain perusteella saatavan esitutkinta-aineiston laajuuden osalta on syytä huomata, että julkisuuslaissa asetetaan tiettyjä rajoituksia luovutuskelpoisen aineiston suhteen. Julkisuuslain 5 §:ssä määritellään lain soveltamisalaan kuuluvat viranomaisten asiakirjat. Lain mukaan asiakirjoina sinänsä pidetään kaikenlaisia asiakirjoja ja tallenteita, mukaan lukien erilaiset ääni- ja kuvatallenteet, eikä tässä yhteydessä ole tarpeen tarkastella asiakirjan ja viranomaisen asiakirjan käsitteitä tarkemmin. Sen sijaan on tarpeen huomauttaa, että julkisuuslain 5 §:n 3 momentin 3 kohdan mukaan viranomaisen asiakirjana ei pidetä viranomaisen palveluksessa olevan tai viranomaisen toimeksiannosta laatimia muistiinpanoja taikka sellaisia luonnoksia, joita laatija ei ole vielä antanut esittelyä tai muuta asian käsittelyä varten. Näin ollen esitutkintaviranomaisen tutkinnasta tekemät muistiinpanot ja vastaavat dokumentit eivät kuulu julkisuuslain perusteella tehtävän tietojenvaihdon piiriin.

5.3.5 Hallintotuomioistuimen ratkaisun asema rikosoikeudenkäynnissä

Aiempi tuomioistuimen ratkaisu voi esiintyä myöhemmässä oikeudenkäynnissä kahdessa eri roolissa. Tuomiolla voi ensinnäkin olla tuomioistuimen harkintavaltaa muodollisesti rajoitta-

va ja viran puolesta huomioitava *oikeusvoimavaikutus (res judicata)*. Oikeusvoima tarkoittaa sitä, ettei lainvoimaisella tuomiolla ratkaistua asiaa voida enää saattaa uudelleen tuomioistuimen tutkittavaksi (negatiivinen vaikutus). Vastaavasti jos lainvoimaisella tuomiolla on ratkaistu jokin uudessa oikeudenkäynnissä relevantti ennakkoluonteinen oikeussuhde, aikaisempaa tuomiota ei voida enää uudessa prosessissa riitauttaa, vaan aiemman tuomion lopputulos on asetettava uuden ratkaisun lähtökohdaksi (positiivinen vaikutus).²⁷⁷ Esimerkiksi Helsingin kärjäoikeus on asfalttikartellia koskevassa vahingonkorvausasiassa katsonut, että korkein hallinto-oikeus oli aiemmassa tuomiossaan lainvoimaisesti ratkaissut kartellin olemassaolon ja kartelliin osallistuneet tahot, eikä näihin seikkoihin kohdistuva uusi tuomioistuintutkinta vahingonkorvausasian yhteydessä ollut sallittu²⁷⁸.

Jos oikeusvoimavaikutusta ei ole, voi aiempi tuomio esiintyä oikeudenkäynnissä *todisteena*. Tällöin aiemman tuomion merkitys uudessa oikeudenkäynnissä määräytyy vapaan todistusharkinnan periaatteen mukaisesti. Oikeudenkäymiskaaren 17:2:n mukaan ”[o]ikeuden tulee, harkittuaan huolellisesti kaikkia esiintulleita seikkoja, päättää, mitä asiassa on pidettävä totena”. Näin ollen tuomioistuin punnitsee esitettyä näyttöä itsenäisesti olematta tässä suhteessa harkintaa rajoittavien määräysten sitoma²⁷⁹. Toisin sanoen aiempi tuomio on tällöin ”vain” todisteen roolissa eikä merkitse siten muodollisesti sitovaa ratkaisua. Käytännössä tuomion todistusvaikutus voi kuitenkin yksittäisessä tapauksessa nousta niin vahvaksi, että se tosiasiallisesti johtaa uudessa prosessissa samaan lopputulokseen kuin positiivinen oikeusvoimavaikutus.²⁸⁰

Kartelleja koskevan rikostunnusmerkistön soveltamisen kannalta aiempi hallinnollinen seuraamusmaksutuomio ei pääsääntöisesti aiheuta negatiivista oikeusvoimavaikutusta. Kysymystä on käsitelty edellä *ne bis in idem* -kieltoa koskevassa jaksossa, jossa prosessit on eri oikeussubjekteihin kohdistuvina katsottu lähtökohtaisesti ongelmattomiksi.

Hallinnollisesta seuraamusmaksutuomiosta ei myöskään seuranne positiivista oikeusvoimavaikutusta myöhemmässä rikosasiassa. Kärjäjätuomarin esteellisyyttä koskeneessa ratkaisussa KKO 2005:90 otettiin kantaa rikostuomiossa ennakkokysymyksessä tehdyn ratkaisun vaikutukseen toisessa ja toista henkilöä vastaan myöhemmin ajettavassa rikosasiassa. Ratkaisussa todettiin, että

²⁷⁷ Lappalainen – Frände – Koulumäki 2012, s. 737–738.

²⁷⁸ Helsingin kärjäoikeuden tuomio 28.11.2013, L 09/10623 (ei lainvoimainen), kohta 2.2.

²⁷⁹ Lappalainen – Frände – Koulumäki 2012, s. 683.

²⁸⁰ Lappalainen – Frände – Koulumäki 2012, s. 738.

”[v]akiintuneen käytännön mukaan aikaisemmassa oikeudenkäynnissä lainvoimaisesti ratkaistulla ennakkokysymyksellä on uudessa oikeudenkäynnissä, jossa sama kysymys on ratkaistavana, vain niin sanottu todistusvaikutus, mutta ei sitovaa vaikutusta. Uudessa oikeudenkäynnissä voidaan siten esimerkiksi uutta näyttöä esittämällä horjuttaa aikaisemmassa oikeudenkäynnissä ennakkokysymyksessä tehtyä ratkaisua.”²⁸¹

Mainitun ratkaisun vähemmistöön jääneiden oikeusneuvoksen ja esittelijän lausunnoissa on avattu keskeisin syy sille, miksei aiemmin lainvoimaisesti ratkaistulla ennakkokysymyksellä ole positiivista oikeusvoimavaikutusta rikosprosessissa. Kysymys on ennen kaikkea jälkimäisessä asiassa syytettynä olevan oikeusturvasta: ”[j]älkijutun syytetyn ei pidä joutua toteamaan, että hänen syytettään koskevat merkittävät tosiasia- ja oikeuskysymykset olisi sitovasti ratkaistu pilottioikeudenkäynnissä, jossa hän ei ole ollut asianosaisena eikä sen vuoksi voinut vaikuttaa sen lopputulokseen”²⁸². Vastaavasti tuoreemmassa ratkaisussa KKO 2011:58 on rikostuomion oikeusvoima- ja todistusvaikutusta koskevan arvioinnin yhteydessä todettu, että ”kunkin vastaajan tulee voida puolustautua omassa asiassaan riippumatta siitä, miten ja millä näytöllä jokin ennakkokysymys on toista henkilöä koskeneessa asiassa ratkaistu”²⁸³.

Kartellikriminalisoinnin osalta oikeusturvanäkökulma olisi edellä mainittuun nähden korostuneessa asemassa, koska sen lisäksi, ettei rikosasian vastaaja ole ollut asianosaisena hallinnollisessa seuraamusmaksuasiassa, kysymys kilpailunrajoituksen olemassaolosta on ratkaistu lievempien näyttövaatimusten perusteella kuin rikosprosessissa. Tämän vuoksi olisi perusteltua antaa syytetylle mahdollisuus esittää todistelua myös kilpailunrajoituksen olemassaoloa koskevan kysymyksen osalta.

Hallintotuomioistuimen kilpailunrajoitusta koskevan seuraamusmaksutuomion merkitys rikosasiassa näyttäisi jäävän todistusvaikutuksen – ja siten vapaan todistusharkinnan – varaan. Tällöin lähtökohtana lienee, että tuomio toimii rikosasiassa vahvana todisteena siinä yksilöityjen yritysten välisen kilpailunrajoituksen olemassaolosta tuomiossa yksilöidyllä aikavälillä. On kuitenkin huomattava, että näkökulma kilpailunrajoituksen tarkastelussa ei hallinto- ja rikosoikeudenkäynnissä olisi täysin sama. Hallinnollisen seuraamusmaksun tuomitseminen on kytketty ”vain” kilpailulain 5 §:n tai SEUT 101 artiklan rikkomiseen, kun taas rikostunnusmerkistö olisi edellä jaksossa 4.2 esitetyn perusteella tarpeen kohdistaa kilpailunrajoituskieltojen soveltamisalan kannalta rajattuun joukkoon menettelyjä. Toisin sanoen rikosasiaa

²⁸¹ KKO 2005:90, kohta 11.

²⁸² KKO 2005:90, esittelijän mietintö. Ks. vastaavasti myös vähemmistöön jääneen oikeusneuvos Tulokkaan lausunto.

²⁸³ KKO 2011:58, kohta 8.

käsittelyä tuomioistuimien joutuisi kilpailusääntöjen rikkomisen lisäksi arvioimaan, onko tapauksessa kyse rikostunnusmerkistön soveltamisalaan kuuluvasta kartellista. Tämän arvioinnin kannalta lienee hyvin tapauskohtaista, minkälaiseksi hallintotuomion näyttöarvo muodostuisi.

5.4 Leniency-järjestelmä

5.4.1 Kilpailuoikeudellinen leniency-järjestelmä

Kilpailuoikeudelliset seuraamuksista vapauttamista ja seuraamusten alentamista koskevat säännökset, eli niin sanottu leniency-järjestelmä otettiin käyttöön 1.5.2004. Säännöksillä pyrittiin helpottamaan erityisesti vakavimpien kilpailunrajoitusten, kuten kartellien, selvittämistä sekä vahvistamaan hallinnollisen seuraamusmaksujärjestelmän ennaltaehkäisevää vaikutusta lisäämällä kartellien sisäistä epävakautta²⁸⁴. Leniency-sääntelyä on sittemmin täsmennetty uuden kilpailulain säätämisen yhteydessä, jotta järjestelmä vastaisi aiempaa paremmin Euroopan kilpailuviranomaisten verkoston (ECN) leniency-malliohjelman sekä komission seuraamusmaksusta vapauttamista ja seuraamusmaksun alentamista koskevaa menettelyä²⁸⁵. Nykyisessä kilpailulaissa kartelleja koskevasta leniency-menettelystä säädetään lain 14–17 §:ssä.

Kilpailulain 14 §:n 1 momentin mukaan kartelliin osallistuneelle elinkeinonharjoittajalle ei määrätä seuraamusmaksua, jos elinkeinonharjoittaja 1) toimittaa tietoja ja todisteita, joiden perusteella Kilpailu- ja kuluttajavirasto voi toimittaa 35 tai 36 §:ssä tarkoitetun tarkastuksen, tai 2) toimittaa 35 tai 36 §:ssä tarkoitetun tarkastuksen toimittamisen jälkeen tietoja ja todisteita, joiden perusteella Kilpailu- ja kuluttajavirasto voi todeta, että 5 §:ää tai Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklaa on rikottu. Vapautus seuraamusmaksusta voidaan myöntää vain, jos elinkeinonharjoittaja on antanut edellä tarkoitetut tiedot ja todisteet ennen kuin Kilpailu- ja kuluttajavirasto on saanut tiedot muuta kautta (kilpailulain 14 § 2 mom.). Käytännössä tämä tarkoittaa, että vain yksi kartelliin osallinen elinkeinonharjoittaja voi saada vapautuksen²⁸⁶. Vapautusta ei kuitenkaan voi saada sellainen elinkeinonharjoittaja, joka on painostanut toista elinkeinonharjoittajaa osallistumaan kartelliin (kilpailulain 14 § 3 mom.).

Kilpailulain 15 §:ssä säädetään seuraamusmaksun alentamisesta kartellitapauksissa. Alennus voidaan myöntää muulle kuin 14 §:n perusteella vapautuksen saaneelle elinkeinonharjoittajal-

²⁸⁴ HE 11/2004 vp, s. 16.

²⁸⁵ HE 88/2010 vp, s. 39.

²⁸⁶ HE 88/2010 vp, s. 60.

le, jos se toimittaa Kilpailu- ja kuluttajavirastolle tietoja ja todisteita, jotka ovat merkityksellisiä kilpailunrajoituksen tai sen koko laajuuden tai luonteen toteamiseksi ja ennen kuin Kilpailu- ja kuluttajavirasto on saanut tiedot muuta kautta. Ensimmäisenä tiedot toimittaneen elinkeinonharjoittajan seuraamusmaksua alennetaan 30–50 prosenttia, toisena 20–30 prosenttia ja muissa tapauksissa enintään 20 prosenttia (kilpailulain 15 §:n 1 mom.).

Sekä seuraamusmaksusta vapautumista että maksun alentamista koskevat säännöksissä yksilöityjen erityisvaatimusten lisäksi kilpailulain 16 §:n yleiset edellytykset. Yleisinä edellytyksinä on, että elinkeinonharjoittaja 1) lopettaa osallistumisensa kilpailunrajoitukseen välittömästi toimitettuaan Kilpailu- ja kuluttajavirastolle 17 §:n 1 momentissa tarkoitetun hakemuksen, 2) toimii yhteistyössä Kilpailu- ja kuluttajaviraston kanssa koko kilpailunrajoituksen selvittämisen ajan, 3) ei hävitä hakemuksen piiriin kuuluvia todisteita ennen 17 §:n 1 momentissa tarkoitetun hakemuksen toimittamista eikä hakemuksen toimittamisen jälkeen, ja 4) pitää salassa 17 §:n 1 momentissa tarkoitetun hakemuksen sisällön ja sen, että on tehnyt hakemuksen tai että harkitsee hakemuksen tekemistä (kilpailulain 16 §:n 1 mom.). Säännöksen 2 momentin mukaan elinkeinonharjoittaja voi kuitenkin kilpailuviranomaisen ohjauksessa jatkaa osallistumista kilpailunrajoitukseen siinä laajuudessa kuin se on välttämätöntä 35 ja 36 §:ssä tarkoitettujen tarkastusten onnistumisen turvaamiseksi. Lisäksi elinkeinonharjoittaja voi asetetusta salassapitovelvoitteesta poiketen antaa hakemusta koskevat tiedot Euroopan komissiolle tai toisen maan kilpailuviranomaiselle, jos se on tarpeen kilpailunrajoituksen selvittämiseksi (kilpailulain 16 §:n 3 mom.).

Lain esitöissä kilpailulain 16 §:n 1 momentin 2 kohdassa tarkoitetulle yhteistyövelvoitteelle on asetettu melko tiukat soveltumisedellytykset:

”Yhteistyön tulee olla todellista, kattavaa ja jatkuvaa. Elinkeinonharjoittajan tulee toimittaa viipymättä kaikki hallussaan olevat ja haltuunsa tulevat tiedot ja todisteet Kilpailuvirastolle. Elinkeinonharjoittajan tulee antaa edustajansa ja työntekijänsä, jos mahdollista myös entiset edustajansa ja työntekijänsä, Kilpailuviraston käyttöön asian selvittämiseksi. Elinkeinonharjoittajan sekä tämän edustajien ja työntekijöiden tulee vastata viipymättä Kilpailuviraston pyyntöihin ja kysymyksiin. Yhteistyön on oltava oma-aloitteista ja vilpitöntä, ja elinkeinonharjoittajan tulee antaa Kilpailuvirastolle oikea ja vääristelemätön kuva kartellista, sen toiminnasta sekä elinkeinonharjoittajan ja sen edustajien ja työntekijöiden roolista ja aloitteellisuudesta kartellissa. Elinkeinonharjoittajan ei voida katsoa täyttävän yhteistyövelvoitettaan, jos merkittävä osa elinkeinonharjoittajan työntekijöistä tai rajoituksen selvittämisen kannalta keskeiset elinkeinonharjoittajan työntekijät eivät toimi yhteistyössä Kilpailuviraston kanssa.

Elinkeinonharjoittaja ei saa myöskään omalla toiminnallaan vaikeuttaa asian selvittämistä. Yhteistyövelvoite alkaa 17 §:n 1 momentissa tarkoitetun hakemuksen jättämisestä ja kestää Kilpailuviraston asiaa koskevan menettelyn lopettamiseen saakka.²⁸⁷

Seuraamusmaksusta vapautumista ja seuraamusmaksun alentamista koskevasta menettelystä kartellitapauksissa säädetään kilpailulain 17 §:ssä. Menettely on pääpiirteissään seuraava. Seuraamusmaksusta vapautumista ja maksun alentamista tulee hakea Kilpailu- ja kuluttajavirastolta. Hakemuksessa tulee ilmoittaa hakijan sekä kartellin muiden jäsenten tiedot sekä yksityiskohtaisesti kuvata kartellin toimintaa, mukaan lukien kartellin kohteena olevat hyödykkeet, kartellin alueellinen ulottuvuus, kartellin ajallinen kesto ja kartellitoiminnan luonne. Lisäksi hakemuksessa on kerrottava siitä, miten kilpailunrajoitus on toimeenpantu ja miten sitä on ylläpidetty, sekä tuotava esille mahdolliset muille viranomaisille tehdyt hakemukset. Ennen hakemuksen toimittamista elinkeinonharjoittaja voi anonymisti ottaa yhteyttä kilpailuviranomaiseen ja selvittää, onko seuraamusmaksusta vapautuminen mahdollista.²⁸⁸

Hakemuksen tehneiden välinen etusijajärjestys määräytyy lähtökohtaisesti sen hetken perusteella, jolloin elinkeinonharjoittaja on toimittanut tarpeelliset tiedot kilpailuviranomaiselle. Kilpailu- ja kuluttajavirasto voi kuitenkin asettaa alustavan hakemuksen perusteella elinkeinonharjoittajalle määrääjän tarpeellisten tietojen ja todisteiden toimittamista varten, ja mikäli elinkeinonharjoittaja toimittaa tiedot annetussa määrääjässä, on sen etusija muihin hakijoihin nähden turvattu.²⁸⁹

Saatuaan tarpeelliset tiedot ja todisteet Kilpailu- ja kuluttajavirasto myöntää elinkeinonharjoittajalle ehdollisen vapautuksen seuraamusmaksusta. Virasto ei ota kantaa muihin vapautusta koskeviin hakemuksiin ennen kuin se on ratkaissut, myönnetäänkö ensimmäisenä hakemuksen toimittaneelle elinkeinonharjoittajalle ehdollinen vapautus seuraamusmaksusta (kilpailulain 17 §:n 2 mom.). Lopullinen päätös lain 14, 15 ja 16 §:n edellytysten täyttymisestä annetaan vasta tutkintamenettelyn lopuksi (kilpailulain 17 §:n 3 mom.).

Kilpailu- ja kuluttajaviraston tekemään päätökseen seuraamusmaksusta vapauttamisesta tai maksun alentamisesta ei saa erikseen hakea muutosta valittamalla (kilpailulain 44 §:n 1 mom.). Erillistä muutoksenhakuoikeutta ei ole katsottu tarpeelliseksi, koska päätökseen liit-

²⁸⁷ HE 88/2010 vp, s. 62.

²⁸⁸ HE 88/2010 vp, s. 63–64.

²⁸⁹ HE 88/2010 vp, s. 63.

tyvät väitteet voidaan esittää markkinaoikeudelle seuraamusmaksuesitystä koskevan pääasian käsittelyn yhteydessä²⁹⁰.

5.4.2 Rikosvastuusta vapautuminen ja rangaistuksen lieventäminen

Nykyisen lainsäädännön perusteella rikostunnusmerkistön täyttävä teko voi tietyissä tilanteissa jäädä tutkimatta tai rikosoikeudellinen seuraamus tuomitsematta. Lisäksi rikoslaki sisältää sääntelyä, jonka perusteella rikoksesta tuomittavaa rangaistusta on mahdollista lieventää. Rikosvastuusta vapautumista ja rangaistuksen lieventämistä tarkastellaan tässä jaksossa nostamalla esiin sääntelyä ja näkökohtia, joilla voi olla merkitystä harkittaessa kilpailuoikeudellisen leniency-järjestelmän turvaamiseen käytettävissä olevia keinoja.

Harkintavalta rikosilmoituksen tekemisen suhteen

Joissakin hallinnollisia valvontaviranomaisia koskevissa menettelylaeissa on säädetty viranomaisen oikeudesta tai velvollisuudesta tehdä rikosilmoitus havaittuaan valvontatoiminnassaan rikosoikeudellisesta näkökulmasta merkityksellisiä rikkomuksia. Valvontaviranomaiselle on kuitenkin usein annettu jonkin verran harkintavaltaa rikosilmoituksen tekemisen suhteen.

Jätelain 136 §:n mukaan valvontaviranomaisen tulee tehdä rikosilmoitus, jos on aihetta epäillä tiettyjä jätelaissa tai rikoslaissa tarkoitettuja ympäristön turmelemista koskevia tekoja. Ilmoitus saadaan kuitenkin jättää tekemättä, jos tekoa on pidettävä olosuhteet huomioon ottaen vähäisenä eikä yleisen edun ole katsottava vaativan syytteen nostamista.

Verohallinnosta annetun lain 28 §:n mukaan verohallinnolla on oikeus kaikkien veronsaajien puolesta Verohallinnon kannettavaksi säädettyjen verojen ja maksujen osalta ilmoittaa verorikosta tai muuta verotukseen liittyvää rikosta koskeva asia esitutkintaviranomaiselle tutkitta varten. Rikosilmoitus voidaan kuitenkin veropetosta, lievää veropetosta ja verorikkomusta koskevien asioiden osalta tekemättä, jos veron- tai tullinkorotus harkitaan riittäväksi seuraamukseksi (RL 29:11). Asiaa arvioitaessa otetaan huomioon teon tai laiminlyönnin vakavuus ja toistuvuus, odotettavissa oleva rangaistus, tekoon tai laiminlyöntiin liittyvän veron tai tulin määrä, veron- tai tullinkorotuksen suuruus sekä verovelvolliselle teosta tai laiminlyönnistä mahdollisesti aiheutuneet muut seuraukset.

²⁹⁰ HE 88/2010 vp, s. 65.

Finanssivalvonta puolestaan voi määrätä arvopaperimarkkinoihin kohdistuneista rikkomuksista seuraamusmaksun edellyttäen, ettei asia kokonaisuutena arvioiden anna aiheutta ankarampiin toimenpiteisiin (Finanssivalvonnasta annetun lain 40 §:n 3 mom.). Lähtökohtana on siten, että rikostunnusmerkistön täyttävästä teosta ei määrätä seuraamusmaksua, vaan asia siirtyy esitutkintaviranomaiselle. Finanssivalvonta voi kuitenkin yllä mainitun säännöksen perusteella määrätä seuraamusmaksun ja jättää ilmoittamatta asian esitutkintaviranomaiselle, vaikka teon tai laiminlyönnin voidaan arvioida täyttävän rikoslain 51 luvussa (arvopaperimarkkinarikokset) säädetyn muun kuin törkeän rikoksen tunnusmerkistön, jos teko tai laiminlyönti on sen haitallisuus, siitä ilmenevä tekijän syyllisyys sekä siitä saatu hyöty ja muut tekoon tai laiminlyöntiin liittyvät seikat huomioon ottaen kokonaisuutena arvioiden vähäinen.

Edellä esitetyn perusteella viranomaisten harkintavalta rikosilmoituksen tekemisessä on nykyisessä lainsäädännössä rajattu siten, että törkeän rikoksen tunnusmerkistön täyttävistä teosta tulisi yleensä aina tehdä rikosilmoitus. Mikäli viranomaisella on harkintavaltaa rikosilmoituksen tekemisen suhteen, koskee se pääsääntöisesti mahdollisuutta määrätä vähäisistä tapauksista hallinnollinen seuraamus valvontaviranomaisen toimesta.

Toimenpiteistä luopuminen ja rangaistuksen lieventäminen

Esitutkintalaissa ja laissa oikeudenkäynnistä rikosasioissa (11.7.1997/689; ROL) lähtökohtana on, että esitutkintaviranomaisen on toimitettava esitutkinta, kun sille tehdyn ilmoituksen perusteella tai muuten on syytä epäillä, että rikos on tehty, ja vastaavasti syyttäjän on nostettava syyte, kun on olemassa todennäköisiä syitä rikoksesta epäillyn syyllisyyden tueksi. Mainituilla viranomaisilla on kuitenkin tietyin edellytyksin mahdollisuus luopua toimenpiteistä.

Esitutkintalain 3:9:n mukaan esitutkinta saadaan jättää toimittamatta tai jo aloitettu esitutkinta lopettaa sellaisen rikoksen johdosta, josta ei ole odotettavissa ankarampaa rangaistusta kuin sakkoa ja jota on kokonaisuutena arvostellen pidettävä ilmeisen vähäisenä, jos asianomistajalla ei ole asiassa vaatimuksia. Lisäksi jos viranomainen sen perusteella, mitä muussa laissa säädetään, jättää ryhtymättä toimenpiteisiin rikoksesta epäillyn saattamiseksi syytteeseen, esitutkinta toimitetaan kuitenkin vain erityisestä syystä. Esitutkinta voidaan jättää toimittamatta tai lopettaa myös syyttäjän päätöksellä, jos syyttäjä tulisi jättämään syytteen nostamatta eikä tärkeä yleinen tai yksityinen etu vaadi syytteen nostamista (ETL 3:10).

Syyttäjä saa jättää syytteen nostamatta ensinnäkin silloin, kun rikoksesta ei ole odotettavissa ankarampaa rangaistusta kuin sakko ja sitä on sen haitallisuus tai siitä ilmenevä tekijän syyll-

lisyys huomioon ottaen kokonaisuutena arvostellen pidettävä vähäisenä (ROL 1:7; vähäisyysperuste). Lisäksi, jollei tärkeä yleinen tai yksityinen etu muuta vaadi, syyte voidaan jättää nostamatta, milloin oikeudenkäyntiä ja rangaistusta on pidettävä kohtuuttomina tai tarkoituksettomina ottaen huomioon tekijän ja asianomistajan välillä saavutettu sovinto tai muu tekijän toiminta rikoksensa vaikutusten estämiseksi tai poistamiseksi, hänen henkilökohtaiset olonsa, rikoksesta hänelle aiheutuvat muut seuraukset, sosiaali- ja terveydenhuollon toimet tai muut seikat (ROL 1:8; kohtuusperuste). Muita perusteita syytteen nostamatta jättämiselle ovat alaikäisenä ymmärtämättömyydestä tehty teko (nuoruusperuste) sekä eräät rangaistuksen mittaamiseen liittyvät seikat (konkurrenssiperuste). Syyttämättäjättämispäätös on nykyisen lain säädännön perusteella rikosoikeudellista moitetta osoittava, syyksilukeva ratkaisu²⁹¹.

Tuomioistuimen mahdollisuudet huomioida tekoon ja tekijään liittyviä, rangaistusta lieventäviä tai rangaistuksesta vapauttavia seikkoja ovat esitutkinta- ja syyttäjäviranomaisia laajemat. Kartellikriminalisoinnin kannalta keskeiseksi sääntelyksi muodostuvat rikoslain yrityksestä sekä valmistelusta luopumista ja tehokasta katumista koskevat säännökset, rangaistuksen lieventämisperusteet sekä edellytykset rangaistuksen tuomitsematta jättämiselle.

Rikoslain 5:2:n mukaan yrityksestä ei rangaista, jos tekijä on vapaaehtoisesti luopunut rikoksen täyttämisestä tai muuten estänyt tunnusmerkistössä tarkoitetun seurauksen syntymisen. Jos rikoksessa on useita osallisia, edellytetään lisäksi, että henkilö on saanut myös muut osalliset luopumaan rikoksen täyttämisestä tai muuten kyennyt estämään tunnusmerkistössä tarkoitetun seurauksen syntymisen taikka muulla tavalla poistanut oman toimintansa merkityksen rikoksen toteuttamisessa. Vastaavasti joissakin rikoksen valmistelua koskevissa säännöksissä mahdollisuus valmistelusta luopumiseen ja tehokkaaseen katumiseen on kirjattu säädöstekstiin. Esimerkiksi törkeän henkeen tai terveyteen kohdistuvan rikoksen valmistelua (RL 21:6a) ei sovelleta, jos vaara rikoksen toteuttamisesta on ollut muista kuin satunnaisista syistä vähäinen taikka jos henkilö on vapaaehtoisesti luopunut rikoksen valmistelusta, estänyt sen jatkumisen tai muuten poistanut oman toimintansa merkityksen rikoksen valmistelussa.

Rangaistuksen lieventämisperusteita ovat 1) rikoksen tekemiseen vaikuttanut huomattava painostus, uhka tai muu sen kaltainen seikka, 2) rikokseen johtanut voimakas inhimillinen myötätunto taikka poikkeuksellinen ja äkkiarvaamaton houkutus, asianomistajan poikkeuksellisen suuri myötävaikutus tai muu vastaava seikka, joka on ollut omiaan heikentämään

²⁹¹ Ks. esim. HE 58/2013 vp, s. 7. Vireillä olevan lakimuutoksen myötä syyttämättäjättämispäätöksestä saattaa kuitenkin poistua syyllisyyden toteaminen (HE 58/2013 vp, s. 15).

tekijän kykyä noudattaa lakia, 3) tekijän ja asianomistajan välillä saavutettu sovinto, tekijän muu pyrkimys estää tai poistaa rikoksensa vaikutuksia taikka hänen pyrkimyksensä edistää rikoksensa selvittämistä, ja 4) alaikäisyys tai vähäinen osallisuus rikokseen (RL 6:6).

Tuomioistuin saa myös jättää rangaistuksen kokonaan tuomitsematta, jos 1) rikosta on sen haitallisuuteen tai siitä ilmenevään tekijän syyllisyyteen nähden pidettävä kokonaisuutena arvostellen vähäisenä, 2) tekijä on tehnyt rikoksensa alle 18-vuotiaana ja teon katsotaan johtuneen ymmärtämättömyydestä tai harkitsemattomuudesta, 3) rikos on tekoon tai tekijään liittyvistä erityisistä syistä anteeksiannettavaan tekoon rinnastettava, 4) rangaistusta on pidettävä kohtuuttomana tai tarkoituksettomana erityisesti, kun otetaan huomioon edellä 6 §:n 3 kohdassa (lieventämisperuste) ja 7 §:ssä (kohtuullistamisperusteet) tarkoitetut seikat tai sosiaali- ja terveydenhuollon toimet, taikka 5) rikos ei yhteisen rangaistuksen määrittämistä koskevien säännösten johdosta olennaisesti vaikuttaisi kokonaisrangaistuksen määrään (RL 6:12). Syyttämättäjättämispäätöksen tavoin tuomitsematta jättämiseen liittyy aina moitteen osoitus ja tekijän syyllisyyden vahvistaminen²⁹².

Mainittujen yleisluontoisten säännösten lisäksi rikoslain erityiseen osaan sisältyy useita rikos-tunnusmerkistöjä, joissa on asetettu rikoslaji- tai tunnusmerkistökohtaisia toimenpiteistä luopumisperusteita. Esimerkiksi jo edellä mainitun verorikoksia koskevan rikoslain 29:11:n perusteella rikosilmoituksen tekemisen lisäksi myös esitutkinta voidaan jättää toimittamatta, syyte ajamatta sekä rangaistus määrittämättä, jos veron- tai tullinkorotus harkitaan riittäväksi seuraamukseksi. Toimenpiteistä luopuminen erityisin perustein on mahdollista myös lapsi-kaappauksen (RL 25:9a), työeläkevakuutusmaksupetoksen (RL 29:4a), avustusrikkomuksen (RL 29:8), yleisvaaran tuottamuksen (RL 34:7), vahingonteon (RL 25:7) sekä tiettyjen huumausainerikosten (RL 50:7) osalta.

Tämän selvityksen kannalta keskeisimmäksi syyttämättäjättämis-, lieventämis- ja tuomitsemättäjättämisperusteeksi nousee kohtuusperuste. Kohtuusperusteen sisältö vaihtelee hieman riippuen siitä, onko kyse esitutinnan rajaamisesta tai syyttämättäjättämisperusteita vai rangaistuksen lieventämisestä tai tuomitsematta jättämisestä. Sen lisäksi, että tuomioistuin voi syyttäjän tavoin arvioida tekijän toimintaa rikoksensa vaikutusten estämiseksi tai poistamiseksi, on tuomioistuimella mahdollisuus lieventää rangaistusta tai jättää se tuomitsematta, mikäli rangaistuksen tuomitseminen olisi kohtuutonta tai tarkoituksetonta ottaen huomioon tekijän toiminta rikoksensa selvittämisen edistämiseksi.

²⁹² HE 44/2002 vp, s. 210.

Lain esitöissä on todettu, että RL 6:6:n lieventämisperusteet on kuvattu varsin väljiä ilmaisuja käyttäen. Perusteiden väljiä määrittelyä ja laajentavaa tulkintaa voidaan esitöiden mukaan pitää perusteltuna, koska ne vaikuttavat syytetyn eduksi.²⁹³ Edelleen esitöissä todetaan kohtuusperusteen kattavan sekä ne tilanteet, joissa säännönmukainen seuraamus tuntuu liian ankaralta, että tapaukset, joissa on tarkoituksenmukaista luopua rikosoikeudellisesta seuraamuksesta jonkin toisen kontrolli- tai hoitojärjestelmän hyväksi. Kyseessä on tarkkaan ottaen siten kohtuus- ja tarkoituksenmukaisuusperuste. Molempia ehtoja yhdistää kuitenkin se, ettei niillä ole välitöntä yhteyttä tekoa ja tekijää koskevaan moitittavuusarviointiin. Rikoksen vaikutusten estämisen tai poistamisen osalta esitöissä on katsottu, että kyse on pitkälti kriminaalipoliittisista tarkoituksenmukaisuussyistä. Rangaistuksen tuomitseminen saattaa ensinnäkin joissain tapauksissa vaarantaa asianomistajan mahdollisuudet korvausten saatiin. Toiseksi tieto siitä, että rikoksen vaikutusten estäminen tai poistaminen voi johtaa tuomitsematta jättämiseen ja yleisesti lievempään kohteluun, saattaa rohkaista rikoksen jo tehneitä toimii, joilla pienennetään rikoksesta yhteiskunnalle ja uhrille aiheutuvia haittoja.²⁹⁴ Rikoksentehtäjän toiminnasta rikoksensa selvittämisen edistämiseksi on puolestaan todettu, että peruste nojaa ennen kaikkea tarkoituksenmukaisuusyyhin, vaikka rikoksentehtäjän antamaa tunnustusta voi pitää lievennysperusteena myös eettisin syin²⁹⁵. Sekä lieventämisperusteen että tuomitsemattajättämisperusteen osalta on katsottu, että kyseeseen voisi tulla esimerkiksi vapaaehtoinen ilmoittautuminen ja vilpittön käyttäytyminen kuulusteluissa. Säännös koskee kuitenkin vain omien rikosten selvittämisen edistämistä.²⁹⁶

Esitetyn perusteella vaikuttaisi siltä, että tunnustus ja muu oman rikosasian selvittämisen edistäminen voitaisiin nykyisten säännösten perusteella huomioida melko kattavasti rangaistusta määrättäessä. Käytännössä tunnustuksen ja muun rikoksen selvittämisyrittämisen merkitys rangaistuksen lieventämis- ja tuomitsemattajättämisperusteena on kuitenkin ollut vähäinen, eikä säännönmukaista käytäntöä tunnustuksen tai muun myötävaikutuksen palkittamisesta ole katsottu olevan²⁹⁷. Tämä on johtunut pitkälti siitä, että oikeuskäytännössä oman rikoksen selvittämisen edistämistä on edellytetty huomattavaa oma-aloitteisuutta, jota on tulkittu melko kapeasti. Perustetta ei nimittäin ole sovellettu, mikäli epäiltyä tekoa koskevat yksityiskohdat ovat olleet pääosiltaan viranomaisten tiedossa, kun henkilö on tunnustanut

²⁹³ HE 44/2002 vp, s. 195.

²⁹⁴ HE 44/2002 vp, s. 211–212.

²⁹⁵ HE 44/2002 vp, s. 199.

²⁹⁶ HE 44/2002 vp, s. 199 ja 211–212.

²⁹⁷ Ks. esim. HE 58/2013 vp, s. 5–6.

teon²⁹⁸. Kuten todettu, tunnustaminen tai muu rikoksen selvittämisen edistäminen ei myöskään ole suoranainen peruste syyttämättäjättämispäätökselle, vaikkakin sillä voi olla välillistä merkitystä syyttämättäjättämisperusteiden täyttymiselle²⁹⁹.

Kruununtodistajajärjestelmästä

Edellä todettiin, että rangaistuksen lieventämis- ja tuomitsemattajättämisperusteena oleva rikoslain 6:6:n tarkoittama tekijän pyrkimys edistää rikoksensa selvittämistä koskee vain omien rikosten selvittämisen edistämistä. Järjestelmämme ei siten tunne mahdollisuutta hyötyä toisten rikosten paljastamisesta tai tällaisten rikosten selvittämisestä.

Rikosoikeuden yleisten oppien uudistamisen yhteydessä katsottiin, että niin sanottuun kruununtodistajajärjestelmään liittyy periaatteellisia ongelmia, joiden vuoksi siihen on syytä suhtautua varauksin:

”Lievennyksiä lupaamalla saadun tiedon luotettavuus on usein kyseenalainen. Tämä ongelma on olennaisesti vähäisempi, milloin tiedot koskevat tekijän omia tekemisiä. Syvemmältä tarkastellen kyse on rikoslain ja oikeudenhoidon edustamasta moraalista ja siitä viestistä, minkä sen tahdotaan kertovan ihmisille. Oman rikoksen paljastamisesta seuraava lievennys viestii siitä, että katumus ja omien virheiden myöntäminen voi tuoda anteeksiannon. Kruununtodistajajärjestelmä sen sijaan ruokkii ilmiantomoraalia. Se kertoo, että omat rikokset saa anteeksi, jos voi osoittaa muiden tehneen vielä pahempia rikoksia. Vain pakottavat syyt voivat perustella tällaiseen eettiseen kompromissiin ryhtymisen.”³⁰⁰

Perusteltua tarvetta kruununtodistajajärjestelmälle ei uudistuksen yhteydessä katsottu olleen.

Syyteneuvottelusta

Suomessa on perinteisesti suhtauduttu varauksella siihen, että viranomainen lupaa epäillylle tai vastaajalle jonkin edun rikoksen tunnustamisen johdosta. Keskeisenä syynä on ollut syytteistä sopimista koskevan niin sanotun *plea bargaining* -menettelyn huono soveltuvuus kotimaiseen rikosprosessikulttuuriin, joka on perustunut voimakkaasti legaliteetti- ja virallisperiaatteisiin. Syyteneuvottelumenettelyn on katsottu vääjäämättömästi etäännyttävän rikosprosessijärjestelmää sen taustalla olevista yhdenvertaisuuden, ennustettavuuden ja oikeusvarmuuden periaatteista.³⁰¹ Suhtautuminen syyteneuvottelumenettelyyn on kuitenkin lieventynyt

²⁹⁸ KKO 2011:102, kohta 32 sekä KKO 2012:9, kohta 17.

²⁹⁹ Välillisestä vaikutuksesta tarkemmin ks. esim. HE 58/2013 vp, s. 6.

³⁰⁰ HE 44/2002 vp, s. 182.

³⁰¹ VKSV 2001, s. 29–32 sekä KM 2003:3, s. 297–299.

viime aikoina, ja esitetystä periaatteellisesta vastustuksesta huolimatta syyteneuvottelua koskeva hallituksen esitys on tätä selvitystä kirjoitettaessa eduskunnan käsiteltävänä³⁰². Perustuslakivaliokunta on antanut lausunnon lakiehdotuksesta ja esittänyt, että se voidaan käsitellä tavallisen lain säätämisyjärjestyksessä³⁰³.

Syyteneuvottelua koskevan hallituksen esityksen mukaan syyttäjä voisi ensinnäkin tehdä rikoksesta epäillyn tai rikosasian vastaajan kanssa tuomioesityksen, jossa viimeksi mainittu tunnustaa rikoksen ja syyttäjä sitoutuu vaatimaan rangaistusta lievennetyltä rangaistusasteikolta. Tuomioesitys käsiteltäisiin epäillyn tai vastaajan sekä asianomistajan suostumuksella kevennetyssä tunnustamisoikeudenkäynnissä, jossa tuomioistuin tutkisi tunnustuksen pätevyyden ja muut esitykseen liittyvät kysymykset sekä tarvittaessa muut rikokseen perustuvat vaatimukset. Jos tuomioistuin lukisi rikoksen syyksi esityksen mukaisesti, se antaisi tuomioesityksen mukaisen tuomion.³⁰⁴

Syyteneuvottelusäännösten perusteella syyttäjä voisi myös tutkinnanjohtajan esityksestä rajoittaa esitutkintaa joidenkin rikosten osalta, jos henkilön epäiltäisiin syyllystyneen useampaan rikokseen ja hän olisi tunnustamalla edistänyt rikosten selvittämistä, ellei yleinen tai yksityinen etu vaatisi esitutkinnan toimittamista. Syyttäjä voisi samalla sitoutua vaatimaan rangaistusta lievemmän rangaistusasteikon nojalla.³⁰⁵

Säännökset soveltuisivat lähtökohtaisesti rikoksiin, joista säädetty enimmäisrangaistus on enintään kuusi vuotta vankeutta. Soveltamisalan ulkopuolelle olisi kuitenkin rajattu henkeen ja terveyteen kohdistuvat rikokset sekä seksuaalirikokset.³⁰⁶

Lakiehdotuksessa syyteneuvottelua on perusteltu ennen kaikkea prosessiekonomisilla syillä. Esitettyjen perustelujen mukaan ehdotuksen pyrkimyksenä on, että ”säännökset mahdollistavat entistä paremmin viranomaisresurssien tarkoituksenmukaisen kohdentamisen, tehostavat viranomaisten toimintaa ja nopeuttavat rikosasioiden esitutkintaa, syyteharkintaa ja tuomioistuinkäsittelyä kuitenkin turvaten rikoksesta epäillyn sekä asianomistajan oikeudet”. Erityisesti syyteneuvottelusta on katsottu saatavan hyötyä vakavissa talousrikosasioissa, jotka muodostavat usein vaikeasti hahmotettavan kokonaisuuden.³⁰⁷

³⁰² HE 58/2013 vp.

³⁰³ PeVL 7/2014 vp.

³⁰⁴ HE 58/2013 vp, s. 1 ja 12–15.

³⁰⁵ HE 58/2013 vp, s. 1 ja 12–15.

³⁰⁶ HE 58/2013 vp, s. 14.

³⁰⁷ HE 58/2013 vp, s. 12.

5.4.3 Hallinto-oikeudellisen leniency-järjestelmän toimivuuden turvaamisesta

Kilpailuoikeudellisen seuraamusmaksusta vapautumista ja maksun alentamista koskevan leniency-järjestelmän tehokkaan toiminnan turvaaminen on aiemmin jaksossa 3.3.4.5 todetulla tavoin ollut keskeisessä asemassa kilpailulainsäädännön viimeaikaisessa kehityksessä. Järjestelmällä on katsottu olevan tärkeä rooli vakavimpien kilpailunrajoitusten paljastamisessa ja selvittämisessä, mitä myös oikeuskäytäntö näyttäisi osaltaan vahvasti tukevan. Mikäli kartellikriminalisointi säädettäisiin, sillä saattaisi olla merkittäviä vaikutuksia leniency-järjestelmän toimintaan. Jos rikosoikeudellisista seuraamuksista vapautuminen ja niiden alentaminen ei leniency-hakemuksen ja oma-aloitteisen kilpailunrajoituksen selvittämisen perusteella olisi mahdollista, vähentäisi kriminalisointi hyvin todennäköisesti yritysten halukkuutta ilmiantaa kartelli tai edistää ratkaisevasti kilpailunrajoitusten tutkintaa. Tästä syystä on tarpeen arvioida, missä määrin yhteistyö viranomaisten kanssa voitaisiin nykyisessä rikosoikeudellisessa seuraamusjärjestelmässä huomioida, ja jos nykyiset keinot osoittautuvat riittämättömiksi leniency-järjestelmän toiminnan turvaamiseksi, olisiko käytettävissä sellaisia keinoja, jotka olisivat rikosoikeudellisen järjestelmän kannalta hyväksyttävissä.

Rikosoikeudellisesta rangaistuksesta vapautumisen merkityksestä leniency-järjestelmän kannalta

Kotimainen lainsäätäjä on pitänyt leniency-järjestelmää tarpeellisena kolmesta syystä. Ensinnäkin säännökset helpottavat vakavimpien kilpailunrajoitusten selvittämistä. Toiseksi järjestelmä lisää kartelleille ominaista sisäistä epävakautta, eli sillä on preventiivinen vaikutus. Kolmanneksi sanktioista vapauttamista ja niiden alentamista koskevat säännökset ovat tarpeen EU:n kilpailuviranomaisten verkoston toimivuuden kannalta.³⁰⁸

Seuraamuksista vapautumisella ja seuraamusmaksun alentamisella on hieman toisistaan poikkeava rooli järjestelmän tavoitteiden kannalta. Seuraamusmaksusta vapauttaminen on keskeisessä asemassa järjestelmän preventiivisen vaikutuksen kannalta. Mahdollisuudella seuraamuksista vapautumiseen pyritään luomaan tilanne, jossa kartelliin osallistuva yritys pitää kartellin loppumista ja sakoista vapautumista mielekkäämpänä vaihtoehtona kuin kartellitoiminnan jatkamista.³⁰⁹ Kuten edellä on todettu, oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että hallinnolliset seuraamusmaksut jäävät niin sanotusta optimaalisesta sakkotasosta, eikä maksuja toisaalta voida myöskään nostaa riittävälle tasolle aiheuttamatta merkittäviä taloudellisia

³⁰⁸ HE 11/2004 vp, s. 16.

³⁰⁹ Ks. kootusti Wikberg 2009, s. 115–117.

haittoja³¹⁰. Pelkästään seuraamusmaksun uhka ei siten välttämättä riitä irtaannuttamaan yritystä pitkäkestoisesta ja tuottavasta kartellista, vaan punnittavaksi tulevat myös muut seikat, kuten kartellin päättämisestä seuraava suhteellinen hyöty muihin kartelliin osallistuviin yrityksiin nähden. Tällaisessa tilanteessa yrityksen kannalta ainoana mielekkäänä kannustimena voitaneen pitää vapautumista seuraamusmaksusta.

Seuraamusmaksun alentaminen puolestaan toimii vahvana kannustimena tilanteessa, jossa kartelli on toisen yrityksen leniency-hakemuksen tai kilpailuviranomaisten omien tutkimusten perusteella paljastumassa. Tällöin yritys voi ”pelastaa, mitä pelastettavissa on”, ja pyrkiä alentamaan omaa seuraamustaan myötävaikuttamalla kilpailunrajoituksen selvittämiseen. Pelkkä seuraamusten alentaminen lienee riittävä kannustin, kun yritys joutuu valitsemaan kannaltaan pienemmän kahdesta epäedullisesta seurauksesta. Seuraamusmaksun alentaminen on toisaalta mielekästä tällaisessa tilanteessa myös kilpailuviranomaisen näkökulmasta, sillä todisteiden saanti helpottuu merkittävästi ja täytäntöönpanokustannukset laskevat.

Esitettyjen näkökohtien perusteella kartellikriminalisoinnilla saattaisi olla huomattavia kielteisiä vaikutuksia leniency-järjestelmän toimintaan, mikäli kilpailu- ja rikosoikeudellisia järjestelmiä ei pyritäisi riittävässä määrin sovittamaan yhteen. Kuten jo edellä on todettu, perusajatus kriminalisoinnin haitallisesta vaikutuksesta on melko yksinkertainen; jos yrityksessä kartellitoimintaan osallistuneet henkilöt eivät voisi vapautua henkilökohtaisesta rikosvastuusta, eivät he myöskään avustaisi yritystä leniency-hakemuksen laadinnassa tai tekisi itse aloitetta hakemuksen laatimiseksi. Tästä näkökulmasta mahdollisuus rikosoikeudellisesta seuraamuksesta vapautumiseen olisi merkittävä. On melko vaikea kuvitella tilannetta, jossa yrityksen työntekijät tai muut edustajat kokisivat kannaltaan kannattavaksi ilmiantaa salassa pysynyt kartelli ja tunnustaa osallisuutensa siihen, jos mahdollisuutta rangaistuksesta vapautumiseen ei olisi. Vastaavasti vaikka yrityksellä olisi tarvittavat tiedot hakemuksen laatimiseksi, saattaisi yritys pidättäytyä hakemuksen tekemisestä tietäen, ettei hakemus vapauttaisi sen työntekijöitä ja muita edustajia rikosoikeudellisista seuraamuksista, koska mainitut seuraamukset saattaisivat epäsuorasti vähentää yrityksen saamaa hyötyä kartellin ilmiantamisesta.

Merkitystä leniency-järjestelmän yhteensovittamisessa kahden prosessin järjestelmässä olisi myös EU-näkökulmalla. Kuten edellä huomattiin, komissio voi asetuksen 1/2003 artiklan 11(6) perusteella itsenäisesti aloittaa oman menettelynsä kilpailunrajoituksen toteutukseksi ja

³¹⁰ Ks. edellä jakso 3.3.4.1 sekä Wils 2002, s. 201 ja Wikberg 2009, s. 331–332.

lopettamiseksi kauppavaikutuskriteerin täyttävissä tapauksissa, jolloin kansallinen kilpailuviranomainen menettää toimivaltansa SEUT 101 artiklan soveltamiseen. Jos asetusta 1/2003 tulkitaan esitetyllä tavoin siten, että jäsenvaltio ei komission aloittaessa tutkintansa menetä toimivaltaansa samaa asiaa koskevien, luonnollisiin henkilöihin kohdistettujen rikostunnusmerkistöjen soveltamiseen, voisi kansallisista rikossäännöksistä aiheutua epäsuorasti haittaa unionioikeuden toteutumiselle, mikäli rikossäännösten soveltamisessa ei voitaisi huomioida asiassa komissiolle tehtyjä leniency-hakemuksia ja muuta yhteistyötä komission kanssa.

Arviointi nykyisen seuraamusjärjestelmän kannalta

Rikoksen tunnustaminen tai muu rikoksen selvittämisen edistäminen ei nykyisessä rikosoikeudellisessa järjestelmässä ole syyttämättäjäättämisperuste. Tuomioistuimien puolestaan voisi huomioida mainitut toimet rangaistuksen lieventämisperusteena, tai jos se pitäisi rangaistuksen tuomitsemista kohtuuttomana tai tarkoituksettomana ottaen huomioon tekijän myötävaikutuksen tekonsa selvittämiseen, voisi tuomioistuimien periaatteessa jättää rangaistuksen kokonaan tuomitsematta. Kynnys tekijän myötävaikutuksen huomioimisessa on kuitenkin ollut melko korkealla, eikä säännönmukaista käytäntöä tunnustuksen tai muun myötävaikutuksen palkitsemisesta ole katsottu olevan. Lisäksi kotimainen lainsäätäjä ja tuomioistuimet ovat suhtautuneet hyvin varauksellisesti rangaistuksesta vapauttamiseen tai sen lieventämiseen siltä osin, kun kyse on ollut toisten rikosten selvittämisen edistämisestä.

Sinänsä kilpailulain 17 §:n mukaisessa ja kilpailulain 14 §:n edellytykset täyttävässä leniency-hakemuksessa näyttäisi olevan kyse nimenomaan sellaisesta oma-aloitteisesta rikoksen selvittämisestä, joka kuuluu lain esitöiden ja oikeuskäytännössä esitetyn perusteella RL 6:6:n 3 kohdan ja siten myös RL 6:12:n soveltamisalaan, kun tiedot kilpailunrajoituksesta tulee kilpailulain 14 §:n 2 momentin mukaisesti toimittaa kilpailuviranomaiselle ennen kuin se on saanut tiedot muuta kautta. Kyse ei myöskään olisi varsinaisesti hyödyn saamisesta toisten rikosten selvittämisestä, vaan leniency-hakemusmenettelyä voitaneen pitää toisten ilmiantamisen sijasta oman teon tunnustamisena ja tähän tekoon liittyvän tekokokonaisuuden selvittämisen edistämisenä. Hakemusmenettelyssä voidaan nähdä olevan myös piirteitä oman teon vaikutusten estämisestä ja poistamisesta. Mainituista seikoista sekä siitä huolimatta, että rangaistuksen tuomitsematta jättämistä koskevissa esityölausumissa on esimerkkinä säännöksen soveltamisalasta mainittu vapaaehtoinen ilmoittautuminen ja vilpittömän käyttäytymisen kuulemissa, on nykyisen oikeuskäytännön perusteella kuitenkin vaikea nähdä, että hallinnollisista

sanktioista vapautumiseen johtavasta leniency-menettelystä voisi rikosasian yhteydessä seurata muuta kuin korkeintaan rangaistuksen lieventäminen.

Tunnustamista tai muuta oman rikoksensa selvittämisen edistämistä harkitsevan kannalta nykyinen järjestelmä ei myöskään olisi kovin ennakoitava. Koska syyttäjä ei mainitulla perusteella voi jättää syytettä nostamatta ROL 1:7:n tai 1:8:n mukaisesti, tulisi rangaistuksen mahdollinen lieventäminen tai tuomitsematta jättäminen arvioitavaksi tuomioistuimessa rikosoikeudenkäynnissä. Lisäksi kun RL 6:6:n 3 kohdan tulkintakäytäntö näyttäisi jossain määrin erkanevan säännöksen sanamuodosta ja esityölausumista, saattaisi oikeudenkäynnin tulos tulla kartellin paljastaneelle taholle yllätyksenä. Ilman tarkentavaa sääntelyä epävarmana voitaisiin pitää myös sitä, minkä merkityksen tuomioistuimet antaisivat yrityksen nimissä tehdyille leniency-hakemukselle ja yhteistyölle viranomaisen kanssa harkitessaan RL 6:6:n 3 kohdan edellytysten täyttymistä luonnollisen henkilön osalta.

Esitetyin perustein nykyinen sääntely ei näyttäisi turvaavan kovinkaan hyvin kilpailuoikeudellisen leniency-järjestelmän toimintaa, jos kartellikriminalisointi toteutettaisiin. Rikosoikeudellisesta seuraamuksesta olisi tuskin mahdollista vapautua rikoslain 6:12:n tuomitsemattajättämissäännöksen perusteella pelkästään tunnustamalla osallisuutensa kartelliin ja edistämällä kartellin selvittämistä, eikä edes rangaistuksen lieventämistä voitane pitää ennakoitavana.

Syyteneuvotteluesityksen vaikutukset

Eduskunnassa käsiteltävänä olevan syyteneuvottelua koskeva hallituksen esitys toisi hyväksytyksi tullessaan yhden työkalun rikosoikeudellisten seuraamusten yhteensovittamiseksi kilpailuoikeudellisen leniency-menettelyn kanssa. Keskeinen muutos nykytilaan nähden olisi ennakoitavuuden ja läpinäkyvyyden lisääntyminen tunnustuksen huomioinnissa rangaistuksen määräämisessä. Toisin kuin nykyisessä järjestelmässä, syyttäjän olisi jatkossa mahdollista tehdä yhteistyötä kilpailuviranomaisen ja leniency-hakemuksen tehneen tahon kanssa jo aikaisessa tutkinnan vaiheessa sekä neuvotella tuomioesityksen tekemisestä, jos hakija tunnustaa myös syyllistyneensä rikokseen³¹¹. Toisaalta syyttäjällä olisi syyteneuvottelun ja tuomioesityksen tekemisessä melko paljon harkintavaltaa. Pelkkä tunnustaminen ei vielä välttämättä johtaisi tuomioesityksen tekemiseen, koska syyttäjän tulee lakiehdotuksen mukaan harkita

³¹¹ Syyteneuvottelun yleisenä edellytyksenä olisi, että syyttäjä katsoisi syytteen nostamisen edellytysten täyttyvän. Hallituksen esityksen mukaan lähtökohtana harkinnassa tulisi kuitenkin olla, että vapaaehtoinen ja tosiasioita vastaava tunnustus riittää syytteen nostamiseen (HE58/2013 vp, s. 22).

myös asian suppeammasta käsittelystä seuraavia prosessieconomisia etuja³¹². Järjestelmän ennakoitavuus korostuisikin laajojen ja monimutkaisten asioiden yhteydessä, mutta aiheuttaisi epävarmuutta pienempien tekokokonaisuuksien osalta. Mielenkiintoinen seikka syyteneuvottelun soveltumisen kannalta on myös se, että esityksen perusteella syyteneuvottelua tulisi käyttää lähinnä silloin, kun kaikki rikokseen osalliset ovat tunnustaneet teon³¹³. Tällainen vaatimus saattaisi käytännössä supistaa syyteneuvottelun käyttöalaa kartelliasioissa merkittävästi.

Syyteneuvottelujärjestelmän perusteella ei olisi mahdollista välttyä kokonaan rangaistukselta, sillä esityksen perusteella tuomioesityksellä voidaan tähdätä vain lievemmän rangaistusasteikon soveltamiseen. Myöskään syyttäjän syyttämättäjättämisperusteiden laajentaminen ei toisi vastausta rangaistuksesta vapautumiseen, koska syytteen nostamatta jättäminen olisi nykyisten perusteiden lisäksi mahdollista vain silloin, kun tunnustettuja rikoksia olisi kaksi tai useampi, jolloin osa rikoksesta voitaisiin jättää syyttämättä. Siten syyteneuvottelu soveltuisi leniency-järjestelmän tueksi lähinnä sellaisissa tapauksissa, joissa olisi kyse hallinnollisen seuraamusmaksun alentamisen edellytykset täyttävästä menettelystä.

Keskeisimmät perustuslailliset näkökohdat rikosoikeudellisesta vastuusta vapautumisen kannalta

Viimeaikaisen kehityksen – erityisesti syyteneuvottelua koskeva lainsäädäntöhankkeen – perusteella näyttäisi siltä, että kotimaisessa rikosprosessioikeudessa ollaan ottamassa askelia suuntaan, jossa rikoksentekijä voi enenevissä määrin saada hyötyä rikoksensa tunnustamisesta ja sen selvittämisen edistämisestä. Syyteneuvottelujärjestelmä ei kuitenkaan mahdollista rangaistuksesta kokonaan vapautumista, vaan ainoastaan rangaistuksen lieventämisen. Kyse on periaatteessa melko merkittävästä erosta. Mahdollisuutta säätää syyteneuvottelujärjestelmää pidemmälle meneviä rikoslajikohtaisia syytteestä tai rangaistuksesta vapautumista koskevia säännöksiä onkin syytä arvioida valtiojärjestyksen perusteiden ja perusoikeuksien toteutumisen kannalta.

Perustuslain 3 §:n 3 momentin mukaan tuomiovaltaa käyttävät riippumattomat tuomioistuint. Siten mahdollisuus rikosoikeudellisesta rangaistuksesta vapautumiseen voi olla ongel-

³¹² Lakiehdotuksen mukaan yhtenä syyteneuvottelun aloittamisen edellytyksenä olisi, että syyttäjä ”katsoo asian käsittelyn 5 b luvussa tarkoitetussa oikeudenkäynnissä perustelluksi ottaen huomioon asian laadun ja esitettävät vaatimukset, yhtäältä mainitussa oikeudenkäynnissä ja toisaalta syyteasiasta säädettyssä järjestyksessä käsittelystä ilmeisesti aiheutuvat kustannukset ja siihen kuluva aika sekä mahdolliset epäiltyyn rikokseen tai siihen välittömästi liittyvään rikokseen kuuluvat osallisuuskysymykset” (HE 58/2013 vp, s. 46).

³¹³ PeVL 7/2014 vp, s. 6.

mallinen perustuslain kannalta, jos tuomiovaltaa siirretään tuomioistuinten ulkopuolelle perustuslain 3 §:n vastaisesti. Perustuslakivaliokunta on arvioinut kysymystä useissa lausunnoissaan, joissa se on korostanut pidättyvää suhtautumista tuomiovallan käytön edelleen laajentamiseen tuomioistuinlaitoksen ulkopuolelle. Valiokunta on kuitenkin pitänyt mahdollisena siirtää tuomiovaltaa tuomioistuinten ulkopuolelle summaarisissa rikosasioissa, jolloin tuomioistuimet voivat keskittyä vakavampien ja monimutkaisten rikosasioiden käsittelyyn.³¹⁴ Syyteneuvottelua koskevassa lausunnossaan perustuslakivaliokunta katsoi, ettei ehdotus merkitsisi tuomiovallan siirtämistä tuomioistuimen ulkopuolelle merkittävällä tavalla, koska tuomioesityksestä päättää – ja siten tuomiovaltaa käyttää – edelleen tuomioistuin, jolla on mahdollisuus jättää esitys hyväksymättä, jos edellytykset antaa esityksen mukainen tuomio eivät täyty³¹⁵. Perustuslain 3 §:n kannalta ongelmalliseksi saattaisi siten muodostua, jos rikosoikeudellisesta rangaistuksesta vapautumisesta päättäisi esitutkinta- tai syyttäjäviranomainen tutkimatta- tai syyttämättäjättämispäätöksellä ilman tuomioistuimen suostumusta.

Periaatteellisesti merkittävä on myös kysymys perustuslain 6 §:n turvaaman yhdenvertaisuuden toteutumisesta. Perustuslakivaliokunta on käytännössään vakiintuneesti katsonut, ettei

”– yleisestä yhdenvertaisuusperiaatteesta voi johtua tiukkoja rajoja lainsäätäjän harkinnalle pyrittäessä kulloisenkin yhteiskuntakehityksen vaatimaan sääntelyyn. Erottelut eivät kuitenkaan tällöinkään saa olla mielivaltaisia, eivätkä erot saa muodostua kohtuuttomiksi. – Valiokunta on toisaalta korostanut perustuslaissa turvatun yhdenvertaisuuden merkitystä rikosoikeudellisen seuraamusjärjestelmän yhteydessä.”³¹⁶

Syyteneuvottelun osalta perustuslakivaliokunta katsoi, että rangaistuksen lievennyksen suuruudesta ja siitä huolimatta, että sääntelyn korostamien prosessieconomisten tavoitteiden toteuttaminen voi johtaa moitittavuudeltaan ja tekijän syyllisyyden kannalta samanlaisista rikoksista tuomittavien rangaistusten erilaisuuteen, sääntely ei muodostu rikoksesta epäiltyjen tai rikosasian vastaajien kannalta mielivaltaiseksi tai kohtuuttomaksi³¹⁷.

Kartellikriminalisoinnin kannalta merkittävää harkittaessa syyteneuvottelujärjestelmää pidemmälle meneviä syytteestä tai rangaistuksesta vapautumista koskevia säännöksiä on leniency-järjestelmän mukaisen yhteistyömenettelyn erilaisuus syyteneuvottelujärjestelmään nähden. Ensinnäkin hallinnollisista seuraamuksista vapautuminen on mahdollista vain, jos

³¹⁴ Ks. kootusti PeVL 7/2014 vp, s. 3.

³¹⁵ PeVL 7/2014 vp, s. 3.

³¹⁶ PeVL 7/2014 vp, s. 5.

³¹⁷ PeVL 7/2014 vp, s. 6.

yhteistyötä tehdään kartellin selvittämisen kannalta melko aikaisessa vaiheessa. Syyteneuvottelujärjestelmä taas vastaa todetuilla tavoin ennemminkin seuraamusmaksun alentamista, joka on lähinnä prosessiekonomisista syistä käytettävissä koko tutkinnan ajan. Toiseksi hallinnollisista seuraamuksista vapautuminen edellyttää huomattavasti laajempaa yhteistyötä viranomaisten kanssa kuin syyteneuvottelu. Siinä missä syyteneuvottelussa on kyse teon tunnus-
tamisesta, tulee vapautusta tavoittelevan leniency-hakijan toimittaa kilpailuviranomaiselle muitakin tietoja ja todisteita sekä tehdä läheistä yhteistyötä koko tutkinnan ajan. Kolmanneksi jos kartellikriminalisointi säädettäisiin edellä 4 luvussa hahmoteltujen perusteiden mukaisesti, kattaisi se oikeushyvien loukkausten kannalta myös sellaisia toimita, jotka perinteisesti luokiteltaisiin rikoksen valmisteluksi tai yritykseksi, ja joihin siten soveltuisi yrityksestä luopumis-
ta ja tehokasta katumista koskevat säännöt tai niiden valmistelutekoja koskevat tunnusmerkistökohtaiset vastinparit. Kartellista ilmoittamisella viranomaisille olisi siten aikaisessa vaiheessa mahdollista myös estää seurausten syntyminen tai poistaa oman toimintansa merkitys rikoksen toteuttamisessa, jolloin rangaistuksesta vapautumista voitaneen rikoslain systematiikan kannalta pitää perusteltuna. Neljäs ero koskee yhteistyömenettelyn suhdetta myöhempään
seuraamusoikeudenkäyntiin. Syyteneuvottelua ei ole tarkoitettu esitutkinnan ”jatkoksi” ja näytön keräämiseen, ja sen soveltuminen edellyttäisi lähtökohtaisesti, että myös muut rikokseen osalliset tunnustaisivat rikoksen ja suostuisivat sen käsittelyyn kevyemmässä menettelyssä³¹⁸. Leniency-järjestelmän avulla taas pyritään keräämään todisteita kilpailunrajoitukselta, ja lähtökohtana on seuraamusmaksuesityksen tekeminen markkinaoikeudelle muiden kartelliin jäsenten osalta, mikä palvelee myös myöhempää (yritykseen kohdistuvaa) vahingonkorvausoikeudenkäyntiä. Viimeiseksi on syytä huomata, etteivät kilpailulain leniency-säännökset mahdollista vastuusta vapautumista sen elinkeinonharjoittajan osalta, joka on painostanut toista elinkeinonharjoittajaa osallistumaan kartelliin (kilpailulain 14 §:n 3 mom.). Vastuusta vapautumista on siten rajattu niin, ettei muita kartelliin osallisia moitittavimmin toiminut yritys voi vapautua seuraamuksista.

Jos syytteestä tai rangaistuksesta vapautumista koskeva sääntely toteutettaisiin vastaavin edellytyksin kuin kilpailuoikeudellisessa järjestelmässä, voitaisiin yhdenvertaisuudesta poikkeamista perustella yllä esitetyillä näkökohdilla. Jos vastuusta vapautumista koskeva sääntely toteutettaisiin tarkkarajaisesti ja selkeästi, se tuskin muodostuisi mainituilla perusteilla yhdenvertaisuusperiaatteen näkökulmasta mielivaltaiseksi. Kohtuullisuusvaatimuksen osalta tilanne on sen sijaan epäselvempi. Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännöstä ei voitane

³¹⁸ HE 58/2013 vp, s. 22 sekä PeVL 7/2014 vp, s. 6.

tehdä yksiselitteisiä johtopäätöksiä sen osalta, muodostuisiko erottelu rangaistuksesta vapautuvien ja syytteeseen joutuvien välillä tässä tapauksessa kohtuuttomaksi. Ottaen kuitenkin huomioon perustuslakivaliokunnan jo syyteneuvottelujärjestelmän kohdalla esiin nostamat yhdenvertaisuusongelmat, saattaisi viranomaisten kanssa yhteistyössä toimimisesta huomattavasti suurempaa etua tarjoava rangaistuksesta vapautumissääntely nousta keskeiseksi ongelmaksi perusoikeusnäkökulmasta.

Selvityksessä omaksutun näkemyksen mukaan yhdenvertaisuusperiaate ei kokonaisuutena arvioiden näyttäisi kuitenkaan muodostavan ehdotonta estettä prosessien yhteensovittamista koskeville toimenpiteille. Ensinnäkin on syytä huomata, ettei nyt tarkasteltavana olevassa tilanteessa liene kyse sellaisesta perusoikeuden ydinalueelle sijoittuvasta rajoituksesta, jonka säätäminen olisi perusoikeuksien ydinalueen koskemattomuusperiaatteen näkökulmasta kiellettyä. Toiseksi yhdenvertaisuuskysymystä on tarkasteltava pelkkää leniency-järjestelmää laajemmassa kontekstissa. On totta, että rangaistuksesta vapautuminen tai sen alentaminen yksittäistapauksessa erottelee samanlaiseen rikostunnusmerkistön täyttävään tekoon syyllistyneitä henkilöitä. Tämä erottelu tapahtuu kuitenkin selvästi perusteltavissa olevin syin. Sen sijaan nykytilannetta, jossa rangaistusvastuu ei kohdistu *lainkaan* niihin luonnollisiin henkilöihin, jotka osallistuvat yrityksissä kilpailusääntöjen vakavaan rikkomiseen, on vaikea perustella ottaen huomioon muut vahingollisuudeltaan ja moitittavuudeltaan kartellitoimintaan rinnastuvat elinkeinoelämän väärinkäytöksiä koskevat kriminalisoinnit.

Vaihtoehtoja leniency-järjestelmän toimivuuden turvaamiseksi

Toteuttamisvaihtoehdot kilpailuoikeudellisen leniency-järjestelmän suojaamiseksi kriminalisoinnin haitallisista vaikutuksilta voidaan jakaa neljään ryhmään: 1) kilpailuviranomaisen rikosilmoituksentekovelvollisuuden sääntely, 2) syyttämättä jättäminen, 3) tuomioistuinten hyväksyntää edellyttävä syyttäjän päätös tai esitys, sekä 4) tuomitsematta jättäminen.

Ensimmäisenä vaihtoehtona olisi antaa kilpailuviranomaiselle harkintavaltaa rikosilmoituksen tekemisessä. Tällaista sääntelymallia edustaa Norjan kilpailulaki, jonka 33 §:n mukaan kilpailunrajoituksia koskevan rikostunnusmerkistön täyttävät teot ovat virallisen syytteen alaisia vain silloin, kun kilpailuviranomainen on tehnyt syyttämispyyntöä tai merkittävä yleinen etu niin vaatii. Kilpailulakiin olisi myös mahdollista nimenomaisesti kirjata, että leniency-menettelyn edellytysten täyttäminen olisi peruste jättää asia ilmoittama esitutkintaviranomaiselle. Mallin etuna olisi korkea ennakoitavuus ja läpinäkyvyys sekä leniency-hakemuksen käsittelyn keskittyminen yhdelle viranomaiselle. Sääntelymalli ei kuitenkaan

sopisi lainsäädäntöömme ongelmitta. Edellä todetuin tavoin valvontaviranomaisten harkintavalta rikosilmoituksen tekemisessä on nykyisessä lainsäädännössä rajattu siten, että se koskee lähtökohtaisesti vain vähäisiä tekoja. Tätä laajemman harkintavallan luovuttaminen muodostunee helposti perustuslain 3 §:n 3 momentin vastaiseksi tuomiovallan siirtämiseksi tuomioistuinten ulkopuolelle.

Toinen vaihtoehto olisi kytkeä leniency-menettely syyttämättäjättämisperusteisiin. Esimerkin sääntelystä tarjoaa Tanskan kilpailulaki, jonka 23 a §:n mukaan syyte leniency-hakijaa ja tämän työntekijöitä kohtaan jätetään nostamatta samoilla edellytyksin kuin yritys voi vapautua seuraamusmaksusta kotimaisen kilpailulain 14 ja 16 §:n perustella. Vastaavasti rangaistusta voidaan lieventää kotimaisen kilpailulain 15 ja 16 §:n kanssa vastaavilla edellytyksillä. Tanskassa hakemukset ottaa vastaan ensisijaisesti kilpailuviranomainen, mutta hakemus voidaan toimittaa myös syyttävaviranomaiselle, jos tämä on aloittanut kartellia koskevan tutkimuksen (konkurrenceloven 23a(6)). Kilpailuoikeudellisen menettelyn tavoin hakemuksen vastaanottanut viranomainen myöntää hakijalle ensin ehdollisen vapautuksen, joskin kilpailu- ja syyttävaviranomainen on velvoitettu toimimaan yhteistyössä (konkurrenceloven 23a(7–8)). Lopullisen syyttämättäjättämis päätöksen antaa syyttäjä tutkimuksen päätyttyä (konkurrenceloven 23a(9)).

Kilpailulain seuraamusmaksusta vapautumiseen ja seuraamusmaksun alentamiseen kytketty syyttämättäjättämisperuste täyttäisi leniency-järjestelmän toiminnalta edellytettyjen ennakoitavuuden ja läpinäkyvyyden vaatimukset. Mallin mukaan syyttäjällä ei olisi harkinnanvaraa syyttämättäjättämis päätöksen tekemisessä, jos leniency-järjestelmän mukaiset seuraamuksista vapautumisen edellytykset täyttyvät. Tosiasiallisen tuomiovallan siirtäminen syyttävaviranomaiselle saattaisi kuitenkin myös tämän mallin osalta muodostua ongelmalliseksi perustuslain 3 §:n 3 momentin kannalta, joskin päätöksenteon siirtoa syyttävaviranomaisen tehtäväksi voitaneen pitää ensimmäistä vaihtoehtoa hyväksyttävämpänä.

Syyttämättä ja tuomitsematta jättämisen välimaastoon sijoittuu tuomioistuinkontrollia edellyttävä menettely, joka olisi periaatteessa mahdollista kytkeä kumpaan tahansa mainituista perusteista. Syyttämättäjättämis päätöksen osalta tämä tarkoittaisi ehdollisen ja/tai lopullisen syyttämättäjättämis päätöksen alistamista tuomioistuimen hyväksyttäväksi, jolloin tuomioistuimien voisi tarkistaa syyttämättäjättämisperusteen edellytysten täyttymisen. Tuomitsematta jättämiseen liitettynä kyse taas olisi syyteneuvottelujärjestelmää lähestyvistä tuomioesityksen tekemisestä rangaistuksen tuomitsematta jättämiseksi. Molemmissa tapauksissa arviointi olisi

luontevaa suorittaa osana muiden kartelliin osallisten rikossyytteiden käsittelyä, tai mikäli syytteitä ei lainkaan nostettaisi, omassa kevennetyssä menettelyssään. Tuomioistuimen hyväksyntää ja toisaalta syyttäjän ennakollista sitoutumista edellyttävä järjestelmä vaikuttaisi menettelyn ennakoitavuuden ja toisaalta tuomioistuimen riippumattomuuden turvaamisen kannalta tasapainotetulta ratkaisulta, joka olisi tarvittaessa myös mahdollista sovittaa melko hyvin yhteen syyteneuvottelujärjestelmän kanssa.

Viimeinen vaihtoehto olisi säätää erityinen tuomitsemattajättämisperuste, jota sovellettaisiin henkilöihin, jotka ovat täyttäneet kilpailulain 14 ja 16 §:n mukaiset yhteistyövelvoitteet. Peruste olisi luonnollista sijoittaa suoraan rikostunnusmerkistön yhteyteen muiden erityisten tuomitsemattajättämisperusteiden tavoin. Sääntelymalli toteuttaisi esitetyistä vaihtoehdoista parhaiten tuomioistuinten riippumattomuutta, mutta vastaavasti se olisi menettelyistä raskain ja ainakin periaatteessa ennakoimattomin, koska tuomitsemattajättämisperusteen arviointi edellyttäisi nykyisen sääntelyn perusteella syytteen nostamista ja tavanomaista rikosasian käsittelyä. Sinänsä menettely ei aiheuttaisi merkittäviä lisäkustannuksia tuomioistuimen näkökulmasta, koska melko todennäköisesti muiden kartelliin osallisten rikossyytteet tulisivat joka tapauksessa tuomioistuimen harkittaviksi. Seuraamuksista vapautusta hakevalle aiheutuisi kuitenkin muihin malleihin nähden lisäkustannuksia, koska tuomitsemattajättämisperusteen edellytysten täyttymistä koskevan todistelun esittäminen olisi muita malleja vahvemmin vastaajan harteilla. Kokonaisuutena arvioiden menettelyn ei voitane katsoa toteuttavan kovinkaan hyvin toimivalta leniency-järjestelmältä vaadittavaa ennakoitavuutta.

Esitetyistä malleista syyttäjän myötävaikutusta ja tuomioistuimen hyväksyntää edellyttävä malli vaikuttaisi taustalla vaikuttavien ristiriitaisten tavoitteiden, seuraamuksista vapautumisen ennakoitavuuden ja tuomioistuinten riippumattomuuden yhteensovittamisen kannalta perustelluimmalta. Malli tarjoaisi myös läheisen yhtymäkohdan ehdotettuun syyteneuvottelujärjestelmään. Rangaistusten lieventämisen kannalta on tosin huomattava, ettei syyteneuvottelujärjestelmä hallituksen esityksessä ehdotetun sisältöisenä välttämättä soveltuisi kaikkiin sellaisiin tapauksiin, joissa rangaistuksen lieventäminen saattaisi kilpailulain 15 ja 16 §:n edellytykset täyttävän yhteistyön perusteella olla muutoin perusteltua. Tämä johtuu edellä todetuin tavoin prosessieconomisten hyötyjen ja tekokokonaisuuteen osallisten tunnustuksen edellyttämisestä. Toisin sanoen mikäli syyteneuvottelujärjestelmää aiottaisiin soveltaa rangaistuksen lieventämistä koskevissa tapauksissa, tulisi järjestelmän riittävä soveltamisala varmistaa.

Erityisiä kysymyksiä

Kilpailulain 16 §:n 1 momentin 1 kohdan mukaan elinkeinonharjoittajan tulee lopettaa osallistumisensa kilpailunrajoitukseen välittömästi toimitettuaan Kilpailu- ja kuluttajavirastolle leniency-hakemuksen. Pykälän 2 momentissa säädetään kuitenkin poikkeus, jonka mukaan elinkeinonharjoittaja voi 1 momentin 1 kohdan estämättä Kilpailu- ja kuluttajaviraston ohjauksessa jatkaa osallistumista kilpailunrajoitukseen siinä laajuudessa kuin se on välttämätöntä 35 ja 36 §:ssä tarkoitettujen tarkastusten onnistumisen turvaamiseksi. Säännöksen soveltaminen saattaisi joissakin tilanteissa muodostua ongelmalliseksi, jos kriminalisointi säädettäisiin. Viranomaisen ei nimittäin voine velvoittaa yrityksessä toimivia luonnollisia henkilöitä ainaakaan tekemään mitään rikokseksi laskettavia aktiivisia toimia yhteistyön salaamiseksi. Passiivinen ”osallistuminen” kilpailunrajoitukseen, eli käytännössä viranomaisten kanssa tehtävästä yhteistyöstä vaikeneminen, ei sen sijaan liene ongelmallista.

Kilpailulain 17 §:n 4 momentin mukaan leniency-hakemuksilla saatuja tietoja ja todisteita ei voida käyttää muuhun tarkoitukseen kuin säännöksessä yksilöityihin kilpailuviranomaisen toimenpiteisiin sekä seuraamusmaksuasian käsittelyyn Kilpailu- ja kuluttajavirastossa, markkinaoikeudessa tai korkeimmassa hallinto-oikeudessa. Hieman leniency-järjestelmää turvaavien lainsäädäntötoimien sisällöstä riippuen saattaisi esiintyä tarvetta muuttaa mainittua säännöstä. Mikäli syyttäväviranomaisen tai tuomioistuimen tulisi toimenpiteistä luopumista arvioidessaan ottaa kantaa hakemuksessa esitettyihin seikkoihin sekä toimitettuihin todisteisiin, tulisi säännökseen tehdä tarvittavat muutokset tietojen luovuttamisen mahdollistamiseksi.

Lisäksi luonnollisiin henkilöihin kohdistuvien sanktioiden säätäminen edellyttäisi sen selkeyttämistä, ketkä voisivat tehdä leniency-hakemuksia ja voisiko samalla hakemuksella suojata useita henkilöitä. Esimerkiksi Tanskassa on erikseen säädetty, että yrityksen tekemä hakemus automaattisesti kattaa myös yrityksen nykyiset ja entiset hallituksen jäsenet, työntekijät ja muut edustajat (konkurrenceloven 23a(11)). Toisaalta saattaisi olla tarpeen harkita myös sitä, voisiko luonnollinen henkilö välttyä rangaistukselta tai saada lievennystä myös silloin, jos hän itsenäisesti ilmiantaa itsensä ja toimii yhteistyössä viranomaisten kanssa kilpailunrajoitusta koskevien tutkimusten ajan. Tällaisella mahdollisuudella saattaisi olla myönteinen vaikutus kartellien sisäisen tasapainon horjuttamisessa. Ajatus perustuu siihen, että yrityksen ja yksilön intressit voivat poiketa toisistaan; vaikka kartellin jatkaminen olisi taloudellisin perustein yrityksen näkökulmasta kannattavaa eikä yritys siten haluaisi lopettaa kartellitoi-

mintaa, saattaisi yrityksen edustaja tai työntekijä rangaistuksen pelossa olla valmis luopumaan toiminnasta, jos hänellä olisi mahdollisuus siten vapautua rangaistuksesta³¹⁹.

5.5 Vahingonkorvaus kilpailunrajoituksen perusteella

Kartelliin osallistumisen kriminalisoinnin myötä painopiste vakavimpien kilpailunrajoitusten tarkastelussa siirtyisi osittain yritysten toiminnasta yksilöiden toimintaan. Tällä kartellin vastuutahojen jakautumisella saattaisi olla merkitystä vahingonkorvausoikeudellisesta näkökulmasta.

Kilpailulain 20 §:n 1 momentin mukaan ”[e]linkeinonharjoittaja tai elinkeinonharjoittajien yhteenliittymä, joka tahallaan tai huolimattomuudesta rikkoo 5 tai 7 §:ssä taikka Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 tai 102 artiklassa säädettyä kieltoa, on velvollinen korvaamaan kilpailunrajoituksesta aiheutuneen vahingon”. Lain esitöiden mukaan säännöksen perusteella määrättävä vahingonkorvaus käsittää korvauksen välittömästä ja välillisestä taloudellisesta vahingosta, jota kilpailunrajoituksesta on aiheutunut. Esimerkkeinä mainitaan korvaus kuluista, hinnanerosta ja saamatta jääneestä voitosta.³²⁰

Vahingonkorvauslain (31.5.1974/412; VahL) 2:1:n mukaan ”[j]oka tahallisesti tai tuottamuksesta aiheuttaa toiselle vahingon, on velvollinen korvaamaan sen, jollei siitä, mitä tässä laissa säädetään, muuta johdu”. Lain 5:1:n mukaan vahingonkorvaus käsittää lähtökohtaisesti korvauksen vain henkilö- ja esinevahingosta. Säännöksen mukaan vahingonkorvaus käsittää kuitenkin hyvityksen myös sellaisesta taloudellisesta vahingosta, joka ei ole yhteydessä henkilö- tai esinevahinkoon, jos vahinko on aiheutettu rangaistavaksi säädetyllä teolla tai julkista valtaa käytettäessä taikka milloin muissa tapauksissa on erittäin painavia syitä.

Koska kilpailunrajoituksista aiheutuneet vahingot ovat luonteeltaan lähes aina taloudellista vahinkoa³²¹, vaikuttaa erityisen korvausperusteen säätäminen kilpailulakiin perustellulta. Vahingonkorvaussäätelyssä on tullut huomioida myös EU-oikeudelliset näkökohdat. EU:n tuomioistuin on nimittäin oikeuskäytännössään vahvistanut, että jokaisella vahinkoa kärsineellä osapuolella on oikeus vahingonkorvaukseen SEUT 101 artiklan vastaisella teolla aiheutetun vahingon perusteella³²². Erityissäännös on kuitenkin kilpailulain soveltamisalan mukaisesti koskenut vain *yrityksen* vahingonkorvausvastuuta. Koska yleisesti rikosasioihin liittyy säännönmukaisesti rikoksella aiheutetun vahingon korvaamista koskeva ROL 3 luvun

³¹⁹ Ks. esim. SOU 2006:99, s. 539.

³²⁰ HE 88/2010 vp, s. 66.

³²¹ Ks. esim. Kilpailuoikeus 2010 -mietintö, s. 59.

³²² Ks. kootusti Havu 2013, s. 43–56 sekä Kuoppamäki 2012, s. 97.

mukainen yksityisoikeudellinen vaatimus, on syytä lyhyesti tarkastella, mitä kartellikriminalisointi tarkoittaisi vahingonkorvausnäkökulmasta.

Rikoksella aiheutetun vahingon korvaamisen kannalta merkittävä kysymys on, voidaanko vahingonkorvauslain yleisiä korvausperusteita soveltaa kilpailulain 20 §:n erityissäännöksen rinnalla. Vahingonkorvauslain 1:1:ssä säädetään vahingonkorvauslain soveltamisalasta. Säännöksen mukaan

”Vahingon korvaamiseen on sovellettava tämän lain säännöksiä. Tämä laki ei kuitenkaan koske, ellei tässä tai muussa laissa toisin säädetä, sopimukseen perustuvaa tai muussa laissa säädettyä korvausvastuuta.”

Lain soveltamisala ei säännöksen sanamuodon tai lain esitöiden perusteella ole täysin selvä. Sinänsä säädöstekstistä käy selvästi ilmi, että laki on tarkoitettu toissijaiseksi muualla lain-säädännössä olevaan erityissääntelyyn nähden. Epäselvyys liittyy lähinnä siihen, mikä rooli vahingonkorvauslailla on erityissääntelyä täydentävänä säännöstönä tilanteessa, jossa lain soveltamisesta ei erityissääntelyn yhteydessä ole nimenomaisesti säädetty. Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että ”soveltuvuuskysymystä on arvioitava säännöskohtaisesti lähtien siitä, onko tarkasteltavilla vastuunormeilla tarkoitettu luoda vahingonkorvauslaista poikkeava ja sen normit sivuuttava ratkaisu vai onko vahingonkorvauslailla tarkoitettu jättää täydentävä asema”³²³.

Kilpailulain 20 §:n 2 momentin mukaan ”[k]orvausvelvollisuuteen sovelletaan lisäksi, mitä vahingonkorvauslain 2 luvun 1 §:n 2 momentissa ja 6 luvussa säädetään. Viitatu säännökset koskevat vahingonkorvauksen sovittelua sekä korvausvastuun jakautumista, eivätkä siten tarjoa suoraa vastausta muun vahingonkorvausnormiston soveltumiseen. Kysymykseen ei ole otettu kantaa myöskään kilpailulain esitöissä. Sen sijaan kilpailulakia valmistelleen työryhmän mietinnössä kysymys vahingonkorvauslain soveltumisesta kilpailulain 20 §:ää täydentävänä on jätetty auki todeten, ettei soveltuminen lainsäädännön tai oikeuskäytännön perusteella ole aivan selvää. Mietinnössä on kuitenkin todettu, että useissa tapauksissa vahingonkorvauslain soveltaminen erityislain rinnalla on hyväksytty, vaikka siitä ei olisi erikseen säädetty. Erityisesti näin on tulkittu tilanteissa, joissa erityislailla on haluttu tehostaa vahingonkäräjän suojaa.”³²⁴ Oikeuskirjallisuudessa *Havu* on katsonut, että vahingonkorvauslaki ja yleisen vahingonkorvausoikeuden opit soveltuvat kilpailunrajoitukseen perustuvaan vahingonkorva-

³²³ Hemmo 2005, s. 20.

³²⁴ Kilpailulaki 2010 -mietintö, s. 59.

ukseen niissä tapauksissa, joihin erityislaki tai sopimusperusteinen vastuu ei sovellu³²⁵. *Kuoppamäki* taas on todennut, ettei lainsäädännössä ole asetettu mitään erityistä etusijajärjestystä, vaan kantaja voi valita vastuuperusteet ja esittää korvausvaateen vaihtoehtoisilla perusteilla kilpailulain 20 §:ään tai vahingonkorvauslain 5:1:ään vedoten³²⁶.

Vahingonkorvauslain täydentävän tulkinnan puolesta ja sitä vastaan esitettävät argumentit voitaneen eritellä seuraavasti. Täydentävän korvausvastuun puolesta puhuu se, että kilpailulain 20 § vaikuttaisi luonteeltaan vahingonkärsijän suojaa tehostavalta säännökseltä, koska sillä on jo lähtökohtaisesti tarkoitettu korvattavaksi puhtaat varallisuusvahingot, joiden korvaaminen vahingonkorvauslain perusteella vaatii erityisten perusteiden olemassaoloa. Täydentävää korvausvastuuta vastaan puhuu taas se, että vahingonkorvausvastuun nimenomainen kohdistaminen kartelliin osallisiin yrityksiin on perusteltua sen vuoksi, että toiminnalla aiheutetut vahingot – ja siten myös korvaukset – ovat suuria, välitön hyöty vahingosta on koitunut yrityksen hyödyksi ja kartellin toimintaa yrityksissä edistäneiden yksilöiden rooli voi kokonaisuuden kannalta jäädä lopulta melko vähäiseksi ja oikeasuhtaisen korvausvastuun määrittäminen saattaisi muodostua yksilöiden suhteen melko hankalaksi.

Kokonaisuutena arvioiden perustellulta vaikuttaisi yhtyä Havun tulkintaan vahingonkorvauslain yleisten korvausperusteiden toissijaisuudesta kilpailulain 20 §:ään nähden. Näin ollen luonnollisen henkilön vastuu rikoksen perusteella voisi tulla kyseeseen vain silloin, kun korvausvelvollisuutta ei syystä tai toisesta voitaisi määrätä kartelliin osallistuneille yrityksille kilpailulain korvaussäännöksen perusteella. Tällöinkin korvausta olisi mahdollista kuitenkin vaatia joko pelkästään yrityksiltä vahingonkorvauslain 5:1:n perusteella tai yhteisvastuullisesti yrityksiltä sekä luonnollisilta henkilöiltä. Käytännössä on kuitenkin melko vaikeaa kuvitella tilannetta, jossa vahingonkorvauslain 5:1:n perusteella tehty vaatimus voisi menestyä, mikäli kilpailulain 20 §:n ei katsottaisi soveltuvan tilanteeseen.

Tulkintatilanteen epäselvyyden vuoksi on kuitenkin syytä käydä lyhyesti läpi, mitä täydentävän tulkinnan mukainen vahingonkorvauslain korvausperusteiden käytön mahdollisuus käytännössä voisi kartellikriminalisoinnin seurauksena tarkoittaa. Kuten todettu, vahingonkorvauslain 5:1:n mukaan vahingonkorvaus käsittää hyvityksen myös sellaisesta taloudellisesta vahingosta, joka ei ole yhteydessä henkilö- tai esinevahinkoon, jos vahinko on aiheutettu rangaistavaksi säädetyllä teolla tai julkista valtaa käytettäessä taikka milloin muissa tapauksissa

³²⁵ Havu 2013, s. 67.

³²⁶ Kuoppamäki 2012, s. 98.

on erittäin painavia syitä. Siten puhtaiden varallisuusvahinkojen korvaaminen vahingonkorvauslain perusteella on mahdollista lähtökohtaisesti aina, kun vahinko on aiheutettu rikoksella, jollei muussa laissa toisin säädetä.

Vahingonkorvauslaissa sekä eri yhtiömuotoja koskevassa lainsäädännössä on joitakin erityissäännöksiä, jotka koskevat yritystoiminnan yhteydessä aiheutettuja vahinkoja. Mikään näistä säännöksistä ei kuitenkaan näyttäisi johtavan poikkeamiseen vahingonkorvauslain 5:1:n mukaisesta korvausvastuusta. Vahingonkorvauslain työntekijän lievempää korvausvastuuta koskeva 4:1 ei nimittäin sovellu tahallisesti aiheutettuihin vahinkoihin, ellei korvauksen alentamista erityisistä syistä harkita kohtuulliseksi. Osakeyhtiölain 22 luvun vahingonkorvaussäännöksissä taas on kyse osakeyhtiölain säännösten rikkomisesta aiheutuneesta vahingosta, ja lain 22:1:ssä yhtiön johtohenkilön vahingonkorvausvelvollisuus lain 1:8:ssa säädetyn huolellisuusvelvoitteen rikkomisesta on rajattu vain omalle yhtiölle aiheutettujen vahinkojen korvaamiseen. Siten kartellista vahinkoa kärsineillä tahoilla olisi periaatteessa oikeus vaatia vahingonkorvausta myös kartelliin osallisilta luonnollisilta henkilöiltä niissä tapauksissa, joissa syyllisyys kartelliin osallistumista koskevaan rikokseen todetaan.

Käytännössä rikoksen perusteella vaadittavien korvausten merkitys jäisi todennäköisesti kuitenkin melko vähäiseksi. Tämä johtuu ennen kaikkea siitä, että kartellista aiheutuneet vahingot ovat tyypillisesti sellaista suuruusluokkaa, että niiden perusteella vaadittavia korvauksia olisi harvoin järkevää yrittää periä yksityishenkilöiltä näiden (puutteelliseen) maksukykyyn liittyvistä syistä. Arviota puoltaa myös se näkökohta, että korvausten vaatiminen luonnollisilta henkilöiltä voisi täydentävää korvausvastuuta korostavan tulkintamallin perusteella olla jo nykyisin mahdollista ilman kriminalisointiakin, jos vahingonkorvauslain 5:1:n mukaisten erittäin painavien syiden katsotaan olevan käsillä. Tällaisia vaatimuksia ei kuitenkaan tietävästi ole luonnollisia henkilöitä kohtaan esitetty. On tosin huomattava, että oikeuskäytännössä erittäin painavan syyn edellytykset eivät ole täysin täsmentyneet, vaikkakin usein tahallista hyvän liiketavan vastaista tai muutoin sopimatonta ja lainvastaista menettelyä on pidetty korvattavuutta puoltavana tekijänä³²⁷. Asfalttikartellia koskeneessa yritykseen kohdistuneessa vahingonkorvausasiassa käräjäoikeus on tulkinnut ratkaisukäytäntöä siten, että vahingonkorvauslain 5:1:n erittäin painavat syyt varallisuusvahingon korvaamiselle olivat käsillä siltä

³²⁷ Esim. KKO 2005:105, erit. kohta 18. Ks. myös Havu 2013, s. 68.

osin, kun korvausperusteena ei voitu käyttää sopimusperusteista vastuuta ja kilpailunrajoituslain korvaussäännökset eivät vielä tekoaikana olleet olleet voimassa³²⁸.

Toisaalta merkittävä ero nykyisen oikeustilan ja kartellikriminalisoinnin säätämisen välillä olisi se, että nykyisessä järjestelmässä vahingonkorvausvelvollisuus on luontevaa perustaa hallintotuomioistuimen antamaan yritystä koskevaan seuraamusmaksutuomioon, ja yksilön toimien syy-yhteys aiheutuneeseen vahinkoon edellyttäisi vahingonkorvausoikeudenkäynnissä erillistä näyttöä. Jos kriminalisointi säädettäisiin, olisi asiassa annetulla rikostuomiolla melko vahva todistusvaikutus yksilön toimien syy-yhteydestä vahinkoon erillisessä vahingonkorvausoikeudenkäynnissä³²⁹. Näin ollen kynnys vahingonkorvauksen vaatimiseen luonnolliselta henkilöltä jossain määrin pienentyisi kriminalisoinnin myötä.

Esitettyjen näkökohtien myötä voitaneen arvioida, että vaikka laintulkinnassa päädyttäisiin vahingonkorvauslain täydentävää roolia puoltavaan tulkintaan, jäisi rikoksella aiheutettua vahinkoa koskeva korvausvaatimus vahingonkorvausoikeudenkäynnissä kilpailulain 20 §:ään perustuvan vaatimuksen kanssa vaihtoehtoiseksi vaatimukseksi, jos luonnollisiin henkilöihin koskevia vaatimuksia ylipäänsä esitettäisiin. Useimmissa tapauksissa tämä tarkoittaisi sitä, että vahingonkorvaus tuomittaisiin yritysten maksettaviksi kilpailulain 20 §:n nojalla, ja toisaalta jos yrityksiin kohdistetut vaatimukset eivät menestyisi, jäisivät korvaukset myös luonnollisten henkilöiden osalta määräämättä samoilla perusteilla.

Periaatteellisella mahdollisuudella vahingonkorvauksen vaatimiseen rikostunnusmerkistön täyttävän teon perusteella saattaisi kuitenkin olla vaikutusta leniency-järjestelmän toimintaan, jos kartellin syntymiseen tai ylläpitoon osallistuneet henkilöt pelkäisivät joutuvansa maksu-miehiksi teoriassa melko suurtenkin vahingonkorvausten osalta, eivätkä näin ollen avustaisi yritystä hakemuksen tekemisessä tai hakisi itse vapautusta seuraamuksista. Argumentti on siten pitkälti sama kuin itse kriminalisoinnin vaikutuksilla leniency-järjestelmään, jos vastuu-vapautta ei ulotettaisi myös rikosoikeudellisiin seuraamuksiin. Toisaalta vahingonkorvaus-velvollisuus eroaa muista seuraamuksista siten, ettei seuraamuksista vapautumista ole yrityk-senkään kohdalla ulotettu vahingonkorvausvelvollisuuteen, vaan lähtökohtana on, ettei le-niency-hakijaa aseteta muita kartellin jäseniä huonompaan asemaan vahingonkorvausasia-

³²⁸ Helsingin käräjäoikeuden tuomio 28.11.2013, L 09/10623 (ei lainvoimainen), kohta 4.8.2.5.

³²⁹ Tässä on lähdetty siitä olettamasta, että muun muassa vahingonkorvauksen määrään liittyvien vaikeiden kysymysten myötä rikosasian yhteydessä esitetty vahingonkorvausvaatimus erotettaisiin omaksi oikeudenkäynniksi ROL 3:3:n nojalla ja vaatimus käsiteltäisiin samassa yhteydessä yritykseen kohdistuvien vaatimusten kanssa mikäli mahdollista.

sa³³⁰. Näin ollen myöskään luonnollisia henkilöitä koskevana vaihtoehtona ei voitane pitää täyttää immunitettia mahdollisilta vahingonkorvausvaatimuksilta. Estettä ei kuitenkaan liene sille, että yritysten ja luonnollisten henkilöiden välisestä vahingonkorvausvelvollisuuden jakautumisesta annettaisiin tarkentava säännös.

Yhteenvedona voitaneen todeta, että nykyisen lainsäädännön perusteella ei ole täysin selvää, missä asemassa vahingonkorvauslain nojalla rikoksen perusteella vaaditut korvaukset olisivat suhteessa kilpailulain yrityksiä koskevaan korvaussäännökseen. Tulkintavaihtoehdoista toinen johtaisi vahingonkorvauslain korvausperusteiden pitämiseen kilpailulain perusteen kannalta toissijaisena, kun taas toinen jättäisi valinnan vahingonkärsijälle. Käytännöllisistä syistä tulkintavaihtoehtojen erot eivät kuitenkaan todennäköisesti olisi suuret, sillä kartellien aiheuttamien vahinkojen suuruuden vuoksi korvausvaatimukset olisi kannattavaa ensisijaisesti kohdistaa kilpailulain 20 §:n perusteella kartelliyrityksiin. Kummassakin tapauksessa olisi tarkoituksenmukaista kriminalisoinnin yhteydessä selventää kilpailulain 20 §:n muotoilua siten, että kilpailulain 20 §:n etusija vahingonkorvauslain korvausperusteisiin nähden nimenomaisesti todettaisiin.

5.6 Yhteenvedoa

Kilpailuoikeudellisen seuraamusmaksujärjestelmän ja rikosprosessin yhteensovittamiseen liittyy useita seikkoja, jotka tulisi ottaa huomioon kartellikriminalisointia säädettäessä. Alle on koottu keskeisimmät näkökohdat, jotka vaikuttavat kriminalisoinnin onnistumiseen.

Oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. Nykyinen kilpailulaki mahdollistaa sellaisen pakolla tehostetun tietojen keräämisen, joka aiheuttaisi ongelmia itsekriminointisuojaan kannalta, jos kriminalisointi säädettäisiin. Ongelma olisi mahdollista ratkaista kieltämällä pakolla saatujen tietojen luovutus ja/tai käyttö rikosprosessissa. Kahdenkertaisen rankaisemisen estävä *ne bis in idem* -kielto ei aiheuttaisi merkittäviä ongelmia, koska oikeussubjektit hallinto- ja rikosoikeudellisessa menettelyssä olisivat pääsääntöisesti eri henkilöitä.

Prosessien ajallinen suhde. Hallinto- ja rikosprosessin tulisi ainakin osittain olla vireillä samaan aikaan. Menettelyjen mahdollisimman yhtäaikainen käynnistyminen olisi tarpeen viranomaisten yhteistyöstä sekä esitutkintaviranomaisen laajemmista tutkintavaltuuksista seuraavien hyötyjen saavuttamiseksi. Todistelun tai oikeudellisen arvioinnin kannalta haastavissa tapauksissa tarkoituksenmukaista olisi, että yritysten välisen kilpailunrajoituksen olemas-

³³⁰ HE 88/2010 vp, s. 65.

saoloa arvioiva hallinnollinen menettely vietäisiin päätökseen ennen rikossyytteiden nostamista.

Tietojen vaihtaminen viranomaisten kesken. Kilpailu- ja esitutkintaviranomaisten samanaikaisista tutkinnoista hyötyminen edellyttäisi riittäviä valtuuksia viranomaisten väliseen tietojenvaihtoon. Esitutkintaviranomaisella olisi jo nykyisen lainsäädännön perusteella mahdollisuus saada tarvittavat tiedot kilpailuviranomaiselta, joskin tietojensaantia rajoittavat eräät perus- ja ihmisoikeuksista sekä EU-oikeudesta seuraavat kiellot. Riippuen leniency-järjestelmän turvaamiseen liittyvistä muista toimista leniency-hakemuksella saatujen tietojen nykyistä laajemmasta luovuttamisesta ja käytöstä säättäminen saattaisi muodostua tarpeelliseksi. Kilpailuviranomaisen oikeudesta saada tutkittavana olevassa asiassa tietoja esitutkintaviranomaiselta tulisi säätää erikseen lailla.

Kriminalisoinnin vaikutukset leniency-järjestelmään. Kilpailuoikeudellisen leniency-järjestelmän toiminta vaarantuisi kriminalisoinnin johdosta, ellei seuraamuksista vapautumista ja niiden alentamista ulotettaisi rikosoikeudellisiin rangaistuksiin. Nykyinen sääntely ei mahdollistaisi rikosoikeudellisista seuraamuksista vapautumista tai niiden lieventämistä samoin perustein kuin kilpailuoikeudelliset vastinparinsa. Rikosoikeudessa on myös perinteisesti suhtauduttu melko pidättyvästi rangaistuksesta neuvottelemiseen sekä omien tai muiden rikoksen selvittämisestä hyötymiseen. Suhtautuminen näyttäisi tosin viime aikoina lieventyneen, josta esimerkkinä voidaan mainita eduskunnassa käsiteltävänä oleva syyteneuvottelun käyttöönottoa koskeva hallituksen esitys. Leniency-järjestelmän toiminnan turvaaminen vaatisi kuitenkin vielä syyteneuvottelua pidemmälle meneviä toimenpiteitä, joita ei voida pitää perustuslain ja perusoikeuksien kannalta ongelmattomina. Kynnyskysymykseksi nousee perustuslaissa turvattu yhdenvertaisuus, sillä erityisesti rangaistuksesta vapautuminen johtaisi melko merkittävään erotteluun samasta rikoksesta rangaistukseen tuomittavan kanssa. Erottelua voitaneen kuitenkin pitää leniency-järjestelmän toimintaan liittyvien erityispiirteiden sekä yleisemmän kriminalisointia puoltavan yhdenvertaisuusnäkökulman kannalta perusteltuna, eikä sen voitane katsoa merkitsevän perusoikeuden ydinalueen loukkaamista. Siten kysymys vaikuttaisi lopulta olevan ennen kaikkea oikeuspoliittisesta valinnasta.

Mikäli perinteisen pohjoismaalaisen oikeuskulttuurin tai perusoikeusnäkökohtien ei katsottaisi mainituin perustein estävän nykyistä laajempaa rangaistuksesta vapautumista ja sen alentamista koskevaa sääntelyä, näyttäisi perustellulta toteuttaa menettely siten, että syyttäjä en-

nakollisesti sitoutuisi esittämään seuraamuksesta vapautumista tai lieventämistä, mutta lopullinen vapautuminen tai lieventäminen edellyttäisi tuomioistuimen vahvistusta.

Vahingonkorvausvelvollisuus. Nykyisen lainsäädännön perusteella ei ole täysin selvää, miten vahingonkorvausvastuu yritysten ja luonnollisten henkilöiden välillä jakautuisi, jos kriminalisointi säädettäisiin. Kilpailulain vahingonkorvaussäännöstä tulisi kriminalisoinnin yhteydessä selkiyttää siten, että kilpailulain yritysten korvausvastuuta koskevan erityisen vahingonkorvausperusteen etusija vahingonkorvauslain yleisiin korvausperusteisiin nähden nimenomaisesti todettaisiin.

6. Vaihtoehtoiset sääntelymallit yksilövastuun toteuttamiseksi

6.1 Yleistä

Sekä hallitusohjelmaan tehty kirjaus että yliopiston toimeksianto koskee kartelliin osallistumisen kriminalisoinnin toteutettavuuden selvittämistä. Kriminalisoinnin edellytyksiä ei kuitenkaan ole mahdollista tarkastella irrallaan kriminalisoinnille vaihtoehtoisista sääntelyratkaisuista, sillä rikosoikeudellisia seuraamuksia tulisi käyttää vain silloin, kun muut keinot ovat osoittautuneet riittämättömiksi. Rikosoikeuden viimesijaisuutta koskevaa *ultima ratio* -periaatetta on käsitelty tarkemmin edellä jaksossa 3.3.3.

Vaihtoehtoisiksi sääntelymalleiksi nostetaan tässä selvityksessä yksilöön kohdistuvat hallinnolliset sanktiot, osittainen kartellikriminalisointi sekä liiketoimintakielto. Kahta ensimmäistä voitaneen pitää toisilleen pitkälti vaihtoehtoisina, mutta liiketoimintakielto olisi periaatteessa yhdistettävissä oheisseuraamuksena kaikkiin esitetyistä malleista, minkä lisäksi yksilövastuu olisi periaatteessa mahdollista toteuttaa pelkästään käyttämällä liiketoimintakieltoa.

6.2 Hallinnolliset sanktiot

Hallinnollisiin sanktioihin perustuvassa mallissa yksilövastuu toteutettaisiin nykyisen yrityksiä koskevan seuraamusjärjestelmän tavoin hallinnollisessa seuraamusmaksumenettelyssä. Tyypillisesti luonnollisiin henkilöihin kohdistuvia hallinnollisia seuraamusmaksuja on käytetty vähäisinä pidettävien rikkomusten sanktioina, mutta lainsäädäntöömme sisältyy nykyisin myös melko ankaria hallinnollisia seuraamuksia. Lähin yhtymäkohta kilpailunrajoitusten sanktioitiin löytynee arvopaperimarkkinoiden valvonnasta.

Finanssivalvonnasta annetun lain 38 §:n mukaan tietyistä arvopaperimarkkinoita koskevista väärinkäytöksistä ja rikkomuksista voidaan määrätä rikemaksu, joka luonnolliselle henkilölle

määrättyinä on vähintään 500 euroa ja enintään 10.000 euroa. Jos teko tai laiminlyönti on erityisen moitittava, rikemaksun sijaan voidaan määrätä lain 40 §:n mukainen seuraamusmaksu. Seuraamusmaksun suuruus perustuu kokonaisarviointiin. Seuraamusmaksun suuruutta arvioitaessa on otettava huomioon menettelyn laatu, laajuus ja kestoaika sekä sen, jolle seuraamusmaksu määrätään, taloudellinen asema (Finanssivalvonnasta annetun lain 41 §:n 2 mom.). Luonnolliselle henkilölle määrättävä seuraamusmaksu saa olla enintään kymmenen prosenttia hänen viimeksi toimitetun verotuksen mukaisista tuloistaan, kuitenkin enintään 100.000 euroa. Jos tuloja ei voida luotettavasti selvittää verotustiedoista tai ne ovat olennaisesti muuttuneet viimeksi toimitetun verotuksen jälkeen, ne voidaan arvioida muun saatavan selvityksen perusteella (Finanssivalvonnasta annetun lain 41 §:n 3 mom.). Finanssivalvonnan määräämät hallinnolliset seuraamusmaksut ovat kuitenkin vakavampien rikkomusten osalta rikosoikeudelliseen järjestelmään nähden toissijaisia, sillä seuraamusmaksu voidaan määrätä vain silloin, kun asia kokonaisuutena arvioiden ei anna aihetta ankarampiin toimenpiteisiin (Finanssivalvonnasta annetun lain 40 §:n 3 mom.).

Vastaavasti myös toisessa melko ankariin sanktioihin johtavassa hallinnollisessa menettelyssä, verotusmenettelyssä, hallinnollisia seuraamuksia koskeva sääntely lähtökohtaisesti syrjäytyy vakavimpien rikkomusten osalta. Rangaistuksellisten veronkorotusten ja rikosoikeudellisten veropetossäännösten suhdetta on hiljattain selvennetty siten, että veronkorotusta ei voida määrätä rikosilmoituksen tekemisen tai esitutkinnan aloittamisen jälkeen, ellei päätöstä esitutkinnan lopettamisesta tai syyttämättä jättämisestä ole tehty (erillisellä päätöksellä määrättävästä veron- tai tullinkorotuksesta annetun lain 2 §:n 5 mom. sekä 4 §:n 1 mom.). Rikosilmoitus taas voidaan jättää tekemättä, esitutkinta toimittamatta, syyte ajamatta sekä rangaistus määräämättä rikoslain veropetossäännösten tarkoittamissa tilanteissa (pois lukien törkeä veropetos) vain silloin, jos veron- tai tullinkorotus harkitaan riittäväksi seuraamukseksi (RL 29:11).

Esitetyn perusteella voitaneen todeta, ettei ankariakaan hallinnollisia seuraamuksia ole nykyisessä oikeusjärjestyksessämme käytetty korvaamaan täysin rikosoikeudellisia rangaistuksia, vaan lähinnä täydentämään rikosoikeudellista sääntelyä. Havaintoa näyttäisi tukevan myös edellä rikosoikeuden viimesijaisuutta edellyttävän *ultima ratio* -periaatteen yhteydessä esitetty Suomessa omaksuttu näkemys, jonka mukaan periaate ei lähtökohtaisesti aseta rikosoikeudellista järjestelmää toissijaiseksi hallinnollisiin sanktioihin nähden, vaan se tavoittelee en-

nemminkin oikeudenalakohtaista koherenssia³³¹. Tästä näkökulmasta yksinomaan hallinnollisten sanktioiden käyttö muita talousrikoksia moitittavuudeltaan vastaavissa vakavimmissa kilpailunrajoitustapauksissa olisi heikosti perusteltavissa.

Seuraamusten keskittämisestä hallinnolliseen järjestelmään seuraisi kuitenkin joitakin merkittäviä käytännöllisiä hyötyjä. Ensinnäkin luonnollisia henkilöitä koskevat rangaistussäännökset voitaisiin kirjata suoraan kilpailulakiin, jolloin seuraamustunnusmerkistön liittäminen kilpailuoikeudelliseen kilpailunrajoitusten arviointiin olisi luontevaa ja selkeää. Toiseksi tutkinnan keskittyminen yhdelle viranomaiselle selkeyttäisi tutkintaa ja toisi todennäköisesti kustannussäästöjä kahden prosessin järjestelmään nähden. Tutkinnan selkiytyminen johtuisi osittain päällekkäisten tutkintojen yhteensovittamiseen ja tietojenvaihtoon liittyvien ongelmien poistumisesta, minkä lisäksi kustannukset melko todennäköisesti laskisivat, kun sama asia ei työllistäisi useita eri viranomaisia. Kolmanneksi järjestelmä mahdollistaisi koko kilpailunrajoitusasiaan liittyvän kokonaisuuden käsittelyn vahingonkorvauksia lukuun ottamatta samassa oikeudenkäynnissä. Hallintotuomioistuimiin keskittyvällä menettelyllä saavutettaisiin prosessieconomisia hyötyjä, kun esimerkiksi todistelua ei tarvitsisi ottaa vastaan kahteen kertaan. Kustannussäästöjä syntyisi myös seuraamusten täytäntöönpanosta; sakkorangaistusten täytäntöönpano on huomattavasti halvempaa kuin vankeusrangaistusten. Lisäksi koko teko kokonaisuuden käsittely samassa oikeudenkäynnissä varmistaisi tutkittavana olevan kilpailunrajoituksen yhdenmukaisen tulkinنان yritysten sekä luonnollisten henkilöiden kohdalla. Neljänneksi leniency-järjestelmän ulottaminen luonnollisiin henkilöihin olisi helpompi perustella ja toteuttaa, kun kyse ei olisi rikosoikeudellisista seuraamuksista vapautumisesta. Yhdenvertaisuusperiaatteen kannalta erottelu olisi rikostunnusmerkistöä vähäisempää, sillä hallinnollisessa seuraamusjärjestelmässä ei olisi mahdollista tuomita vankeusrangaistuksia, minkä lisäksi omaksi järjestelmäkseen eriytynyttä kilpailuvalvontaa ei voitaisi suoraan rinnastaa rikoslain talousrikossääntelyyn ja kyseenalaistaa yhdenvertaisuuden toteutumista tästä näkökulmasta. Kilpailulain leniency-sääntelyä olisi myös mahdollista kehittää Tanskan kilpailulain suuntaan pienin muutoksin siten, että samat seuraamuksista vapautumista ja niiden alen tamista koskevat säännökset koskisivat sekä luonnollisia henkilöitä että yrityksiä. Varsinaista uutta sääntelyä tarvittaisiin tällöin lähinnä sen määrittämiseksi, ketkä saisivat suojaa yritysten tai luonnollisten henkilöiden tekemistä hakemuksista.

³³¹ Ks. edellä jakso 3.3.3 sekä Melander 2008, s. 405–406.

Toisaalta yksin hallinnollisiin seuraamuksiin keskittyvä sanktiointi saattaisi preventiovaikutuksen kannalta olla rikosoikeudellista järjestelmää tehottomampi. Tämä johtuu vankeusrangaistuksen uhan puuttumisesta, jolla edellä todetuin tavoin voidaan katsoa olevan sakkoseuraamusta parempi pelotevaikutus. Hallinnolliseen seuraamusmaksujärjestelmään voitaisiin tosin yhdistää liiketoimintakielto, jolloin tuomittavat seuraamukset eivät olisi pelkästään sellaisia, jotka yritys voisi kompensoida työntekijöilleen ja muille edustajilleen. Liiketoimintakielto olisi periaatteessa jo nykyisen liiketoimintakieltolain perusteella määrättävissä liiketoimintaan liittyvien lakisääteisten velvollisuuksien olennaisista laiminlyönneistä, mutta ongelmana hallintotuomioistuimiin keskittyvän järjestelmän kannalta olisi se, että liiketoimintakieltolain mukaan liiketoimintakiellon määrää yleinen tuomioistuin syyttäjän vaatimuksesta (liiketoimintakieltolain 3 ja 6 §). Siten liiketoimintakiellon määrääminen eriytyisi hallinnollisesta seuraamusmaksumenettelystä, mikäli kiellon määräämisestä kartellitapauksissa ei erikseen säädettäisi. Lisäksi liiketoimintakiellosta on oikeuskäytännössä muotoutunut lähes yksinomaan turvaamistoimenpide, minkä vuoksi kiellon käyttäminen sanktioluonteisena seuraamuksena ei nykyisen sääntelyn perusteella olisi ongelmattonta³³².

Kartelliasioden tutkinnan keskittyminen yhdelle viranomaiselle johtaisi myös siihen, etteivät esitutkintaviranomaisen laajemmat tutkintavaltuudet olisi käytettävissä vakavimpien kilpailunrajoitusasioiden selvittämisessä. Siten kilpailuviranomaisen edellytykset omatoimisesti selvittää kartelliasioita saattaisivat jossain määrin olla heikommat kuin sellaisessa kahden prosessin järjestelmässä, jossa kilpailu- ja esitutkintaviranomaisten välinen yhteistyö toimii kitkatta.

Yhteenvetona voitaneen todeta, että hallinnollisiin seuraamusmaksuihin perustuva yksilövastuujärjestelmä ei sopisi ongelmitta lainsäädännössämme omaksuttuun jaotteluun hallinnollisten ja rikosoikeudellisten seuraamusten välillä. Vakavat elinkeinoelämään tai julkiseen talouteen kohdistuvat väärinkäytökset ja rikkomukset on tyypillisesti sanktioitu rikoslaissa, eikä moitearvoltaan muita talousrikoksia vastaavan kartellitoiminnan sanktioiminen yksin hallinnollisilla seuraamusmaksuilla olisi tästä näkökulmasta perusteltua. Hallinnollisiin sanktioihin perustuvasta mallista aiheutuisi kuitenkin erinäisiä tehokkuus- ja kustannushyötyjä, ja hallinnollinen seuraamusjärjestelmä tarjoaisi lähtökohtaisesti paremmat edellytykset leninecyjärjestelmän turvaamiseksi. Järjestelmän yleisestävä vaikutus tosin jäisi todennäköisesti hei-

³³² Nykyisestä liiketoimintakieltosäätelystä tarkemmin jäljempänä kohdassa 6.4.

kommaksi kuin rikosoikeudellisen järjestelmän, joskin hallinnollisia sanktioita olisi periaatteessa mahdollista tehostaa liiketoimintakiellolla.

6.3 Osittainen kriminalisointi

Osittaisen kriminalisoinnin mallissa kriminalisointi kohdistuisi vain tietyn tyyppisiin kartelleihin. Erottelua eri kartellityyppien välillä olisi melko vaikeaa tehdä niiden haitallisuuden tai vahingollisuuden perusteella, minkä vuoksi tällainen kriminalisointi perustuisikin lähinnä muihin syihin. Osittainen kriminalisointi voisi koskea lähinnä tarjouskartelleja, joilla on läheinen yhtymäkohta perinteisen petoksen tunnusmerkistöön.

Nykyinen rikoslaki sisältää – ainakin teoriassa – osittaisen kartellikriminalisoinnin. Edellä jaksossa 1.3.2.3 on katsottu rikoslain 36:1:n petostunnusmerkistön sinänsä soveltuvan tarjouskartellin perusteella tehtyihin tarjouksiin, joskin käytännössä oikeustila näyttäisi tällä hetkellä olevan se, ettei petossäännöksiä mainituissa tilanteissa sovelleta. Mikäli petossääntelyä haluttaisiin jatkossa soveltaa tarjouskartellin perusteella tehtyihin tarjouksiin, saattaisi olla tarpeen selvittää lainsäätäjän tahtoa asiassa ottaen huomioon tarjouskartellia koskeneen nimienomaisen kriminalisoinnin poistamisen 1990-luvun alussa. Tällainen yleisen petossäännöksen ”aktivointi” voisi tapahtua esimerkiksi kirjaamalla kilpailulakiin, että kilpailunrajoituksiin liittyvät toimet voivat tulla arvioitavaksi myös rikoslain perusteella.

Yleinen petossäännös sisältää kuitenkin tarjouskartellitapausten kannalta hankalan taloudellista vahinkoa koskevan tunnusmerkin. Toisin sanoen petossäännöksen soveltaminen tarjouskartellin perusteella tehtyyn tarjoukseen edellyttää muiden tunnusmerkkien lisäksi, että tarjouskartellista aiheutunut vahinko voidaan näyttää³³³. Saksassa ongelma on ratkaistu säättämällä erityinen tarjouskartelleja koskeva rikostunnusmerkistö, joka ei edellytä aiheutuneen vahingon näyttämistä. Vapaasti kääntäen Saksan rikoslain StGB:n 298(1) mukaan sakkoon tai enintään viiden vuoden vankeusrangaistukseen tuomitaan se, joka tarjouskilpailun johdosta jättää tarjouksen perustuen laittomaan sopimukseen, jonka tarkoituksena on saada tarjouskilpailun järjestäjä hyväksymään tietty tarjous³³⁴. Saksalaisessa järjestelmässä tarjouskartellirikos ei kuitenkaan kokonaan korvaa tavanomaista petossääntelyä, jota on edelleen mahdollista soveltaa, mikäli aiheutunut taloudellinen vahinko voidaan näyttää³³⁵. Merkitystä tällä on

³³³ Ks. tarkemmin edellä jakso 1.3.2.3.

³³⁴ Alkuperäinen sädösteksti kuuluu: ”Wer bei einer Ausschreibung über Waren oder gewerbliche Leistungen ein Angebot abgibt, das auf einer rechtswidrigen Absprache beruht, die darauf abzielt, den Veranstalter zur Annahme eines bestimmten Angebots zu veranlassen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.”

³³⁵ Wagner-Von Papp 2011, s. 165–166.

lähinnä tilanteessa, jossa teko täyttää myös törkeän petoksen (StGB 263(3)) tunnusmerkistön, koska törkeästä petoksesta voidaan Saksassa tuomita vähintään kuusi kuukautta ja enintään kymmenen vuotta vankeutta.

Yleisiin petossäännöksiin tai erilliseen tarjouskartelleja koskevaan tunnusmerkistöön perustuvan osittaisen kriminalisoinnin mallin etuna voitaneen pitää hyvää yhteensopivuutta rikoslain systematiikkaan. Malli perustuisi joko täysin jo voimassa olevaan sääntelyyn tai rakentuisi saksalaiseen tapaan petossäännösten ja erityisen tunnusmerkistön varaan. Kriminalisoinnin oikeutusta ja perusteltavuutta koskevat kysymykset eivät periaatteessa muodostuisi siten kovin vaikeiksi, vaan kyse olisi nykyisen sääntelyn soveltamisesta tai sääntelyn selkeyttämiseksi luokiteltavista toimista.

Osittaisen kriminalisoinnin malliin liittyy kuitenkin eräs perustavanlaatuinen ongelma. Malli asettaisi yhden kartellityypin rikosoikeudellisesti tarkasteltavaksi korostaen siten kyseisen toiminnan moitittavuutta, vaikka erilaiset kartellityypit tosiasiaassa näyttäisivät moitittavuudeltaan sijoittuvan keskenään samalle tasolle³³⁶. Rikosoikeudellisten seuraamusten keskittyminen vain yhteen kartellityyppiin ei siten johtuisi niinkään erilaisten kartellien moitittavuuden, haitallisuuden tai vahingollisuuden eroista, vaan yksinkertaisesti siitä, että tarjouskartellitilanteet soveltuisivat jo voimassa olevan petossääntelyn perusteella arvioitaviksi. On toki mahdollista argumentoida, että tarjouskartellin kohdistuminen yksilöitävissä oleviin rajattuihin tahoihin – eli juuri se seikka, joka erottaa tarjouskartellit muista kartellityypeistä petostunnusmerkistön näkökulmasta – vaikuttaa myös teon moitittavuuteen. Väitteen voidaan katsoa saavan tukea siitä, että tarjouskartellien perusteella tehtävissä tarjouksissa erehdyttäminen voi usein olla aktiivisempaa kuin muissa kartellitilanteissa ja yksittäiselle taholle aiheutuneet vahingot saattavat muodostua keskimääräistä korkeammiksi. Toisaalta mainitut seikat eivät kuitenkaan muuta sitä tosiasiaa, että erityyppisissä kartellimenettelyissä on yhtä lailla kyse erehdyttämiseen pyrkivästä epärehellisestä menettelystä, jolla pyritään (oikeudettoman) hyödyn tavoitteluun aiheuttaen samalla vahinkoa toisille.

Osittaisen kriminalisoinnin malli ei myöskään olisi ongelmaton leniency-järjestelmän turvaamisen kannalta. Edellä todetulla tavoin nykysääntely ei mahdollistaisi riittävää leniency-säännösten huomioimista rikosprosessissa, vaan rangaistuksesta vapautuminen ja sen alentaminen edellyttäisi erityissääntelyä. Yleiseen kartellikriminalisointiin ja erityiseen tarjouskartelleja koskevaan rikostunnusmerkistöön nähden rikoslain nykyisiin petossäännöksiin nojau-

³³⁶ Ks. erityisesti edellä jakso 3.2.

tuva malli kohtaisi kuitenkin vielä erityisiä haasteita. Mikäli rangaistuksesta vapautuminen ja sen alentaminen olisi tarkoitus ulottaa ainoastaan (tarjous)kartellitilanteisiin, olisi leniency-säännösten muotoileminen hankalaa, sillä säännösten tulisi pystyä erottelemaan tarjouskartelliin perustuvat petokset muista petostunnusmerkistön soveltamisalaan kuuluvista tilanteista. Tällöin törmättäisiin myös leniency-sääntelyyn muutoinkin liittyvään yhdenvertaisuuskysymykseen uudesta näkökulmasta; kuinka rangaistuksesta vapautumisen mahdollisuus vain osassa petostunnusmerkistön soveltamisalaan kuuluvissa tilanteissa olisi mahdollista perustella.

Esitettyjen näkökohtien vuoksi osittaisen kriminalisoinnin mallia ei voitane pitää yleistä kartellikriminalisointia hyväksyttävämpänä tai paremmin toteutettavissa olevana. Tässäkin yhteydessä on tosin syytä korostaa, ettei myöskään nykyistä oikeustilaa – epävarmuutta petostunnusmerkistön soveltumisesta tarjouskartelleihin – voitane pitää tyydyttävänä. Oikeustilan ei nimittäin voitane katsoa olevan sillä tavoin vakiintunut, että se estäisi syyttämistä petostunnusmerkistön täyttävästä tarjouskartellitoiminnasta, jolloin epävarmuus rikoslain soveltamisesta saattaa heijastua kielteisesti leniency-järjestelmän toimintaan. Edellä mainitut seikat huomioiden, mikäli yleistä petossäännöstä joka tapauksessa tahdottaisiin soveltaa tarjouskartellitilanteissa, olisi tilannetta syytä selkiyttää esitetyllä tavoin pyrkimällä varmistamaan säännöksen soveltaminen nimenomaisella kilpailulakiin sijoitettavalla viittauksella sekä esityölausumin.

6.4 Liiketoimintakielto

Liiketoimintakielto on esitetyistä vaihtoehtoisista malleista periaatteessa joustavin. Sen lisäksi, että se soveltuisi hallinnollisten tai rikosoikeudellisten sanktioiden oheisseuraamukseksi, olisi liiketoimintakieltoa mahdollista käyttää myös pääasiallisena instrumenttina yksilövastuun toteuttamiseksi.

Liiketoimintakiellon määrittämisen edellytykset ja sisältö

Liiketoimintakiellosta annetun lain (13.12.1985/1059) 1 §:n mukaan liiketoimintakielto voidaan määrätä sopimattoman ja vahingollisen liiketoiminnan estämiseksi sekä liiketoimintaan kohdistuvan luottamuksen ylläpitämiseksi. Kieltoon voidaan lain 2 §:n mukaan määrätä 1) yksityinen elinkeinonharjoittaja, jonka harjoittamasta liiketoiminnasta on kirjanpitolaissa säädetty kirjanpitovelvollisuus, 2) avoimen yhtiön yhtiömies, kommandiittiyhtiön vastuunalainen yhtiömies ja eurooppalaisen taloudellisen etuyhtymän henkilöjäsen, sekä 3) se, joka on yhteisön hallituksen jäsenenä tai toimitusjohtajana taikka muussa siihen rinnastetta-

vassa asemassa, samoin kuin se, joka tosiasiallisesti johtaa yhteisön tai säätiön taikka ulkomaisen sivuliikkeen toimintaa taikka hoitaa sen hallintoa. Edellytyksenä kiellon määräämiselle on, että henkilö on liiketoiminnassa olennaisesti laiminlyönyt siihen liittyviä lakisääteisiä velvollisuuksia tai syyllistynyt liiketoiminnassa rikolliseen menettelyyn, jota ei voida pitää vähäisenä. Lisäksi edellytetään, että henkilön toimintaa on kokonaisuutena arvioiden pidettävä velkojien, sopimuskumppaneiden, julkisen talouden taikka terveen ja toimivan taloudellisen kilpailun kannalta vahingollisena (lain 3.1 §). Laiminlyöntien olennaisuutta arvioitaessa on otettava huomioon erityisesti laiminlyöntien suunnitelmallisuus, niiden kesto ja toistuvuus sekä laiminlyönneistä aiheutuneiden vahinkojen määrä (lain 3.2 §).

Liiketoimintakielto voidaan määrätä vähintään kolmeksi ja enintään seitsemäksi vuodeksi, ja kiellon määrää yleinen tuomioistuin syyttäjän vaatimuksesta (lain 5 ja 6 §). Kieltoon määrätty ei saa 1) itse tai toista välikätenä käyttäen harjoittaa sellaista liiketoimintaa, josta kirjanpito-laissa on säädetty kirjanpitovelvollisuus, 2) olla avoimen yhtiön yhtiömiehenä tai kommandiittiyhtiön vastuunalaisena yhtiömiehenä taikka eurooppalaisen taloudellisen etuyhtymän henkilöjäsenenä, 3) olla yhteisön tai säätiön hallituksen jäsenenä, varajäsenenä, toimitusjohtajana taikka muussa niihin rinnastettavassa asemassa yhteisössä tai säätiössä, 4) itse tai toista välikätenä käyttäen tosiasiallisesti johtaa yhteisön tai säätiön taikka ulkomaisen sivuliikkeen toimintaa tai hoitaa sen hallintoa, 5) itse tai toista välikätenä käyttäen tehdä osakeyhtiön perustamissopimusta tai olla osuuskunnan perustajana, 6) hankkia itse taikka toista välikätenä käyttäen omistukseen tai sopimukseen perustuvaa määräysvaltaa liiketoimintaa harjoittavassa yhteisössä, taikka 7) harjoittaa Suomessa liiketoimintaa ulkomaille perustettua yhteisöä välikätenä käyttäen tai tosiasiallisesti johtaa sellaisen ulkomaille perustetun yhteisön toimintaa, joka harjoittaa liiketoimintaa Suomessa muuten kuin vähäisessä määrin eikä hankkia määräysvaltaa sellaisessa yhteisössä.

Liiketoimintakiellon soveltuminen kartelleihin sekä merkittävimmät ongelmakohdat

Sääntelyn tarkoituksen ja liiketoimintakiellon määräämiselle asetettujen edellytysten perusteella kielto näyttäisi jo nykyisen sääntelyn perusteella soveltuvan sellaiseen toimintaan, joka rikkoo kilpailulain 5 §:ää tai SEUT 101(1) artiklaa. Liiketoimintakieltoa koskevissa esitöissä on nimenomaisesti todettu, että lailla halutaan suojata muun ohella tervettä ja toimivaa taloudellista kilpailua³³⁷. Suojeluobjekti on siten sama kuin kilpailulailla. Kiellon määrääminen ei myöskään edellytä, että kysymyksessä tarvitsisi olla rikos, vaan myös muiden lakisääteisten

³³⁷ HE 198/1996 vp, s. 11–12.

velvollisuuksien olennainen laiminlyönti voi tulla kyseeseen. Lain esitöiden mukaan liiketoiminnan harjoittamiseen yleisesti liittyvien velvollisuuksien laiminlyöntien lisäksi kieltoon saattaa johtaa esimerkiksi myös se, että yhteisön hallituksen jäsen on laiminlyönyt hänelle hallituksen jäsenenä kuuluvan velvollisuuden valvoa yhteisön toiminnan lainmukaisuutta³³⁸. Ottaen huomioon liiketoimintakieltolain 3 §:n 2 momentissa asetetut kriteerit laiminlyönnin olennaisuuden arvioinnille sekä lain esitöiden lausumat kiellon soveltamisalasta, voitaneen yrityksen johdon osalta kartellitoiminnassa katsoa hyvin usein olevan kyse kiellon määräämisen edellytykset täyttävästä menettelystä. Myös henkilön toiminnan vahingollisuuden tapauskohtaista kokonaisarviointia edellyttävä lain 3 §:n 1 momentti täyttynee useimmissa kartellista sopimista tai kartellitoiminnan edistämistä koskevissa tilanteissa.

Vaikka liiketoimintakielto esitetyn perusteella vaikuttaisi soveltuvan kartellitoimintaan, ei kieltoja kilpailulain 5 §:n tai SEUT 101(1) artiklan rikkomisen perusteella ole määrätty. Itse asiassa kieltoa ei vuosina 2009–2012 ole lainkaan määrätty muuten kuin rikoksen perusteella³³⁹. Siten liiketoimintakieltolain 3 §:n 1 momentin 1 kohdan, eli lakisääteisten velvollisuuksien laiminlyönnin, perusteella määrättävä kielto näyttäisi jääneen pitkälti lain kuolleeksi kirjaimeksi.

Lain soveltamattomuus kilpailunrajoitusasioissa on noteerattu myös kilpailulakia valmistelleen työryhmän mietinnössä, joskin mielenkiintoisesti kynnyskysymykseksi näyttäisi tuolloin nousseen liiketoimintakiellon valvontaan ja oikeaan kohdentamiseen liittyvät kysymykset. Työryhmämietinnössä todettiin liiketoimintakiellosta muun muassa seuraavaa:

”Lain säännökset tai sen esityöt eivät kuitenkaan sulje pois sitä mahdollisuutta, että myös kilpailunrajoituslain kiellon rikkomisesta voitaisiin määrätä liiketoimintakielto, jos lain edellytykset kiellon määräämiselle täyttyvät. – – Työryhmän näkemyksen mukaan mahdollisuus määrätä liiketoimintakielto kilpailunrajoituslain kiellon tehosteeksi todennäköisesti lisäisi kilpailulainsäädännön ennalta ehkäisevää vaikutusta. Toisaalta liiketoimintakiellon valvonta ja sen kohdentaminen oikealla tavalla kilpailunrajoituksen ylläpitämiseen osallistuneille henkilöille olisi haasteellista. Erityisen kilpailurikkomuksia koskevan liiketoimintakieltosäännöksen käyttöönotto edellyttäisi näiden seikkojen tarkempaa selvittämistä. Näistä syistä työryhmä

³³⁸ HE 198/1996 vp, s. 13–14. Ks. myös HE 29/1985 vp, s. 15.

³³⁹ Liiketoimintakieltoon määrätty ja kiellon kesto sukupuolen, iän tuomion päärikoksen ja alueen mukaan 2009–2012. Tilastokeskuksen tietokantataulukot, nähtävillä osoitteessa <http://www.tilastokeskus.fi>.

ei ehdota erityisen kilpailulain kieltoihin liittyvän liiketoimintakieltosäännöksen sisällyttämistä lainsäädäntöön.³⁴⁰

Työryhmän toteamalla tavoin liiketoimintakiellon valvonta tai kiellon kohdentaminen ei ole täysin ongelmaton, mutta esitettyjä perusteluja lienee pidettävä jokseenkin erikoisina siitä syystä, että niillä kyseenalaistetaan käytännössä koko liiketoimintakieltojärjestelmän toimivuus. Joka tapauksessa mainittuja seikkoja on syytä käsitellä tässä selvityksessä hieman tarkemmin. Lisäksi selvityksen kannalta merkittäviksi kysymyksiksi nousevat lisäksi liiketoimintakiellon tavoitteet, kiellon suhde hallinnolliseen seuraamusmaksumenettelyyn ja leniency-järjestelmään sekä kiellon preventiovaikutukset suhteessa kriminalisointiin.

Liiketoimintakiellon henkilöpiiri

Liiketoimintakielto voidaan esitellä tavoin määrätä ainoastaan sellaisille henkilöille, jotka toimivat yrityksissä määrätyissä muodollisissa johtoasemissa tai tällaisiin rinnastettavissa asemissa tai jotka tosiasiallisesti johtavat yritystä taikka hoitavat sen hallintoa. Nykyinen lainsäädäntö kattaa siten sekä muodollisen että tosiasiallisen johtoaseman. Edellä on katsottu, että vakavimpien kilpailurikkomusten pääasiallisena tekijäpiirinä on yrityksen ylin johto sekä keskijohto. Yrityksen ylimmän johdon osalta liiketoimintakiellon soveltuminen on liiketoimintakieltoain 2 §:n perusteella selvää. Keskijohdon osalta tilanne on epäselvempi, kun arviointi tulisi tapauskohtaisesti suorittaa sen perusteella, onko keskijohtoon kuuluva henkilö tosiasiallisesti osallistunut yrityksen johtamiseen tai sen hallinnon hoitamiseen. Lain esityöt eivät tarjoa apua rajanvetoon. Alkuperäisissä lain esitöissä tosiasiallinen johtaminen on pitkälti rinnastettu hallituksen jäsenenä tai toimitusjohtajana toimimiseen, mutta vuoden 1997 uudistuksella kiellon henkilöpiiriä koskeva säännös uudistettiin siten, että sen lisäksi, että kielto voidaan määrätä hallituksen jäsenenä tai toimitusjohtajaan rinnastettavassa asemassa toimivaan, kielto voidaan määrätä myös sille, joka tosiasiallisesti johtaa yritystä tai hoitaa sen hallintoa³⁴¹. Muutosta ei tästä näkökulmasta perusteltu, joten voitaneen olettaa, ettei säännöksen asiallista sisältöä ollut tältä osin myöskään muuttaa. Siten jotta yrityksen keskijohto voisi tulla kysymykseen liiketoimintakiellon kohteena, lienee edellytettävä, että sille on yrityksessä siirretty selvästi sellaista itsenäistä päätösvaltaa, jonka myötä henkilön asema tosiasiallisesti lähenee yrityksen ylintä johtoa. Tällainen tulkinta näyttäisi saavan tukea myös liiketoiminta-

³⁴⁰ Kilpailulaki 2010 -mietintö, s. 53.

³⁴¹ Ks. HE 29/1985 vp, s. 14–15.

kiellon sisällöstä; kielto ei nimittäin lähtökohtaisesti estä henkilöä toimimasta alemmissa johdotehtävissä.

Myös Ruotsissa on ollut ongelmia liiketoimintakieltolain (lag om näringsförbud) henkilöpiiriin liittyvissä kysymyksissä kartelliasioissa. Ruotsissa liiketoimintakiellon määrittämisestä kartellin perusteella säädetään erikseen lain 2 a §:ssä, jonka mukaan liiketoimintakielto voidaan määrätä yleisen edun edellyttäessä sellaiselle henkilölle, joka elinkeinonharjoittajan ominaisuudessa on vakavasti laiminlyönyt velvoitteitaan ja siten rikkonut kilpailulain kilpailunrajoituskieltoa tai SEUT 101 artiklaa. Kielto voidaan määrätä kuitenkin vain vakavimpien horisontaalisten kilpailunrajoitusten ollessa kyseessä. Epäselvänä pidettyä säännöstä on sittemmin selvennetty kilpailuviranomaisen tarkentavilla tulkintaohjeilla. Ohjeiden kohta 6(c) vastaa pitkälti kotimaisen liiketoimintakieltolain tosiasiallista johtamista tai hallinnon hoitamista koskevaa 2 §:n 3 kohtaa. Ohjeiden 7 kohdan mukaan yrityksen keskijohtoon, alueelliseen johtoon, markkinointijohtoon tai vastaavan kuuluva henkilö, joka on vastuussa vain tietyistä yrityksen toiminnan osasta, voi tulla tuomituksi liiketoimintakieltoon ainoastaan silloin kun hän on tosiasiallisesti johtanut yritystä ohjeiden kohdan 6(c) mukaisesti³⁴². Näin ollen myös ruotsalainen liiketoimintakiellon henkilöpiiriä koskeva laintulkinta näyttäisi painottavan kiellon määrittämisen poikkeuksellisuutta keski johdon osalta.

Mainituilla perusteilla liiketoimintakielto näyttäisi voimassa olevan sääntelyn mukaan kartellitoimintaan kohdistettuna yksilöseuraamuksena soveltuvan lähinnä vain yrityksen ylimpään johtoon. Siten kiellon soveltamisala muodostuisi merkittävästi kapeammaksi kuin luonnostellun yleisen kartellikriminalisoinnin, jonka tekijöinä voisivat olla myös yrityksen alemmaan johtoon kuuluvat sekä tavallisessa työntekijäasemassa olevat, mikäli he olisivat merkittävällä tavalla edistäneet kartellin syntymistä tai toimintaa.

Liiketoimintakiellon valvonta

Liiketoimintakiellon noudattamista valvoo poliisi (liiketoimintakieltolain 21 a §:n 1 mom.). Kun liiketoimintakielto on tullut voimaan, on poliisin laadittava selvitys siitä, mitä liiketoimintaa liiketoimintakieltoon määrätty on harjoittanut ennen kiellon määrittämistä ja mihin toimenpiteisiin tämä on ryhtynyt kiellon johdosta. Liiketoimintakieltoon määrätty on velvollinen antamaan selvitystä varten tarpeelliset tiedot. Hänen on kiellon voimassaoloaikana toi-

³⁴² KKVFS 2012:2, s. 3.

mitettava poliisille tämän kehotuksesta selvitys toimeentulostaan ja tiedot työpaikastaan (lain 21 a §:n 2 mom.).

Vuonna 2005 poliisiammattikorkeakoulu julkaisi kaksi tutkimusta kieltoja valvovien poliisien näkemyksistä valvonnan toimivuudesta. Tutkimusten mukaan poliisit pitivät valvontaa puutteellisenä ja katsoivat, ettei valvonta vaikeutensa vuoksi tuottanut toivottua tulosta. Toisaalta valvonnan arvioitiin myös tehostuneen viime aikoina. Merkittävänä ongelmina pidettiin a) liiketoimintakieltoon määrättyjen saamaa vähäistä julkista huomiota, joka vaikutti negatiivisesti sääntelyn pelotevaikutukseen, b) kiellon kiertämistä bulvaanijärjestelyillä sekä c) kiellon rikkomisen paljastamisen ja näyttämisen vaikeutta.³⁴³

Vuonna 2007 liiketoimintakiellon valvontaa kehitettiin säätämällä liiketoimintakieltolain 21 a §:ään kolmas momentti, jonka mukaan vero-, tulli-, ulosotto- ja palkkaturvaviranomaisen, konkurssiasiamiehen, julkisista varoista avustuksia ja etuuksia myöntävän viranomaisen sekä elinkeinotoimintaan liittyviä lupa- ja valvontatehtäviä hoitavan viranomaisen on huolehdittava siitä, että sen toiminnassa kiinnitetään huomiota liiketoimintakiellon noudattamisen toteutumiseen. Lisäksi Patentti- ja rekisterihallituksen tehtäväksi asetettiin huolehtiminen siitä, ettei liiketoimintakieltoon määrättyä henkilöä kiellon voimassa ollessa merkitä kaupparekisteriin eikä säätiörekisteriin sellaiseen tehtävään, jossa kieltoon määrätty ei 4 §:n mukaan saa olla. Jos kieltoon määrätty henkilö on rekisterin mukaan tällaisessa tehtävässä kiellon alkaessa, rekisteriin on merkittävä tieto kiellosta ja sen kestosta. Merkintä on poistettava kiellon päätyttyä (lain 21 b §). Mainittujen muutosten katsottiin tehostavan liiketoimintakieltojen valvontaa, minkä lisäksi poliisille osoitettiin lisäresursseja valvontatehtävän suorittamiseksi.³⁴⁴

Liiketoimintakiellon valvonta ei esitetyllä tavoin ole ollut ongelmatonta. Kieltojen valvonnan tehostamiseen on kuitenkin panostettu sekä rahallisesti että lainsäädännöllisin toimenpitein, ja erityisesti viranomaisten yhteistyön kehittäminen vaikuttanee positiivisesti valvontaan. On kuitenkin selvää, ettei liiketoimintakiellon tapaisella turvaamistoimenpiteellä tai seuraamuksella voida saavuttaa samanlaista täytäntöönpanon tehokkuutta ja valvottavuutta kuin esimerkiksi vankeusrangaistuksella. Valvonnassa mahdollisesti ilmeneviä puutteita ei kuitenkaan voitane esittää pääasiallisena syynä liiketoimintakiellon soveltamatta jättämiselle kartelliasi-

³⁴³ Ks. Laukkanen 2005 sekä Laukkanen – Mäkipää 2005.

³⁴⁴ HE 82/2006 vp, s. 8–9.

oissa, etenkin jos vaihtoehtona on se, ettei rikkomuksista aiheudu minkäänlaisia seuraamuksia.

Liiketoimintakiellon luonne

Liiketoimintakiellon tavoitteena on mainitulla tavoin sopimattoman ja vahingollisen liiketoiminnan estäminen sekä liiketoimintaan kohdistuvan luottamuksen ylläpitäminen. Liiketoimintakiellon tarkempaa luonnetta koskevat lausumat ovat lain esitöissä kuitenkin jokseenkin ristiriitaisia. Ensin esitöissä todetaan, että liiketoimintakielto on alun perin säädetty, koska sillä katsottiin olevan erityisesti ennaltaestävä vaikutus: uhan odotettiin jo sellaisenaan vähentävän houkutusta väärinkäyttää konkurssia³⁴⁵. Jäljempänä taas katsotaan, että liiketoimintakieltoa ei ole pidettävä rikosoikeudellisena seuraamuksena, vaan lähinnä elinkeino-oikeudellisena turvaamistoimenpiteenä³⁴⁶.

Oikeuskäytännössä on päädytty korostamaan liiketoimintakiellon turvaamistoimenpiteen luonnetta. Esimerkiksi ratkaisussa KKO 2004:131 korkein oikeus mainittuun hallituksen esitykseen tukeutuen katsoi, että koska A oli pitkään harjoittanut liiketoimintaa syyllistymättä aiemmin rangaistavaan menettelyyn, ja koska hänen ilmoittamansa syy oli luonteeltaan tilapäinen ja A oli teon tultua ilmi korjannut liikkeensä kirjanpidon sekä korvannut veronsaajalle aiheuttamansa vahingot, A:n ei voitu katsoa saaneen pysyvää kilpailuetua veron välttämisen johdosta. Tämän vuoksi vaara siitä, että A jatkaisi sopimatonta liiketoimintaa, ei ollut ilmeinen, eikä asiassa siten ollut tarvetta suojata liiketoimintakiellosta annetussa laissa tarkoitettuja osapuolia.³⁴⁷ Lain kaksinaisen tavoitteen oli kuitenkin huomannut eri mieltä ollut oikeusneuvos, joka katsoi, että vaikka pelkästään vaarallisuusarvioinnin perusteella ei ehkä olisi ollut välttämätöntä päätyä liiketoimintakiellon määräämiseen, olisi määräämistä puoltanut kuitenkin tarve pitää yllä liiketoimintamoraalia ja sitä kautta lisätä liiketoimintaan kohdistuvaa luottamusta.

Mainittua korkeimman oikeuden ratkaisua sekä liiketoimintakiellon luonnetta on oikeuskirjallisuudessa arvioinut *Tolvanen*. Hän on katsonut korkeimman oikeuden enemmistön kannan ongelmalliseksi pitkälti samoin perustein kuin ratkaisussa vähemmistöön jäänyt oikeusneuvos. Tolvasen mukaan korkein oikeus on seikoittanut tulkinnassaan lain tavoitteet ja kiellon määräämisen edellytykset. Tolvanen katsookin, että

³⁴⁵ HE 198/1996 vp, s. 3. Alkuperäinen vuoden 1985 liiketoimintakielto koski vain konkurssiin liittyviä väärinkäytöksiä.

³⁴⁶ HE 198/1996 vp, s. 8.

³⁴⁷ KKO 2004:131, kohdat 6 ja 8.

”[L]iiketoimintaan kohdistuvan luottamuksen ylläpitäminen voi – – olla perusteena liiketoimintakielloon määräämiselle, vaikka vaara sopimattoman ja vahingollisen menettelyn jatkamisesta ei olisi ilmeinen. Luottamuksensuojan kriteeri heijastaa liiketoimintakiellon kriminaalipoliittista ulottuvuutta. Liiketoimintakiello on myös rikosoikeudellinen seuraamus ja siihen liittyy siten myös tietty rankaisullinen elementti, vaikka lain esitöissä on korostettu liiketoimintakiellon olevan turvaamistoimenpide eikä rangaistus. Rikosoikeuden yhtenä perimmäisenä päämääränä on pitää yllä ihmisten luottamusta siihen, että sääntöjä kannattaa noudattaa ja että sääntöjä ei voida seuraamuksitta rikkoa. Hallituksen esityksessä (HE 198/1996 vp) on korostettu liiketoimintakiellon myös muihin kuin liiketoimintakielloon määrättyyn kohdistuvaa ennaltaestävää vaikutusta.”³⁴⁸

Kartelleihin sovellettuna liiketoimintakiellossa olisi kyse molempien laissa asetettujen tavoitteiden täyttämisestä. Yksittäistapauksellisesti kiellolla voitaisiin pyrkiä varmistamaan esimerkiksi pitkäaikaisen kartellitoiminnan päättymisen, mutta toisaalta kyse olisi tässä selvityksessä omaksuttujen lähtökohtien mukaisesti myös selvästi sanktioluonteisesta seuraamuksesta, jolla pyritäisiin yleispreventiivisiin vaikutuksiin. Jotta liiketoimintakiello toimisi kriminalisoinnille vaihtoehtoisena yksilövastuun toteuttamistapana aiheuttaen yleispreventiivisiä vaikutuksia, tulisi kiellon soveltaminen varmistaa puhtaasti turvaamistoimenpiteisiin liittyvien tavoitteiden toteuttamisen lisäksi myös liiketoimintaan kohdistuvan luottamuksen ylläpitämiseksi. Näin kiello olisi sovellettavissa myös sellaisissa kilpailupolitiikan näkökulmasta keskeisissä tapauksissa, joissa laittoman toiminnan jatkamisen vaaraa ei korkeimman oikeuden asettamien melko väljien kriteerien perusteella voitaisi pitää ilmeisenä, mutta joissa kilpailusääntöjen rikkomisen on ollut kokonaisuutena arvioiden merkittävää.

Suhde hallinnolliseen seuraamusmaksujärjestelmään

Liiketoimintakieltolain 6 §:n mukaan liiketoimintakiellon määrää yleinen tuomioistuin syyttäjän vaatimuksesta. Liiketoimintakiellon määräämisen edellytykset tutkii esitutkinnan yhteydessä poliisi, minkä lisäksi poliisin on syyttäjän pyynnöstä toimitettava liiketoimintakiellon määräämistä tai pidentämistä koskevassa asiassa tutkinta (lain 19 a §)³⁴⁹. Siten liiketoimintakiellon tutkinta ja määrääminen on pitkälti rikosprosessiin rinnastettavissa, mikä onkin sinänsä selvä lähtökohta ottaen huomioon kiellon pääasiallisen soveltamisympäristön.

³⁴⁸ Tolvanen 2008, s. 490–491.

³⁴⁹ Lain 19 a §:ää harkitaan tosin muutettavaksi siten, että poliisi voisi suorittaa tutkinnan myös muiden viranomaisten pyynnöstä (Oikeusministeriön arviomuistio liiketoimintakiellon tehostamisesta 24.3.2014). Muutoksella ei olisi juurikaan vaikutusta tässä jaksossa esitettyyn.

Kiellon vahva liityntä rikosprosessiin on hallinnollisen seuraamusmaksun tehosteena tai omana kilpailunrajoituksen seuraamuksenaan määrättävän liiketoimintakiellon kannalta ongelmallinen. Nykyisen liiketoimintakieltolain mukaiset määäämisedellytykset tarkoittavat käytännössä sitä, että kilpailuviranomainen ei voisi tutkia kiellon määäämisen edellytyksiä tai esittää kieltä määrättäväksi. Tämän vuoksi liiketoimintakielttoon nojaava kriminalisoinnille vaihtoehtoinen malli kärsisi lähtökohtaisesti samoista prosessien yhteensovittamisesta koskevista ongelmista kuin edellä on yleisen kartellikriminalisoinnin osalta esitetty.

Liiketoimintakieltä olisi kuitenkin mahdollista sovittaa yhteen kilpailunrajoitusten hallinnollisen tutkinnan ja seuraamusmaksumenettelyn kanssa varsinaista rikosprosessia paremmin. Periaatteellista estettä ei nimittäin liene sille, etteivätkö muutkin viranomaiset kuin esitutkintaviranomaiset voisi tutkia liiketoimintakiellon määäämisen edellytysten olemassaoloa ja esittää kiellon määäämistä. Tämä johtuu ennen kaikkea siitä, että liiketoimintakiello ei edellä todetu tavoin ole rikosoikeudellinen rangaistus, vaikkakin se ilman muuta on turvaamistointenpiteen lisäksi sanktion luonteinen. Lisäksi tilanteessa, jossa liiketoimintakiello määrättäisiin lakisääteisten velvollisuuksien laiminlyönnin perusteella (eikä rikoksen perusteella), on kiellon kytkentä rikosoikeudelliseen järjestelmään tavanomaista soveltamistilannetta etäisempi³⁵⁰.

Ruotsissa liiketoimintakiello on yhteen sovitettu kilpailuoikeudellisen järjestelmän kanssa säätämällä kilpailunrajoitustapauksissa määrättävistä liiketoimintakielloista erikseen liiketoimintakieltolain 2 a ja 3 §:ssä. Lisäksi liiketoimintakiellon määäämisestä on oma säännöksensä. Ruotsin liiketoimintakieltolain 8 b §:n mukaan kilpailuviranomaisella on toimivalta esittää liiketoimintakiello määrättäväksi lain 2 a §:n tarkoittamissa tilanteissa. Lähtökohtana on, että kiello määrätään samassa oikeudenkäynnissä yritystä koskevan seuraamusmaksuasian kanssa. Kilpailuviranomainen voi kuitenkin hakea kiellon määäämistä myös erikseen Tukholman käräjäoikeudelta. Ruotsin järjestelmää tarkastellessa on syytä huomata, että Ruotsin kilpailulain mukainen seuraamusmaksumenettely poikkeaa jossain määrin kotimaisesta menettelystä: Ruotsissa seuraamusmaksunkin määrää Tukholman käräjäoikeus (konkurrenslag 3:5), jolloin kaikkien kilpailunrajoituksia koskevien seuraamusten keskittäminen kyseiseen tuomioistuimeen on luontevaa.

Jos liiketoimintakieltä aiottaisiin käyttää joko itsenäisenä seuraamuksena tai hallinnollisten sanktioiden tehosteena yksilövastuun toteuttamiseksi vakavimmissa kilpailunrajoitusasioissa,

³⁵⁰ Ks. Tolvanen 2008, s. 492.

tulisi liiketoimintakiellon yhteensovittamiseen hallinnollisen seuraamusmaksujärjestelmän kanssa kiinnittää erityistä huomiota. Prosessuaalisesta näkökulmasta liiketoimintakiellon käytöllä voitaisiin saavuttaa kriminalisointiin nähden etuja, mikäli seuraavat edellytykset täyttyisivät. Ensinnäkin kilpailuviranomaisen tulisi voida tutkia kiellon määräämisen edellytyksiä sekä esittää kiellon määräämistä. Toiseksi liiketoimintakiellon määräämistä koskeva asia tulisi voida käsitellä samassa menettelyssä yritystä koskevan hallinnollisen seuraamusmaksuasian yhteydessä. Näiden muutosten tekeminen edellyttäisi kuitenkin vielä jatkoselvitystä, jossa liiketoimintakieltäjärjestelmää tarkasteltaisiin tätä selvitystä syvällisemmin suhteessa muihin sanktioluonteisiin turvaamistoimenpiteisiin, hallinnollisiin sanktioihin sekä rikosoikeudelliseen seuraamusjärjestelmään.

Suhde leniency-sääntelyyn

Leniency-järjestelmän suhdetta luonnollisiin henkilöihin kohdistuviin sanktioihin sekä järjestelmän toimivuuden edellytyksiä on käsitelty edellä jaksoissa 3.3.4.5 ja 5.4. Tässäkin yhteydessä on olennaista huomata, että liiketoimintakiellolla olisi muiden yksilöseuraamusten tavoin kielteisiä vaikutuksia leniency-järjestelmän toiminnalle, mikäli seuraamuksista vapautumista ei ulotettaisi koskemaan myös liiketoimintakieltä.

Hallinnollisten seuraamusten tavoin leniency-järjestelmän ulottaminen koskemaan liiketoimintakieltä olisi helpommin perusteltavissa kuin rikosoikeudellisen järjestelmän kohdalla. Erottelu yhdenvertaisuusperiaatteen kannalta olisi vähäisempää kuin vankeusrangaistusuhkai- sessa kriminalisoinnissa, minkä lisäksi seuraamuksesta vapautumista koskeva sääntely olisi melko yksinkertaista toteuttaa muiden liiketoimintakiellon määräämiseen liittyvien muutosten ohella.

Ruotsissa liiketoimintakiellon määräämättä jättämisestä kilpailunrajoitusasioissa säädetään liiketoimintakieltolain 3 §:n 3 momentissa. Säännös perustuu lain 2 a §:ssä omaksutulla yleisen edun vaatimuksella operoimiseen. Liiketoimintakieltä ei nimittäin 2 a §:ssä tarkoitettuis- sa tilanteissa pidetä tarpeellisenä yleisen edun kannalta, mikäli henkilö on itse tai osana elinkeinonharjoittajan toimintaa edesauttanut merkittävästi kilpailuviranomaisen tutkiman kilpailunrajoituksen selvittämistä. Sama pätee myös muun maan kilpailuviranomaisen tai Euroopan komission tutkinnan edistämiseen. Kiellon määräämättä jättämisen mainitulla perusteella on katsottu soveltuvan liiketoimintakieltolakiin, koska kilpailuviranomaisen kanssa yhteistyössä toiminut taho on korjannut toimintansa lainmukaiseksi ja näin poistanut kiellon määräämisen

tarpeen turvaamistoiminäkökulmasta³⁵¹. Ruotsissa omaksuttua liiketoimintakiellon määräämisestä vapauttamista voitaneen periaatteellisesti pitää merkittävänä rajanvetona, sillä tode-
tuin tavoin leniency-säännösten ulottamista rikosoikeudellisiin rangaistuksiin ei Ruotsissa
pidetty kilpailulain uudistamisen yhteydessä mahdollisena³⁵².

Liiketoimintakiellon preventiovaikutus suhteessa kriminalisointiin

Liiketoimintakiello yleispreventiivisenä sanktionluonteisena seuraamuksena sijoittunee sak-
ko- ja vankeusrangaistuksen välimaastoon. Kiellon preventiovaikutuksen voidaan katsoa ole-
van sakkorangaistusta suurempi ensinnäkin sen vuoksi, että kiellosta ”ei voi maksaa itseään
vapaaksi”. Näkökulma on merkityksellinen erityisesti kartellista aiheutuvien seuraamusten
kannalta, koska yritysten on katsottu pyrkivän kompensoimaan edustajilleen mahdollisesti
aiheutuvat rahalliset seuraamukset, jos kartellitoimintaa pidetään riittävän kannattavana³⁵³.
Toiseksi kiellon seuraukset ovat yrityksen johdossa toimivalle henkilölle melko merkittävät:
henkilö voi menettää käytännössä mahdollisuutensa toimia yritysten johtotehtävissä – eli har-
joittaa ammattiaan – useiksi vuosiksi.

Preventiovaikutukseltaan vankeusrangaistusta heikommaksi kielto puolestaan jää ennen
kaikkea siitä syystä, että kielto ei rajoita henkilön vapautta yhtä merkittävästi kuin (ehdoton)
vankeusrangaistus eikä se osoita samanlaista moitetta kuin rikosoikeudellinen seuraamus,
vaikkakin se saattaa useasti kestää vankeusrangaistusta pidempään. Tästä huolimatta liike-
toimintakiellolla voitaneen katsoa olevan moraalialta ja tapaa luova vaikutus, vaikka se jääkin
rikosoikeudellista seuraamusta vähäisemmäksi.³⁵⁴ Liiketoimintakiellon pelotevaikutusta vä-
hentäneen myös edellä esitetyt kiellon valvontaan liittyvät ongelmat, joiden vuoksi liiketoi-
mintakieltoa on mahdollista joissakin tilanteissa kiertää.

Suhteessa kartellikriminalisointiin liiketoimintakiellon preventiovaikutus jäänee kri-
minalisointia kapeammaksi lisäksi siitä syystä, että kiellon soveltamisala muodostuisi henki-
löpiiriltään kriminalisointia kapeammaksi, koska liiketoimintakiello soveltuu vain yrityksen
ylimpään johtoon tai sitä lähestyvään tosiasialliseen päätösvallan käyttämiseen. Siten kieltoa
ei lähtökohtaisesti olisi mahdollista määrätä yrityksen keskijohdolle tai tavanomaisessa työn-
tekijäasemassa toimiville, vaikka näiden panos kartellin syntymiseen tai ylläpitämiseen olisi
merkittävä.

³⁵¹ Prop. 2007/08:135, s. 166–167.

³⁵² Ks. edellä jakso 2.3 sekä SOU 2004:131, s. 245–247.

³⁵³ Wils 2002, s. 220.

³⁵⁴ Ks. esim. Wils 2008, s. 188.

Kartelliin osallistumisesta määrättävän liiketoimintakiellon toteuttaminen

Liiketoimintakielto olisi jo nykyisen sääntelyn perusteella mahdollista määrätä lakisääteisten velvollisuuksien laiminlyönnistä liiketoiminnassa. Koska sääntelyä ei mainitulla perusteella ole kuitenkaan käytännössä sovellettu, olisi tarpeen säätää kiellon määräämisestä kilpailulain 5 §:n tai SEUT 101(1) artiklan rikkomisen perusteella erikseen, mikäli liiketoimintakieltoa haluttaisiin käyttää rikosoikeudellisista seuraamuksista irrallisena seuraamuksena.

Erityistä liiketoimintakiellon soveltamisedellytystä puoltaisivat myös seuraavat näkökohdat. Erityiseen soveltamisperusteeseen olisi mahdollista liittää omia tarkentavia edellytyksiä. Tällaisena voidaan mainita Ruotsin mallin mukainen vaatimus siitä, että kilpailunrajoituksen on tullut olla omiaan merkittävästi rajoittamaan, estämään tai vääristämään kilpailua (lag on näringsförbud 3 § 1 mom.) sekä kiellon soveltamisalan rajoittaminen koskemaan vain vakavimpia horisontaalisia kilpailunrajoituksia (lain 2 a §). Vastaavat soveltamisalan rajoitukset olisi paikallaan myös kotimaisessa sääntelyssä. Lisäksi kilpailunrajoituksen selvittämisen edistämisen perusteella tehtävää kiellon määräämättä jättämistä koskeva säännös olisi helpompi kohdistaa oikein, jos liiketoimintakiellon määrääminen kilpailunrajoitusasioissa olisi eroteltu omaksi kohdaksi.

Edelleen lakiin olisi tarpeen lisätä kiellon tutkintaa ja määräämistä koskevat erityissäännökset kartellirikkomusten osalta. Mahdollisuus järjestelmän mielekkääseen yhteensovittamiseen yrityksiä koskevan hallinnollisen seuraamusmaksumenettelyn kanssa olisi merkittävä etu yleiseen kartellikriminalisointiin nähden, ja todennäköisesti olisi leniency-järjestelmän toiminnan turvaamisen ohella keskeisessä roolissa, mikäli tähän vaihtoehtoiseen malliin päädyttäisiin.

Yhteenvetoa

Liiketoimintakielto olisi periaatteessa suhteellisen vähäisin muutoksin sovellettavissa luonnollisille henkilöille määrättävänä seuraamuksena kartelliasioissa. Liiketoimintakiellon merkittävänä etuina yleiseen kriminalisointiin nähden voitaneen pitää helpompaa yhteensovittavuutta leniency-järjestelmän kanssa sekä mahdollisuutta yhdistää kielto osaksi hallinnollista seuraamusmaksumenettelyä. On kuitenkin huomattava, että kiellon määrääminen hallintotuomioistuimessa kilpailuviranomaisen esityksestä edellyttäisi perustavanlaatuisia muutoksia nykyiseen järjestelmään, joita tulisi vielä harkita tarkemmin, jos liiketoimintakieltomalliin yksilövastuun toteuttamiseksi päädyttäisiin.

Yleiseen kartellikriminalisointiin nähden liiketoimintakiellon preventiiviset vaikutukset jäisivät heikommiksi. Sekä kiellon pelotevaikutuksen että moraalia ja tapaa luova vaikutuksen voitaneen perustellusti katsoa jäävän kriminalisointia pienemmiksi. Kiellon soveltamiseen yksilövastuun toteuttamiskeinona liittyy myös liiketoimintakiellon luonnetta koskeva periaatteellinen ongelma: lakiin kirjatuihin kiellon tavoitteista huolimatta kiellosta on tuomioistuinkäytännössä muodostunut lähes yksinomaan turvaamistoimenpide.

6.4 Yhteenvetoa

Esitellyissä vaihtoehtoisissa sääntelymalleissa kaikissa on havaittavissa sekä saavutettavia etuja että aiheutuvia haittoja yleiseen kartellikriminalisointiin nähden. Arvioitaessa vaihtoehtojen mallien soveltuvuutta kriminalisoinnin korvaajiksi tulee mainittuja hyötyjä ja haittoja tarkastella suhteessa kriminalisointiin ja punnita, ovatko vaihtoehdot 1) kriminalisointia moraalisesti hyväksyttävämpiä, 2) sitä tehossaan kohtuullisessa määrin lähestyviä ja 3) kohtuullisin kustannuksin toimeenpantavissa.

Vaihtoehtoista osittainen kriminalisointi sijoittuisi systematiikaltaan lähimmäksi yleistä kartellikriminalisointia. Mallia ei kuitenkaan voitane pitää yleistä kartellikriminalisointia hyväksyttävämpänä tai paremmin toteutettavissa olevana vaihtoehtona. Osittaisen kriminalisoinnin erityiseksi periaatteelliseksi ongelmaksi nousee erottelu tarjouskartellien ja muiden kartellien välillä; kriminalisoinnille keskeiset moitittavuus- ja preventionäkökulmat eivät puolla keskenään moitearvoltaan samanlaisten tekojen erottelua. Mikäli yleistä petossäännöstä kuitenkin tahdottaisiin soveltaa tarjouskartellitilanteissa, olisi tarpeen edellä esitetyllä tavoin pyrkiä varmistamaan säännöksen soveltaminen nimenomaisella kilpailulakiin sijoitettavalla viittauksella.

Periaatteellisia ongelmia kohtaavat myös hallinnollinen seuraamusmaksu sekä liiketoimintakielto. Yksilöön kohdistuvia hallinnollisia seuraamuksia on perinteisesti käytetty suhteellisten vähäisten rikkomusten sanktioinnissa, minkä lisäksi ne ovat järjestään rikosoikeudellisia seuraamuksia täydentäviä, eivät korvaavia. Vastaavasti liiketoimintakieltoa on käytetty korostetusti turvaamistoimenpiteenä, vaikkakin sillä voidaan katsoa olevan myös sanktion luonne. Kumpakaan mainituista vaihtoehtoisista malleista ei siten ole perinteisesti tarkoitettu korvaamaan rikosoikeudellista sääntelyä, vaan toimimaan rikosoikeudellisen järjestelmän rinnalla sitä täydentäen. Mainittuihin sääntelymalleihin ei myöskään kohdistu yhtä ankaria oikeusturvavaatimuksia kuin rikosprosessiin, mikä tekee järjestelmien käytöstä ankarien seuraamusten langettamiseksi arveluttavaa. Esitettyjen seikkojen vuoksi malleja ei voitane katsoa rikos-

oikeudellista järjestelmää hyväksyttävämmiksi yksilövastuun pääasiallisiksi toteuttamismuodoiksi.

Esitetyt vaihtoehdot voisivatkin tulla harkittavaksi yleisen kriminalisoinnin sijaan lähinnä siinä tapauksessa, että kriminalisoinnille katsottaisiin olevan ylitsepääsemätön este käytännöllisistä syistä. Tällaiseksi esteeksi voisi muodostua ongelmat kilpailuoikeudellisen leniency-järjestelmän yhteensovittamisessa kriminalisoinnin kanssa. Mikäli rangaistuksesta vapautumista ja sen alentamista koskevan järjestelmän laajentaminen koskemaan rikosoikeudellisia seuraamuksia katsottaisiin perinteisen pohjoismaalaisen oikeuskulttuurin vastaiseksi tai lainsäätäjä päätyisi tulkitsemaan rangaistuksesta vapautumisen taustalla olevia perusoikeusperiaatteita siten, että ne eivät voisi mahdollistaa rikosoikeudellisista seuraamuksista vapautumista, saattaisi ovi vaihtoehtoisille sääntelymalleille avautua. Tässä tapauksessa yleistä kriminalisointia lähimmäksi soveltamisalaltaan ja teholtaan nousisi yksilöön kohdistuvan seuraamusmaksun ja liiketoimintakiellon yhdistävä sääntelymalli. Erityisesti liiketoimintakieltoa koskevaan sääntelyyn tulisi tällöin kuitenkin tehdä merkittäviä muutoksia.

7. Yhteenveto ja johtopäätökset

Nykyistä kilpailulain mukaista hallinnollista seuraamusjärjestelmää sovelletaan ainoastaan elinkeinonharjoittajiin, joille lain tai EU:n perustamissopimuksen kilpailunrajoituskiellon rikkomisesta voi seurata tuntuva seuraamusmaksu. Lisäksi kilpailunrajoituskieltoa rikkonut elinkeinonharjoittaja on velvollinen korvaamaan aiheuttamansa vahingot. Vaikka kilpailunrajoituksia nimenomaisesti koskeva sääntely on suunnattu yrityksiin, olisi luonnollisiin henkilöihin mahdollista kohdistaa seuraamuksia jo nykyisen lainsäädännön perusteella. Rikoslain petossäännösten voidaan katsoa soveltuvan tarjouskartellin perusteella tehtyihin tarjouksiin, ja liiketoimintakielto olisi mahdollista määrätä liiketoiminnassa tapahtuneista lakisääteisten velvollisuuksien laiminlyönnistä. Kumpakaan yksilövastuun toteuttamismuotoa ei tosin ole käytännössä sovellettu, eikä niiden soveltamista jatkossakaan voitane pitää vallitsevan oikeustilan perusteella todennäköisenä. Oikeustilan epävarmuus saattaa kuitenkin heijastua kielteisellä tavalla kilpailuoikeudelliseen seuraamusjärjestelmään vähentäen odotettavissa olevien seuraamusten ennakoitavuutta, eikä nykyistä oikeustilaa voitane tästä näkökulmasta pitää tyydyttävänä.

Harkittaessa vakavimpiin kilpailunrajoituksiin kohdistuvaa kriminalisointia (yksilöllinen rikosvastuu) on lähtökohdaksi asetettava nykyinen hallinnollinen seuraamusjärjestelmä. Kartel-

litoimintaa koskeva kriminalisointi olisi siten hallinnollista järjestelmää täydentävä, ei korvaava. Syynä on ennen kaikkea EU:n kilpailuoikeudellinen sääntely, joka on rakennettu hallinnollisten sanktioiden varaan, ja joka tulee sovellettavaksi kansallisen lain rinnalla, jos kilpailunrajoituksella on kansainvälinen ulottuvuus. Lisäksi kilpailulain ja EU:n perustamissopimuksen kilpailunrajoituskiekkot kattavat laajan joukon erilaisia menettelyjä, joista kaikkia ei voida pitää moitittavuudeltaan rikosoikeuden alaan kuuluvina.

Vakavimmat kilpailunrajoitukset – kartellit – ovat yritysten väliseen kiellettyyn yhteistoimintaan perustuvia kilpailua vähentäviä menettelyjä, joiden on näytetty aiheuttavan vahinkoa niin yksityisille kuin yhteiskunnalle. Vahingollisuuden lisäksi kartellitoimintaa on pidettävä myös moitittavana. Oikeustieteellisessä tutkimuksessa on katsottu kartellitoiminnan pitkälti rinnastuvan petollisen menettelyn kieltävien moraalinormien vastaiseen käyttäytymiseen. Kartellitoiminta on epärehellistä menettelyä, jossa tavoitellaan oikeudetonta hyötyä toisten kustannuksella. Siten sillä on läheinen yhteys useisiin rikoslaissa rangaistavaksi säädettyihin talous- ja elinkeinorikoksiin. Voitaneenkin katsoa, että mainittujen vahingollisuus- ja moitittavuusnäkökohtien perusteella kartellitoiminta kuuluisi lähtökohtaisesti rikosoikeuden soveltamisalaan.

Kriminalisointia näyttäisivät puoltavan myös rikosoikeuden yleispreventiivinen vaikutus sekä oikeudenmukaisuus- ja yhdenvertaisuusnäkökohdat. Elinkeinonharjoittajaan kohdistuvaa hallinnollista seuraamusmaksua täydentävän yksilöllisen rangaistusvastuun voidaan perustellusti katsoa vahvistavan kontrollijärjestelmän yleisestävää vaikutusta. Erityisesti vankeusrangaistushkaisuilla kriminalisoinneilla on katsottu olevan merkittävää preventiovaikutusta talousrikosoikeudessa. Rikosoikeudellisella sääntelyllä viestitetään kriminalisoitujen käyttäytymismuotojen sosiaalis-eettistä paheksuntaa ja samalla vaikutetaan vallitseviin moraali- ja oikeuskäsityksiin. Oikeudenmukaisuus- ja yhdenvertaisuusajattelussa taas on kyse siitä, että kartellit ovat yksilön rikosvastuun osalta olleet erityisasemassa suhteessa muihin elinkeinonelämän toimintaedellytyksiä vahingoittaviin tai vaarantaviin moitittaviin tekoihin, joiden osalta rikosoikeudellinen järjestelmä on otettu käyttöön.

Kysymys rikosoikeudellisten sanktioiden käytöstä kartellitoiminnan seuraamuksena ei kuitenkaan ole ratkaistavissa vain mainittujen kriminalisointia puoltavien näkökohtien perusteella, vaan lisäksi on otettava huomioon rangaistavuutta rajoittavat kriminalisointiperiaatteet. Hallinnollisen ja rikosoikeudellisen järjestelmän rinnakkaisesta käytöstä aiheutuisi nykyiseen järjestelmään nähden lisäkustannuksia, minkä lisäksi ratkaistavaksi tulisi kahden erilaisen

seuraamusmenettelyn yhteensovittamiseen liittyviä ongelmia. Pääosa prosessien yhteensovittamista koskevista kysymyksistä olisi tosin selvityksen perusteella ratkaistavissa melko vähäisin lainsäädännöllisin toimenpitein (jaksot 5.2, 5.3 ja 5.5), mutta osittain kyse olisi oikeusjärjestelmämme kannalta periaatteellisesti merkittävistä muutoksista (jakso 5.4).

Keskeiseksi kysymykseksi kriminalisoinnin tarkoituksenmukaisuuden ja toteutettavuuden kannalta nousee kilpailuoikeudellisen leniency-järjestelmän turvaaminen. Leniency-säännösten perusteella yritys voi vapautua hallinnollisesta seuraamusmaksusta, jos se ilmiantaa kartellin ja avustaa kilpailuviranomaista kilpailunrajoituksen selvittämisessä. Vaihtoehtoisesti yritys voi saada alennusta seuraamusmaksusta, jos se kartellin ilmitulon jälkeen edistää kilpailunrajoituksen selvittämistä merkittävällä tavalla. Järjestelmän toimivuuden turvaamista on pidetty tärkeänä niin lainsäädäntötyössä kuin oikeuskirjallisuudessa, ja oikeuskäytännön perusteella järjestelmällä on ollut keskeinen merkitys kartellien selvittämisessä. Selvityksessä on katsottu, että kartelleja koskevalla kriminalisoinnilla olisi todennäköisesti huomattavia kielteisiä vaikutuksia leniency-järjestelmän toimintaan, mikäli kilpailu- ja rikosoikeudellisia seuraamusjärjestelmiä ei pyritäisi riittävässä määrin sovittamaan yhteen.

Perinteisesti kotimaisessa rikosoikeudessa on suhtauduttu hyvin varauksellisesti rangaistuksesta vapauttamiseen tai sen lieventämiseen silloin, kun kyse on ollut toisten rikosten selvittämisen edistämisestä. Nykyinen rikosoikeudellinen sääntely ei näyttäisikään turvaavan leniency-järjestelmän toimintaa kovin hyvin. Viimeaikainen kehitys on kuitenkin kulkenut suuntaan, jossa rikoksenteijä voisi enenevässä määrin saada hyötyä rikoksensa tunnustamisesta ja sen selvittämisen edistämisestä. Eduskunnan käsiteltävänä oleva syyteneuvottelun käyttöönottoa koskeva hallituksen esitys ei kuitenkaan mahdollistaisi rangaistuksesta kokonaan vapautumista. Näin ollen kyse olisi periaatteellisesti melko merkittävästä uudistuksesta, jos rangaistuksesta vapautumisen mahdollisuus koskisi myös kartellikriminalisointia. Selvityksessä on katsottu, että leniency-järjestelmän toiminnan turvaamiseksi tarpeelliset muutokset olisivat toteutettavissa siten, ettei perusoikeuksien ydinalueiden koskemattomuutta loukattaisi.

Selvityksessä on arvioitu myös kartellitoimintaa koskevalle yleiselle kriminalisoinnille vaihtoehtoisia sääntelymalleja (luku 6), mutta niitä ei ole pidetty kriminalisointia perustellumpina. Kaikkiin selvitetystä vaihtoehtoista sääntelymalleista liittyi periaatteellisia ongelmia rikosoikeudellisen yksilövastuun toteuttamisessa yleisen kartellikriminalisoinnin sijasta. Vaihtoehtoiset sääntelymallit voisivatkin lähinnä tulla kyseeseen, jos rikosoikeudellista järjestelmää ei

katsottaisi käytännöllisistä syistä voitavan ottaa käyttöön. Tällöin parhaiten rikosoikeudellisen järjestelmän tehoa lähestyvä malli olisi hallinnollisten sanktioiden ja liiketoimintakiellon yhdistelmä.

Selvityksen johtopäätöksenä esitetään, että edellytykset yleisen kartellikriminalisoinnin säätämiseksi näyttäisivät täyttyvän. Kriminalisoinnin ja hallinnollisen seuraamusjärjestelmän yhdistelmällä voitaisiin saavuttaa nykyistä kontrollijärjestelmää vahvempi preventiovaikutus. Lisäksi kriminalisointia puoltaa talousrikosoikeuden sisäistä johdonmukaisuutta painottava oikeudenmukaisuus- ja yhdenvertaisuusnäkökulma. Jos kriminalisointi säädetään, tulisi seuraaviin näkökohtiin kiinnittää erityistä huomiota:

- Rikostunnusmerkistön laadinnassa tulisi huomioida kartellin käsitteeseen ja määrittelyyn liittyvät ongelmat. Rikossäännöksen soveltamisala tulisi rajata kilpailunrajoituslain 5 §:ää ja SEUT 101 artiklaa kapeammaksi, mutta toisaalta kartellin olemassaoloa tulisi voida arvioida kilpailuoikeudellisilla kriteereillä.
- Toimivan rikostunnusmerkistön laatiminen edellyttäneen melko yleisluontoista muotoilua. Tällöin olisi erityistä huomiota kiinnitettävä riittävään säännöksen soveltamisalan rajaamiseen, jotta rikossäännökselle asetetut, laillisuusperiaatteeseen nojautuvat täsmällisyys- ja ennakoitavuusvaatimukset täyttyisivät.
- Kriminalisointi tulisi säätää vankeusrangaistusuhkaisena talousrikosoikeudessa noudatetun yleisen rangaistusasteikkolinjan mukaisesti. Samassa yhteydessä olisi harkittava törkeän tekemuodon säätämisen tarpeellisuutta käyttäen mallina talousrikosten rangaistussääntelyssä käytettyjä ankaroittamisperusteita.
- Kilpailu- ja esitutkintaviranomaisten välisen yhteistyön toimivuus tulisi varmistaa muun muassa säätämällä riittävistä tietojenvaihtovaltuuksista. Toisaalta on huomattava, että perustuslaissa ja Euroopan ihmisoikeussopimuksessa turvattu oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin edellyttäisi joitakin rajoituksia viranomaisten väliselle tietojenvaihdolle sekä tietojen käytölle rikosprosessissa.
- Kilpailuoikeudellisen leniency-järjestelmän toimivuuden turvaamisesta tulisi huolehtia. Rikosoikeudellisista rangaistuksista vapautumista koskevien toimenpiteiden hyväksyttävyyden perusoikeuksien kannalta olisi sääntelymallissa varmistettava.

LÄHTEET

Kirjallisuus

Alkio, Mikko – Wik, Christian: Kilpailuoikeus. Talentum, Helsinki 2009.

Asp, Petter – Ulväng, Magnus – Jareborg, Nils: Kriminalrättens grunder. Iustus, Uppsala 2010.

Choo, Andrew L-T: The Privilege Against Self-Incrimination and Criminal Justice. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2013.

Frände, Dan – Matikkala, Jussi – Tapani, Jussi – Tolvanen, Matti – Viljanen, Pekka – Wahlberg, Markus: Keskeiset rikokset. Edita, Helsinki 2007.

Frände, Dan: KKO 2010:41 ja sen arviointi laajemmassa kontekstissa. Lakimies 2/2011, s. 402–423.

Frände, Dan: Yleinen rikosoikeus. Edita Publishing Oy, Helsinki 2012.

Hammond, Scott D.: Cornerstones of an effective cartel leniency program. Competition Law International, Vol. 4 No. 2, June 2008, s. 4–10.

Havu, Katri: Oikeus kilpailuoikeudelliseen vahingonkorvaukseen EU:n ja Suomen oikeudessa. Suomalainen lakimiesyhdistys, Helsinki 2013.

Heinonen, Olavi – Koskinen, Pekka – Lappi-Seppälä, Tapio – Majanen, Martti – Nuotio, Kimmo – Nuutila, Ari-Matti – Rautio, Ilkka: Rikosoikeus. WSOY lakitieto, Helsinki 2002.

Helenius, Dan: Ne bis in idem -kiellon rakenne ja ongelmakohdat viimeaikaisen oikeuskäytännön valossa. Defensor Legis N:o 6/2010, s. 764–777.

Hemmo, Mika: Vahingonkorvausoikeus. WSOY, Helsinki 2005.

Joshua, Julian: DOA: Can the UK Cartel Offence be Resuscitated? Teoksessa Criminalising Cartels, Critical Studies of an International Regulatory Movement, toim. Caron Beaton-Wells ja Ariel Ezrachi. Hart Publishing, Oxford ja Portland, Oregon 2011, s. 129–155.

Koponen, Pekka: Talousrikokset rikos- ja prosessioikeuden yhtymäkohdassa. Suomalainen lakimiesyhdistys, Helsinki 2004.

Kuoppamäki, Petri: Uusi kilpailuoikeus. 2. painos. Sanoma Pro Oy, Helsinki 2012.

Lahti, Raimo: Taloudelliseen rikollisuuteen liittyvät vastuunjako-ongelmat. Teoksessa Taloudellinen rikollisuus. Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisusarja N:o 32, Helsinki 1981, s. 37–57.

Lahti, Raimo: Rikoslain kokonaisuudistuksen ensimmäinen vaihe: varallisuus ja talousrikossäännökset, I. Lakimies 3/1991, s. 258–290.

Lahti, Raimo: Muuttuva rikollisuus – uudistuva rikosoikeus. Mistä 2000-luvulla rangaistaan ja minkälaisin edellytyksin? Teoksessa Kohti 2000-luvun rikosoikeutta, toim. Ari Hirvonen. Helsingin yliopiston rikos- ja prosessioikeuden julkaisuja, Helsinki 1994, s. 5–17.

Lahti, Raimo: Rikosvastuun kohdentamisesta yhteisössä ja sen sääntelystä. Lakimies 8/1998, s. 1271–1284.

Lahti, Raimo: Talousrikosoikeuden yleisistä opeista. Teoksessa Talousrikokset, toim. Raimo Lahti ja Pekka Koponen. Suomalainen lakimiesyhdistys, Helsinki 2007, s. 3–28.

Lahti, Raimo: Rikosoikeuden ultima ratio -periaatteesta ja hallintosanktioiden asemasta. Teoksessa Rikoksesta rangaistukseen, juhla-julkaisu Pekka Viljanen 1952 – 26/8 – 2012, toim. Tatu Hyttinen, Antti Jokela, Jussi Tapani ja Mikko Vuorenpää. Turun yliopisto, oikeustieteellinen tiedekunta 2012.

Lappalainen, Juha – Frände, Dan – Koulu, Risto: V: Todistelu sekä VI: Tuomio-opit. Teoksessa Prosessioikeus, toim. Frände et al. Sanoma Pro Oy, Helsinki 2012, s. 585–776.

Lappi-Seppälä, Tapio: Miksi rikosoikeus? Teoksessa Kohti 2000-luvun rikosoikeutta, toim. Ari Hirvonen. Helsingin yliopiston rikos- ja prosessioikeuden julkaisuja, Helsinki 1994, s. 19–82.

Lappi-Seppälä, Tapio: Rikosoikeuden yleisiä oppeja koskeva uudistus III. Lakimies 3/2004, s. 422–450.

Laukkanen, Janne: Laittoman yrittäjän jäljillä. Arviointitutkimus liiketoimintakiellon valvonnan ohjeistamisen vaikutuksista. Poliisiammattikorkeakoulun tiedotteita 44. Poliisiammattikorkeakoulu, Espoo 2005.

Laukkanen, Janne – Mäkipää, Leena: Liiketoimintakiellon valvontavelvollisuuden laajentaminen. Poliisiammattikorkeakoulun tiedotteita 45. Poliisiammattikorkeakoulu, Espoo 2005.

Leivo, Kirsi – Leivo, Timo – Huimala, Hannele – Huimala, Mikko: EU:n ja Suomen kilpailuoikeus. 2., uudistettu painos. Talentum, Helsinki 2012.

Low, D. Martin – Halladay, Casey W.: Redesigning a Criminal Cartel Regime: The Canadian Conversion. Teoksessa *Criminalising Cartels, Critical Studies of an International Regulatory Movement*, toim. Caron Beaton-Wells ja Ariel Ezrachi. Hart Publishing, Oxford ja Portland, Oregon 2011, s. 77–103.

Matikkala, Jussi: Kilpailudeliktit ja rikosoikeus. Teoksessa *Kilpailuoikeudellinen vuosikirja 2007*. Suomen kilpailuoikeudellinen yhdistys, Helsinki 2008, s. 259–269.

Nissinen, Matti: Rikosvastuun kohdentamisesta yhteisössä – erityisesti laiminlyönti- ja tuotantuvastuun edellytyksistä osakeyhtiössä. Poliisin oppikirjasarja 3/1997. Helsinki 1997.

Nuotio, Kimmo: Teko, vaara, seuraus. Suomalainen lakimiesyhdistys, Helsinki 1998.

Nuotio, Kimmo: Esimiehen laiminlyöntiperusteinen vastuu alaisen tahallisesta rikoksesta liike-elämässä. Teoksessa *Rikosoikeudellisia kirjoituksia VIII*, Raimo Lahdelle 12.1.2006 omistettu. Suomalainen lakimiesyhdistys, Helsinki 2006.

Nuutila, Ari-Matti: Rikosoikeudellinen huolimattomuus. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1996.

Nuutila, Ari-Matti: Asiantuntijalausunto, osana keskusrikospoliisin päätöstä esitutkinnan toimittamatta jättämisestä 2.12.2004, 2400/s/10294/04.

Parker, Christine: Criminal Cartel Sanctions and Compliance: The Gap between Rhetoric and Reality. Teoksessa *Criminalising Cartels, Critical Studies of an International Regulatory Movement*, toim. Caron Beaton-Wells ja Ariel Ezrachi. Hart Publishing, Oxford ja Portland, Oregon 2011, s. 239–262.

Pellonpää, Matti – Gullans, Monica: Zolotukhin-linjaus kansallisten tuomioistuinten koetinkivenä. *Defensor Legis* N:o 4/2011, s. 412–430.

Pellonpää, Matti – Gullans, Monica – Pölönen, Pasi – Tapanila, Antti: Euroopan ihmisoikeussopimus. Talentum, Helsinki 2012.

Rautio, Ilkka: RL 30: Elinkeinorikokset. Teoksessa Rikosoikeus, toim. Olavi Heinonen et al. WSOY Lakitieto, Helsinki 2002, s. 1035–1062.

Stucke, Maurice E.: Am I a Price Fixer? A Behavioural Economics Analysis of Cartels. Teoksessa Criminalising Cartels, Critical Studies of an International Regulatory Movement, toim. Caron Beaton-Wells ja Ariel Ezrachi. Hart Publishing, Oxford ja Portland, Oregon 2011, s. 263–288.

Tapani, Jussi – Tolvanen, Matti: Rikosoikeuden yleinen osa – Vastuuoppi. Talentum, Helsinki 2013.

Tolvanen, Matti: Tieliikenne rikokset ja kriminaalipolitiikka. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1999.

Tolvanen, Matti: Liiketoimintakiello ja kiellon valvonta. Defensor Legis, N:o 4/2008, s. 485–499.

Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeuksien rajoitusedellytykset. WSOY lakitieto, Helsinki 2001.

Vuorenpää, Mikko: Itsekriminointisuojaan tulkinta ja sen vaikutukset todisteluun. Julkaistu Edilex-tietokannassa 19.1.2012 sekä aiemmin teoksessa Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 50 vuotta. Turun yliopisto, Turku 2011.

Wagner-Von Papp, Florian: What if all Bid Riggers Went to Prison and Nobody Noticed? Criminal Antitrust Law Enforcement in Germany. Teoksessa Criminalising Cartels, Critical Studies of an International Regulatory Movement, toim. Caron Beaton-Wells ja Ariel Ezrachi. Hart Publishing, Oxford ja Portland, Oregon 2011, s. 157–182.

Warner, Presley L. – Trebilcock, Michael J.: Rethinking Price-Fixing Law. McGill Law Journal, Vol. 38 No. 1, 1993, s. 679–723.

Wardhaugh, Bruce: The Cartel Offence Within a “World Class” Competition Regime: An Assessment of the BIS Consultation Exercise and Its Results. European Competition Journal, Vol. 8 Issue 3 (2012), s. 573–588.

Whelan, Peter: Improving Criminal Cartel Enforcement in the UK: The Case for the Adoption of BIS’s “Option 4”. European Competition Journal, Vol. 8 Issue 3 (2012), s. 589–601.

Whelan, Peter: Cartel Criminalization and the Challenge of 'Moral Wrongfulness'. Julkaisussa *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 33, No. 3 (2013), s. 535–561.

Wils, Wouter P.J.: *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law*, Essays in Law & Economics. Kluwer Law International, Hague, London and New York 2002.

Wils, Wouter P.J.: Is criminalization of EU competition law the answer? Teoksessa *Criminalization of Competition Law Enforcement, Economic and Legal Implications for the EU Member States*, toim. Katalin J. Cseres et al. Edward Elgar. Cheltenham 2006, s. 61–109.

Wils, Wouter P.J.: *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*. Hart Publishing, Oxford 2008.

Wikberg, Olli: *Leniency v. kartellit. Kilpailuoikeudellinen ja -poliittinen tutkimus kartellien vastaisesta toiminnasta Euroopan unionissa*. Forum Iuris, Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisut. Helsinki 2009.

Virallisaineisto

HE 29/1985 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi liiketoimintakiellosta.

HE 148/1987 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi kilpailunrajoituksista.

HE 66/1988 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen ensimmäisen vaiheen käsittäväksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi.

HE 162/1991 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi kilpailunrajoituksista.

HE 309/1993 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.

HE 57/1994 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle poliisilaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.

HE 198/1996 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi liiketoimintakiellosta annetun lain ja eräiden muiden lakien muuttamisesta.

HE 254/1998 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle rikoslain täydentämiseksi arvopaperimarkkinarikoksia koskevilla säännöksillä.

HE 44/2002 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.

HE 53/2002 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle eräiden rikoslain talousrikossäännösten ja eräiden niihin liittyvien lakien muuttamiseksi.

HE 188/2002 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle terrorismia koskeviksi rikoslain ja pakkokeinolain säännöksiksi.

HE 82/2006 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi liiketoimintakiellosta annetun lain sekä verotustietojen julkisuudesta ja salassapidosta annetun lain 18 §:n muuttamisesta.

HE 55/2007 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle sotarikoksia ja rikoksia ihmisyyttä vastaan koskevien rikoslain säännösten muuttamiseksi sekä eräksi niihin liittyviksi laeiksi.

HE 88/2010 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle kilpailulaiksi.

HE 222/2010 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle esitutkinta- ja pakkokeinolainsäädännön uudistamiseksi.

HE 224/2010 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle poliisilaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

HE 86/2012 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi konkurssilain sekä takaisinsaannista konkurssipesään annetun lain 24 §:n muuttamisesta.

HE 141/2012 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle eräiden törkeiden rikosten valmistelun kriminalisoimista koskevaksi lainsäädännöksi.

HE 58/2013 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle syyteneuvottelua koskevaksi lainsäädännöksi ja syyttämättä jättämistä koskevien säännösten uudistamiseksi.

Hyvinvointivaltion kriminaalipolitiikka. Kriminaalipoliittinen toimenpideohjelma vuosille 2007–2011. Oikeusministeriön toiminta ja hallinto -sarja 2007:13. Helsinki 2007.

Keskusrikospoliisin päätös esitutkinnan toimittamatta jättämisestä 2.12.2004, rikostarkastaja Erkki Rossi (2400/s/10294/04).

Kilpailu- ja kuluttajaviraston tilinpäätös vuodelta 2013. KKV/2136/00.01.02.02/2013.

Kilpailulainsäädännön uudistaminen. Kilpailulainsäädännön tarkistamistyöryhmän mietintö, kauppaja- ja teollisuusministeriö 1991. KM 1991:15.

Kilpailulaki 2010. Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisuja, Kilpailukyky 4/2009.

Kilpailuviraston tilinpäätös vuodelta 2010. Dnro 569/00.01.03/2009.

LaVL 9/2004 vp. Lakivaliokunnan lausunto 9 lakialoitteesta 154/2003 vp.

LaVL 11/2012 vp. Lakivaliokunnan lausunto 11 valtioneuvoston kirjelmästä eduskunnalle U 58/2011 vp.

LaVM 6/1990 vp. Lakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä (HE 66/1988 vp) rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen ensimmäisen vaiheen käsittäväksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi.

PeVL 23/1997 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 23 hallituksen esityksestä 6/1997 vp.

PeVL 29/2001 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 29 hallituksen esityksestä 77/2001 vp.

PeVL 7/2002 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 7 hallituksen esityksestä 231/2001 vp.

PeVL 48/2002 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 48 hallituksen esityksestä 188/2002 vp.

PeVL 17/2006 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 17 hallituksen esityksestä 221/2005 vp.

PeVL 9/2012 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 9 hallituksen esityksestä 3/2012 vp.

PeVL 5/2009 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 5 hallituksen esityksestä 227/2008 vp.

PeVL 17/2013 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 17 hallituksen esityksestä 191/2012 vp.

PeVL 7/2014 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 7 hallituksen esityksestä 58/2013 vp.

PeVM 25/1994 vp. Perustuslakivaliokunnan mietintö n:o 25 hallituksen esityksestä (HE 309/1993 vp) perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.

Rikosoikeuskomitean mietintö. Komiteanmietintö KM 1976:72.

Rikosseuraamuslaitoksen tilinpäätös ja toimintakertomus vuodelta 2012. Rikosseuraamuslaitoksen monisteita 1/2013, 1/240/2013, 15.3.2013.

Syyttäjän toimenkuvan kehittäminen. Työryhmän mietintö 1.6.2001. Valtakunnansyyttäjänviraston julkaisusarja nro 1, Helsinki 2001. (VKSV 2001)

TaVL 23/2013 vp. Talousvaliokunnan lausunto 23 valtioneuvoston kirjelmästä eduskunnalle U 60/2013 vp.

TaVM 50/2010 vp. Talousvaliokunnan mietintö 50 hallituksen esityksestä 88/2010 vp.

Tuomioistuinlaitoksen kehittämiskomitean mietintö. Komiteanmietintö KM 2003:3.

Muut lähteet

Defining Hard Core Cartel Conduct; Effective institutions; Effective Penalties. Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regimes, vol 1. International Competition Network, European Communities, Luxembourg 2005.

DG Competition's reply to questions raised by the Swedish Competition Authority with regard to SOU 2004:131. EU:n komission Kilpailu-pääosaston pääjohtaja Philip Lowen allekirjoittama kirje Ruotsin kilpailuviranomaiselle 29.4.2005.

Konkurrensverkets författningssamling (KKVFS) 2012:2. Om näringsförbud vid överträdelser av konkurrensreglerna. Stockholm 2012.

OECD Policy Roundtables. Cartel Sanctions against Individuals 2003. DAF/COMP(2004)39, 10.1.2005.

OECD Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels. C(98)35/FINAL, 14.5.1998.

Office of Fair Trading. Modernisation. Understanding competition law. OFT 442, December 2004.

Regerings proposition 2007/08:135. Ny konkurrenslag m.m. Stockholm 2008.

SOU 2004:131. Konkurrensbrott – en lagstiftningsmodell. Slutbetänkande av Utredningen om en modernisering av konkurrensreglerna. Statens offentliga utredningar, Stockholm 2004.

SOU 2006:99. En ny konkurrenslag. Stockholm 2006.

Oikeuskäytäntö

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

Allen v. Yhdistynyt kuningaskunta (76574/01, 10.09.2002)

Cantoni v. Ranska (17862/91, 15.11.1996)

Eckle v. Saksa (8130/78, 15.7.1982)

Engel ym. v. Alankomaat (5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 08.06.1976)

Funke v. Ranska (10828/84, 25.02.1993)

Groppera Radio AG ym. v. Sveitsi (10890/84, 28.03.1990)

Heaney ja McGuinness v. Irlanti (34720/97, 21.12.2000)

J.B. v. Sveitsi (31827/96, 03.05.2001)

Jalloh v. Saksa (54810/00, 11.07.2006)

Jussila v. Suomi (73053/01, 23.11.2006)

Marttinen v. Suomi (19235/03, 21.04.2009)

O'Halloran ja Francis v. Yhdistynyt kuningaskunta (15809/02 ja 25624/02, 29.06.2007)

Saunders v. Yhdistynyt kuningaskunta (19187/91, 17.12.1996)

Serves v. Ranska (82/1996/671/893, 20.10.1997)

Weh v. Itävalta (38544/97, 08.04.2004)

Euroopan unionin tuomioistuin

Asia 374/87, Orkem vastaan Euroopan yhteisöjen komissio, tuomio 18.10.1989, Kok. 1989, s. 3283, Kok. Ep. X, s. 231.

Asia T-112/98, Mannesmannröhren-Werke AG vastaan Euroopan yhteisöjen komissio, tuomio 20.02.2001, Kok. 2001, s. II-729.

Yhdistetyt asiat C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P ja C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij ym. vastaan komissio, tuomio 15.10.2002, Kok. 2002, s. I-8375.

Yhdistetyt asiat C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P ja C-219/00 P, Aalborg Portland A/S ym. vastaan Euroopan yhteisöjen komissio, tuomio 07.01.2004, Kok. 2004, s. I-123.

Korkein hallinto-oikeus

KHO 2009:83

Korkein oikeus

KKO 2003:42

KKO 2004:131

KKO 2005:27

KKO 2005:90

KKO 2005:105

KKO 2009:80

KKO 2010:45

KKO 2010:46

KKO 2011:46

KKO 2011:58

KKO 2011:102

KKO 2012:9

KKO 2013:59

Markkinaoikeus

MAO 614/2009

MAO 91/2009

Muut

Helsingin käräjäoikeuden tuomio 28.11.2013, L 09/10623 (ei lainvoimainen)