

Vahingonkorvaus ja sopimaton menettely elinkeinotoiminnassa

Turun yliopisto

Oikeustieteellinen tiedekunta

Pro gradu -tutkielma

Varallisuus oikeus ja taloudellisen toiminnan muutokset:

esine, sopimus ja vahinko

Tammikuu 2019

Lauri Nieminen

505583

TURUN YLIOPISTO
Oikeustieteellinen tiedekunta

LAURI NIEMINEN: Vahingonkorvaus ja sopimaton menettely elinkeinotoiminnassa.
OTM -tutkielma 75s.

Oikeustiede

Tammikuu 2019

Turun yliopiston laatujärjestelmän mukaisesti tämän julkaisun
alkuperäisyys on tarkastettu Turnitin Originality Check -järjestelmällä.

Tässä tutkielmassa selvitän, mitä tarkoittaa vahingonkorvaus sopimattomassa menettelyssä elinkeinotoiminnassa Suomen vallitsevan oikeustilan mukaisesti. Analyysi keskittyy siihen, miten asiasta säädetään laissa sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa 22.12.1978/1061 ("SopMenL") sekä vahingonkorvauslaissa 31.5.1974/412 ("VahL"). Tutkimus keskittyy siten lähinnä yritysten välisiin suhteisiin ja yritysten välisissä suhteissa esiintyviin mahdollisiin ongelmatilanteisiin. Sen vuoksi, että SopMenL rakentuu pitkälti yleislausekkeen varaan, on myös siihen liittyvällä oikeuskäytännöllä olennainen merkitys tutkimuskysymykseen vastattaessa. Oikeuskäytäntöä tutkimalla voidaan todeta, että pääasiassa elinkeinonharjoittajien saama suoja on kohdistunut juurikin sopimattomiin markkinointikeinoihin ja niiden kieltämiseen. Markkinointiin liittyvät toimet ovatkin tämän tutkielman kannalta keskeisessä roolissa. Selvitän sopimattoman menettelyn ohella sitä, millä edellytyksillä Suomen oikeuskäytännössä on katsottu aiheelliseksi korvata puhtaita varallisuusvahinkoja yritysten välisissä sopimattoman menettelyn tilanteissa. Yhtenä tutkimuskysymyksenä onkin se, onko esimerkiksi mahdollista katsoa, että elinkeinonharjoittajan toiminta on ollut sopimatonta, mutta vahingonkorvauslain mukainen erittäin painava syy puhtaiden varallisuusvahinkojen korvaamiselle ei täytyisi. Arvioitavaksi tulee muun ohella se, onko hyvän tavan, tai oikeastaan hyvän liiketavan vastaisuus tosiasiallisesti korvausvastuun yleinen edellytys puhtaissa varallisuusvahingoissa. Arvioitavaksi tulee myös se, mitä argumentteja korvaamisen puolesta ja vastaan on löydettävissä aiheeseen liittyvästä oikeuskäytännöstä

Vastauksena tutkimuskysymykseen voidaan todeta, että sopimattomaksi katsottava menettely johtanee pääsääntöisesti korvausvastuuseen. Hyvä liiketapa alkaakin muistuttamaan korvausvastuun yleistä edellytystä SopMenL:n kontekstissa. Aiemman oikeuskäytännön merkitys on heikentynyt, kun myöhemmässä oikeuskäytännössä on tarkennettu oikeustilaa. Yleislausekkeen soveltaminen on oikeuskäytännössä tapahtuneen kehityksen myötä suhteellisen lukittu, mutta korvausvastuuta vastaan voidaan silti löytää joitakin argumentteja. Toisaalta, kun asiaa tarkastellaan vahingon aiheutumisen näkökulmasta, voivat vahingon syy-yhteyteen tai määrään liittyvät seikat muodostaa sellaisia vastasyitä, joiden vuoksi vahinkoa ei tulisi korvata. Esimerkiksi vahingonkärsijän oma toiminta ja vahingon määrän mahdoton toteaminen voi olla sellaisia seikkoja, mitkä erityisesti toimivat vastasyinä.

Asiasanat: vahingonkorvaus, puhdas varallisuusvahinko, taloudellinen vahinko, erittäin painava syy, sopimaton menettely, markkinointioikeus, vahingonkorvausoikeus, harhaanjohtava markkinointi, vertaileva mainonta, tuottamustavastuu, varallisuusvahinko

SISÄLLYSLUETTELO

Lähteet	iii
Lyhenteet	xvi
1. Johdanto	1
1.1 Aihe ja tutkimuskysymys	1
1.1.1 Markkinoinnin käsitteestä	3
1.1.2 Sopimattomaan menettelyyn liittyvien asioiden käsittelystä	4
1.2 Aiheen rajaus	4
1.3 Rakenne	8
1.4 Tutkimusmetodi	9
2. Sopimatonta menettelyä koskevan lainsäädännön kehitys	10
2.1 Pariisin yleissopimus	10
2.2 Kansallinen kehitys	12
2.2.1 Sääntelyn tarkoitus ja suhde kuluttajansuojalainsäädäntöön	13
2.2.2 Elinkeinotoiminnasta sekä elinkeinonharjoittajan ja kuluttajan käsitteestä	14
2.3 EU sääntely	15
2.4 Kansainväliset markkinointisäännöt ja liiketapalautakunnan ratkaisukäytäntö	16
3 Laki sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa	17
3.1.1 Jäljitelvät	19
3.1.2 Orjallinen jäljittely	21
3.2 Harhaanjohtava mainonta ja vertaileva markkinointi	22
3.2.1 Totuudenvastaisuuden ja harhaanjohtavuuden käsitteistä	24
3.2.2 Totuudenvastaisuuden ja harhaanjohtavuuden vaikuttavuusedellytys	25
3.2.3 Vertaileva markkinointi	27
3.3 Muut SopMenL tilanteet	31
3.3.1 Myynninedistämistä koskeva säännös	31
3.3.2 Liikesalaisuus	32
3.4 Sanktiot sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa	33
3.4.1 Kielto, oikaisu ja muut sanktiot	33
3.5 SopMenL vastaisella menettelyllä aiheutettu vahinko	35
4. Vahingonkorvauslain systematiikka ja korvattavat vahingot	36
4.1 Yleistä sopimuksen ulkoisesta vastuusta	36
4.1.1 Muussa laissa säädetty korvausvastuu	38
4.2 Varallisuusvahingot ja puhtaan varallisuusvahingon käsite	39
4.2.1 Korvattavista vahingoista	40
4.2.2 Puhtaiden varallisuusvahinkojen rajoittamisen taustaa	41
4.2.3 Säännöksen taustaa ja vertailua muihin maihin	43

4.3	Erittäin painava syy.....	44
4.3.1	Erittäin painavan syyn arviointia	44
4.4	Tuottamuksesta	47
4.4.1	Normiperusteinen ja riskiperusteinen tuottamusarviointi	49
4.4.2	Tuottamus ja sopimaton menettely	51
4.4.3	Tuottamuksen ja erittäin painavan syyn arviointi	51
4.5	Syy-yhteys.....	52
4.5.1	Syy-yhteys vahingonkorvauslaissa	52
4.5.2	Oikeudellinen ja luonnontieteellinen syy-yhteys ja kausaliteetti	53
4.6	Vahingon määrästä.....	55
5.	Vahingonkorvaus ja sopimaton menettely elinkeinotoiminnassa	58
5.1	Sopimaton menettely ja erittäin painava syy oikeuskäytännössä.....	58
5.1.1	Toleranssivaatimus.....	58
5.1.2	On-omiaan edellytys	59
5.1.3	SopMenL dynaamisuus, vahingonkorvauslain toissijaisuus ja vahinko	60
5.1.4	Olosuhteiden vaikutus ja vastikkeeton hyötyminen.....	61
5.1.5	Olosuhteet: varallisuusvahinkojen rajoittamisperiaatteiden ilmeneminen.....	62
5.2	Oikeuskäytännön nykytila	63
5.2.1	Erityiset vastasyyt	63
5.2.2	Uhkailukirjeiden arviointi	64
5.2.3	Yhteenvetotapaus oikeustilasta	65
5.2.4	Vahingon määrän osoittaminen	66
5.2.5	Osapuolten roolit ja muut seikat	66
5.3	Oikeudenkäyntikuluista	67
6.	Lopuksi	68
6.1	Yhteenveto arviointiperiaatteista	68
6.1.1	Vastuuperusteen valinta	69
6.2	Yleislauseke	70
6.2.1	Yleislausekkeen mukainen sopimattomuusarviointi	70
6.2.2	Yleislausekkeen mukainen tuottamusarviointi	70
6.3	Harhaanjohtava, totuudenvastainen ja vertaileva mainonta	71
6.4	Vahingonkorvausvastuun realisoituminen	72
6.4.1	Vastasyiden olemassaolon puuttumista puoltavat seikat	72
6.4.2	Mitkä seikat voivat olla erityisiä vastasyitä	73
6.5	Johtopäätökset.....	74

Lähteet

KIRJALLISUUS

Aarnio 1989

Aarnio, Aulis: Laintulkinnan teoria. Yleisen oikeustieteen oppikirja. WSOY, Juva 1989.

Aaltonen 1985

Aaltonen, Aimo: Sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja B-Sarja N:o 198. Vammala, 1985.

Saarnilehto ym. 2012

Ari Saarnilehto – Vesa Annola – Mika Hemmo – Juha Karhu – Leena Kartio – Eva Tammi-Salminen – Juha Tolonen – Jarmo Tuomisto – Mika Viljanen: Varallisuus oikeus, jatkuva e-julkaisu, Alma Talent 2012.

Barigozzi – Peitz 2004

Barigozzi, Francesca and Peitz, Martin: Comparative Advertising and Competition Policy (August 2004). International University in Germany Working Paper No. 19/2004. Saatavilla SSRN: <https://ssrn.com/abstract=699583>

tai <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.699583> Luettu 10.4.2018.

Bärlund 2014

Bärlund, Johan: Sopimaton menettely elinkeinotoiminnassa. Teoksessa Yritysoikeus. Oikeuden perusteokset (Seppo Villa, Manne Airaksinen, Johan Bärlund, Jyrki Lauhiainen, Timo Kaisanlahti, Märten Knuts, Petri Kuoppamäki, Seppo Kymäläinen, Jukka Mähönen, Taina Pihlajarinne, Juha Raitio, Kirsti Rissanen, Klaus Viitanen ja Thomas Wilhelmsson). Helsinki 2014 s. 975-998.

Bussani – Palmer 2003

Bussani Mauro, Palmer Vernon Valentine: Pure Economic Loss in Europe, Cambridge University Press, 2003.

Castrén 1997

Castrén Martti: EU-Suomen markkinaoikeus. Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 1997.

Cornish 2013

Cornish, William; Llewelyn, David: Intellectual property: patents, copyrights, trade marks and allied rights. Sweet & Maxwell 2013. 8. ed.

De Vrey 2006

De Vrey, Rogier W: Towards a European Unfair Competition Law: A Clash Between Legal Families, A comparative study of English, German and Dutch law in light of existing European and international legal instruments. Koninklijke Brill NV, Leiden 2006.

Dufva 1987

Dufva, Bill: Skyddat intresse, ren förmögenhetsskada och andra skadeståndsrättsliga spørsmål i internationellt perspektiv, Ur Festskrift till Sveriges Advokatsamfund, s. 173–215, Norstedt, Stockholm, 1987.

Gustafsson – Mannermaa 1982

Gustafsson, Kaj – Mannermaa, Kari: Markkinointi. Espoo 1982.

Haarmann 2014

Haarmann Pirkko-Liisa: Immateriaalioikeus. viides uudistettu painos, Viro 2014.

Hahto 2008

Hahto, Vilja: Tuottamus vahingonkorvausoikeudessa, Helsinki, 2008.

Halila 1961

Halila, Jouko: Vahingonkorvauksen suuruuden todistelusta. LM. Ss. 291–303, 1961.

Hart 1985

Hart, H. L. A and Honoré, Tony: Causation in the Law. Print publication date: 1985, Published to Oxford Scholarship Online: March 2012.

Hemmo 1994

Hemmo Mika: Vahingonkorvauksen määräytymisestä sopimussuhteissa, Vammala 1994.

Hemmo 1998

Hemmo, Mika: Sopimus ja delikti. Tutkimus vahingonkorvausoikeuden vastuumuodoista, Helsinki 1998

Hemmo 2002

Hemmo, Mika: Selvitys puhdasta varallisuusvahinkoa koskevan sääntelyn uudistamistarpeesta, Oikeusministeriö lausuntoja ja selvityksiä 2002:26, Helsinki 2002.

Hemmo 2003

Hemmo Mika: Sopimusoikeus II, Talentum, Jyväskylä 2003

Hemmo 2005

Hemmo, Mika: Vahingonkorvausoikeus, WSOYpro, Helsinki, 2005.

Hemmo-Hoppu 2006

Hemmo Mika, Hoppu Kari: Sopimusoikeus, jatkuva e-julkaisu, Alma Talent Oy. 2006.

[[https://fokus-almatalent-fi.ezproxy.utu.fi/teos/IACBXXBTAFJB#kohta:SOPIMUSOIKEUS\(20\)](https://fokus-almatalent-fi.ezproxy.utu.fi/teos/IACBXXBTAFJB#kohta:SOPIMUSOIKEUS(20))].

Hermunen ym. 2014

Todistustaakasta riita-asioissa, Helsingin hovioikeuspiirin laatuhanke 2014, Pauliina Hermunen (pj.) ja työryhmä.

[https://oikeus.fi/hovioikeudet/helsinginhovioikeus/material/attachments/oikeus_hovioikeudet_helsinginhovioikeus/karajaoikeuspainottei

[stenlaatuhankkeidenraportit/2014/op4hoGzFP/Todistustaakka_riita-asioissa_66_sivua.pdf](#)].

Hoppu - Hoppu 2003

Hoppu, Esko – Hoppu, Kari: Kauppa- ja varallisuus oikeuden pääpiirteet. Porvoo, 2003.

HW Micklitz - J Stuyck 2010

HW Micklitz, J Stuyck, E Terryn & D Droushout (eds), Cases, Materials and Texts on Consumer Law (Oxford, Hart Publishing 2010).

Hällström 2004

Hällström Minna-Liisa: Sananvapauden suhde yksityisyyden ja kunnian suojaan, Helsingin hovioikeus, Rikosoikeuden uudistuneet yleiset opit laatuhanke, 2004.

[https://oikeus.fi/hovioikeudet/helsinginhovioikeus/material/attachments/oikeus_hovioikeudet_helsinginhovioikeus/julkaisut/painetutjulkaisut/rikosoikeudenuudistuneetyleisetopit2004/NQIPX4AwB/05_Sananvapauden_suhde_yksityisyyden_ ja_kunnian..._Minna-Liisa_Hallstrom.pdf].

Häyhä 1999

Häyhä, Juha, Ankara vastuu ja vahingonkorvausoikeuden järjestelmä, Oikeustiede–Jurisprudentia XXXII, Saarijärvi 1999 s. 81–144.

Kankaanpää – Oesch 2012

Kankaanpää Hannes, Oesch Rainer: Sopimaton menettely elinkeinotoiminnassa verkkotalouden aikana. Lakimiesliiton kustannus, Vantaa 2012.

Karhu 2009

Karhu, Juha: Liikevahingon määrä varallisuus oikeudellisena ongelmana, Defensor Legis N:o 4 /2009, s. 554-564.

Kivikangas – Vesanto 1994

Kivikangas, Tapio – Vesanto, Urpo: Markkinoinnin perusteet. Porvoo 1994.

Kivivuori 1975

Kivivuori Antti: Vahingonkorvauslain soveltamisala, Defensor Legis 1975, s. 266-276.

Koivumäki – Häkkänen 2015

Koivumäki Elina, Häkkänen Petteri: Markkinointijuridiikka 2015, Kauppakamari, Porvoo 2015.

Kolehmainen 2006

Kolehmainen Esa: Ankaraa vastuuta koskevasta ajattelutavasta korvausoikeudessa. Julkaistu Edilexissä 5.2.2008.

[<http://www.edilex.fi/lakikirjasto/5000>].

Korkea-aho – Koulu – Lindfors 2002

Korkea-aho, Emilia – Koulu, Risto – Lindfors, Heidi, 2002. Empiiristä aineistoako insolvenssioikeuden tutkimukseen? Oikeus 2002 (31), nro 4. Ss. 353–359.

Paloranta 2008

Paloranta Paula: Markkinointioikeus käytännössä. Talentum, Tampere 2008.

Rautio - Frände 2016

Rautio, Jaakko – Frände, Dan: Todistelu – Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun kommentaari. Helsinki, 2016.

Routamo-Ståhlberg-Karhu 2006

Routamo Eero, Ståhlberg Pauli, Karhu Juha: Suomen vahingonkorvausoikeus, viides uudistettu painos, Jyväskylä 2006

Rissanen ym. 1990

Rissanen Kirsti, Tiili Virpi, Mäkinen Pentti: Markkinaoikeuden perusteet, Lakimiesliiton kustannus, Jyväskylä 1990.

Saarnilehto 2010

Saarnilehto Ari (toim.): Ehdon sovittelusta, todistelusta, vahingonkorvauksesta. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja, Yksityisoikeuden sarja A:126, Turku 2010.

Saarnilehto 2007

Saarnilehto, Ari: Vahingonkorvauslaki, Käytännön kommentaari, Edita Publishing Oy 2007.

Saarnilehto 2011

Saarnilehto, Ari: Rikos puhtaan varallisuusvahingon korvaamisen edellytyksenä todistustaakasta, Artikkelit, julkaistu Edilexissä 29.3.2011, Edita Publishing Oy, 2011.

Sandvik 2010

Sandvik, Björn: Puhdas varallisuusvahinko – mikä se on? Puhtaan varallisuusvahingon kahdesta käsitetulkinnasta, Defensor Legis N:o 1/2010.

Sandvik 2006

Sandvik Björn: Skada orsakad av otillbörligt förfarande i näringsverksamhet – HD:s praxis pekar på behovet av en särreglering, JFT 2006, 524–538.

Saxén 1975

Saxén, Hans: Skadeståndsrätt, Ekenäs tr, Åbo akademi, Åbo, 1975.

Simon 2008

Simon, Ilanah: Trade Mark Infringement in Comparative Advertising Situations. European Intellectual Property Review 2008.

Sisula-Tulokas 2012

Sisula-Tulokas Lena: Ren Ekonomisk Skada, Lakimiesliiton kustannus. 2012, Helsinki.

Sorsa 2010

Sorsa Kaisa: Itsesääntely ja yhteiskuntavastuu. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen verkkokatsauksia(14/2010). [<https://tem.fi/documents/1410877/2869440/Itses%C3%A4%C3%A4ntely+ja+yhteiskuntavastuu.pdf/4283142a-3faa-4d2e-82da-5c9af1a15482>], luettu 22.3.2018.

Ståhlberg-Karhu 2013

Ståhlberg Pauli, Karhu Juha: Suomen vahingonkorvausoikeus, 6., uudistettu painos, jatkuva e-julkaisu, 2013 Alma Talent.

Syrjä 2016

Syrjä, Kari-Pekka: Palvelukonseptin suoja ja immateriaalioikeus – Palvelutuotteen sopimaton jäljittely, Helsinki 2016.

Timonen 1997

Timonen, Pekka: Määräysvalta, hinta ja markkinavoima, Lakimiesliiton kustannus, 1997.

Timonen 2000

Timonen, Pekka: Corporate Governance: Instituutiot ja lainsäädännön vaikutus, Lakimiesliiton kustannus, Jyväskylä, 2000.

Valtonen 1996

Valtonen Pasi: Tavaramerkin käyttöoikeuden rajoittaminen tupakkalain mainontakiellon perusteella DL 1996.

van Boom 2004

van Boom, Willem H – Koziol, Helmut – Witting Christian A.(eds.): Pure Economic Loss, Springer-Verlag/Wien, 2004.

Viitanen 2017

Viitanen, Klaus: Markkinointioikeus. Kauppakamari. Hansaprint Oy, 2017.

Virtanen 2010

Virtanen, Pertti: Markkinoi ja myy oikein : sallitut ja kielletyt markkinointikeinot, WSOYpro, 2010.

Viljanen 2005

Viljanen, Mika: Ihmisen identiteetti ja tuottamusarviointi, Lakimies 3/2005 s. 426–451.

Viljanen 2008

Viljanen, Mika: Mikä on vahinko? Oikeus 2008 (37); 4: 437–452.

Viljanen 2008A

Viljanen, Mika, Vahingonkorvauksen määrä, Helsinki 2008.

Viljanen 2009

Viljanen, Mika: 2009. Oikeudenkäymiskaaren 17:6 liikevahingon korvaamisessa – kätevä mutta kömpelö instrumentti? DL 4/2009. Ss. 566–578.

Wadlow 2006

Wadlow Christopher: Unfair Competition in Community Law: Part 1: The Age of the “Classical Model”. European Intellectual Property Review, 28(8) 2006.

Ylöstalo 1975

Ylöstalo, Matti: Vahingonkorvauslain 5 §:n 1 momentin tulkintaa, Lakimies 1975:1-2. s. 238-243.

OIKEUSKÄYTÄNTÖ

Korkein oikeus

KKO 1978 II 149

KKO 1979 II 14

KKO 1985 II 118

KKO 1991:79

KKO 1992:11

KKO 1997:181

KKO 2001:70

KKO 2003:131

KKO 2004:4

KKO 2004:32

KKO 2005:105

KKO 2008:96

KKO:2011:42

Markkinaoikeus

MAO 113/13

MAO 224/05

MAO 48/08

MAO 82/05

MAO 320/18

MAO 701/17

MAO 236/14

MAO 283/08

MAO väliaikainen päätös Dnro 47/07/M1

MAO 429/13

Hovioikeudet

HelHO 1426/1.7.2014 S12/2217

HelHO 1760/16.9.2014 S13/3119

HelHO 4837/17.11.1993 S92/634

HelHo 4935/17.11.1993 S92/532

HelHo 373/4.3.2016 S 15/555

Itä-SuomenHO 1395/10.7.1992 S91/39

Turun HO 22.10.2015, S 14/1179

TurunHO 2374/25.6.1996 S95/1406

TurunHO tuomio 169/5.2.1991 S90/131

TurunHO 1958/23.10.2013 R12/1965

Vaasan HO 27.2.2018 96

Muut

EUT C-487/07 L'Oréal v Bellure

EUT C-541/99 Cape v Ideal Service

Ultramares Corporation vs. ToucheNiven & Company (1931) 255 NY 170

LTL 918/2017

LTL 917/2016

LTL 920/2018

LTL 913/2012

LTL 915/2013

LTL 910/2011

LTL 909/2011

LTL 905/2010

LTL 904/2010

LTL 900/2009

LTL 896/2009

LTL 893/2008

LTL 892/2008

LTL 872/2005

LAINSÄÄDÄNTÖ

Asetus teollisoikeuden suojelemista koskevan, Tukholmassa vuonna 1967 tarkistetun Pariisin yleissopimuksen 1-12 artiklan voimaansaattamisesta. 43/1975 (Pariisin yleissopimus 1975)

Direktiivi 2006/114/EY, annettu 12 päivänä joulukuuta 2006, harhaanjohtavasta ja vertailevasta mainonnasta.

Direktiivi 97/55/EY, annettu 6 päivänä lokakuuta 1997, harhaanjohtavaa mainontaa koskevan direktiivin 84/450/ETY muuttamisesta sisällyttämällä siihen vertaileva mainonta

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2005/29/EY, annettu 11 päivänä toukokuuta 2005, sopimattomista elinkeinonharjoittajien ja kuluttajien välisistä kaupallisista menettelyistä sisämarkkinoilla ja neuvoston direktiivin 84/450/ETY, Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivien 97/7/EY, 98/27/EY ja 2002/65/EY sekä Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksen (EY) N:o 2006/2004 muuttamisesta (sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskeva direktiivi).

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EU) 2016/943 julkaisemattoman taitotiedon ja liiketoimintatiedon (liikesalaisuuksien) suojaamisesta laittomalta hankinnalta, käytöltä ja ilmaisemiselta, annettu 8 päivänä kesäkuuta 2016.

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2006/114/EY, annettu 12 päivänä joulukuuta 2006, harhaanjohtavasta ja vertailevasta mainonnasta.

HE 8/1977 Hallituksen esitys eduskunnalle Kuluttajansuojalainsäädännöksi.

HE 114/1978 vp Hallituksen esitys eduskunnalle 1) laeiksi sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa ja 2) markkinatuomioistuimesta annetun lain muuttamisesta.

HE 49/2018 Hallituksen esitys eduskunnalle liikesalaisuuslaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.

HE 32/2008 vp Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi kuluttajansuojalain 2 luvun muuttamisesta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi

HE 79/2000 vp Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi kuluttajansuojalain ja sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa annetun lain 2 §:n muuttamisesta

Kuluttajansuojalaki 20.1.1978/38

Laki sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa 22.12.1978/1061

Oikeudenkäymiskaari 1.1.1734/4

Principles of European Tort Law (European Group on Tort Law) 2005

Rikoslaki 39/1889

Tavaramerkkilaki 10.1.1964/7

Teollisuusomistusoikeuden suojelemista koskeva sopimus, tehty Pariisissa maaliskuun 20 päivänä 1883, sekä tarkastettu Brysselissä joulukuun 14 päivänä 1900 ja Washingtonissa kesäkuun 2 päivänä 1911. 5/1921 (Pariisin yleissopimus 1921)

Vahingonkorvauslaki 31.5.1974/412

Valtiosopimus 14/1953 Pariisin liittosopimus teollisoikeuden suojelemisesta, tehty 20 päivänä maaliskuuta 1883 tehdyn, tarkistettu Brysselissä 14 päivänä joulukuuta 1900, Washingtonissa 2 päivänä kesäkuuta 1911, Haagissa 6 päivänä marraskuuta 1925 ja Lontoossa 2 päivänä kesäkuuta 1934. (Pariisin yleissopimus)

Valtiosopimus 5/1921 Teollisuusomistusoikeuden suojelemista koskeva sopimus, tehty Pariisissa maaliskuun 20 päivänä 1883, sekä tarkastettu Brysselissä joulukuun 14 päivänä 1900 ja Washingtonissa kesäkuun 2 päivänä 1911. (Vuoden 1921 Pariisin yleissopimus)

MUUT LÄHTEET

[MAO:n tilastoja:](#)

<https://www.markkinaoikeus.fi/fi/index/markkinaoikeus/tilastojajakasittelyajat.html> [luettu 8.11.2018]

Oikeusneuvos Pertti Välimäen esitys: Korkeimman oikeuden asianajajapäivä 9.11.2012 - Miten siviilijuttua pitäisi ajaa KKO:ssa ja sitä ennen.

<https://korkeinoikeus.fi/fi/index/muutoksenhakijalle/mitensiviilijuttuapitaisijaakkossajasaennnen.html> [luettu 7.11.2018]

Keskuskauppakamarin liiketapalautakunnan säännöt 1.7.2015. Vahvistettu Keskuskauppakamarin valtuuskunnan kokouksessa 3.6.2015. (<https://kauppakamari.fi/lautakunnat/liiketapalautakunta/saannot/>)

WIPO: Protection against unfair competition, Analysis of the Present World Situation. Publication No.725(E), Geneve 1994. [ftp://ftp.wipo.int/pub/library/ebooks/wipopublications/wipo_pub_725e.pdf] luettu 27.3.2018.

Oikeusministeriö 2009

Oikeusministeriön Mietintöjä ja lausuntoja Sarjanumero 28/2010: Teollis- ja tekijänoikeusasioiden keskittäminen markkinaoikeuteen, IPR-tuomioistuintyöryhmä, OM 5/41/2009.

LYHENTEET

ECJ	European Court Of Justice
EUT	Euroopan unionin tuomioistuin
HE	Hallituksen esitys
ICC	International Chamber of Commerce
KSL	Kuluttajansuojalaki
LaVM	Lakivaliokunnan mietintö
LTL	Keskuskaupakamarin liiketapalautakunta
MAO	Markkinaoikeus
OK	Oikeudenkäymiskaari 1.1.1734/4
PETL	Principles of European Tort Law
RL	Rikoslaki 39/1889
SopMenL	Laki sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa 22.12.1978/1061
VahL	Vahingonkorvauslaki 31.5.1974/412
VilpKilpL	Laki vilpillisen kilpailun ehkäisemiseksi

1. Johdanto

1.1 Aihe ja tutkimuskysymys

Tässä tutkielmassa selvitän, mitä tarkoittaa vahingonkorvaus sopimattomassa menettelyssä elinkeinotoiminnassa Suomen vallitsevan oikeustilan mukaisesti. Analyysi tulee keskittymään siihen, miten asiasta säädetään laissa sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa 22.12.1978/1061 (”SopMenL”) sekä vahingonkorvauslaissa 31.5.1974/412 (”VahL”). Tutkimus keskittyy siten lähinnä yritysten välisiin suhteisiin ja yritysten välisissä suhteissa esiintyviin mahdollisiin ongelmatilanteisiin.

Sopimatonta menettelyä koskeva lainsäädäntö on säädetty reilujen kilpailusääntöjen luomiseksi elinkeinotoiminnassa. Sopimattoman menettelyn sijaan käytettiin vanhassa laissa ilmaisua vilpallinen kilpailu.¹ Vilpillisellä kilpailulla tarkoitetaan sitä sääntelykokonaisuutta, jolla määritellään hyväksyttävien ja sopimattomien käytäntöjen välistä rajaa elinkeinonharjoittajien toiminnassa markkinoilla.²

Sopimatonta menettelyä koskevan lainsäädännön tavoitteena on ollut kieltää sellaiset menettelytavat, joilla elinkeinonharjoittajat vaikuttavat ostopäätöksiin epähyväksyttävien tavoin. Sopimatonta menettelyä koskevassa lainsäädännössä on siis pitkälti kyse markkinointiin liittyvistä menettelyistä ja niiden sääntelystä.³

Sen vuoksi, että SopMenL rakentuu pitkälti yleislausekkeen varaan⁴, on myös siihen liittyvällä oikeuskäytännöllä olennainen merkitys tutkimuskysymykseen vastattaessa. Yleislausekkeen laaja soveltamisala merkitsee toisaalta myös sitä, että myös muu menettely kuin markkinointi voi olla hyvän liiketavan vastaista tai muutoin sopimatonta. Oikeuskäytäntöä tutkimalla voidaan kuitenkin todeta, että pääasiassa elinkeinonharjoittajien saama suoja on kohdistunut juurikin sopimattomiin markkinointikeinoihin ja niiden kieltämiseen.⁵ Markkinointiin liittyvät toimet ovatkin tämän tutkielman kannalta keskeisessä roolissa. Toisaalta SopMenL yleislausekkeen sanamuoto ei aseta rajoituksia niille menettelyille, jotka voivat tulla arvioitavaksi. Esimerkiksi elinkeinonharjoittajan sopimatonta menettelyä koskeva vaatimus

¹ Kankaanpää – Oesch 2012 s.1.1

² Bärlund 2014 s. 976.

³ Bärlund 2014 s. 977-978.

⁴ SopMenL 1 §: ”Elinkeinotoiminnassa ei saa käyttää hyvän liiketavan vastaista tai muutoin toisen elinkeinonharjoittajan kannalta sopimatonta menettelyä. Markkinoinnista on käytävä selkeästi ilmi sen kaupallinen tarkoitus sekä se, kenen lukuun markkinointi toteutetaan. (5.6.2002/461)”.

⁵ Paloranta 2008 s. 140.

voidaan tutkia, vaikka asianosaisia ei olisi pidettävä kilpailijoina heidän keskinäisessä suhteessaan.⁶

Tutkimuskysymyksestä

Selvitän sopimattoman menettelyn ohella sitä, millä edellytyksillä Suomen oikeuskäytännössä on katsottu aiheelliseksi korvata puhtaita varallisuusvahinkoja yritysten välisissä sopimattoman menettelyn tilanteissa.

Tässä suhteessa tutkimukseni painopiste siirtyy vahingonkorvauslain puhtaan varallisuusvahingon käsitteen arvioinnin kautta vahingonkorvauslain edellyttämän erittäin painavan syyn arviointiin tilanteissa, joissa puhtaan varallisuusvahingon muut korvausedellytykset eivät tule kyseeseen.⁷ Pyrin muun muassa oikeuskäytännön avulla selvittämään, miten näitä seikkoja arvioidaan.

Usein erittäin painavana syynä on pidetty sitä, että vahinko on aiheutettu hyvän tavan vastaisella teolla.⁸ Korkein oikeus on perustellut puhtaan varallisuusvahingon korvattavuutta hyvän tavan vastaisuudella tai vaihtoehtoisesti perustellut korvaamatta jättämistä hyvän tavan vastaisuuden puuttumisella.⁹

Tästä syystä yhtenä tutkimuskysymyksenä onkin se, onko esimerkiksi mahdollista katsoa, että elinkeinonharjoittajan toiminta on ollut sopimatonta, mutta vahingonkorvauslain mukainen erittäin painava syy puhtaiden varallisuusvahinkojen korvaamiselle ei täyttyisi.

Lähtökohtaisesti oikeuskäytännössä on usein haettu kieltotuomiota sopimattomaksi menettelyksi väitetyn toiminnan takia. Usein kanteisiin ei ole liittynytkään vahingonkorvausvaatimusta. Pyrin täten vastaamaan myös siihen, miksi näin on ja etenkin voiko teko olla sopimatonta menettelyä siten, että toimintaa kielletään tuomioistuimen ratkaisulla jatkamasta, mutta vahingonkorvaukseen ei katsottaisi olevan erittäin painavia syitä.

Arvioitavaksi tulee muun ohella siis se, onko hyvän tavan, tai oikeastaan hyvän liiketavan vastaisuus tosiasiallisesti korvausvastuun yleinen edellytys puhtaissa varallisuusvahingoissa.¹⁰ Arvioitavaksi tulee myös se, mitä argumentteja korvaamisen puolesta ja vastaan on löydettävissä aiheeseen liittyvästä oikeuskäytännöstä.

⁶ MAO 48/08.

⁷ Eli tilanteet, jolloin vahinko ei ole aiheutettu rangaistavaksi säädetyllä teolla taikka julkista valtaa käyttäessä.

⁸ Routamo-Ståhlberg-Karhu 2006 s. 307-308.

⁹ Ks. esim. KKO 1985 II 118 ja KKO 2005:105.

¹⁰ Saarnilehto 2010 s. 104.

1.1.1 Markkinoinnin käsitteestä

Edellä kuvatus ohella yksi keskeisimmistä näkökulmista tutkielmassa on elinkeinonharjoittajien väliset sopimattomat menettelyt, niiden vaikutukset ja etenkin markkinointiin liittyvät menettelyt. Tämän vuoksi on tarpeen avata markkinoinnin käsitteen merkitystä.

Liiketaloudellisesta näkökulmasta katsoen markkinointi -käsite on erittäin laaja.¹¹ Markkinointia on kaikki hyödykkeestä annettavat tiedot antotavasta riippumatta. Markkinointia on siis muukin, kuin vain mainonta ja muut markkinointitoimenpiteet. Hyödykkeen esilläolo myyntitarkoituksessa on näin ollen katsottava markkinoinniksi.¹²

Markkinoinnin käsite Suomen oikeudessa on siis laaja, ja sen sisältöä on pidetty yhtä laajana sovellettaessa sekä SopMenL:ia että sovellettaessa kuluttajansuojalakia 20.1.1978/38.¹³ Liiketaloustieteellisen markkinoinnin käsitteen laajan sisällön vuoksi se kattaa hyödykkeen koko elinkaaren ennen hyödykkeen päättymistä asiakkaalle. Markkinoinnin voidaan katsoa tarkoittavan yleisesti taloudelliseen kannattavuuteen tähtäävää toimintaa, jossa hyödykkeiden kysyntää pyritään selvittämään, tuota kysyntää vastaamaan pyritään valmistamaan hyödykkeitä ja edelleen pyritään toimittamaan nämä hyödykkeet asiakkaille.¹⁴

Markkinoinnin osa-alueet voidaan edelleen jakaa kilpailuparametreihin, joita ovat hyödyke, hinta, markkinointiviestintä ja jakelu.¹⁵ Tämän tutkielman sekä sopimatonta menettelyä koskevan normiston kannalta merkityksellinen on markkinointiviestintä, eli kaupallinen vaikuttaminen ja viestintä, jonka tarkoituksena on edistää tietyn yrityksen hyödykkeen myyntiä.¹⁶ Markkinointi voidaan edelleen jakaa toisaalta hyödykemarkkinointiin ja toisaalta yrityskuva- eli imagomarkkinointiin.¹⁷ Hyödykemarkkinoinnissa markkinoidaan suoraan tietyn yrityksen valmistamia tai myymiä hyödykkeitä, kun taas imagomarkkinoinnissa pyritään parantamaan potentiaalisen asiakaskunnan keskuudessa vallitsevaa kuvaa yrityksestä. Molemmissa tapauksissa voidaan joutua arvioimaan yrityksen menettelyn SopMenL mukaisuutta. Hyödykemarkkinoinnissa sopimattomuus voi ilmetä esimerkiksi toisen yhtiön

¹¹ Viitanen 2017 luku 1.1.

¹² Bärlund 2014 s. 978.

¹³ KKO 2004:32 ja Paloranta 2008 s. 255-257.

¹⁴ Viitanen 2017 s.1.

¹⁵ Kivikangas – Vesanto s. 17 ja Gustafsson – Mannermaa 1982 s. 23.

¹⁶ Viitanen 2017 s. 3.

¹⁷ Viitanen 2017 luku 1.1.

tuotteiden orjallisena jäljittelynä. Imagomarkkinoinnissa taas sopimattomuus voi ilmetä vaikkapa harhaanjohtavien ilmaisujen käyttämisessä markkinoinnissa.

Markkinoinnin-käsitteen kattavuutta hyödykkeen koko elinkaaren ajan kuvastaa esimerkiksi ratkaisu KKO 2004:32, jossa korkein oikeus arvioi markkinoinnin käsitteen laajuutta ja katsoi, että ainakaan periaatteessa pelkästään tuotteiden myyntiä ei voida sulkea pois SopMenL mukaisen markkinoinnin käsitteen piiristä siten, ettei tuotteiden myyntiä voitaisi kieltää kyseisen lain nojalla.

1.1.2 Sopimattomaan menettelyyn liittyvien asioiden käsittelystä

SopMenL 10 a §:n mukaan lain 6 §:ssä tarkoitetun kiellon määrittämisestä koskevat asiat sekä samaiseen lakiin perustuvat riita-asiat käsitellään markkinaoikeudessa. Asioiden käsittelystä markkinaoikeudessa säädetään oikeudenkäynnistä markkinaoikeudessa annetussa laissa (100/2013). Ennen vuotta 2013 kyseiset asiat käsiteltiin yleisissä tuomioistuimissa. Tämän vuoksi oikeuskäytäntöä on eri instansseista ja yksi tutkimuskohde onkin näiden instanssien käyttämät perustelut. Vuoden 2013 syyskuusta¹⁸ alkaen sopimatonta menettelyä koskevat asiat on käsitelty keskitetysti markkinaoikeudessa.

Sopimattomaan menettelyyn liittyviä ratkaisuja annetaan suhteellisen vähän verrattuna muihin markkinaoikeudessa käsiteltäviin asioihin. Vuonna 2017 markkinaoikeudessa annettiin ratkaisuja yhteensä 799kpl, joista vain 16kpl koski SopMenL:ia. Vuonna 2016 vastaava luku oli 15/735. Vuosittaisiin tarkastelujaksojen aloitustilanteisiin suhteutettuna vastaava luku vireillä olevien asioiden osalta on vaihdellut vuosina 2013-2017 karkeasti esitettyä siten, että SopMenL:ään liittyviä asioita on ollut vireillä 10-20 per vuosi ja yhteensä asioita on ollut vireillä 400-500.¹⁹

1.2 Aiheen rajaus

Tutkielman aiheena on sopimattoman menettelyn analysointi elinkeinotoiminnassa vahingonkorvausoikeudellisesta näkökulmasta. Koska aiheena on niiden tilanteiden arviointi, milloin elinkeinonharjoittajat vaikuttavat ostopäätöksiin epähyväksyttävien tavoin, tutkimuksen ulkopuolelle rajautuu ensinnäkin kilpailunrajoitukseen liittyvät seikat. Syynä on se, että kilpailunrajoituskysymyksissä pääroolissa näyttäytyy markkinamekanismien perusteella määräytyvän hinnanmuodostuksen tavoite.²⁰ Vastaavasti tutkimuksen ulkopuolelle on pääosin

¹⁸ ks. tarkemmin laki 31.1.2013/117 HE 124/2012, LaVM 15/2012, EV 158/2012.

¹⁹ ks. tilastot <https://www.markkinaoikeus.fi/fi/index/markkinaoikeus/tilastojajakasittelyajat.html>.

²⁰ HE 114:1978 s. 10 ja Viitanen 2017 luku 2.

rajattu kuluttajaoikeuteen liittyvät asiat, sillä kuluttajaoikeudessa kyse on kuluttajien ja elinkeinonharjoittajien välisen suhteen tasavertaistamisesta.²¹

Selvennän aiheen rajausta asianomaisissa kappaleissaan tarkemmin, mutta esitän tässä kohdassa yleisellä tasolla tutkielman kannalta relevantit rajaukset, mitkä ovat SopMenL:n pykäliin perustuva rajaus, SopMenL:n seuraamusperusteinen rajaus, vahingonkorvausanalyysiin liittyvä rajaus ja oikeudenalakohtaiset sisäiset rajaukset.

SopMenL:n pykäliin perustuva rajaus

Olen rajannut tämän tutkielman aiheen pääosin SopMenL 1 ja 2 §:ien mukaisten edellytysten tutkimiseen. SopMenL 1 § pitää sisällään sopimatonta menettelyä koskevan yleislausekkeen²² ja SopMenL 2 ja 2a §:ssä säädetään harhaanjohtavasta mainonnasta sekä vertailevasta markkinoinnista. Tässä kohdin mainittakoon lisäksi, että olen rajannut tutkimuskohteen ulkopuolelle SopMenL:n 3§:n, joka pitää sisällään myyninedistämistä koskevan suppean säännöksen, sillä kyseisestä säännöksestä ei ole merkittävää oikeuskäytäntöä. Liikesalaisuutta koskevat kysymykset olen niin ikään pääosin rajannut tutkimuksen ulkopuolelle, mutta koska aihe on ajankohtainen, käsittelen aihetta suppeasti.

SopMenL:n seuraamusperusteinen rajaus

SopMenL:n mukaan elinkeinonharjoittajaa voidaan kieltää jatkamasta tai uudistamasta lain 1-3 §:n vastaista menettelyä.²³ Kieltoa on tehostettava uhkasakolla, jollei se erityisestä syystä ole tarpeetonta. Kielto voidaan, jos siihen on erityistä syytä, kohdistaa myös 1 momentissa tarkoitetun elinkeinonharjoittajan palveluksessa olevaan henkilöön tai muuhun, joka toimii hänen lukuunsa.²⁴ Sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa annetun lain 7 §:n 1 momentin mukaan 6 §:ssä tarkoitettu kielto on mahdollista määrätä myös väliaikaisena. Tällöin kielto on voimassa, kunnes asia on lopullisesti ratkaistu. 6 §:ssä tarkoitettua kiellon yhteydessä tuomioistuin voi velvoittaa elinkeinonharjoittajan määräajassa ryhtymään sopivaan oikaisutoimeen, jos sitä teosta aiheutuvien ilmeisten haittojen vuoksi on pidettävä tarpeellisenä.²⁵ Kyseistä määräystä voidaan tehostaa uhkasakolla. Tuomioistuin voi kantajan vaatimuksesta määrätä, että päätös kieltoa koskevassa asiassa on vastaajan kustannuksella

²¹ Virtanen 2010 s.183 ja HE 8/1977 s. 5.

²² Nykyään sattumanvaraisen edun sallittavuuden arviointi tapahtuu yleislausekkeen perusteella.

²³ SopMenL 6 §:n 1 mom.

²⁴ SopMenL 6 §:n 2 mom.

²⁵ SopMenL 8 §:n 1 mom.

julkaistava yhdessä tai useammassa sanoma- tai aikakauslehdessä.²⁶ Väliaikaista kieltoa koskevaa päätöstä ei kuitenkaan voida määrätä julkaistavaksi.²⁷

SopMenL:n mukaisia kieltotuomioita on olemassa lukuisia ja ne ovatkin lähtökohtaisesti ensisijainen oikeussuojakeino väitettyä sopimatonta menettelyä kohdanneelle elinkeinonharjoittajalle. Jostakin syystä usein myös mainittujen kieltojen saamisen jälkeen ei ole ryhdytty jatko vaatimuksiin. Asiaa on arvioitu jonkin verran SopMenL mukaisen vahingonkorvausanalyysin ja tutkielman johtopäätösten yhteydessä.

Vahingonkorvausanalyysiin liittyvä raja

Tahallisesta tai törkeästä huolimattomuudesta tapahtuva sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa annetun lain 2 tai 3 §:n säännösten rikkominen voi tulla rangaistavaksi, jollei teosta ole muualla säädetty ankarampaa rangaistusta, kilpailumenettelyrikkomuksena.²⁸ Joka puolestaan tahallaan 2 §:n 1 momentin²⁹ vastaisesti tekee rikoslain 30 luvun 2 §:ssä tarkoitetun rikoksen³⁰, voidaan sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa annetun lain 9 §:n 2 momentin mukaan tuomita kilpailumenettelyrikkoksesta rikoslain mukaan. En käsittele rikoksella aiheutettua vahinkoa tai julkista valtaa käytettäessä aiheutettua vahinkoa puhtaiden varallisuusvahinkojen yhteydessä, sillä olen keskittynyt sopimattomaan menettelyyn liittyvään tuottamuksellisuuteen ja koska SopMenL mukainen rangaistava teko edellyttää tahallisuutta tai törkeää huolimattomuutta, niin en ole muutoin kuin tarvittavissa kohdissa sivunnut aihetta kokonaisuuden kannalta relevanteilta osin. Yleislausekkeen eli SopMenL 1§:n laaja-alaisen tulkinnallisuuden vuoksi sen vastaista menettelyä ei ole säädetty rangaistavaksi, kuten esimerkiksi on asian laita harhaanjohtajavan mainonnan ja vertailevan markkinoinnin kohdalla.³¹

Oikeudenalakohtaiset sisäiset rajaukset

Rajaan aiheen yritysten välisiin suhteisiin, mutta jossain määrin haen argumentoinnin tueksi viitteitä kuluttaja-asioiden puolelta. Tutkielman markkinointioikeudellinen näkökulma rajoittuu SopMenL mukaan tehtävään markkinoinnin sopimattomuutta koskevaan arviointiin,

²⁶ SopMenL 8 §:n 2 mom.

²⁷ Oikeusministeriö 2009 s. 81-82.

²⁸ SopMenL 9 §:n 1 mom.

²⁹ ”Elinkeinotoiminnassa ei saa käyttää totuudenvastaista tai harhaanjohtavaa ilmaisua, joka koskee omaa tai toisen elinkeinotoimintaa ja on omiaan vaikuttamaan hyödykkeen kysyntään tai tarjontaan taikka vahingoittamaan toisen elinkeinotoimintaa.”

³⁰ Kilpailumenettelyrikos: ”Joka elinkeinotoiminnassa käyttää omaa tai toisen elinkeinotoimintaa koskevaa totuudenvastaista tai harhaanjohtavaa ilmaisua ja siten aiheuttaa toiselle elinkeinonharjoittajalle vahinkoa, on tuomittava kilpailumenettelyrikkoksesta sakkoon tai vankeuteen enintään yhdeksi vuodeksi.”

³¹ HE 114/1978 s. 11.

eikä esimerkiksi erityislainsäädännön³² asettamia markkinoinnin edellytyksiä arvioida muutoin kuin tarvittaessa. Tältä osin esimerkiksi arvopapereiden, sekä tupakka -ja alkoholituotteiden markkinoinnissa esitettäviä erityisedellytyksiä ei arvioida.

Tutkielman aihepiiri sijoittuu oikeudellisessa kontekstissa markkinointioikeuden-oikeudenalaan. Liiketaloudellisessa kontekstissa markkinointioikeudella puolestaan tarkoitetaan periaatteessa vain yhtä markkinoinnin osa-aluetta eli markkinointiviestintää.³³ Sopimatonta menettelyä koskeva sääntely sijoittuu liiketaloudellisessa kontekstissa markkinaoikeuden piiriin, mihin kuuluvat myös elinkeino-oikeus, kilpailuoikeus sekä kuluttaja-oikeus.³⁴

Vahingonkorvausoikeuden ohella, tutkielman toinen aihepiiri, eli markkinointioikeus käsittelee siis markkinointiviestinnän sääntelyä ja on siten myös osa markkinaoikeutta.

Tutkielman vahingonkorvausoikeudellinen näkökulma puolestaan sijoittuu velvoiteoikeuden piiriin. Vahingonkorvausoikeuteen liittyen tarvittavat rajaukset on pyritty tekemään tekstin yhteydessä, mutta lyhyesti kuvattuna rajanveto on tehty siihen kokonaisuuteen, mikä käsittää sopimattoman menettelyn takia mahdollisesti tuomittavan vahingonkorvauksen vahingon kohdistuessa suoraan taloudellisiin etuuksiin. Toisin sanoen siis, kun on kyse VahL 5:1 §:n mukaisista puhtaista varallisuusvahingoista³⁵ edellä esitetyin rajoituksin.³⁶

Vaikka SopMenL yleislausekkeen tarkoituksena on aineettomien oikeuksien lisäsuojan antaminen immateriaalioikeudellisessa kontekstissa³⁷, niin en käsittele yksityiskohtaisesti immateriaalioikeudellisia kysymyksiä muutoin, kuin tapausten kannalta on tarpeen. Tämä on perusteltua siksi, että tutkielmassa etsitään vastauksia niiden tilanteiden varalle, joissa ei sovellettaisi immateriaalioikeudellista normia. Kyse voi olla esimerkiksi siitä, että yksittäistapauksellisessa kontekstissa katsotaan, että immateriaalioikeutta ei ole rikottu, mutta tapauksessa on vaadittu korvausta myös SopMenL:n nojalla. Tällöin siis ikään kuin viimekätistä suojaa haetaan SopMenL:n säännöksistä. Toisaalta kyse voi olla tilanteesta, jossa arvioidaan mainittuja kysymyksiä samanaikaisesti.

³² ks. esim. Castrén 1997 s. 250-263.

³³ Viitanen 2017 luku I kappale 2.1.

³⁴ Ks. esim. Bernitz 1986 s. 15–18 ja Melin s. 9–15.

³⁵ Hemmo 2002 s. 4.

³⁶ Eli analyysi keskittyy pääosin erittäin painavan syyn sisällön arvioimiseen.

³⁷ Syrjä 2016 s. 29.

1.3 Rakenne

Tutkielman rakenne tulee etenemään siten, että käsittelykappaleissa esittelen kunkin alla olevan tapauksen analysoimiseksi relevantin osa-alueen ja niihin liittyvät periaatteet. Näiden käsittelemisen jälkeen pyrin kiteyttämään, analysoimaan ja jäsentämään käsittelykappaleissa esitetyn tiedon avulla sopimattomaan menettelyyn liittyvän vahingonkorvausoikeudellisen analyysin. Esimerkinomainen tapaus, mistä ilmenee tutkielman aiheen kannalta relevantteja oikeudellisia kysymyksiä, voidaan esittää seuraavasti:

Yhtiö A, jonka on tuotetta on myyty saman nimen alla Suomessa pitkään, vaatii vahingonkorvausta B:ltä, joka on hiljattain markkinoinut omaa tuotettaan vastaavanlaisin ilmaisin, ilmein ja väittänyt tuotettaan tietyin kriteerein parhaaksi markkinoilla. Vuosi sitten A ja B neuvottelivat jälleenmyyntisopimuksesta melko pitkään, jonka mukaisesti B olisi alkanut A:n jälleenmyyjäksi, mutta lopulta sopimusneuvottelut kuitenkin kariutuivat.

Kyseisessä tapauksessa voi tulla arvioitavaksi useita sopimattomaan menettelyyn liittyviä seikkoja. Tapaus myös ilmentää immateriaalioikeudellisten kysymysten läheisyyttä SopMenL kontekstissa. Tämän vuoksi käyn kohta kohdalta läpi, miten asioista on säädetty, miten niistä on oikeuskäytäntöä ja mitä periaatteita sovelletaan arvioinnissa. Esitettyäni kunkin osa-alueen kannalta relevantin informaation, niin analysoin lopuksi mahdollista aiheeseen liittyvää oikeudellista arviointiprosessia.

Oheisesta esimerkistä voidaan siis tunnistaa seuraavia tässä tutkielmassa käsiteltäviä näkökohtia:

1. Mahdollinen SopMenL yleislausekkeenvastaisuus, kun B on mahdollisesti jäljitellyt A:n tuotetta markkinoidessaan vastaavaa tuotetta, eli mm. mikä on hyvän liiketavan vastaisuuden sisältö.
2. Lisäksi B:n markkinointiväitteet voivat tulla arvioitavaksi SopMenL 2 tai 2a §:n kautta siltä osin, kun pohditaan ovatko ilmaisut esimerkiksi harhaanjohtavia tai totuudenvastaisia tai ilmaisut ovat sisältäneet vertailua.
3. Tapauksesta voidaan myös havaita mahdollisia rajatapauksia, kuten sopimuksenkaltainen tilanne.
4. Tai mahdollisena rajatapauksena muun säännöksen mukainen vahingonkorvausvastuu.
5. Arvioinnin kohteena voi myös olla se onko asiassa aiheutunut vahinkoa ja mikä on vahingon määrä.

6. Myös kysymys siitä täyttyvätkö puhtaan varallisuusvahingon korvaamisedellytykset etenkin tuottamuksellisuuteen ja erittäin painavaan syyhyn liittyen voi tulla arvioitavaksi.

Kohtien 1-2 osalta pyrin ensin selventämään SopMenL taustaa, sisältöä ja käytäntöä. Sen jälkeen esitän vahingonkorvaukseen liittyviä näkökulmia, mistä ratkaisevaksi muodostuu sopimattoman menettelyn suhde vahingonkorvauslain puhtaiden varallisuusvahinkojen korvaamiseen. Lopuksi kokoaan arviointiperiaatteet yhteen ja esitän johtopäätökset.

1.4 Tutkimusmetodi

Tutkielman ensisijaisena metodina on lainoppi eli voimassa olevaa oikeutta systematisoiva lainoppi sen analyttisessä ja argumentteja kehittävässä merkityksessä. Koska perinteisen lainopillisen, oikeusdogmaattisen tutkimuksen näkökulma on normikeskeinen, tutkielmassa on pääosin pitäyditty lainsäätäjän, oikeuskäytännön sekä oikeustieteen tulkinnoissa ja perusteluissa liittyen vahingonkorvauksen sisältöön sopimattoman menettelyn kontekstissa ja näiden avulla on pyritty hahmottamaan tutkielman kannalta relevanttien oikeussäännösten hermeneuttista tiedonintressiä ja säännösten merkityssisältöä.³⁸

Oikeudellinen tulkinta vaatii, että perustelut kytketään oikeudelliseen aineistoon eli oikeuslähteisiin. Laki ja maan tapa ovat oikeuslähteinä vahvasti velvoittavia³⁹. Hyvä lainopillinen tulkinta perustuu vahvasti velvoittavien oikeuslähteiden lisäksi myös heikosti velvoittaviin oikeuslähteisiin. Näihin kuuluvat lainsäätäjän tarkoitus ja tuomioistuinratkaisut.⁴⁰ Edelleen lainopillista argumentaatiota vahvistaa sallittujen oikeuslähteiden, muun muassa oikeustieteen, käyttö tulkinnan apuna.⁴¹

Olen vallitsevan tutkimusotteen, eli oikeusdogmatiikan ohella yhdistänyt tutkimukseen empiiristä oikeustutkimusta, jolloin empiirisenä aineistona toimivat erilaiset tuomioistuinratkaisut, mitä varten olen kerännyt aineistoa tiettyjen aihepiirin kontekstiin kuuluvien hakusanojen avulla erilaisista oikeudellisista instansseista.⁴²

Pääasiallisesti vahvasti velvoittavien oikeuslähteiden avulla vastaan lainopilliseen kysymykseen siitä, miten sopimattoman menettelyn johdosta voidaan tuomita vahingonkorvausta. Empiirisen aineiston avulla vastaan siihen, miten vahinkoja korvataan käytännössä. Joiltain osin hyödynnän myös oikeusvertailevia näkökulmia tutkimuksessa.

³⁸ Aarnio 1989, s. 288, Kultalahti 2010, s. 25–26.

³⁹ Aarnio 1989, s. 223–225.

⁴⁰ Aarnio 1989, s. 220–221.

⁴¹ Aarnio 1989, s. 221.

⁴² Korkea-aho – Koulu – Lindfors 2002 s. 353–354: tavallisesti oikeuskäytäntö on empiiristä aineistoa.

2. SOPIMATONTA MENETTELYÄ KOSKEVAN LAINSÄÄDÄNNÖN KEHITYS

2.1 Pariisin yleissopimus

Vilpillistä kilpailua eli siis sopimatonta menettelyä elinkeinotoiminnassa koskevat varhaisimmat säädökset otettiin osaksi lainsäädäntöä vuonna 1921, kun suomi liittyi Pariisin yleissopimukseen.⁴³ Pariisin yleissopimuksen tultua Suomea sitovaksi alkoi Suomessa vilpillistä kilpailua koskevan lainsäädännön varsinainen kehitys. Nykyään sopimukseen kuuluu 177 valtiota.⁴⁴

Pariisin yleissopimuksen mukaan vilpillisenä kilpailuna on pidettävä jokaista kilpailutekoa, joka on hyvän liiketavan vastainen.

Sopimuksen 10 bis artikla⁴⁵ liittyy vilpilliseen kilpailuun:

- (1) Liittomaat ovat velvolliset antamaan niille, jotka ovat jonkin liittomaan kansalaisia, tehokasta suojaa vilpillistä kilpailua vastaan.
- (2) Vilpilliseen kilpailuun kuuluvana on pidettävä jokaista kilpailutekoa, joka on *hyvän liiketavan* vastainen.
- (3) Erityisesti on kiellettävä:
 - 1) kaikki teot, jotka ovat omiaan millaisin keinoin tahansa aiheuttamaan sekaannusta kilpailijan liikelaitoksen, tavaroiden tahi elinkeinollisen tai kaupallisen toiminnan kanssa;
 - 2) väärät väitteet liiketoiminnassa, jotka vaarantavat luottamusta kilpailijan liikelaitokseen, tavaroihin tai elinkeinolliseen tai kaupalliseen toimintaan.

Kuten nähdään, sopimuksessa annetaan suojaa *hyvän liiketavan* vastaista menettelyä kohtaan (engl. '*honest practices*'). Sopimukseen sitoutuneissa maissa on käytetty hyvinkin erilaisia käsitteitä hyvän liiketavan vastaisuudelle vilpillisen kilpailun määrittämisessä⁴⁶.

⁴³ Valtiosopimus 5/1921 Teollisuusomistusoikeuden suojelemista koskeva sopimus, tehty Pariisissa maaliskuun 20 päivänä 1883, sekä tarkastettu Brysselissä joulukuun 14 päivänä 1900 ja Washingtonissa kesäkuun 2 päivänä 1911. (Vuoden 1921 Pariisin yleissopimus).

⁴⁴ ks. tarkemmin <http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/documents/pdf/paris.pdf>

⁴⁵ Sopimusta on tarkistettu useaan otteeseen. Alkuperäinen 10 bis artikla oli huomattavasti suppeampi. Nykyinen artikla vuodelta 1969.

⁴⁶ De Vrey 2006 s. 14. Esimerkiksi Saksassa käytetty termiä ”epäreilu” (engl. ‘unfairness’), Belgiassa, Italiassa, Luxemburgissa ja Espanjassa ”reiluja kaupallisia menettelyitä” (engl. ‘fair commercial practices’) sekä Ranskassa ”virheellisyyttä” (engl. ‘fault’).

Sopimuksen mukaan liittomaan kansalaiselle toisessa liittomaassa taattu suoja vilpillistä kilpailua tulee olla sama kuin se suoja, mitä kyseinen maa tarjoaa omille kansalaisilleen (*kansallisen kohtelun periaate*⁴⁷). Tämä *tehokkuusperiaatteeksi* kutsuttu velvoite edellyttää kaikkien tekojen kieltämistä, jotka ovat omiaan millaisin keinoin tahansa aiheuttamaan sekaannusta kilpailijan liikelaitoksen, tavaroiden tai teollisen taikka kaupallisen toiminnan kanssa.⁴⁸ Periaate ilmenee myös esimerkiksi Markkinaoikeuden lainvoimaisessa ratkaisussa MAO 340/12, jossa katsottiin, että SopMenL tavoitteena on elinkeinonharjoittajan turvaaminen sopimatonta menettelyä elinkeinotoiminnassa vastaan. Markkinaoikeuden mukaan tältä osin, ja jotta oikeussuoja olisi tehokasta, lain 6 §:n nojalla annettavan kiellon käyttöalaa ei voida mukaan tulkita liian suppeasti:

”Tehokkuusperiaatteen huomioon ottamiseen velvoittaa myös teollisoikeuden suojelemista koskeva Pariisin yleissopimus (SopS 43/1975), jonka 10 bis artiklan mukaan ”kaikki teot, jotka ovat omiaan millaisin keinoin tahansa aiheuttamaan sekaannusta kilpailijan liikelaitoksen, tavaroiden tai teollisen tai kaupallisen toiminnan kanssa”, on kiellettävä.

On siten selvää, että elinkeinonharjoittajaa voidaan sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa annetun lain nojalla kieltää käyttämästä myös esimerkiksi rekisteröityä verkkotunnusta.

Edellä esitetty huomioon ottaen Dautel Oy on menettelyllään pyrkinyt oikeudettomasti hyötymään hakijan toiminimestä. Menettely on ollut hyvän liiketavan vastaista. Lisäksi menettely on ollut omiaan paitsi aiheuttamaan sekaannusta suhteessa hakijatahon harjoittamaan elinkeinotoimintaan myös ollut asiakkaita harhaanjohtavaa. Sanotun vuoksi Dautel Oy:n menettely on ollut verkkotunnuksen superresta.com käyttämisen osalta sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa annetun lain 1 §:n 1 momentin vastaista⁴⁹.”

Sopimuksessa määritelty suoja tarjoaa siis vähimmäissuojan vilpillistä kilpailua kohtaan, jota ei saada alittaa, vaikka jonkin maan sisäinen lainsäädäntö ei antaisikaan yhtä vahvaa suojaa.⁵⁰ Pariisin sopimuksen tosiasiallista sitovuutta on kritisoitu jossain määrin oikeuskirjallisuudessa,

⁴⁷ HE 225/2008 vp s. 4.

⁴⁸ MAO 340/12.

⁴⁹ MAO 340/12

⁵⁰ HE 114:1978 s. 5.

mutta silti sen voidaan katsoa toimineen vähintään alkusysäyksenä sopimatonta menettelyä koskevan lainsäädännön kehittämiseksi useissa sopimukseen sitoutuneissa valtioissa.⁵¹

2.2 Kansallinen kehitys

Pariisin yleissopimuksessa jätetään jäsenvaltioille mahdollisuus implementoida sopimuksen asettamat minimivaatimukset, joko yleislailalla taikka erityislailalla. Implementointimenetelmät voidaan systematisoida kolmeen yleisimpään lähestymistapaan, joita voidaan myös jaotella edelleen.⁵²

1. erityislakiin⁵³ pohjautuva menetelmä, josta voidaan tunnistaa edelleen kaksi lähestymistapaa;
 - a. pääsääntöisesti erityislakiin (ja osin yleislakiin, kuten siviililakiin) perustuva;
 - b. erityisäännökset yleislain sisällä;⁵⁴
2. yleiseen vahingonkorvausoikeuteen pohjautuva menetelmä, josta niin ikään tunnistettavissa kaksi lähestymistapaa;
 - a. yleiseen vahingonkorvaus -tai siviililakiin perustuva⁵⁵;
 - b. erityiset vahingonkorvausoikeudelliset kannetyypit⁵⁶;
3. edellä mainittujen yhdistelmä⁵⁷.

Suomessa on valittu yllä kuvatun 1 a) menetelmän mukainen implementointi, joka käytännössä alkoi vuonna 1924, kun säädettiin laki kiellosta käyttää tavaroissa vääriä alkuperää tai lajia osoittavia merkintöjä (AlkuperäL). Kyseistä lakia seurasi sittemmin vuonna 1930 soveltamisalaltaan laajemmaksi tarkoitettu laki vilpillisen kilpailun ehkäisemiseksi (VilpKilpL) ja tämän jälkeen vuonna 1978 laki sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa (SopMenL).⁵⁸

⁵¹ Kritiikistä ks. Henning-Bodewig, *International Protection against Unfair Competition – Art. 10bis Paris Convention, TRIPS and WIPO Model Provisions*, IIC 02/1999, s. 168. Vastaavasti alkusysäyksen puolesta ks. De Vrey 2006 s. 16.

⁵² WIPO 1994 s. 19.

⁵³ WIPO:n mukaan esimerkiksi Itävalta, Belgia, Tanska, Suomi Saksa, Japani ja Luxembourg ovat laatineet omat erityislakinsa vilpillistä kilpailua ehkäisemään.

⁵⁴ WIPO:n mukaan esimerkiksi Bolivia, Brasilia, Bulgaria ja Kanada ovat implementoineet Pariisin sopimuksen minimivaatimukset osaksi laajempia lainsäädäntökokonaisuuksia.

⁵⁵ WIPO:n mukaan esimerkiksi perinteikkäät civil-law maat, kuten Ranska, Italia ja Alankomaat.

⁵⁶ Pariisin sopimuksen 10bis ariklan vähimmäisvaatimukset on periaatteessa implementoitu vahingonkorvausta koskevan erityisen kannetyypin avulla (Engl. `passing off`). Ks. tarkemmin `passing off` -kannetyypistä esimerkiksi Cornish, W. R.: *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*. Fourth Edition. London 1999. s. 619-620.

⁵⁷ Esimerkiksi Yhdysvalloissa on liittovaltiosysteemin vuoksi käytössä eräänlainen hybridimuoto.

⁵⁸ Haarmann 2014 s. 429.

Muista Pohjoismaista poiketen ja lähinnä lakiteknisistä syistä, Suomessa on päätetty jakaa markkinointiviestintää koskeva yleissääntely erikseen kuluttaja- ja yritysmarkkinointiin, eli kuluttajansuojalakiin ja lakiin sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa.⁵⁹ SopMenL kuitenkin koskee sekä kuluttajamarkkinointia että yritysmarkkinointia, sillä epäasiallinen kuluttajamarkkinointi saattaa vaikuttaa kuluttajien kollektiivisten oikeuksiin lisäksi myös alalla toimivien muiden elinkeinonharjoittajien oikeuksiin, joka voi ilmetä esimerkiksi asiakkaiden vähenemisenä.⁶⁰

Yleiset tuomioistuimet joutuivat sopimatonta menettelyä koskevan lainsäädännön alkuvuosina vain suhteellisen harvoin soveltamaan näitä normistoja, sillä syystä tai toisesta kilpailevat elinkeinonharjoittajat eivät nostaneet kanteita toisiaan vastaan.⁶¹ Osittain ulkomaisten vaikutteiden kautta Keskuskauppakamarin yhteyteen perustettiin vuonna 1937 Liikekilpailun valvontakunta, jota on kutsuttu vuodesta 1968 Liiketapalautakunnaksi.⁶² Nykyisellään Keskuskauppakamarin liiketapalautakunnan tehtävänä on antaa lausuntoja siitä, onko tiettyä elinkeinotoiminnassa tehtyä tai suunniteltua menettelyä pidettävä hyvän liiketavan vastaisena tai muutoin sopimattomana menettelynä elinkeinotoiminnassa.⁶³

2.2.1 Sääntelyn tarkoitus ja suhde kuluttajansuojalainsäädäntöön

Sopimatonta menettelyä koskevan normiston ymmärtämiseksi onkin tärkeää tiedostaa sääntelyssä suojattavat intressitahot, joita ovat siis yrittäjien suoja toisia yrittäjiä kohtaan (SopMenL) sekä kuluttajien suoja yrittäjien sopimattomilta kilpailutoimenpiteiltä (KSL).⁶⁴ Tässä tutkielmassa tutkimuksen pääpaino on ensiksi mainittujen intressitahojen välisen suhteen tutkiminen.

Hallituksen esityksessä laiksi sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa sääntelyn tavoitteiksi on asetettu elinkeinonharjoittajan aseman turvaaminen markkinoinnissa ja muussa elinkeinotoiminnassa hyvän liiketavan vastaisen tai muutoin sopimattoman menettelyn varalta.⁶⁵

⁵⁹ Viitanen 2017 s. 13-14.

⁶⁰ Viitanen 2017 s. 14.

⁶¹ Haarmann 2014 s. 429.

⁶² Haarmann 2014 s. 430.

⁶³ Keskuskauppakamarin Liiketapalautakunnan säännöt 1.7.2015 1§.

⁶⁴ Kankaanpää – Oesch 2012 s.12.

⁶⁵ HE 114/1978 s. 3.

Vastaavasti kuluttajansuojalaki on säädetty koskemaan vain elinkeinonharjoittajien ja kuluttajien välisiä suhteita.⁶⁶ SopMenL:n voidaan kuitenkin katsoa tarjoavan välillistä suojaa myös kuluttajia kohtaan, vaikka lakien yhteiskuntapoliittiset tarkoituksperät ovatkin erilaiset.⁶⁷ Lisäksi mainittakoon, että kuluttajien edut vaikuttivat aikanaan myös VilpKilpL 1 §:n tulkintoihin ennen kuluttajansuojalain säätämistä⁶⁸, joten intressitahojen välisen suojauslittuvuuden rajanveto ei ole aivan mustavalkoinen.

Kuluttajansuojassa on kyse kuluttajien yleisesti alistaiseksi katsotusta asemasta suhteessa elinkeinonharjoittajiin sekä informaatioasymmetrian kompensoimisesta lainsäädännöllisin keinoin, sillä kuluttajilla katsotaan olevan vähäisemmät tiedot tarjolla olevista hyödykkeistä.⁶⁹ Vaikkakin asiasta säädetään nykyään SopMenL:ssa,⁷⁰ SopMenL:n ja kuluttajansuojalain välistä suhdetta ilmentää myös vertailevaa markkinointia koskeva sääntely. Tämä osaltaan myös ilmentää edelleen kuluttajien tiedonintressin turvaamista.

Näin ollen, koska SopMenL:n mukaisessa menettelyssä suojan pääkohteisiin kuuluvat kilpailevat elinkeinonharjoittajat ja heidän väliset suhteet, on myös SopMenL:n mukainen normisto otettu pääasialliseksi tutkimuskohteeksi tässä tutkielmassa. Kuitenkin edellä mainittujen normistojen osittaisen samankaltaisuuden vuoksi kuluttajansuojalaista on oletettavasti saatavilla jonkinlaista analogiatukea.

2.2.2 Elinkeinotoiminnasta sekä elinkeinonharjoittajan ja kuluttajan käsitteestä

SopMenL koskee elinkeinotoimintaa ja kuluttajansuojalaki kuluttajia. Jos kulloinkin kyseessä olevalla menettelyllä ei ole tekemistä elinkeinotoiminnan kanssa niin silloin siihen ei myöskään voida puuttua SopMenL nojalla. Elinkeinotoiminnan käsitteen tulkinta vilpillisen kilpailun alalla on katsottu laajaksi.⁷¹ Elinkeinotoiminnalla tarkoitetaan ammattimaisesti harjoitettua, taloudelliseen tulokseen tähtäävää toimintaa.⁷² SopMenL soveltamisedellytyksenä ei kuitenkaan ole taloudellisen voiton tavoittelu, vaan esimerkiksi taloudellinen toiminta hyväntekeväisyystarkoituksessa voi myös olla elinkeinotoimintaa.⁷³ Elinkeinonharjoittajina

⁶⁶ KSL 1§ mukaan laki koskee kulutushyödykkeiden tarjontaa, myyntiä ja muuta markkinointia elinkeinonharjoittajilta kuluttajille. Lakia sovelletaan myös, kun elinkeinonharjoittaja välittää hyödykkeitä kuluttajille.

⁶⁷ HE 114:1978 s. 9.

⁶⁸ Haarmann 2014 s. 432.

⁶⁹ HE 114:1978 s. 9.

⁷⁰ HE 32/2008 vp s. 28 ja Syrjä 2016 s. 133.

⁷¹ Aaltonen 1985 s. 7.

⁷² Paloranta 2008 s. 139.

⁷³ Koivumäki – Häkkänen 2015 s. 125.

voivat toimia niin luonnolliset henkilöt kuin yksityisoikeudelliset ja julkisoikeudelliset oikeushenkilöt.⁷⁴

Huomattakoon, että vaikka elinkeinonharjoittaja olisi juuri informaatioasymmetrian tai neuvotteluvoiman vuoksi jossain määrin rinnastettavissa kuluttajaan, niin EU-oikeudessa on suhtauduttu varauksella kyseisenlaisiin tulkintoihin juuri elinkeinonharjoittajien ottaman liiketaloudellisen riskin vuoksi⁷⁵. Näin esimerkiksi tehtiin tapauksessa *Cape v Ideal Service*⁷⁶, jossa tulkittiin kuluttajasopimusten kohtuuttomista ehdoista annetun direktiivin soveltamisalaa.⁷⁷

Vaikka toisaalta esimerkiksi Ranskassa on joissakin tapauksissa tehty päinvastaisesti ja sallittu joillekin pienyrittäjille kuluttajien kanssa samankaltaiset oikeudet⁷⁸ niin myös tapauksissa *Ranska v Di Pinto*⁷⁹ ja *Francesco Benincasa v Dentalkit* EUT ei katsonut olevan tarvetta ulottaa kuluttajan käsitettä koskemaan pieniä elinkeinonharjoittajia.

Elinkeinonharjoittajien välisissä suhteissa painotetaan useimmiten mahdollisuutta kilpailla ostovoimasta ja SopMenL:n tavoitteena on ollut kieltää menettelytavat, joilla elinkeinonharjoittajat vaikuttavat ostopäätöksiin epähyväksyttävällä tavoin.

Tavallisesti elinkeinonharjoittajien välisissä suhteissa on pitkälti turvauduttu alojen sisäisiin valvontamekanismeihin, kuten järjestöllisiin keinoihin kilpailukeinojen ohjaamiseksi. Kuluttajansuojan alalla ei taas ole katsottu riittäväksi jättää valvontaa samankaltaisten mekanismien varaan.⁸⁰

2.3 EU sääntely

Elinkeinonharjoittajien välistä vilpillistä kilpailua koskevat EU-tason lainsäädäntöhankkeet ovat tähän asti loistaneet vähäisyydellään. Kuluttajamarkkinoinnin sääntelyn ohessa tärkeimmät EU:n tasoiset säädökset vilpillisen kilpailun alalta ovat direktiivi 2006/114/EY harhaanjohtavasta ja vertailevasta mainonnasta, direktiivi 2002/58/EY henkilötietojen

⁷⁴ Bärlund 2014 s. 977.

⁷⁵ HW Micklitz - J Stuyck 2010 s. 53.

⁷⁶ ECJ C-541/99 *Cape v Ideal Service*: “the court concluded that a businessman acting through a company is not a consumer when buying drink dispensers for staff even that it has nothing to do with his professional activity.”

⁷⁷ Direktiivi 93/13/ETY kuluttajasopimusten kohtuuttomista ehdoista.

⁷⁸ HW Micklitz - J Stuyck 2010 s. 32.

⁷⁹ Case C-361/89 *France v Di Pinto*.

⁸⁰ HE 114:1978 s. 9.

käsittelystä ja yksityisyyden suojasta sähköisen viestinnän alalla sekä direktiivi 2000/31/EY sähköisestä kaupankäynnistä.⁸¹

Elinkeinoharjoittajien välistä vilpillistä kilpailua ei siis ole *kattavasti*⁸² harmonisoitu EU-tasolla, joten yksityiskohtaisempi sääntely on jätetty jäsenvaltioille.⁸³ Yhteisiä EU:n sisäisiä sääntöjä on kuitenkin yritetty luoda edellä mainitun Pariisin yleissopimuksen 10 bis artiklan pohjalta jo 1960-luvulla ja suojelun pohjaksi yritettiin tuolloin ottaa yleissopimuksen rehellisen markkinatoimijan (*honest trader*) käsitettä.⁸⁴ Vaikka EU-oikeudessa ei olekaan selkeästi harmonisoitu elinkeinoharjoittajien välisen vilpillisen kilpailun ehkäisemistä on siihen tähtääviä säännöksiä⁸⁵ kuitenkin olemassa kyseessä olevan oikeudenalan sisällä.⁸⁶ On huomionarvoista, että EUT omaa yleisen toimivallan EU-oikeudellisten säädösten suhteen, jolloin se tulkitessaan esimerkiksi tavaramerkkiasioihin liittyviä immateriaalioikeudellisia kysymyksiä voi ottaa huomioon seikkoja yli oikeudenalarajojen.⁸⁷

2.4 Kansainväliset markkinointisäännöt ja liiketapalautakunnan ratkaisukäytäntö

Perinteinen apukeino erilaisten elinkeinoelämässä esiintyvien menettelyjen hyväksyttävyyden arviointiin on viranomaisvalvonnan ohella ja sijaan erilainen itsesääntely, joka on ainakin osittain erillään viranomaisvalvonnasta ja siten se tarjoaa monesti tulkinta-apua etenkin yleislauseketyyppisten lainsäädännösten tulkintaan⁸⁸, kuten tässä tapauksessa SopMenL yleislausekkeen tulkintaan.

SopMenL esitöissä on todettu, että hyvän liiketavan sisällön tulkinnassa voidaan saada apua eri elinkeinoaloilla hyväksytyistä säännöistä ja liiketapalautakunnan lausuntokäytännöstä.⁸⁹

Markkinoinnin itsesääntelyssä merkittävin vaikuttaja on ICC (International Chamber of Commerce) sekä EASA (European Advertising Standard Alliance).⁹⁰ Markkinoinnin itsesääntelyn keskeinen tavoite on viestinnän kohteena olevien alaa kohtaan tunteman luottamuksen ylläpitäminen ja edistäminen. EASA on tuonut esiin halunsa minimoida julkisen

⁸¹ Bärlund 2014 s. 975 ja Kankaanpää – Oesch 2012.

⁸² Joitain osa-alueita, kuten harhaanjohtavaa ja vertailevaa mainontaa on säännelty. ks. asianomainen luku 2.7.

⁸³ Kankaanpää – Oesch 2012 s. 24.

⁸⁴ Wadlow 2006 s. 435-436.

⁸⁵ Kankaanpää mainitsee ainakin direktiivin 2006/114/EY harhaanjohtavasta ja vertailevasta mainonnasta lisäksi direktiivin 2005/29/EY sopimattomista kaupallisista menettelyistä).

⁸⁶ Kankaanpää – Oesch 2012 s. 24.

⁸⁷ EUT C-533/06 ”O2” ja kommentaari Simon 2008 s. 420-429.

⁸⁸ Rissanen ym. 1990 s. 151.

⁸⁹ HE 114/1978 vp s. 3

⁹⁰ Sorsa 2010 s. 87.

vallan puuttuminen markkinoinnin sääntelyyn.⁹¹ Markkinoinnin itsesääntelyn tavoitteena on alan tai tuotteen imagon ylläpitäminen ja vastuullisen toiminnan edistäminen alan toimijoiden keskuudessa.⁹²

Mainonnan tärkeimmän itsesääntelynormiston muodostavat ICC:n Mainonnan kansainväliset perussäännöt.⁹³ Itsesääntelytoimielimet ovat onnistuneesti soveltaneet ICC:n mainonnan sääntöjä kansallisia ja kansainvälisiä säännöksiä täydentävänä jo vuodesta 1937.⁹⁴

Suomessa Liiketalautakunta antaa lausuntoja siitä, mitä on pidettävä hyvän liiketavan vastaisena ja sopimattomana menettelynä elinkeinotoiminnassa. Lautakunnan menettelyä on pidetty nopeana ja tehokkaana sekä positiivisena puolena on mainittu liialliselta julkisuudelta välttyminen asioiden ratkaisemisessa.⁹⁵

Liiketalautakunnan lausunnoilla ei ole sitovaa vaikutusta, mutta elinkeinoelämän piirissä vallitsee käsitys, että niitä on yleisesti noudatettu. Kun suuri osa lausunnoista on julkaistu, ne ovat laajemminkin muodostuneet ohjeeksi siitä, minkälaista menettelyä on kulloinkin pidetty hyvän liiketavan vastaisena. Lausuntoja on vuoden 2013 syksyyn mennessä annettu kaikkiaan 915. Nykyään lautakunta antaa vuosittain vain 1-4 lausuntoa. Liiketalautakunnan lausunnot sekä Mainonnan kansainväliset perussäännöt ohjaavatkin hyvän liiketavan käsitteen tulkintaa, koska korkein oikeus on antanut suhteellisen vähän ratkaisuja aiheeseen liittyen.⁹⁶

Ratkaisu -ja suosituskäytännössään liiketalautakunta on useimmiten todennut, että mikäli elinkeinonharjoittajan toiminta on ollut Mainonnan kansainvälisten perussääntöjen vastaista, on se myös ollut hyvän tavan vastaista yleislausekkeen tarkoittamalla tavalla. Esitän jäljempänä huomioita lautakunnan ratkaisujen osalta.

3 LAKI SOPIMATTOMASTA MENETTELYSTÄ ELINKEINOTOIMINNASSA

3.1 SopMenL yleislauseke

Kuten edellä on todettu, vilpillistä kilpailua koskevat kansainväliset velvoitteet on lähtökohtaisesti implementoitu lailla sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa. SopMenL 1 § pitää sisällään sopimatonta menettelyä koskevan yleislausekkeen:

⁹¹ Sorsa 2010 s. 87 ja EASA Blue Book 2010.

⁹² Sorsa 2010 s. 87.

⁹³ Castrén 1997 s 235.

⁹⁴ Sorsa 2010 s. 87.

⁹⁵ Castrén 1997 s. 235-236.

⁹⁶ Haarmann 2014 s. 432.

”Elinkeino toiminnassa ei saa käyttää *hyvän liiketavan* vastaista tai *muutoin* toisen elinkeinoharjoittajan kannalta *sopimatonta* menettelyä.”

Elinkeino toiminnalla tarkoitetaan ammattimaisesti harjoitettua taloudelliseen tulokseen tähtäävää toimintaa. Voiton tuottamisella tai tavoittelulla ei ole tässä suhteessa merkitystä.⁹⁷

Yleislauseke pitää sisällään kaksi elementtiä, joita ovat *hyvä liiketapa* sekä *muutoin sopimaton menettely*. Hyvän liiketavan käsite on tarkoitettu joustavaksi, yhteiskunnallisten olosuhteiden mukaan muuttuvaksi⁹⁸ ja vaikka yleensä tämänlaisia yleislausekkeitä saatetaan pitää tuomioistuinten päätösten ennustettavuuden näkökulmasta ja yleisen oikeusturvan kannalta arveluttavina, niin tämän säännöksen kohdalla ei sen hyväksyttävyyttä ole kyseenalaistettu.⁹⁹

Tätä yleislausekkeen *dynaamista ominaisuutta* tehostaen säännöksessä onkin mainittu *muutoin sopimaton menettely*.¹⁰⁰ Hyvän liiketavan mukaisuuden ja hyvän liiketavan vastaisuuden välinen rajanveto saattaa olla joskus hankalaa. SopMenL:ää koskevan hallituksen esityksen mukaan yleisesti hyvänä liiketapana voidaan pitää *tunnollisen ja rehellisen* elinkeinoharjoittajan noudattamaa sekä kilpailijoiden ja asiakkaiden hyväksymää menettelyä taloudellisessa toiminnassa.¹⁰¹

Tässä kohtaa on asianmukaista palata hetkeksi SopMenL ja KSL väliseen suhteeseen. Vuonna 2008 sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevan direktiivin¹⁰² implementoinnin yhteydessä, kun kuluttajansuojalakeja uudistettiin, koettiin tarpeelliseksi muuttaa kuluttajansuojalakeja siten, että SopMenL yleislauseketta koskeva aiempi tulkinta-analogia soveltamiskäytännössä sai väistyä. KSL:n ”*hyvä tapa*” ja SopMenL ”*hyvä liiketapa*” olivat vastanneet pitkälti toisiaan ja jopa SopMenL:ää edeltäneessä VilpKilpL:ssä käytettiin jopa käsitettä ”*hyvä tapa*”. Uudistuksen myötä hyvää tapaa ja sopimattomuutta koskeva sääntely kuluttajansuojalaissa eriytettiin toisistaan siten, että *hyvä tapa* koskee eettisesti arveluttavien menettelytapojen käyttämisestä markkinoinnissa, kun taas sopimattomuus kattaa kuluttajan taloudelliseen päätöksentekoon epäasiallisesti vaikuttavat menettelytavat.¹⁰³

Vaikka kuluttajansuojalaissa tarkoitettu *hyvä tapa* ei ole rinnasteinen sopimattomasta menettelystä elinkeino toiminnassa tarkoitettun *hyvän liiketavan* kanssa, niin kuluttajansuojalain *sopimatonta menettelyä* koskevat säännökset vaikuttavat edelleen siihen, mitä on pidettävä

⁹⁷ HE 114/1978 s. 10.

⁹⁸ Haarmann 2014 s. 432.

⁹⁹ Bärlund 2014 s. 977.

¹⁰⁰ HE 114/1978 s.10.

¹⁰¹ HE 114/1978 s.11.

¹⁰² Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2005/29/EY.

¹⁰³ HE 32/2008 vp s. 15.

hyvän liiketavan vastaisena tai *muutoin sopimattomana menettelynä* sovellettaessa SopMenL yleislauseketta¹⁰⁴.

SopMenL:n esitöiden mukaan yleislausekkeen soveltamiskäytännössä on tarkoitus käyttää edelleen apuna VilpKilpL:n aikaista oikeuskäytäntöä ja muuta tulkintakäytäntöä, kuten keskuskauppakamarin liiketapalautakunnan hyvän liiketavan käsitteen tulkintaa koskevia ohjausvaikutuksen omaavia ratkaisuja.¹⁰⁵

Hallituksen esityksen mukaan yleislausekkeen soveltamiselle on riittävää, että vaara vahingon syntymiselle on olemassa. Yleislauseke ei siis edellytä konkreettisen vahingon syntymistä, jotta siihen voitaisiin vedota. Näin ollen tutkielman yhden tutkimuskysymyksen kannalta vaikuttaisikin siltä, että elinkeinonharjoittajan toiminta voi olla sinänsä sopimatonta, muttei vahingonkorvausvelvollisuuden synnyttävää.

Hyvän liiketavan vastaisen sopimattoman kilpailuteon seurauksena voi olla esimerkiksi kilpailevan elinkeinonharjoittajan myynnin pienentyminen, myynnin kasvun hidastuminen, markkinaosuuden pienentyminen, markkinaosuuden kasvun hidastuminen tai elinkeinonharjoittajan luotonsaantimahdollisuuksien huononeminen taikka yleinen *good will* -arvon menettäminen.¹⁰⁶

Hyvän tavan sisällön määrittelyssä saatetaan myös yleisellä tasolla turvautua muilla aloilla oleviin tapaohjeisiin ja sääntöihin tai eettisiin ohjeisiin, jolloin kyseisten ehtojen rikkomistapaukset voivat toimia argumenttina hyvän tavan vastaisuudelle ja puolestaan niiden mukaan toimiminen saattaa osoittaa toiminnan hyväksyttävyyttä.¹⁰⁷

3.1.1 Jäljitelmät

Toisen elinkeinonharjoittajan hyödykkeiden, liiketoiminnan ja esimerkiksi markkinointiaineiston jäljitteleminen on usein sallittua kilpailunvapauden näkökulmasta, ellei kyseinen toiminta loukkaa toisen yksinoikeutta tai ole hyvän liiketavan vastaista. Sopimatonta jäljittelystä tekee usein ns. orjallinen jäljittely, jolloin toista jäljitellään yksityiskohtaisesti. Jäljittelyn tavoitteena on usein hyödyntää toisen elinkeinonharjoittajan mainetta eli *goodwilliä*.¹⁰⁸ Mikäli elinkeinonharjoittaja on saavuttanut hyödykkeensä, liiketoimintansa tai

¹⁰⁴ HE 32/2008 vp s. 15.

¹⁰⁵ Haarmann 2014 s. 432.

¹⁰⁶ HE 114/1978 s. 11.

¹⁰⁷ Sisula-Tulokas 2012 s. 248-251.

¹⁰⁸ Castrén 1997 s. 239 ja Rissanen ym. 1990 s. 201.

muun markkinointiaineistonsa avulla tunnusomaisuuden markkinoilla¹⁰⁹, on tätä katsottu olevan aiheellista suojata.¹¹⁰

Jäljittelyä koskevat oikeusohjeet ovat muodostuneet muutaman tapauksen kautta. Ensimmäisiä tapauksia oli ratkaisu KKO 1972 II 100, jossa katsottiin, että rakennettujen veneiden ulkonäkö oli niin suuresti muistuttanut kantajan valmistamien veneiden ulkonäköä, että ne olivat helposti sekoitettavissa viimeksi mainittuihin veneisiin, eivätkä vastaajat edes olleet väittäneet yrittäneensä vähentää sekaantumisvaaraa.¹¹¹ Edelleen ratkaisussa KKO 2004:4 vahvistettiin nykyiselläänkin käytössä oleva tulkintaohje:

”Lähtökohta menettelyn sopimattomuuden arvioinnissa on, ettei pelkästään tuotepakkauksen jäljittelyä ja jäljitelmien markkinointia voida pitää sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa annetussa laissa tarkoitettuna hyvän liiketavan vastaisena tai muutoin toisen elinkeinonharjoittajan kannalta sopimattomana menettelynä. Kuitenkin on sopimatonta ja siten mainitun lain nojalla kiellettyä käyttää tuotteen markkinoinnissa sellaista omaperäistä tuotepakkausta, joka saattaa olla sekoitettavissa toisen elinkeinonharjoittajan käyttämään tuotepakkaukseen, jollei markkinoinnissa selvästi ilmoiteta tuotteen kaupallista alkuperää taikka jollei tuotepakkausta muutoin selvästi eroteta toisesta tuotepakkauksesta. Asiassa tulee siten arvioitavaksi markkinoinnissa käytetyn tuotepakkauksen omaperäisyys ja se, onko tuotepakkaus muodostunut elinkeinonharjoittajalle tunnusomaiseksi. Lopuksi on otettava kantaa siihen, aiheuttaako pakkaus sekaantumisvaaraa tuotteen kaupallisesta alkuperästä.”¹¹²

Tapauksen KKO 2004:32¹¹³ eri mieltä olleen jäsenen perusteluissa todettiin myös, että sopimatonta ja siten kiellettyä yleislausekkeen nojalla on sellaisten jäljitelmien markkinointi, joka on omiaan luomaan kuvan siitä, että jäljittelevä tuote on peräisin *samasta kaupallisesta lähteestä* kuin alkuperäinen. Huomiota annettiin myös sekoitettavuudelle.

Sekoitettavuuteen on mahdollista saada analogiatukea tavaramerkkioikeudesta. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan sekaannusvaara eri merkkien välillä voi olla käsillä, jos kohdeyleisö

¹⁰⁹ Tältä osin Pariisin konvention 10bis artiklassa on kiellettyä ”sekaantumisvaaran aiheuttaminen kaupallisen alkuperään suhteen”.

¹¹⁰ Castren 1997 s. 240.

¹¹¹ ks. myös esim. Itä-SuomenHO 1395/10.7.1992 S91/39.

¹¹² KKO 2004:4 kohta 10.

¹¹³ Tapauksessa A, joka markkinoi lasten rakennuspalikoita, vaati markkinaoikeudessa, että B:tä kielletään markkinoimasta ja myymästä A:n hyvin tunnettujen tuotteiden kanssa sekoitettavissa olevia lähes samannäköisiä rakennuspalikoita. Kysymys oli siitä, voitiinko tuotteen myynti kieltää sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa annetun lain 1 ja 6 §:n nojalla. Asia palautettiin markkinaoikeuteen SopMenL:n nojalla annettavan kiellon ulottuvuuteen liittyvän kysymyksen vuoksi.

saattaa erehtyä kyseisten tavaroiden tai palvelujen alkuperästä eli luulla, että aikaisemman tavaramerkin kattamat ja myöhemmällä tavaramerkillä markkinoidut hyödykkeet tai palvelut ovat peräisin samasta yrityksestä tai toisiinsa taloudellisesti liittyvistä yrityksistä.¹¹⁴

Mainitut oikeusohjeet kiteytettiin lopulta ratkaisun KKO 2004:32 tultua uudelleen käsitellyksi markkinaoikeudessa lainvoimaisella ratkaisulla MAO 82/05.¹¹⁵

Perusteluista voidaan tunnistaa seuraavat jäljittelyn sopimattomuutta arvioitaessa huomioon otettavaa arviointikriteeriä, jotka on myös oikeuskirjallisuudessa katsottu keskeisiksi arvioitaessa jäljittelyä¹¹⁶:

- 1) alkuperäisen tuotteen omaperäisyys, onko se muodostunut tunnusomaiseksi ja
- 2) onko arvioitava menettely aiheuttanut sekaantumisvaaraa tuotteen kaupallisesta alkuperästä.

3.1.2 Orjallinen jäljittely

Toisen elinkeinonharjoittajan goodwill-arvon oikeudeton käyttäminen eli maineen norkkiminen kuuluu sopimattomaan orjalliseen jäljittelyyn. Orjallisen jäljittelyn avulla pyritään yleensä käyttämään hyväksi aikaisemmin markkinoilla olleen elinkeinonharjoittajan saamaa mainetta.¹¹⁷

ICC mainonnan perussäännöissä todetaan, että markkinoinnissa ei saa sopimattomasti käyttää (*toisin sanoen oikeudettomasti hyödyntää*) hyväksi muun ohella toisen markkinointikampanjallaan hankkimaa mainetta ja tunnettuutta eli goodwillia.¹¹⁸

Yksittäistapauksissa norkkimisen edellytysten täyttymisessä noudatetaan kokonaisuuskäytäntöä.¹¹⁹ Elinkeinonharjoittajalla tai sen tuotteella tulee olla goodwill-arvo, eli tietty maine ja tunnettuus markkinoilla.¹²⁰ Oikeudeton hyödyntäminen voi tarkoittaa EUT oikeuskäytännön mukaan sitä, että toinen elinkeinonharjoittaja pyrkii kulkemaan laajalti tunnetun merkin maineen rinnalla hyötyäkseen sen vetovoimasta, maineesta ja arvostuksesta. Lisäksi tunnusmerkkinä on vastikkeeton hyötyminen tavaramerkin haltijan imagosta.¹²¹

¹¹⁴ ks. esim. ratkaisu MAO 641/16 sekä tuomiot Canon Kabushiki Kaisha v. Metro-Goldwyn-Mayer, C-39/97, EU:C:1998:442, 26 ja 29 kohta sekä tuomio Lloyd Schuhfabrik Meyer, C-342/92, EU:C:1999:323, 17 kohta.

¹¹⁵ Tapaukset MAO 82/05 ja KKO 2004:32 muodostavat ns. ”LEGO-tapauksen”.

¹¹⁶ ks. Castrén 1997 s. 240-242 ja Rissanen ym. 1990 s. 201-202.

¹¹⁷ MAO 332/08.

¹¹⁸ ks. ICC mainonnan perussäännöt 15 artikla.

¹¹⁹ KKO 2004:04.

¹²⁰ MAO 429/13 katsottiin, että Abloyn numeroinneilla ei tutkimuksen perusteella ollut mainetta ja tunnettuutta.

¹²¹ EUT C-487/07 L’Oréal v Bellure.

Mielleyhtymän syntyminen elinkeinonharjoittajien välillä, sekä toiminnan haitalliset vaikutukset tulevat niin ikään kyseeseen arvioinnissa, kuten asian laita oli Maskun Kalustetalon ja Stockmannin välillä tapauksessa MaO 132/04 (”hullut päivät -tapaus”)¹²².

Toinen esimerkki tilanteesta, jossa menettely ei ollut sopimatonta on tapaus KKO 2009:33, jossa kantaja väitti, että jälleenmyyjän markkinointiesitteestä ei ollut käynyt ilmi kynttilöiden valmistaja tai valmistuttaja eikä siten niiden kaupallinen alkuperä. Kantaja väitti, että valmistajan markkinointi oli siten ollut sopimatonta saaden aikaan erehdyksen ja sekaantumisvaaran vastaajan kynttilöiden alkuperästä. KKO otti asiaan kantaa siten, että sopimatonta menettelyä koskevan vaatimus tulee kohdistaa siihen, joka on vastuussa väitetystä sopimattomasta markkinoinnista. Markkinaoikeus oli määrännyt tuotteen valmistajalle sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa annetun lain 6 §:n 1 momentissa tarkoitetun kiellon jälleenmyyjän markkinoinnissaan käyttämän menettelyn johdosta. Kielto kumottiin, koska valmistajan ei ollut näytetty vaikuttaneen jälleenmyyjän markkinointiin muutoin kuin ainoastaan toimittamalla markkinointiesitteessä käytetyn valokuvan eikä valmistajaa siten voitu kieltää jatkamasta tai uudistamasta menettelyä. Menettely ei siten ollut sopimatonta. Tapaus kuvastaa SopMenL käyttöalaa siten, että vaatimukset tulee kohdistaa siihen, *joka tosiasiallisesti vastaa* markkinoinnista.

3.2 Harhaanjohtava mainonta ja vertaileva markkinointi

SopMenL säännökset pohjautuvat osittain EU-oikeuteen. Harhaanjohtavan mainonnan osalta taustalla on harhaanjohtavaa mainontaa koskeva direktiivi¹²³ ja siihen tehdyt lisäykset vertailevaa mainontaa koskien¹²⁴. Kyseinen sääntely on konsolidoitu harhaanjohtavasta ja vertailevasta mainonnasta annetulla direktiivillä 2006/114/EY. Sääntelyn tarkoituksena on ollut vahvistaa sallitun vertailevan mainonnan edellytykset ja ratkaisuperiaatteet sen selvittämiseksi, mitkä käytännöt voivat mahdollisesti vääristää yritysten välistä kilpailua, aiheuttaa vahinkoa kilpailijoille taikka vaikuttaa epäedullisesti kuluttajien valintoihin.¹²⁵ Suomessa säännökset implementoitiin ensin kuluttajansuojalakiin ja myöhemmin ne on siirretty osaksi SopMenL:ia.

Kuten edellä on kuvattu, Suomeen on valittu hieman erilainen lähestymistapa sopimatonta menettelyä koskevan lainsäädännön implementointiin. Lähestymistavan mukaisesti

¹²² Kyse oli ”hullut päivät” – ilmaisujen käyttämisessä mainonnassa. Markkinaoikeus katsoi, että Maskun Kalustetalo Oy ei ollut hakemuksessa tarkoitettua mainontaa julkaistessaan menettellyt elinkeinotoiminnassaan hyvän liiketavan vastaisesti eikä muutoinkaan hakijoiden kannalta sopimattomasti.

¹²³ Direktiivi 84/450/ETY.

¹²⁴ Direktiivi 97/55/ETY.

¹²⁵ Direktiivi 2006/114/EY johdantokappale 9.

elinkeinonharjoittajien välisiä suhteita määrittelevä SopMenL on erotettu kuluttajien ja elinkeinonharjoittajien suhteita sääntelevästä KSL:stä. Tältä osin sääntely eroaa esimerkiksi Ruotsista ja Saksasta.¹²⁶

Useimmiten tapauksissa on kyse samanaikaisesti sekä menettelyn harhaanjohtavuuden arvioimisesta että vertailevan markkinoinnin arvioimisesta, jonka vuoksi on luontevaa käsitellä ne samassa yhteydessä. Vertailevaa¹²⁷ ja harhaanjohtavaa¹²⁸ mainontaa on myös arvioitu usein Liiketapalautakunnan ratkaisukäytännössä. Liiketapalautakunnan ratkaisuista huomataan, että sopimattomuuden arviointi on hyvin tapauskohtaista ja etukäteen on vaikeaa määrittellä selkeitä rajanvetotapauksia sille, millaista menettelyä voidaan pitää sopimattomana. SopMenL 2 ja 2a §:ssä säädetään harhaanjohtavasta mainonnasta sekä vertailevasta markkinoinnista:

”Elinkeinotoiminnassa ei saa käyttää totuudenvastaista tai harhaanjohtavaa ilmaisua, joka koskee omaa tai toisen elinkeinotoimintaa ja on omiaan vaikuttamaan hyödykkeen kysyntään tai tarjontaan taikka vahingoittamaan toisen elinkeinotoimintaa.”

”Elinkeinotoiminnassa ei saa käyttää asiaan kuulumattomia seikkoja sisältävää eikä esitystavaltaan tai muodoltaan sopimatonta ilmaisua, joka on omiaan vahingoittamaan toisen elinkeinotoimintaa.”

Pykälän mukaisesti on siis kiellettyä *käyttää totuudenvastaista tai harhaanjohtavaa ilmaisua*, joka koskee omaa tai toisen elinkeinotoimintaa ja on omiaan vaikuttamaan hyödykkeen kysyntään tai tarjontaan taikka vahingoittamaan toisen elinkeinotoimintaa.¹²⁹

Ensinnäkin lain tarkoittamaa ilmaisua tulee tosiasiallisesti *käyttää*, jotta pykälää voidaan soveltaa. Ilmaisua tulee toisin sanoen saattaa sivullisen tietoon siten, että se on vaikeuksitta havaittavissa. Harhaanjohtavan ilmaisun valmistaminen itsessään ei näin ollen ole kiellettyä.¹³⁰

Tapauksessa KKO 1992:11 vastaajan katsottiin SopMenL 1 §:n ja 2 §:n 2 momentin vastaisesti ryhtyneen elinkeinotoiminnassa hyvän liiketavan vastaiseen tekoon ja käyttäneen siinä sopimatonta ilmaisua, joka oli ollut omiaan vahingoittamaan kantajayhtiön elinkeinotoimintaa, kun tämä oli tapauksessa tarkemmin kuvastu rihtynyt toimenpiteisiin työnantajansa

¹²⁶ Syrjä 2016 s. 136.

¹²⁷ ks. esim. ratkaisut LTL 913/2012, LTL 910/2011, LTL 908/2010, LTL 903/2010, LTL 890/2007, LTL 883/2006, LTL 879/2005, LTL 872/2005, LTL 868/2005, LTL 867/2005, LTL 866/2004, LTL 858/2003, LTL 840/2000, LTL 830/1998, LTL 828/1998 ja LTL 825/1998.

¹²⁸ ks. esim. LTL 915/2013, LTL 910/2011, LTL 909/2011, LTL 905/2010, LTL 904/2010, LTL 900/2009, LTL 896/2009, LTL 893/2008, LTL 892/2008, LTL 872/2005.

¹²⁹ SopMenL 2 §:n 1 momentti.

¹³⁰ Aaltonen 1985 s. 70.

isännöintisopimusten siirtämiseksi perustamalleen osakeyhtiölle ja käyttämällä tässä tarkoituksessa tarjouskirjeessään kantajan pätevyyden toimialallaan kyseenalaiseksi asettavaa ilmaisua. Tapauksen perusteluista ilmenee yllä mainittu ilmaisun *käyttöedellytys* sekä alla kuvailtu *vaikuttavuusedellytys*.

3.2.1 Totuudenvastaisuuden ja harhaanjohtavuuden käsitteistä

Totuudenvastaisuudella tarkoitetaan ilmaisua, joka ei vastaa todellisia olosuhteita ja jonka arviointi voidaan tehdä esimerkiksi sellaisten ominaisuuksien avulla, jotka ovat jotenkin objektiivisesti mitattavissa¹³¹ tai joiden paikkansapitämättömyys voidaan osoittaa¹³². Markkinaoikeus on todennut, että harhaanjohtava ilmaisu on käsitteenä laajempi kuin totuudenvastainen ilmaisu.¹³³ Harhaanjohtavuus on käsitteenä laajempi, kuin totuudenvastaisuus, sillä totuudenmukainenkin ilmaisu voi olla harhaanjohtava, jos ilmaisussa jätetään esittämättä jotain oleellista tai ilmaisun vastaanottajan käsitys muodostuu jostain syystä harhaanjohtavaksi.¹³⁴

Liiketapalautakunnan ratkaisussa LTL 918/2017 katsottiin, että ilmaisun epämääräisyys ja tapauksessa käytetty kirje oli sen ulkoasu huomioiden ollut omiaan antamaan harhaanjohtavan kuvan kirjeen luonteesta ja menettely oli siten hyvän liiketavan vastaista. Harhaanjohtavana ja hyvän liiketavan vastaisena voidaan pitää harhaanjohtavan kuvan antamista yrityksen liiketoiminnan laajuudesta ja luonteesta, mikäli yrityksen verkkosivustolla on viitteitä yrityksen kansainvälisestä toiminnasta.¹³⁵

SopMenL säännös koskee perinteisen mainonnan lisäksi kaikkia tilanteita, joissa elinkeinonharjoittaja käyttää ilmaisua, joka tulee jonkun toisen tietoon. SopMenL esitöissä on todettu, että ilmaisu-sanalle on annettava laaja sisältö siten, että se käsittää kaikenlaisen mainonnallisen ilmaisun, jota käytetään elinkeinotoiminnan yhteydessä sekä kaikenlaiset toimenpiteet, teot tai vastaavat menettelyt, joilla tiedotetaan elinkeinonharjoittajan toiminnasta taikka siihen liittyvistä seikoista.¹³⁶ Myös oikeuskäytännössä on todettu, että ilmaisut, jotka ovat *koskeneet kilpailijan elinkeinotoimintaa* ovat sopimatonta menettelyä, mikäli ilmaisut ovat omiaan vaikuttamaan kysyntään tai tarjontaan tai ovat omiaan vahingoittamaan toisen

¹³¹ Bärlund 2014 s. 980 – esimerkiksi juoksukengän paino on tällainen ominaisuus.

¹³² Aaltonen 1985 s. 68.

¹³³ MAO 701/17 kohta 13.

¹³⁴ Aaltonen 1985 s. 69-70.

¹³⁵ LTL 920/2018.

¹³⁶ HE 114/1978 vp s. 12.

elinkeinotoimintaa.¹³⁷ *Ilmaisun* käsite ei siten tarkoita vain sanallisia ilmaisuja, vaan sitä on tulkittava laajasti. Esimerkiksi symboli ja kuvan sommittelu ovat ilmaisuja.¹³⁸

Harhaanjohtavuuteen liittyen Liiketalouselämyksen ratkaisukäytännöstä voidaan poimia muutamia tulkintaohjeita hyvään liiketapaan ja harhaanjohtavuuteen liittyen. Ensinnäkin ratkaisujen LTL 905/2010, LTL 904/2010, LTL 900/2009, LTL 896/2009 mukaan superlatiivien käytön tueksi tulisi kyetä esittämään faktapohjaa. Toiseksi ratkaisujen LTL 893/2008, LTL 892/2008 mukaan *ilmaistujen kohteena olevat* ammattimaisesti toimivat henkilöt voivat vaikuttaa hyvän liiketavan vastaisuuden arviointiin. Lisäksi ratkaisun LTL 872/2005 mukaan sinänsä totuudenmukainen tilastotieto voi olla *tietyissä yhteydessä harhaanjohtavaa*.

3.2.2 Totuudenvastaisuuden ja harhaanjohtavuuden vaikuttavuusedellytys

Totuudenvastaisten tai harhaanjohtavien tietojen käytön kieltäminen edellyttää sitä, että tiedot ovat omiaan vaikuttamaan hyödykkeen kysyntään tai tarjontaan taikka vahingoittamaan toisen elinkeinotoimintaa. Kyse on eräänlaisesta *de minimis* -säännöstä, jonka mukaan kieltoa ei voida määrätä, jos totuudenvastaisuus tai harhaanjohtavuus ei vähäisyytensä vuoksi vaikuta hyödykkeen kysyntään tai tarjontaan taikka toisen elinkeinotoimintaa ei vahingoitu siitä (*vaikuttavuusedellytys*). Markkinaoikeus on niin ikään käyttänyt tätä vaikuttavuusedellytystä ratkaisuisaan. Esimerkiksi eräässä tapauksessa vastaajan ilmamäärään perustuvan markkinoinnin katsottiin olevan omiaan vaikuttamaan ikkunaventtiilien kysyntään.¹³⁹

Toisen elinkeinotoiminnan vahingoittaminen ei välttämättä ilmene kysynnän tai tarjonnan suorana vähenemisenä, vaan myös elinkeinonharjoittajan maineen vahingoittuminen voi olla riittävää sille, että menettely kielletään. Markkinaoikeus on myös käyttänyt sekä vaikuttavuusedellytystä että maineen vahingoittumista kriteerinä arvioidessaan puhelinoperaattorin toiminnan asianmukaisuutta. Tätä koskevassa ratkaisussa todettiin seuraavaa:

”Harhaanjohtavalla markkinoinnillaan Elisa on saanut itselleen perusteetonta kilpailuetua ja heikentänyt muiden operaattorien mainetta. Elisan markkinointi on siten ollut omiaan vaikuttamaan liittymätuotteiden kysyntään ja tarjontaan sekä vahingoittamaan muiden operaattoreiden elinkeinotoimintaa”.¹⁴⁰

¹³⁷ MAO 283/08.

¹³⁸ Bärlund 2014 s. 980.

¹³⁹ MAO:113/13 perustelut kohta 20.

¹⁴⁰ MAO:701/17.

Mikäli kyseessä olevien elinkeinonharjoittajien välillä on kilpailuasetelma, voidaan yleisesti katsoa, että harhaanjohtavat ja totuudenvastaiset ilmaisut ovat omiaan vaikuttamaan kysyntään ja tarjontaan.¹⁴¹ Elinkeinonharjoittajalla on kuitenkin myös oikeus saada oikeussuojaa SopMenL nojalla, vaikka tämä elinkeinonharjoittaja ei olisikaan sopimattomaan menettelyyn syyllistyvän elinkeinonharjoittajan nimenomainen kilpailija. Oikeussuojaa voidaan antaa elinkeinonharjoittajalle, joka ei kilpaile samoilla markkinoilla,¹⁴² mikäli elinkeinonharjoittajalla on riittävä oikeudellinen intressi oikeussuojan saamiseksi.¹⁴³ Esimerkkinä *Bärlund* on maininnut elinkeinonharjoittajan, jonka liike- tai yrityssalaisuuksia loukataan. Elinkeinonharjoittaja voi tällöin nojautua SopMenL:n (tai liikesalaisuuden osalta nykyään liikesalaisuuslain) oikeussuojakeinoihin sopimattoman menettelyn päättämiseksi.

On myös huomionarvoista, että myös totuudenmukaisten tietojen antaminen voi olla sopimatonta tai harhaanjohtavaa, mikäli tässä yhteydessä on jätetty ilmaisematta tapauksen kannalta tärkeitä tietoja.¹⁴⁴ Esimerkkinä sinänsä totuudenmukaisten tietojen hyvän tavan vastaisuudesta ja harhaanjohtavuudesta on tapaus, jossa yritys oli markkinoinut hyödykkeensä edullisuutta ja verrannut mainostamansa hyödykkeen hintaa suhteessa kilpailijan hyödykkeeseen ja tässä yhteydessä esittänyt omiensa sekä kilpailevien hyödykkeiden hintakehitysten käyrät, jotka osoittivat, että kilpailevan hyödykkeen hinnat olivat nousseet. Vaikka tilastotieto oli sinänsä totuudenmukainen. Mainosta oli kokonaisuutena arvioiden pidettävä harhaanjohtavana ja hyvän liiketavan vastaisena.¹⁴⁵

Vastaavanlainen tapaus oli käsillä Liiketapalautakunnan arvioidessa markkinoinnin totuudenvastaisuutta ja harhaanjohtavuutta, kun vastaaja oli markkinoinnissaan kertonut, että osa vastaavien tuotteiden valmistajista testaa tuotettaan eri tavalla antaen ymmärtää, että kilpailijoiden tapa testata tuotteitaan ei ollut yhtä hyvä kuin vastaajan tapa. Liiketapalautakunta totesi, että vastaajan käyttämät ilmaisut olivat harhaanjohtavia ja sopimattomia kilpailijoiden kannalta ja, että vastaaja oli menetellyt hyvän liiketavan vastaisesti.¹⁴⁶

¹⁴¹ Paloranta 2008 s. 162.

¹⁴² MAO 48/08.

¹⁴³ Bärlund 2014 s. 976.

¹⁴⁴ MAO 224/05.

¹⁴⁵ LTL 872/2005.

¹⁴⁶ LTL 910/2011.

3.2.3 Vertaileva markkinointi

Vertailevaa markkinointia koskevat säännökset implementoitiin kuluttajansuojalakiin EU:n direktiivin johdosta vuonna 2000.¹⁴⁷ Implementoinnin myötä laissa sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa oli vain viittaussäännös kuluttajansuojalakiin. Mainittu direktiivi perustuu sitä edeltäneeseen harhaanjohtavaa mainontaa koskevien jäsenvaltioiden lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten lähentämisestä annettuun neuvoston direktiiviin 84/450/ETY.

Vuonna 2000 ei vertailevasta mainonnasta ei ollut erikseen säädetty, vaan siihen sovellettiin markkinointisäädösten yleislausekkeita ja harhaanjohtavaa mainontaa koskevia erityissäännöksiä. Vertailevaa mainontaa koskeva oikeuskäytäntö oli pohjoismaissa ollut pitkälti yhdenmukaista.¹⁴⁸

Kun vertaileva markkinointi otettiin osaksi lainsäädäntöä, oli siihen suhtauduttu Euroopassa suhteellisen kielteisesti esimerkiksi Alankomaissa, Belgiassa, Luxemburgissa, Italiassa Saksassa Ranskassa ja Espanjassa. Maakohtaisesti vertaileva markkinointi oli mainituissa maissa joko kiellettyä, siihen suhtauduttiin kielteisesti tai sen käytölle asetettiin erityisedellytyksiä.¹⁴⁹

Vertailevaa markkinointia koskeva sääntely siirrettiinkin kuluttajansuojalaista SopMenL piiriin aiemmin mainitun, vuoden 2008 kuluttajansuojalain uudistuksen yhteydessä. Muutos katsottiin tarpeelliseksi siltä osin kuin kuluttajansuojalain sääntely koski seikkoja, joilla on enemminkin merkitystä kilpailijan, kuin kuluttajan kannalta.¹⁵⁰ Nykyisin SopMenL 2a §:n mukainen vertaileva markkinointi tarkoittaa tilannetta, jossa elinkeinonharjoittaja omassa markkinoinnissaan suorasti tai epäsuorasti vertailee itseään tai omia hyödykkeitään toiseen elinkeinonharjoittajaan taikka toisen elinkeinonharjoittajan hyödykkeisiin.¹⁵¹ Epäsuora vertaileva markkinointi voi kuitenkin Liiketapalautakunnan mukaan olla sellaista, että siitä ei kyetä tunnistamaan vertailun kohdetta siinä määrin, että menettely olisi hyvän liiketavan vastaista.¹⁵²

Vertailevalla mainonnalla tarkoitetaan kaikkea mainontaa, josta suoraan tai epäsuorasti voidaan tunnistaa kilpailija tai kilpailijan tarjoamat tavarat tai palvelut.¹⁵³ Ratkaisussa MAO 701/17

¹⁴⁷ Direktiivi 97/55/EY liittyi vertailevaan mainontaan, mutta se on sittemmin kumottu direktiivillä 2006/114/EY, annettu 12 päivänä joulukuuta 2006, harhaanjohtavasta ja vertailevasta mainonnasta.

¹⁴⁸ HE 79/2000 vp s. 13.

¹⁴⁹ HE 79/2000 vp s. 13 sekä Barigozzi – Peitz 2004 s. 10.

¹⁵⁰ HE 32/2008 vp s. 14.

¹⁵¹ Bärlund 2014 s. 982-983

¹⁵² LTL 903/2010(arvioitavana oli kilpailijan halventaminen ja vertaileva markkinointi).

¹⁵³ Direktiivin 2006/114/EY 2 artiklan c alakohdan mukaan.

markkinaoikeus on todennut yllä olevan lisäksi ¹⁵⁴, että unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä on katsottu vertailevan mainonnan määritelmä laajaksi siten, että se kattaa kaikki vertailevan mainonnan muodot. On siten riittävää, että on olemassa tieto, jossa vaikka vain epäsuorasti viitataan kilpailijaan tai tämän tarjoamiin tavaroihin tai palveluihin.¹⁵⁵

Vertaileva markkinointi on sallittua, mikäli SopMenL 2a §:n seitsemän alakohdan edellytykset täyttyvät. Oikeuskirjallisuudessa on käsitelty kyseisiä kriteereitä tarkemmin, mutta tässä yhteydessä en avaa niiden sisältöä muutoin, kuin myöhemmän arvioinnin yhteydessä tarvittaessa. *Bärlund* on hahmotellut listaa seuraavasti:

- 1) Sallittavuuden kriteerit eli totuudenmukaisuus ja harhaanjohtamattomuus;
- 2) käyttötarkoituksiarvointi;
- 3) puolueettomuusarviointi;
- 4) sekaannusvaara;
- 5) halventamisen kieltö;
- 6) norkkiminen;
- 7) muut edellytykset.

Korkein oikeus on vertailevan markkinoinnin tapauksissa ratkaisujensa perusteluissa vakiintuneesti todennut, että vertailevassa mainonnassa korostuu vaatimus esitettävien seikkojen totuudellisuudesta.

3.2.4 Vertailevan markkinoinnin arviointia oikeuskäytännössä

Tapauksessa KKO 2008:96 todettiin, että vertailulle asetettava oikeellisuusvaatimus on verraten ankara (*ankara oikeellisuusvaatimus*), sillä virheellinen vertailu voi johtaa kuluttajia harhaan ja vahingoittaa kilpailijan elinkeinotoimintaa.

Tapauksesta ilmenee tavanomainen harhaanjohtavaan vertailuun liittyvä piirre, eli se, että monissa tapauksissa harhaanjohtavaan vertailuun liittyy myös sopimaton testitulosten tai tässä tapauksessa tutkimusten hyväksikäyttö.¹⁵⁶ Tämän vuoksi on vakiintuneesti katsottu, että vertailevaa mainontaa käyttävän elinkeinonharjoittajan on kyettävä perustelemaan ja näyttämään toteen vertailun oikeellisuus.¹⁵⁷

¹⁵⁴ ks. kohdat 7-9.

¹⁵⁵ ks. tältä osin esim. tuomio 25.10.2001, *Toshiba Europe*, C-112/99, EU:C:2001:566, 30 ja 31 kohta sekä tuomio 8.4.2003, *Pippig Augenoptik*, C-44/01, EU:C:2003:205, 35 kohta.

¹⁵⁶ *Castrén* 1997 s. 247.

¹⁵⁷ KKO 2008:96 kohta 4.

Kyseisessä tapauksessa KKO 2008:96 TeliaSonera Finland Oyj (jäljempänä TeliaSonera) vaati hakemuksessaan, että Elisa Oyj:tä (jäljempänä Elisa) kielletään väliaikaisesti vähintään 150 000 euron sakon uhalla käyttämästä markkinoinnissaan tiettyjä ilmaisia, jotka liittyivät lähinnä Elisan verkon kattavuuteen. Korkeimman oikeuden enemmistö katsoi, että Elisan vertailevien ilmaisujensa tueksi esittämää ei lähtökohtaisesti voitu pitää ainakaan ilmeisen virheellisenä tai asiaan vaikuttamattomana.

Tapauksessa Elisa oli esittänyt yksityiskohtaisia tietoja teettämästään tutkimuksesta ja tutkimuksen suorittaneesta yhtiöstä. TeliaSonera ei puolestaan esittänyt sellaista selvitystä, joka suoraan olisi riittänyt kumoamaan Elisan teettämän tutkimuksen merkityksen.¹⁵⁸ Eri mieltä olleiden jäsenten mukaan tutkimus ei lähtökohtaisesti osoita todeksi Elisan käyttämiä ilmaisia, jotka koskevat yleistäen koko maata tai toimialaa.¹⁵⁹

Vertailut seikat on myös valittava niin, että vertailun kohteista syntyy oikea kokonaiskuva. Elinkeinonharjoittajan on kyettävä osoittamaan vertailussa esitettävät tiedot riidattomiksi tosiasioiksi.¹⁶⁰ Vertailevan mainonnan osalta on lisäksi erityisesti korostettu totuudenmukaisuuden ja harhaanjohtamattomuuden vaatimuksia.¹⁶¹

Ratkaisun KKO 2008:96, enemmistön kannasta poiketen eri mieltä olleet oikeusneuvokset katsoivat, että väliaikaisen kiellon tarkoitus on mahdollistaa nopea puuttuminen sopimattomaan menettelyyn elinkeinotoiminnassa ja estää kiellettyjen häiriöiden aiheuttaminen kilpailutilanteeseen. Tämän vuoksi TeliaSoneralle Elisan menettelyn jatkamisesta tai toistamisesta aiheutuva vahinko olisi ollut markkinoinnin toteuttamistapa ja vaikutukset huomioon ottaen todennäköisesti kokonaisuutena arvioiden laajempaa ja pitkäaikaisempaa kuin Elisalle väliaikaisesta kiellosta aiheutuva vahinko.

Luonnollisesti yllä kuvattuun ratkaisuun liittyvä pääasia ratkaistiin myöhemmin korkeimman oikeuden ratkaisulla. Ratkaisusta KKO 2011:42 on tunnistettavissa - edellä kuvattuun *Bärlundin* listaan hieman peilaten- muutama vertailevaa markkinointia koskeva ohje:

1. vertailulle asetettava *ankara oikeellisuusvaatimus*¹⁶² (kohta 4);

¹⁵⁸ KKO 2008:96 kohta 10.

¹⁵⁹ Koska tutkimuksen tiivistelmässä oli lisäksi todettu, että tutkituillakin alueilla jonkin toisen operaattorin 3G-matkapuhelinverkko voi olla laajempi tai vahvempi kuin Elisan vastaava verkko.

¹⁶⁰ ks. oikeuskäytäntöä Paloranta 2008 s. 167-169.

¹⁶¹ HE 79/2000 vp s. 7.

¹⁶² kohta 4. Virheellinen vertailu johtaa kuluttajia harhaan ja vahingoittaa alan elinkeinotoimintaa. Kuten korkein oikeus jo ratkaisussaan 2008:96 on todennut, tästä syystä vertailulle on perusteltua asettaa ankara oikeellisuusvaatimus. Vakiintuneesti on katsottu, että vertailevaa mainontaa käyttävän elinkeinonharjoittajan on kyettävä perustelemaan ja näyttämään toteen vertailun oikeellisuus. Tässä tapauksessa tulevat arvioitaviksi sekä markkinoinnissa käytettyjen ilmaisujen mahdollinen totuudenvastaisuus että mainonnan mahdollinen harhaanjohtavuus.

2. *olennaisen ja merkityksellisen ominaisuuden käyttövaatimus* vertailussa käytettyjen ilmaisujen totuudenmukaisuuden ja harhaanjohtamattomuuden osoittamisessa¹⁶³ (kohta 6 ja 16);
3. *tutkimustiedon tuottajan puolueettomuusvaatimus* eli toimeksiantosuhteen ja aiemman yhteistyön merkitys tutkimustiedon tekijään nähden (kohta 7-8);
4. *markkinointiajankohdan totuudenmukaisuusvaatimus* eli on riittävää, että ilmaiset ovat olleen paikkaansa pitäviä silloin, kun ilmaisia on käytetty. (kohta 10-12).

Kohtien 1-3 osalta myös Liiketalautakunnan ratkaisukäytännössä on todettu¹⁶⁴, että sellainen mainonnassa esitetty tosiasiaväite, joka perustuu olennaiseen ja merkitykselliseen seikkaan, jota voidaan vertailla, ei muodosta hyvän liiketavan vastaista menettelyä, mikäli mainokset antavat kokonaisuutena arvioiden parhaan mahdollisen yleisesti saatavissa olevaan tietoon perustuvan kokonaiskuvan vertailun kohteena olevasta seikasta. Puolueettomuusvaatimukseen liittyen myös Liiketalautakunta on todennut, että tulee olla riidatonta, että vertailu on tehty *yhteismitallisesti ja puolueettomasti*, jotta kyseinen vaatimus täyttyisi.¹⁶⁵

Myös markkinaoikeus on myöhemmässä ratkaisukäytännössään noudattanut vastaavaa tulkintakäytäntöä.¹⁶⁶ Vertailtavuuden sopimattomuuteen liittyen tuoreemman teleoperaattorien välisen tapauksen perusteluista voidaan koostaa yhteenveto sovellettavista arviointiperiaatteista:

1. vertailun *kokonaisvaikutelma* kohderyhmän näkökulmasta. (perustelukappale 29);
2. se seikka, *tunnistetaanko* markkinoinnista nimenomaisesti tietty kilpailija tai sen markkinoima hyödyke, ei ole edellytyksenä sille, että markkinointia voidaan pitää vertailevana markkinointina. (perustelukappale 31);
3. sisältääkö käytetty ilmaisu negatiivisen arvolutauksen tai ovatko käytetyt ilmaiset merkinneet vertailukohteen esittämistä negatiivisessa valossa. (perustelukappaleet 38, 72);

¹⁶³ kohta 6. Elisa ja Saunalahti ovat vedonneet European Communications Engineering Oy:n (jäljempänä ECE) tekemiin tutkimuksiin 3G-verkkojen kuuluvuudesta Suomessa. Tutkimuksissa on mitattu signaalitasoa eli kentän voimakkuutta tietyillä paikkakunnilla. Kentän voimakkuutta voidaan käyttää 3G-verkon kattavuuden arviointiin, mutta se ei ole ainoa tekijä, jos arvioidaan puhe- ja datapalveluiden toimivuutta 3G-verkossa. Asiassa on selvitetty, että kentän voimakkuuden mittaamista on yleisesti käytetty selvitettyäessä 3G-verkon peittoaluetta. Näin ollen kentän voimakkuus on sellainen olennainen ja merkityksellinen ominaisuus, joka voi olla vertailun kohteena.

¹⁶⁴ Tapauksessa LTL 913/2012 arvioinnin kohteena oli vertaileva markkinointi ja totuudenvastainen ilmaisu.

¹⁶⁵ Tapauksessa LTL 910/2011 arvioinnin kohteena oli harhaanjohtava markkinointi, vertaileva markkinointi sekä kilpailijan halventaminen.

¹⁶⁶ MAO 701/17 kohta 10: ”Korkeimman oikeuden oikeuskäytännössä on edelleen vakiintuneesti katsottu, että vertailevaa markkinointia käyttävän elinkeinonharjoittajan on kyettävä perustelemaan ja näyttämään toteen vertailun oikeellisuus. Vertailun tulee olla totuudenmukainen markkinoinnin hetkellä. Kun virheellinen vertailu voi johtaa kuluttajaa harhaan ja vahingoittaa kilpailijan elinkeinotoimintaa, on selvää, että vertailulle asetettava oikeellisuusvaatimus on verraten ankara (ks. korkeimman oikeuden ennakkopäätökset KKO 2008:96, 2011:42 ja 2011:88).”

4. markkinoinnissa luodun mielikuvan tulee perustua tosiasiapohjaan. (perustelukappale 38, 45, 72);
5. huumorin käyttämistä markkinoinnin tehokeinona voidaan pitää sinänsä lähtökohtaisesti sallittuna, mutta markkinointi ei kuitenkaan saa luoda vaikutelmaa, että mainoksella halvennetaan tai väheksytään kilpailijaa tai tämän tuotetta. (perustelukappale 56);
6. sopimattomuuden täytyminen edellyttää jossain määrin käytettyjen ilmaisujen konkreettisuutta. Käytettyjen ilmaisujen abstraktius voi vaikuttaa siten, ettei osa käytetyistä ilmaisuista ole sopimattomia. (perustelukappale 67 ja 96).¹⁶⁷

Kohtiin 1 ja 2 liittyen voidaan toisaalta nostaa esiin liiketapalautakunnan ratkaisu LTL 917/2016, jossa katsottiin, että hakija ei kyennyt osoittamaan, että markkinoinnin kohderyhmä tunnistaisi hakijan käyttämän ilmaisun X juuri hakijan tuotteen tunnuksiksi. Tämä vaikuttaisi siis siltä, että vaikka vertailu sinänsä ei edellytä tunnistettavuutta niin hyvän liiketavan vastaisuus edellyttäisi.

3.3 Muut SopMenL tilanteet

3.3.1 Myynninedistämistä koskeva säännös

Edellä olen esitellyt keskeiset sopimattoman menettelyn muodot. SopMenL pitää sisällään myös muita säännöksiä sopimattomaan menettelyyn liittyen, mutta käsittelen niitä ainoastaan jäljempänä muun esityksen ohessa tarkemmin.

Edellä käsiteltyjen erityissäännösten lisäksi laki sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa sisältää nykyään siis vain myynninedistämistä koskevan suppean säännöksen. Säännöksen tarkoituksena on varmistaa, että elinkeinonharjoittaja huolehtii riittävän informaation antamisesta markkinointitoimenpiteiden yhteydessä. Säännöksen (SopMenL 3§:n 3 momentti) sanamuoto on seuraava:

”Jos markkinoinnissa tarjotaan alennuksia, kylkiäisiä tai muita erityisiä etuja tai jos markkinointiin liittyy arvontoja, yleisökilpailuja tai pelejä, etujen saamista tai arvontoihin, kilpailuihin ja peleihin osallistumista koskevien ehtojen on oltava selkeitä ja ymmärrettäviä sekä helposti saatavilla”.

Lähtökohtaisesti ei ole kiellettyä kytkeä edun saamista esimerkiksi hyödykkeen myyntiin, ostamiseen, tilaamiseen. Sopimatonta voi kuitenkin olla se, jos etujen arvo nousee korkeaksi.¹⁶⁸

¹⁶⁷ MAO 701/17.

¹⁶⁸ Bärlund 2014, jatkuva e-julkaisu, s. VI.1 - Alennukset, kylkiäiset, arvonnat ja muut edut.

Vastaavanlaiset säännökset ovat myös mainonnan kansainvälisten perusääntöjen liiteosassa, että perussäännöissä.¹⁶⁹ Nykyään sattumanvaraisen edun sallittavuuden arviointi tapahtuu yleislausekkeen perusteella, sillä sattumanvaraisia etuja koskeva kielto kumottiin vuonna 2011.

3.3.2 Liikesalaisuus

SopMenL 4 §:ssä oli aiemmin neljä eri säännöstä elinkeinonharjoittajan suojaksi. Liikesalaisuuksien ohessa SopMenL 4 §:ssä suojattiin myös elinkeinonharjoittajien teknisiä ohjeita ja esikuvia siltä osin kuin ne on uskottu jollekulle:

”Kukaan ei saa oikeudettomasti hankkia tai yrittää hankkia tietoa liikesalaisuudesta eikä käyttää tai ilmaista näin hankkimaansa tietoa.

Joka elinkeinonharjoittajan palveluksessa ollessaan on saanut tiedon liikesalaisuudesta, ei saa sitä palvelusaikanaan oikeudettomasti käyttää eikä ilmaista hankkiakseen itselleen tai toiselle etua tai toista vahingoittaakseen.

Joka elinkeinonharjoittajan puolesta tehtävää suorittaessaan on saanut tiedon liikesalaisuudesta tai jolle työn tai tehtävän suorittamista varten taikka muuten liiketarkoituksessa on uskottu tekninen esikuva tai tekninen ohje, ei saa sitä oikeudettomasti käyttää eikä ilmaista.”

Ensimmäinen suojan kohde koskee liikesalaisuuksia, jotka on saatettu sellaisen henkilön tietoon, joka elinkeinonharjoittajan puolesta suorittaa tiettyä tehtävää. Tällaisia henkilöitä ovat esimerkiksi elinkeinonharjoittajan käyttämät asiantuntijat kuten juristit, arkkitehdit ja tekniset konsultit jne.¹⁷⁰ Toinen suojan kohde on näille henkilöille asetettu kielto oikeudettomasti käyttää taikka ilmaista tehtävässään saamiaan liikesalaisuuksia, mikä merkitsee sitä, että se, joka on saanut toiselta tiedon liikesalaisuudesta, teknisestä esikuvasta tai teknisestä ohjeesta tietäen, että tämä on hankkinut tai ilmaissut tiedon oikeudettomasti, ei saa sitä käyttää eikä ilmaista.

Huomionarvoista on, että kyseinen velvollisuus olla käyttämättä tai ilmaisematta tietoa liikesalaisuudesta, teknisestä esikuvasta tai teknisestä ohjeesta ei ole ajallisesti rajattu, vaan se kestää niin kauan kuin liikesalaisuudella taikka teknisellä esikuvalla tai ohjeella on taloudellista merkitystä.¹⁷¹

¹⁶⁹ Aaltonen 1985 s. 135-138.

¹⁷⁰ HE 114/1978 vp, s. 15.

¹⁷¹ Bärlund 2014, jatkuva e-julkaisu, s. VI.1 Liike- ja yrityssalaisuudet.

Vedottaessa liikesalaisuuden oikeudettomaan käyttöön tai ilmaisuun, tulee kyetä näyttämään oikeudenkäynnissä todennäköiseksi, että liiketarkoituksessa uskottuja teknisiä esikuvia tai teknisiä ohjeita on oikeudettomasti käytetty tai ilmaistu. Kyseisten esikuvien tai ohjeiden tulee lisäksi olla sellaisia, mitä voidaan ylipäättänsä käyttää tai ilmaista oikeudettomasti.¹⁷²

Vuonna 2016 annetulla EU:n liikesalaisuusdirektiivillä¹⁷³ yhdenmukaistettiin jäsenvaltioiden liikesalaisuuksien suojaa koskevaa lainsäädäntöä. Kyseinen direktiivi implementoitiin vastikään Suomessa siten, että liikesalaisuuksien suojasta säädetään jatkossa uudessa liikesalaisuuslaissa 595/2018. Tästä syystä liikesalaisuuksien suojaa koskeva sääntely sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa annetusta laista kumottiin.

Uusi liikesalaisuuslaki käsittää myös uuden vahingonkorvaussäännöksen, jonka lähtökohtana on tosiasiallisen vahingon korvaaminen täysimääräisenä, jos loukkaus on tehty tahallisesti tai tuottamuksellisesti. Vahingonkorvausta koskevan pykälän tavoitteena on, ettei liikesalaisuutta loukannut henkilö voisi hyötyä oikeudettomasta toimintatavasta ja vahinkoa kärsinyt liikesalaisuuden haltija palautettaisiin mahdollisuuksien mukaan tilanteeseen, joka olisi vallinnut ilman kyseistä toimintatapaa.

Lisäksi vahingonkorvausta koskevassa pykälässä on määräys kohtuullisesta käyttöhyvityksestä. Jos huolimattomuus on lievää, korvausta voitaisiin sopia. Myös säännös käyttökorvauksesta, joka pykälässä säädettyjen edellytysten täytyessä määrätään maksettavaksi liikesalaisuuden haltijalle kiellon asettamisen tai korjaavien toimenpiteiden määräämisen sijaan on hieman erilainen aiemmasta SopMenL järjestelmästä. Erona vahingonkorvaukseen käyttökorvauksessa korvataan liikesalaisuuden hyödyntämistä tuomioistuimen ratkaisun antamisen jälkeen.

Liikesalaisuusasioita ei ole käsitelty tarkemmin siitä syystä, että järjestelmä on nykyään muussa laissa kuin SopMenL:ssä.¹⁷⁴

3.4 Sanktiot sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa

3.4.1 Kielto, oikaisu ja muut sanktiot

SopMenL 6 §:n mukaan elinkeinonharjoittajaa voidaan kieltää jatkamasta tai uudistamasta 1–3 §:n vastaista menettelyä. Myös elinkeinonharjoittajaa, joka on käyttänyt toisen liikesalaisuutta, teknistä esikuvaa tai teknistä ohjetta taikka ilmaissut sen, voidaan kieltää

¹⁷² MAO 320/18 kohta 2.2.2 ja 2.2.3.

¹⁷³ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EU) 2016/943.

¹⁷⁴ Ks. Liikesalaisuuteen liittyvästä arvioinnista SopMenL:n yhteydessä MAO 110-112/15.

jatkamasta tai uudistamasta tällaista menettelyä. Molempien edellä mainittujen kieltojen tehostamiseksi voidaan määrätä uhkasakko, jollei se erityisestä syystä ole tarpeeton. Mainitut kiellot voidaan määrätä myös väliaikaisena, jolloin kiello on voimassa, kunnes asia on lopullisesti ratkaistu.

Elinkeinonharjoittajan ensisijaisena oikeussuojakeinona on siis tehdä hakemus markkinaoikeudelle sopimattoman menettelyn kieltämiseksi.¹⁷⁵ Huomattava osa sopimattomasta menettelyä koskevasta oikeuskäytännöstä liittyykin juuri SopMenL mukaisen kiellon hakemiseen. Esimerkiksi viimeaikaisesta oikeuskäytännöstä voidaan mainita tapaus, jossa BMW vaati, että markkinaoikeus kieltää Vannetukkaa 200 000 euron sakon uhalla jatkamasta tai uudistamasta menettelyä, jossa se käytti markkinoinnissa ja myynnissä tiettyjä mallinimityksiä, jotka olivat sekoitettavissa BMW:n mallinimityksiin tai joilla luotiin mielleyhtymä BMW:hen tai sen mallinimityksiin tarkoituksena hyötyä BMW:n ja sen mallinimitysten maineesta.¹⁷⁶

Vastaavasti toisessa tuoreessa tapauksessa Martela Oyj vaati markkinaoikeuden päätöksellä 16.11.2016 numero 672/16 Isku Interior Oy:lle määrätyn kiellon tehosteeksi asetetun 100.000 euron uhkasakon Isku Interior Oy:n maksettavaksi.¹⁷⁷ Kyseinen aiemmin määrätty uhkasakko oli määrätty Iskulle, kun sen oli todettu menetelleen sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa annetun lain vastaisesti.¹⁷⁸

Laissa tai esitöissä ei ole mitään erityisiä rajoituksia tuomioistuimen toimivallasta antaa väliaikaista kielloa, mutta se tulisi kuitenkin antaa vain silloin, kun on todennäköistä, että lain 1-3 §:n vastainen menettely tullaan vähintään samassa laajuudessa kieltämään myös lopullisessa ratkaisussa.¹⁷⁹

Hallituksen esitystä edeltäneiden lainvalmisteluasiakirjojen¹⁸⁰ mukaan arvioitaessa väliaikaisen kiellon määräämisen tarvetta merkitystä on annettava muun ohessa sille, kuinka selvästi teko on mainitun lain säännösten tai niille soveltamiskäytännössä annettujen tulkintojen vastainen. Toisaalta huomioon tulee ottaa ne seuraukset, jotka kieltovaatimuksen kohteena olevalla menettelyllä on tai voi olla elinkeinonharjoittajille ja kuluttajille, sekä kiellon

¹⁷⁵ Bärlund 2014 s. 996.

¹⁷⁶ MAO:494/18 vaatimus 7.

¹⁷⁷ MAO:54/18 vaatimus 1.

¹⁷⁸ MAO:672/16.

¹⁷⁹ HE 114/1978 vp s. 17-18 ja esim. MAO väliaikaiset päätökset Dnro 47/07/M1, Dnro 26/12/M1 sekä Dnro 344/11/M1.

¹⁸⁰ sekä MAO väliaikainen päätös Dnro 47/07/M1.

seuraukset sen kohteeksi joutuvan kannalta.¹⁸¹ Kiellon hakijan tulee esittää vaatimuksensa menestymiseksi vaatimansa kiellon tueksi *riittävän todennäköisiä* perusteita.¹⁸²

Määrätessään kyseessä olevaa kieltoa, markkinaoikeus voi SopMenL 8 §:n nojalla myös velvoittaa kiellon saavaa elinkeinonharjoittajaa ryhtymään tarvittaviin oikaisutoimiin määrätyn ajan kuluessa, jos tätä pidetään teosta aiheutuvien *ilmeisten haittojen* takia tarpeellisenä. Esimerkiksi elinkeinonharjoittaja voidaan velvoittaa ilmoittamaan asiakkailleen, että tämä on antanut harhaanjohtavaa informaatiota.¹⁸³

SopMenL sanktiosäännösten lisäksi rikoslaista ja esimerkiksi arvopaperimarkkinaoikeudesta löytyy vilpillisen kilpailun ehkäisemiseen liittyviä normeja¹⁸⁴. Elinkeinorikoksia koskeva 30 luku pitää sisällään useita säännöksiä vilpillisen kilpailun ehkäisemiseksi, kuten esimerkiksi markkinointirikoksen¹⁸⁵, kilpailumenettelyrikoksen¹⁸⁶, yritysvakoilun¹⁸⁷, yrityssalaisuuden rikkomisen¹⁸⁸, yrityssalaisuuden väärinkäytön¹⁸⁹ ja lahjontarikokset¹⁹⁰. Aiemmin selvitetyn rajauksen vuoksi näitä ei niin ikään käsitellä tarkemmin.

3.5 SopMenL vastaisella menettelyllä aiheutettu vahinko

SopMenL 7 a §:ssä säädetään vahingonkorvauksesta. Pykälä pitää sisällään viittaussäännöksen, jonka mukaan puheena olevan lain vastaisella menettelyllä aiheutetun vahingon korvaamisesta säädetään vahingonkorvauslaissa (412/1974).¹⁹¹ Hallituksen esityksen mukaan mainitulla viittaussäännöksellä ei ole vaikutusta vahingonkorvausvastuun aineelliseen sisältöön.¹⁹² Näin ollen sopimatonta menettelyä koskevan vahingonkorvauksen osalta sovelletaan lähtökohtaisesti vahingonkorvauslakia ja vahingonkorvausoikeudellisia periaatteita. Sovellettavaksi tällöin tulee vahingonkorvauslain 5 luvun 1 §:n mukainen järjestelmä, jonka nojalla voidaan myöntää vahingonkorvausta sellaisesta taloudellisesta vahingosta, jolla ei ole yhteyttä henkilö- taikka esinevahinkoon. Mainituissa tilanteissa vahinko tulee olla aiheutettu:

1) rangaistavaksi säädetyllä teolla;

¹⁸¹ ks. tarkemmin komiteanmietinnöt 1971:B24 s. 33 ja 1977:40 s. 46.

¹⁸² MAO väliaikainen päätös Dnro 26/12/M1.

¹⁸³ Bärlund 2014 s. 997.

¹⁸⁴ Bärlund 2014 s. 978.

¹⁸⁵ RL 30 luku 1 §.

¹⁸⁶ RL 30 luku 2 §.

¹⁸⁷ RL 30 luku 4 §.

¹⁸⁸ RL 30 luku 5 §.

¹⁸⁹ RL 30 luku 6 §.

¹⁹⁰ RL 30 luku 7-8 §.

¹⁹¹ ”Tämän lain vastaisella menettelyllä aiheutetun vahingon korvaamisesta säädetään vahingonkorvauslaissa (412/1974)”.

¹⁹² HE 124/2012 s. 116.

2) julkista valtaa käytettäessä taikka;

3) muissa tapauksissa edellyttäen, että vahingonkorvaukselle on erittäin painavia syitä.

Tämän tutkielman kannalta arvioitavaksi tulee lähinnä erittäin painavalla syyllä korvattavat vahingot ja millä edellytyksillä niitä määrätään korvattaviksi. VahL käsittää myös joukon rajoittavia säännöksiä, joiden nojalla vastuuta ei synny, vaikka tuottamus ja vahingonkorvauksen edellytyksen olisivatkin käsillä. Rajoittavat säännökset koskevat muun muassa tässä tutkielmassa käsiteltävän puhtaan varallisuusvahingon korvattavuuden lisäksi vahingonkärsijän myötävaikuttamista, vastuun määrää sekä kohtuullistamista.¹⁹³

4. VAHINGONKORVAUSLAIN SYSTEMATIikka JA KORVATTAVAT VAHINGOT

4.1 Yleistä sopimuksen ulkoisesta vastuusta

Vahingonkorvausoikeudellisessa normistossa on vakiintuneesti erotettu sopimuksenukoinen ja sopimusperusteinen korvausvastuu.¹⁹⁴ Laista tämä ilmenee siten, että vahingonkorvauslain soveltamisalan ulkopuolelle on jätetty sopimukseen perustuva vastuu.¹⁹⁵

Sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa annetulla lailla ei myöskään suojata sopimusosapuolta toisen sopimusosapuolen sopimuksen vastaiselta menettelyltä.¹⁹⁶ Vastuumuotojen yleisissä periaatteissa ilmenee myös eroja. Sopimatonta menettelyä koskevan arvioinnin kannalta on huomionarvoista se, että puhtaiden varallisuusvahinkojen korvaaminen sopimuksenukoisessa vastuussa on rajoitettua. Sopimusvastuussa taas kyseinen vahinkolaji on korvauskelpoinen ilman erityisedellytyksiä.

Toinen eroavaisuus on todistustaakan jako. Sopimuksenukoisessa vahingonkorvauksessa vahingon kärsineellä osapuolella on lähtökohtaisesti näyttötaakka vastuuperusteesta, vahingosta, vahingon välisestä syy-yhteydestä sekä vahingon määrästä.¹⁹⁷ Vastaavasti sopimusvastuun yleisiin oppeihin kuuluvan ekskulpaatiosäännön mukaan sillä osapuolella, joka on laiminlyönyt suoritusvelvollisuutensa, on näyttötaakka sen osalta, että vahinko ei ole syntynyt tuottamuksen seurauksena.¹⁹⁸

¹⁹³ Stålberg – Karhu 2013 s. 79-80.

¹⁹⁴ Toinen käytetty jaottelu on deliktivastuu-sopimusvastuu -terminologia.

¹⁹⁵ VahL 1:1.

¹⁹⁶ MAO 236/14.

¹⁹⁷ Hermunen ym. 2014 s.10.

¹⁹⁸ Hemmo 2005 s. 3-4

Vahinko-termi terminologisessa merkityksessä tarkoittaa odottamatonta ulkoista tapahtumaa, joka aiheuttaa vahingonkärsijän näkökulmasta haitallisen seuraamuksen.¹⁹⁹ Differenssiopin mukaisesti, vahinko on mielletävissä toteutuneen ja hypoteettisen tapahtumakulun väliseksi erotukseksi.²⁰⁰

Tämän määrittelyn puitteissa vain osa *vahingoista* on korvattavia *vahinkoja* ja *korvattava vahinko* eroaakin tässä yhteydessä käsitteellisesti ilmiöstä vahinko siinä määrin, että *korvattava vahinko* hahmottuu oikeudellisten määrittelyjen avulla ja *vahinko* tosiasiailmiönä.²⁰¹ Oikeuskirjallisuudessa ilmiöiden eroavaisuuksia on hahmoteltu sopimusoikeudessa jaotteluun *vika ja puute* sekä *virhe tavarassa*.²⁰²

Vahinko-termi on mahdollista käsittää myös dynaamisena, eri vahinkolajien vahingon määrän arvioimiseen liittyvien sääntöjen kulloinkin muovaamana käsitteenä.²⁰³

Vahingon, syy-yhteyden sekä vahingon määrän osalta palaan myöhemmin muun muassa luvussa ”Vahingonkorvausvastuun realisoituminen” vahingon merkitykseen sopimattoman menettelyn arvioinnissa ja vahinkojen korvaamisessa.

4.1.1 Sopimusoikeudellisten periaatteiden soveltuminen vahingonaiheuttajan ja vahingonkärsijän väliseen suhteeseen

On tärkeää siis ottaa huomioon se, että VahL ei koske sopimussuhteita ja, että näiden suhteiden piirissä on pääsääntönä puhtaan varallisuusvahingon korvaaminen. Deliktivastuussa asia on päinvastoin. Lisäksi, toinen erikoinen tilanne voi olla käsillä silloin, kun vahingonaiheuttajan ja -kärsijän välillä ei ole varsinaista sopimussuhdetta, mutta vahinkoon on aihetta soveltaa sopimusvastuuta koskevia periaatteita²⁰⁴ (esim. sopimusneuvotteluvastuu²⁰⁵ sekä sopimussuhteen kaltaiset ja sopimussuhteeseen rinnastuvat tilanteet). Esimerkiksi korvausvastuuseen voi sopimuksentekorikkomuksen osalta vaikuttaa se, onko osapuoli tahallaan tai huolimattomuudesta synnyttänyt toisessa perustellun luottamuksen sopimuksen

¹⁹⁹ ks. tarkemmin vahingon käsitteen määrittelystä esim. Hemmo 2005 s. 145-146, Stålberg-Karhu s.9 ja Sisula-Tulokas 2012 s. 37-38.

²⁰⁰ Hemmo 2005 s. 145-146.

²⁰¹ Stålberg-Karhu s. 71.

²⁰² Stålberg-Karhu s. 71.

²⁰³ Viljanen 2008 s. 449.

²⁰⁴ Saarnilehto 2007 s. 32-34.

²⁰⁵ Tapauksessa KKO 1990:26 vahingonkorvauslakisä sovellettiin sopimusneuvotteluihin liittyvään vahinkoon ja KKO muutti kantaansa tapauksessa KKO 1992:89, jossa taas katsottiin, että neuvottelun aikaisista virheistä johtuneiden vahinkojen korvaaminen ratkaistaan sopimusoikeudellisten sääntöjen mukaan.

tekemiseen tai moitittavalla tavalla ylläpitänyt tätä luottamusta.²⁰⁶ Tällöin VahL jää niin ikään soveltamatta.²⁰⁷

Korkein oikeus on myös todennut käytännössään, että osapuolten toimintaa voidaan tarkastella myös siltä kannalta millainen toiminta voi määrätyissä olosuhteissa olla objektiivisesti tarkastellen tyypillisesti osoitus sopimussuhteen syntymisestä tai sitoutumisesta noudattamaan tiettyä järjestelyä. Tietty menettely tietynlaisessa toimintaympäristössä voi siis johtaa siihen, että sopimuksen ja siihen perustuvien velvoitteiden katsotaan olevan olemassa ilman, että turvaututaan yksinomaan tahdonilmaisun käsitteeseen ja siihen nojautuvaan perusteluun.²⁰⁸

Edelleen KKO on ratkaisutoiminnassaan todennut, että vahingonkärsijän ja vahingonaiheuttajan välillä voi ilman sopimustakin olla sellainen erityissuhde, jonka vuoksi korvausvastuu oikeuskäytännön tai erityissäännöksen nojalla määräytyy sopimusoikeudellisten periaatteiden mukaisesti, jolloin kyseinen erityissuhde liittyy tyypillisesti toisen osapuolen asiantuntemukseen tai luottamusasemaan.²⁰⁹

Tutkielman aiheeseen peilaten näiden tilanteiden tunnistaminen on erityisen tärkeää, kun liikutaan potentiaalisesti harmaalla alueella tapauksissa, joissa on pulmana, mihin vahingonkorvauskanne perustetaan²¹⁰. Tapausten oikeudellisen pohjan perusteella voi olla tarpeen tehdä valinta vaaditaanko korvausta VahL nojalla, sopimusperusteella vai vastuumuotojen välimuodon nojalla. Luonnollisesti valinnalla tulee olemaan merkitystä asian lopputuloksen kannalta. Vastaava valinta voidaan joutua usein tekemään SopMenL sekä kulloinkin soveltuvan immateriaalioikeudellisen lain välillä, kuten esimerkiksi tavaramerkkilain 10.1.1964/7 ja SopMenL välillä.²¹¹

4.1.2 Muussa laissa säädetty korvausvastuu

Soveltamisalan kannalta tulee myös huomioida *muussa laissa säädettyä korvausvastuuta* koskevat periaatteet. Monessa laissa on todettu, että määrätyn teon seurauksena on teon tekijän korvausvastuu ja korvaussäännöstö on muutoin jäänyt ”avoimeksi”.

²⁰⁶ KKO 2011:54, kohta 21.

²⁰⁷ Stålberg – Karhu s. 322.

²⁰⁸ KKO 2010:23, kohta 12 ja KKO:2017:15 kohta 11.

²⁰⁹ Konkurssipesän pesänhoitajan ja pesän velkojan välinen suhde ks. KKO 2001:70 sekä asunto-osakeyhtiön ja osakkeenomistajan välinen suhde ks. KKO 2003:131.

²¹⁰ Mielenkiintoisen prosessuaalisen kysymyksen muodostaa tilanne, jossa kantajalla on ”väärä” kanneperuste eli tämä vaatii korvausta deliktiperusteella, mutta tuomioistuimen mukaan kyse olisi sopimusperusteisesta vastuusta.

²¹¹ Vrt. Oikeusneuvos Pertti Välimäen esitykseen: Korkeimman oikeuden asianajajapäivä 9.11.2012 - Miten siviilijuttua pitäisi ajaa KKO:ssa ja sitä ennen.

Väistymisperiaatteen mukaisesti sopimukseen perustuva vastuu ja muussa laissa säädetty vastuu, suljetaan vahingonkorvauslain soveltamisen ulkopuolelle, ellei toisin ole säädetty vahingonkorvauslaissa tai muussa laissa.²¹² Vahingonkorvauslain väistyessä muuta korvausjärjestelmää täydennettäessä, yksittäistapauksellisesta kontekstista riippuen, näitä kahta järjestelmää voidaan rinnakkaisperiaatteen mukaisesti kuitenkin soveltaa samanaikaisesti, jos kummankin soveltamisedellytykset täyttyvät.²¹³ Rinnakkaisperiaate on myös vahvistettu oikeuskäytännössä.²¹⁴

Vahingonkorvauslain toissijaisuuden takia KKO on vahingonkorvauslakia koskevassa varhaisessa oikeuskäytännössään useasti käsitellyt näiden aukkojen täyttämistä.²¹⁵

SopMenL:n yleislausekkeen mukaiseen jäljittelyyn liittyy usein muussa laissa säädetty korvausvastuu ja tähän tulisikin kiinnittää huomiota, kun valitaan esimerkiksi sitä, millä perusteella korvausta vaaditaan. Juurikin esimerkiksi jäljittelytilanteissa usein kyseeseen voisi tulla tavaramerkkilain korvaussäännökset. Esimerkkinä tavaramerkkilain 38 §:n 2 momentin mukaan:

”joka tahallaan tai huolimattomuudesta loukkaa oikeutta tavaran tunnusmerkkiin, on velvollinen suorittamaan loukatulle kohtuullisen hyvityksen merkin käyttämisestä sekä korvauksen kaikesta vahingosta, jonka loukkaus aiheuttaa.”

SopMenL asemaa yleislakina sekä immateriaalioikeudellisia säännöksiä tukevana kuvastaa tapaus, jossa hovioikeus perusteli ratkaisuaan siten, että alemman oikeusasteen oli tullut tarkoittaa soveltaa vahingonkorvauksen perusteeksi tekijänoikeuslakia, vaikka se ei käynyt ilmi perusteluista. Tällä hovioikeus vältti joutumasta ottamaan kantaa erittäin painaviin syihin.²¹⁶

4.2 Varallisuusvahingot ja puhtaan varallisuusvahingon käsite

Sopimattomaan menettelyyn liittyvissä vahingoissa on pääasiallisesti kyse puhtaista varallisuusvahingoista. Varallisuusvahingot voidaan oikeudellisen arvioinnin näkökulmasta jakaa neljään pääryhmään²¹⁷, jotka ovat:

1) henkilö- tai esinevahinkoon liittyvä varallisuusvahinko

²¹² Kivivuori 1975 s. 270-273.

²¹³ Kivivuori 1975 s. 272-273.

²¹⁴ KKO 1983 II 157.

²¹⁵ Ensin tapauksissa KKO 1978 II 149 ja KKO 1979 II 14 ja lopulta nykyinen kanta tapauksissa KKO 1982 II 103 ja KKO 1985 II 82.

²¹⁶ HelHo 916/11.4.2000 S98/454.

²¹⁷ Hemmo 2002 s. 4.

- 2) VahL 5:1 §:n mukainen puhdas varallisuusvahinko
- 3) esine- tai henkilövahingosta kolmannelle aiheutunut varallisuusvahinko
- 4) varallisuusvahingosta kolmannelle aiheutunut varallisuusvahinko.

Puhdasta varallisuusvahinkoa on käytetty kuvaamaan säännöksessä tarkoitettua taloudellista vahinkoa, joka ei ole yhteydessä henkilö- tai esinevahinkoon. Puhtaan varallisuusvahingon termi onkin kyseisessä merkityksessä suhteellisen vakiintunut.²¹⁸

4.2.1 Korvattavista vahingoista

Puhdasta varallisuusvahinkoa koskevan kansallisen lainsäädännön ymmärtämiseksi on tarpeen avata hieman siihen liittyvää terminologiaa. Vahingot voidaan tyypitellä erilaisiin vahinkolajeihin. Vahingonkorvauslaissa on käytetty esimerkiksi jaottelua henkilövahinkoihin, esinevahinkoihin ja varallisuusvahinkoihin. Jaottelu on myös tehty aineellisten ja aineettomien vahinkojen välillä. Myös kolmannelle aiheutunut vahinko muodostaa oman vahinkolajinsa tämän tyypittelyn mukaan.²¹⁹

Vahingonkorvauslain 5 luvun 1 §:n mukaisella puhtaalla varallisuusvahingolla tarkoitetaan tilannetta, jossa taloudellisella vahingolla ei ole yhteyttä mihinkään henkilö- tai esinevahinkoon vaan vahinko on kohdistunut taloudellisiin etuuksiin.²²⁰ Henkilö- ja esinevahinkojen määrittely yksityiskohtaisesti ei ole tässä tutkielmassa relevanttia, joten mainittakoon vaan, että henkilövahingossa on yleensä kyse ihmisen terveydentilan epäedullisesta muutoksesta, joka on lääketieteellisesti todettavissa.²²¹ Esinevahingon tavanomaisin ilmenemismuoto taas on se, että irtain tai kiinteä esine vaurioituu tai tuhoutuu.²²² KKO on ratkaisuisaan KKO 2005:66 ja KKO 2005:105 käyttänyt kyseessä olevan vahingon yhteydessä termiä puhdas varallisuusvahinko.

VahL:n 5 luvun 1 §:ssä tarkoitettuna puhtaan varallisuusvahingon ja henkilö- ja esinevahinkojen välinen erottelu on tärkeää, sillä VahL:a sovellettaessa tulee huomioida, että puhtaan varallisuusvahingon korvattavuudelle on asetettu erityisiä edellytyksiä, joista nyt käsiteltävän aiheen kannalta arvioitavana on se edellytys, että vahingonkorvausvelvollisuudelle tulee olla erittäin painavia syitä.²²³ Etukäteen on vaikeaa tyhjentävästi määritellä milloin puhtaat

²¹⁸ Tiilikka 2009 s. 609 ja Sandvik 2010 s. 25 ja Sisula-Tulokas 2012 s. 19.

²¹⁹ Hemmo 2005 s. 149.

²²⁰ Hemmo 2002 s. 4.

²²¹ Ståhlberg – Karhu 2013 s. 292 ja HE 167/2003 s. 29.

²²² Ståhlberg – Karhu s. 313.

²²³ Kaksi muuta erityistä edellytystä ovat aiemmin mainitut vahingon aiheuttaminen rangaistavaksi säädetyllä teolla tai julkista valtaa käytettäessä.

varallisuusvahingot voidaan määrätä korvattavaksi. Lähtökohtaisesti puhdas varallisuusvahinko tulisi vain poikkeustilanteissa määrätä korvattavaksi.²²⁴

Vahingonkorvauslain mukainen ja sopimusoikeudellinen korvausvastuu eroavat toisistaan puhtaasti varallisuusvahingon osalta siksi, että sopimusrikkomuksella aiheutetaan yleensä varallisuusvahinko, joka ei ole yhteydessä esinevahinkoon tai henkilövahinkoon. Tämä tarkoittaa siis sitä, että korvattavaksi tulee lähes aina nimenomaan puhdas varallisuusvahinko ilman erityisedellytyksiä.²²⁵

*Tiilikka*²²⁶ on hahmotellut puhtaasti varallisuusvahingon korvausvastuun puoltavia seikkoja VahL:n mukaisessa kontekstissa ja perusteet voidaan kiteyttää seuraavasti:

- vahingon aiheuttajaan liittyvät perusteet, jolloin merkitystä annetaan teon tai toiminnan epälojalisuudelle tai hyvän tavan vastaisuudelle (KKO 1997:81), erityisosaamista vaativassa tehtävässä toimimiselle (KKO 1990:26), vahingon liittyminen voittoa tavoittelevaan liiketoimintaan ja vaikuttamis- ja vakuuttamismahdollisuudet;
- vahingonkärsijään liittyviä olosuhteita ovat olemattomat tai heikot vakuutusturvamahdollisuudet, asian merkitys vahingonkärsijälle ja heikot varautumismahdollisuudet;

vahinkoon ja muihin seikkoihin liittyviä korvausvastuuta puoltavia tekijöitä ovat se, että vahinko muistuttaa esinevahinkoa²²⁷, vahingon aiheuttaminen olosuhteissa, joissa sen syntyminen on ilmeistä²²⁸, vahingon määrä, vakuuttamismahdollisuudet, vahinkotilanteen analogisuus tilanteeseen, jossa puhdas varallisuusvahinko korvataan ilman erityisiä edellytyksiä, oikeussuhteen sopimuksenkaltaisuus tai erityinen luottamussuhde sekä se, että samankaltaisia tekoja on kriminalisoitu.

4.2.2 Puhtaiden varallisuusvahinkojen rajoittamisen taustaa

Puhtaiden varallisuusvahinkojen korvattavuuden taustasta on tarpeellista selittää hieman, sillä lainsäädäntövaiheiden vuoksi lopullisen säännöksen versiota ei ole perusteltu lain esitöissä eikä säännöksen mukaisia erittäin painavia syitä ole esitöissä sen tarkemmin kuvattu esimerkein.²²⁹

²²⁴ Saarnilehto 2007 s. 118.

²²⁵ Saarnilehto 2007 s. 118.

²²⁶ Tiilikka 2009.

²²⁷ Kauppapuutarhavakuutustapaus KKO 1990:26.

²²⁸ KKO 1991:79, KKO 1997:181, KKO 2005:105.

²²⁹ HE 187:1973 s. 23.

Hallituksen esityksessä ehdotettu puhtaiden varallisuusvahinkojen korvattavuus oli sidottu rangaistavaksi säädetyn teon tai julkisen vallan käyttämisen yhteyteen. Lainsäädäntövaiheessa tehtiin joitakin muutoksia. Ensin Lakivaliokunta muutti säännöstä hallituksen esityksen jälkeen sellaiseen muotoon, joka olisi mahdollistanut puhtaiden varallisuusvahinkojen korvaamisen ilman lisäedellytyksiä. Tämän jälkeen kuitenkin suuri valiokunta muutti säännöksen lopulliseen muotoonsa ja lisäsi erityisedellytyksen: erittäin painat syyt.²³⁰

Edellä kuvatun vuoksi, myös puhtaiden varallisuusvahinkojen korvattavuuden rajoittamisen syyt jäivät hieman avoimeksi. Tämä johtui siitä, että vahingonkorvauslakia valmisteltaessa ei myöskään käyty keskustelua siitä, miksi ylipäätään haluttiin rajoittaa korvauskelpoisuutta. Rajoittamisen taustoja koskevaan keskusteluun osallistui aikanaan kuitenkin muun muassa *Ylöstalo* tunnetulla artikkelillaan²³¹, jossa hän perusteli rajoittamisen syytä sillä, että kilpailutoimilla, työtaisteluilla ja julkisella arvostelulla voidaan aiheuttaa toiselle taloudellisia menetyksiä ilman korvausvastuun syntymistä.²³²

Oikeuskirjallisuudessa rajoittamista on perusteltu vahingonkorvausoikeuden perinteisellä lähtökohdalla puhtaan varallisuusvahingon korvaamattomuudesta ja ajatuksella siitä, että länsimainen yhteiskunta perustuu vapaalle kilpailulle, joka edellyttää, että toimijat aiheuttavat toisilleen taloudellisia vahinkoja.²³³ Myös kansainvälisesti katsoen puhtaan varallisuusvahingon korvattavuuden rajoittaminen on yleistä.²³⁴

Puhtaita varallisuusvahinkoja voi aiheutua sallituista ja hyödyllisistä toimista. Esimerkiksi arvostelu voi aiheuttaa arvostelun kohteelle varallisuusvahinkoa, mutta se on silti yleensä yhteiskunnan kokonaisedun mukaista.²³⁵ On argumentoitu, että vastuuriskin suuruutta ja taloudellisten menetysten suuruutta ei kyetä arvioimaan, mikäli vahinko voi kohdata rajoittamatonta henkilöjoukkoa, mahdollisen odotettavissa olevan, laajuudeltaan ennalta määrittämättömissä olemattoman taloudellisen aseman huonontumisen perusteella.²³⁶ Tässä yhteydessä on kansainvälisessä kirjallisuudessa käytetty ns. *floodgate-argumenttia*²³⁷, jonka mukaan korvausedellytysten liiallinen väljentyminen johtaa mahdollisesti hallitsemattomiin vastuuriskeihin sekä oikeudenkäyntien lisääntymisiin.²³⁸

²³⁰ Hemmo 2002 s. 5-6.

²³¹ Ylöstalo 1975:1-2. s. 238-243.

²³² Sandvik 2010 s. 27 ja Hemmo 2002 s.6.

²³³ Dufva 1987 s. 203-204.

²³⁴ Hemmo 1998 s. 57.

²³⁵ Tiilikka 2009 s. 210.

²³⁶ Tiilikka 2009 s. 210.

²³⁷ van Boom 2004 s. 33.

²³⁸ Hemmo 1998 s. 60, Hemmo 2002 s. 13 ja Hemmo 2005 s. 151–152.

Oikeuskirjallisuudessa puhtaiden varallisuusvahinkojen rajoitettavuutta koskevan argumentoinnin yhteydessä on käytetty näissä yhteyksissä ennakoimattomuus -perustelua arvioitaessa vahinkojen korvattavuutta.²³⁹ Esimerkkinä *Ultramare*-tapauksen päätelmä, jossa (pelkistetysti) katsottiin, että vastaajat eivät voineet tietää heidän laatimiensa lausuntojen tosiasiallisten käyttäjien määrää ja siten vahingonkorvausvelvollisuus olisi johtanut ennakoimattomaan taloudelliseen taakkaan vahingonaiheuttajien näkökulmasta.²⁴⁰

4.2.3 Säännöksen taustaa ja vertailua muihin maihin

Erittäin painava syy on otettu mukaan säännökseen, jotta mahdollistettaisiin oikeuskäytännön kehittyminen tarvittavaan suuntaan. Ennen kuin puhtaat varallisuusvahingot otettiin osaksi vahingonkorvauslakia Suomessa, ei niitä edellä kuvatun mukaisesti ollut tavallisesti korvattu sopimuksen ulkoisessa vastuussa. Erityisedellytykset on nähtävissä eräänlaisena kompromissina puhtaiden varallisuusvahinkojen tuomiselle korvausvastuun piiriin deliktivastuussa. Tämä johtuu siitä, että aikanaan korvausvastuun piirin ulottaminen näihin vahinkoihin merkitsi poikkeusta tuohon mennessä kehittyneestä oikeuskäytännöstä.²⁴¹

Suomessa ja Ruotsissa on historiallisesti yhdistetty taloudellisten vahinkojen korvaaminen rikosten yhteyteen. Erityisen painavan syyn vaatimus kuvastaa tätä historiallista lähestymistapaa vielä nykyäänkin. Oikeuskirjallisuudessa tällä konservatiivisella lähestymistavalla on yhtymiskohtia esimerkiksi Saksan, Itävallan ja Portugalin oikeusjärjestelmissä omaksuttuihin puhdasta varallisuusvahinkoa koskeviin periaatteisiin. Konservatiivisille lähestymistavoille on ominaista, että puhdasta varallisuusvahinkoa ei pääsäännön mukaan korvata osana ”*absoluuttisia oikeuksia*”, vaan korvaamiselle on ainakin jossain määrin erityisedellytyksiä.²⁴²

Liberaali lähestymistapa puhtaiden varallisuusvahinkojen korvaamiseen on katsottu olevan vallalla esimerkiksi Belgiassa, Ranskassa²⁴³, Italiassa²⁴⁴, Kreikassa ja Espanjassa. Näiden maiden lähestymistapoja yhdistää yleislausekkeellisuus vahingonkorvausoikeusnormistossa, mikä ei ainakaan, *a priori*, sulje pois mahdollisuutta korvata puhtaita varallisuusvahinkoja.

²³⁹ van Boom 2004 s. 20-21 ja s. 34-35.

²⁴⁰ *Ultramares Corporation vs. ToucheNiven & Company* (1931) 255 NY 170.

²⁴¹ *Sisula-Tulokas* 2012 s. 149.

²⁴² *Bussani – Palmer* 2003 s. 125 ja van Boom s.141-152.

²⁴³ ks. esim. van Boom s. 41-47.

²⁴⁴ ks. esim. van Boom s. 48- 54.

Näissä oikeusjärjestelmissä on tutkittu olevan eniten mahdollisuuksia saada korvauksia erilaisissa oikeuskirjallisuudessa esitetyissä esimerkkitilanteissa.²⁴⁵

Kolmas eli pragmaattiseksi lähestymistavaksi luonnehdittu tapa kodifioida puhdasta varallisuusvahinkoa koskevat säännöt ovat vallalla esimerkiksi Alankomaissa ja Englannissa²⁴⁶. Vaikka näiden maiden oikeusjärjestelmät eroavat jo lähtökohtaisesti toisistaan niin niiden lähestymistapa puhtaiden vahinkojen korvattavuuteen on perusteluiden osalta argumentoitu olevan lähellä toisiaan. Molemmissa maissa lähestytään asiaa huolellisuusvelvoitteen näkökulmasta, jolloin velvoitteen käsillä olo ratkaistaan tapauskohtaisten arviointiperiaatteiden kautta.²⁴⁷

4.3 Erittäin painava syy

4.3.1 Erittäin painavan syyn arviointia

Jotta puhdas varallisuusvahinko voisi tulla korvattavaksi sopimuksenulkoisessa suhteessa tulee vahinkolajin korvauskelpoisuuden vahvistava erityissäännös tai VahL 5:1 mukainen edellytys olla soveltuvainen yksittäistapaukseen. Kyseisenlaisia vahinkolajin korvattavuuden vahvistavia erityislakien säännöksiä on runsaasti ja niillä on olennainen täydentävä funktio vahingonkorvauslain antamalle kuvalle jonkin vahinkolajin asemasta.²⁴⁸

Hemmon mukaan, ellei puhdas varallisuusvahinko ole korvattava jonkin erityislain nojalla, tulee arvioitavaksi erittäin painavan syyn -edellytys, jonka sisältö on eittämättä aiheuttanut eniten epäselvyyttä VahL 5 luvun 1 §:n puhtaiden varallisuusvahinkojen korvausedellytyksiä arvioitaessa. Koska lainkohta otettiin lakiin vasta lainvalmistelun valiokuntavaiheessa, ja kriteerin sisältöä ei siksi ole täsmennetty lainvalmisteluasiakirjoissa, on oikeuskäytännöllä ollut merkityksellinen funktio kyseisen lainkohdan selventämisessä. Sopimatonta menettelyä koskevan oikeudellisen arvioinnin kannalta onkin huomattava, että KKO:n ratkaisukäytännössä on tuotu esiin hyvän tavan rikkomisen korvausta puoltava vaikutus.²⁴⁹

Saarnilehto on vahingonkorvauslakia koskevassa käytännön kommentaarissaan tuonut esille muutamia tapauksia, joissa erittäin painavaa syytä on punnittu. Esimerkiksi vahingonkärsijän *oma moitittava toiminta* voi poistaa erittäin painavan syyn velvoittaa vahingon aiheuttaja

²⁴⁵ Bussani – Palmer 2003 s. 123.

²⁴⁶ ks. esim. van Boom. s.102-133.

²⁴⁷ Bussani – Palmer 2003 s. 124.

²⁴⁸ Hemmo 2005 s. 153.

²⁴⁹ Hemmo 2005 s. 154 ja Sisula-Tulokas 2012 s. 249.

korvaamaan puhdas varallisuus vahinko. Tapauksessa KKO 1983 II 187 liikkeenharjoittajan irtisanottua työntekijänsä työ sopimuksen ammatillinen paikallisjärjestö oli sanomalehdessä ilmoittamalla toimeenpannut työnantajan liikkeisiin kohdistuvan ostoboikotin, jota eräs ammattiosasto oli tukenut jakamalla tiedotteita perheisiin ja eräille työpaikoille. Koska työnantaja puolestaan oli työntekijän irtisanoessaan menetellyt moitittavasti, ei ollut VahL 5 luvun 1 §:ssä tarkoitettuja erityisen painavia syitä velvoittaa järjestöä suorittamaan työnantajalle vahingonkorvausta ostosaarron aiheuttamasta taloudellisesta vahingosta.²⁵⁰

Sopimattomasti menetellyt elinkeinonharjoittaja voidaan velvoittaa korvaamaan sopimattoman menettelyn seurauksena aiheutunut taloudellinen vahinko.²⁵¹ Tällöin kyse on *Saarnilehdon* mukaan aina tapauskohtaisesta harkinnasta. Varhaisessa oikeuskirjallisuudessa aiheeseen liittyen nostettiin esille tilanteiksi, joissa korvausvelvollisuus voisi syntyä, henkilöllisyyden loukkaus, henkilöstä annettujen virheellisten tietojen antaminen, hyvän tavan vastaisuus elinkeinotoiminnassa ja oikeuden väärinkäyttäminen (šikaani).²⁵²

Hyvän tavan vastaisuuteen liittyvän menettelyn arviointi erittäin painavat syyt – tunnusmerkistöä koskevassa oikeuskäytännössä on ollut suhteellisen usein arvioitavana.²⁵³ Hyvän tavan vastaisuus on myös suhteellisen lähellä hyvää liiketapaa ja siten sopimatonta menettelyä, minkä vuoksi kyseisten tapausten arviointiperusteita arvioidaan tässä tutkielmassa.²⁵⁴

Erittäin painavaksi syyksi ei tule yksinään lukea vahingonaiheuttajan *tuottamuksen astetta* taikka mahdollisesti tuomittavan *korvauksen määrä*. Tämä todettiin ratkaisussa KKO 1991:61, jossa syyte avunannosta petollisena velallisena tehtyyn konkurssirikokseen hylättiin näyttämättömänä. Samalla perusteella vaadittua vahingonkorvausta tuli arvioida VahL 5 luvun 1 §:n erittäin painavien syiden täyttymisen kautta ja KKO:n hylättyä rangaistusvaatimukset ei myöskään katsottu edellä kuvatun vuoksi tulleen selvitetyn, että he olisivat käyttäneet hyväkseen yhtiön saamaa etua sellaisissa olosuhteissa, että heidän olisi pitänyt ymmärtää kysymyksessä olleen yhtiölle väärin perustein tulleita varoja.

²⁵⁰ Saarnilehto 2007 s 121.

²⁵¹ Saarnilehto 2007 s. 122.

²⁵² Ylöstalo 1975 s. 242-243 ja Ståhlberg – Karhu 2013 s. 327.

²⁵³ Hemmo 2002 s. 7-8.

²⁵⁴ Esimerkiksi myöhemmin tarkemmin käsiteltävät tapaukset: KKO 1983 II 187, KKO 1991:32, KKO 1991:79, KKO 1992:11, KKO 1997:181, KKO 2005:105.

Ratkaisun KKO 2017:15 eri käsittelyvaiheista voidaan nostaa esiin muutamia seikkoja, joita voidaan soveltaa erittäin painavan syyn arvioimiseen mahdollisen vahingonkorvausvaateen yhteydessä. Tapauksessa oli kyse seuraavasta:

Ammattiliiton (Sähköliiton) hallitus oli päättänyt tutkia työntekijöiden irtisanomiseen johtaneet yhteistoimintaneuvottelut ja riitauttaa asian, jos menettely todettaisiin lainvastaiseksi. Päätöksestä julkaistiin liiton kotisivuilla tiedote, jossa todettiin lisäksi, että käytännössä tämä merkitsisi työnantajan haastamista oikeuteen. Ammattiliitto ei nostonut kannetta.

Työtuomioistuin tuomitsi samoja yhteistoimintamenettelyjä koskevan kanteen perusteella toisen ammattiliiton jäsenille hyvitystä yhteistoimintalain vastaisen menettelyn johdosta.

Korkein oikeus katsoi, että irtisanotuilla työntekijöillä oli ammattiliitolta saamiensa tietojen perusteella ollut perusteltu aihe luottaa siihen, että liitto valvoo heidän etujaan ilmoittamallaan, ammattiyhdistyksille yleisesti kuuluvalla tavalla. Näin syntynyt toimintavelvollisuus voitiin rinnastaa asiamiehen velvoitteisiin tämän hoitaessa toisten asioita toimeksiantosopimuksen nojalla. Ammattiliiton vahingonkorvausvastuu työntekijöille määräytyi sopimusoikeudellisten periaatteiden mukaisesti.

Käräjäoikeus katsoi, ettei asiassa ollut edellytyksiä sopimusperusteiselle vahingonkorvausvastuulle eikä yhdistyslain mukaiselle vahingonkorvausvastuulle. KKO:n ratkaisuihin KKO 1992:66, KKO 1999:23 ja KKO 2000:78²⁵⁵ viitaten, käräjäoikeus katsoi, ettei puhtaan varallisuusvahingon korvaaminen tässä asiassa edellyttänyt vahingonkorvauslain 5 luvun 1 §:ssä tarkoitettuja erittäin painavia syitä, koska oli kysymys vahinkotilanteesta, jossa puhdas varallisuusvahinko oli *ainoa* ajateltavissa oleva vahinkolaji.

Osapuolten välille muodostuva erityissuhde voi vaikuttaa sopimusvastuun periaatteiden soveltamiseen yksittäistapauksessa. Hovioikeus katsoikin, että puhtaan varallisuusvahingon korvaaminen tässä asiassa edellytti erittäin painavia syitä. Se totesi, että Sähköliiton ja kantajien välille oli muodostunut sellainen *erityissuhde, joka antoi perusteen oikeussuojaodotuksille yhteistoimintaneuvottelujen lainmukaisuuden selvittämisestä.*

²⁵⁵ Osakeyhtiö veloitettiin korvaamaan osakkeenomistajalleen yhtiön toimeilimen yhtiöoikeudellisten normien vastaisesta menettelystä aiheutunut vahinko ilman vahingonkorvauslain 5 luvun 1 §:stä johtuvia rajoituksia.

Yhteistoimintaneuvottelujen lainmukaisuuden valvonnan osalta vastuuhenkilöiden määrä oli ollut rajallinen ja vahinkojen luonne sikäli tiedossa tai ennakoitavissa, että varallisuusvahinkojen korvattavuus voitiin nähdä perusteltuna. Hovioikeus katsoi, että asiassa oli erittäin painavia syitä puhtaan varallisuusvahingon korvaamiselle, kun otettiin huomioon mainittu *erityissuhde* sekä vahingon *taloudellinen merkitys* kantajille.²⁵⁶

KKO oli samaa mieltä hovioikeuden kanssa erittäin painaviin syihin liittyvien perusteluiden osalta. Tuottamusarvioinnin osalta KKO totesi, että tehtävän asianmukainen hoitaminen olisi edellyttänyt *aktiivisuutta* kanteen nostamiseen kanneajan puitteissa ja kun Sähköliitto ei ollut näin tehnyt, se on rikkonut sitoumuksensa.²⁵⁷ Sähköliiton *olisi tullut esittää toimineensa huolellisesti*. Tapauksesta on erittäin painavan syyn arvioinnin ohella tunnistettavissa tuottamukseen liittyvää argumentointia, minkä taustoja käsiteellään seuraavaksi.

4.4 Tuottamuksesta

Tuottamus (*culpa*) käsittää toisintoimimismahdollisuuden.²⁵⁸ Tuottamus kuvaa sitä, miten kussakin tilanteessa tulisi menetellä, jotta vahingonkorvausvelvollisuus vältetään.²⁵⁹ Tahallisuuteen peilaten tuottamuksessa on kyse huolimattomuudesta, kun taas tahallisesti menettelevä aiheuttaa tarkoituksellisesti vahinkoa tietäen vahingon olevan menettelynsä väistämätön seuraus.²⁶⁰

Tuottamusta korvausoikeuden peruskäsitteenä käytetään lähtökohtaisesti vahingonkorvauslain, sopimusvastuun ja erityissäännösten mukaisen korvausvastuun yhteydessä. Käsitteen merkitys oikeudenalojen välillä on samankaltainen, mutta tuottamuksen asemassa on eroja.

Vahingonkorvauslain mukainen tuottamusvastuu pitää sisällään sekä tahallisella teolla että huolimattomuudella tai varomattomuudella aiheutetut vahingot, jolloin puhutaan tuottamuksesta sen laajassa merkityksessä. Sopimussuhteissa tuottamusperusteinen vahingonkorvausvastuu on näyttäytynyt käännettyyn todistustaakkaan perustuvana ekskulpaatiovastuuna²⁶¹ sekä välillisten vahinkojen korvausarvioinnissa. Tämä merkitsee sitä, että osapuoli, jonka sopimusvelvoite on jäänyt täyttämättä, on velvollinen korvaamaan

²⁵⁶ HO perusteluiden mukaan erittäin painavia syitä harkittaessa on arvioitava mm. tuottamuksen aste, vahingon määrä, vahingon taloudellinen merkitys vahingonkärsijälle sekä onko vahinko aiheutettu sellaisissa olosuhteissa, joissa vahingon syntyminen on ilmeistä.

²⁵⁷ KKO 2017:15, kohta 25.

²⁵⁸ Saxén 1975 s. 8.

²⁵⁹ Hahto 2008 s. 1-2.

²⁶⁰ Hoppu - Hoppu 2003 s. 232.

²⁶¹ Esimerkiksi asiantuntijapalveluissa ja työsuorituksissa.

aiheutuneen vahingon, ellei hän kykene näyttämään toimineensa huolellisesti.²⁶² Edellä mainituin poikkeuksin esimerkiksi kauppalain osalta sopimussuhteissa sovelletaan lähtökohtaisesti kontrollivastuuta, jonka mukaan esimerkiksi myyjälle syntyy vahingonkorvausvelvollisuus virhe- ja viivästystapauksissa, ellei tämä näytä, että sopimusrikkomus on johtunut hänen vaikutusmahdollisuutensa ulkopuolelle jääneestä, kauppalain mukaiset kriteerit täyttävästä suoritusesteestä.²⁶³

Tuottamusvastuuta koskevassa keskustelussa useimmiten puhutaan varomattomuuteen liittyvistä seikoista.²⁶⁴ Oikeuskirjallisuudessa tuottamusta on kuvattu huolellisuuden laiminlyönniksi.²⁶⁵ Toisin sanoen kyse on moitittavaksi katsottavasta riskinottamisesta, jolloin menettelyn tuottamukselliseksi toteaminen edellyttää sitä, että arvioinnin kohteena olevan henkilön olisi tullut toimia toisin tai pidättäytyä kokonaan toiminnasta, kun otetaan huomioon toiminnan ennakoitavissa oleva vahinkoriski.²⁶⁶

Vahingonkorvauslain tuottamusedellytys ilmenee lain 2 luvun 1 §:n 1 momentista:

"Joka tahallisesti tai tuottamuksesta aiheuttaa toiselle vahingon, on velvollinen korvaamaan sen, jollei siitä, mitä tässä laissa säädetään, muuta johdu."

Korvausvastuuta ei siten VahL:n nojalla synny sellaisesta vahingosta, jota ei voida lukea tahallisuuden tai tuottamuksen piiriin. Kyseisessä säännöksessä todetaan myös, että vastuu syntyy, ellei VahL:sta muuta johdu. Kyseinen varausvirke liittyy muunmuassa VahL:n 3 lukuun, joka sisältää säännöksiä, joiden perusteella vastuu syntyy muullakin kuin (oman) tuottamuksen perusteella. Sopimattomaan menettelyyn liittyvän vahingonkorvauksen edellytyksenä on siis tuottamus, kuten muissakin VahL mukaisen tuottamusvastuun piiriin kuuluvissa vahinkolajeissa.

Eurooppalaisten vahingonkorvausperiaatteiden artiklan 4:102 mukaisesti esitetty käyttäytymisvaatimus perustuu huolelliseen henkilöön (*reasonable person*) ja verrattavan mittapuun määrittelyssä voidaan käyttää eri perusteita.²⁶⁷

²⁶² Hemmo-Hoppu 2006 luku 8.

²⁶³ Hemmo 2003 s. 220-221 ja Hemmo-Hoppu 2006 luku 8.

²⁶⁴ Ståhlberg – Karhu 2013 s. 79-80.

²⁶⁵ Routamo – Ståhlberg – Karhu 2006 s. 93 ja Hemmo 2005 s. 27.

²⁶⁶ Hemmo 2005 s. 27.

²⁶⁷ PETL Art. 4:102. Required standard of conduct (1) The required standard of conduct is that of the reasonable person in the circumstances, and depends, in particular, on the nature and value of the protected interest involved, the dangerousness of the activity, the expertise to be expected of a person carrying it on, the foreseeability of the damage, the relationship of proximity or special reliance between those involved, as well as the availability and the costs of precautionary or alternative methods. (2) The above standard may be adjusted when due to age, mental or physical disability or due to extraordinary circumstances the person cannot be expected to conform to it. (3)

4.4.1 Normiperusteinen ja riskiperusteinen tuottamusarviointi

Tuottamusta on hahmoteltu normiperusteisen lähestymistavan sekä riskiperusteisen lähestymistavan avulla.²⁶⁸ Näistä arviointiperusteista normiperusteinen menettely on ensisijainen. Etenkin silloin, kun kysymys on säädetyn lain toimintavaatimuksia määrittävästä normista, tulisi sille antaa etusija. Tämä on perustelua siksi, koska normi sisältää lainsäätäjän kannanoton siihen, millaisia edellytyksiä tietylle toiminnalle asetetaan.²⁶⁹

Normiperusteisessa lähestymistavassa on kyse tuottamusstandardin perustamisesta johonkin normiin, mikä voi olla määritelty lainsäädännössä, alemman asteisessa normistossa, järjestyssäännöissä, alan tai ammattikunnan tapaohjeissa, yrityksen sisäisessä normistossa tai muissa lähteissä.²⁷⁰ Pääsääntöisesti normiperusta on säädettyyn lakiin perustuva²⁷¹, milloin myös normin rikkominen merkitsee tuottamusta. Tämä ei kuitenkaan välttämättä johda vahingonkorvaukseen, mikäli esimerkiksi vahinkoa ei aiheudu tai syy-yhteysvaatimus ei täyty.

Muunlaisen kuin oikeudellisen normin rikkomisen vaikutus tuottamukseen riippuu siitä, minkä merkityksen tuomioistuin antaa sille ja katsotaanko sen velvoittavan arvioinnin kohteena olevaa tahoa.²⁷² Näin ollen tietyt, soveltamisalaltaan rajatut säännöt voivat vaikuttaa kohderyhmänsä tuottamusstandardiin ja tietyllä alalla toimivien myös edellytetään olevan selvillä alansa koskevista tapaohjeista ja määräyksistä.²⁷³ Tämän vuoksi myös sopimattomaan menettelyyn liittyvän hyvän liiketavan käsitteen merkityssisällön arvioimisessa hyödynnetään alakohtaista itsesääntelyä ja liiketapalautakunnan kansainvälisten markkinointisääntöjen tulkintaan liittyvää ratkaisukäytäntöä.

Toinen tapa arvioida tuottamusta on riskiperusteinen lähestymistapa. Arviointitavan tausta on Law and Economics -tutkimussuuntauksessa²⁷⁴ tai toisin sanoen oikeustaloustieteessä²⁷⁵. Tämä merkitsee sitä, että arvioinnin lähtökohtana on valitun toimintatavan taloudelliset vaikutukset

Rules which prescribe or forbid certain conduct have to be considered when establishing the required standard of conduct.

²⁶⁸ Esim. Hemmo 2002a s. 18-26 ja Saarnilehto ym. 2012 luku IV 3.

²⁶⁹ Saarnilehto ym. 2012 luku IV 3.

²⁷⁰ Saarnilehto ym. 2012 luku IV 3.

²⁷¹ ks. esim. tapaukset KKO 1997:151(laki kadun ja eräiden yleisten alueiden kunnossa- ja puhtaanapidosta (669/1978)), KKO1998:146(yleisistä teistä annettu laki (243/1954) ja KKO1996:96(avustuskassalaki (471/1942)).

²⁷² Ks. esim. KKO 1997:110(pankin sisäiset luotonanto-ohjeet), KKO 1999:12(valvontaviranomaisen ohjeet) ja KKO 1998:87(ministeriön suositus).

²⁷³ Hahto 2008 s. 71-71.

²⁷⁴ ks. tarkemmin esim. Timonen 1997 s. 119 ja kriittisestä näkökulmasta suuntauksen soveltumiseen suomessa Timonen 2000 s.21.

²⁷⁵ Oikeustaloustiede terminologisessa merkityksessä viittaa amerikkalaisen taloustieteen osa-alueen, Law and economics-suuntauksen Suomessa vakiintuneeseen suuntaukseen. ks. tarkemmin esim. Toivonen 2000 s. 961.

ja vaikutusten suhde vaihtoehtoiseen menettelytapaan liittyviin lisäkustannuksiin (tai saamatta jääviin hyötyihin).²⁷⁶

Tämän arviointitavan mukaisesti tuottamusarviointi tehdään yksittäistapauksellisesti.²⁷⁷ Harkinnassa vaadittu huolellisuuden taso vaihtelee toimintaympäristön ja joiltain osin vahingonaiheuttajan mukaan. Standardi perustuu kulloisen tilanteen perusteella muodostettavaan toimijaryhmään, eikä pelkästään esimerkiksi yleiseen huolellisen keskivertoihmisen standardiin.²⁷⁸

Riskiperusteinen arviointi pohjautuu tietyn menettelyn ennakoitavaan vahinkoriskiin. Tässä yhteydessä ennakoitavuuden mittapuuna käytetään sitä, mitä vahingonaiheuttajan asemassa olevan olisi pitänyt tietää ja ottaa huomioon.²⁷⁹ Myös vahingon ennakoitavuus voi vaikuttaa vahinkoriskiin. *Hemmon* mukaan ennakoimattomuus voi johtua esimerkiksi ulkopuoliselle tuntemattomista vahingonkärsijän suunnitelmista, jotka koskevat vahingoittuneen esineen taloudellista hyödyntämistä. Kun korvausvastuun laajuus ennakoitavuusperiaatteen mukaan sidotaan vahingonkärsijän ennakoitavissa oleviin vahinkoihin, sovelletaan tuottamusta muistuttavaa kriteeriä siltä osin, että vahingonvaaraa koskeva tietoisuus määrää korvausvastuun laajuuden.²⁸⁰

Riskiperusteisen lähestymistavan kansainvälisesti tunnettu lähtökohta on ns. Learned Hand -kaava²⁸¹, jonka mukaan menettely on tuottamuksellista, jos vahingon välttämisen edellyttämät kustannukset olisivat alhaisemmat kuin vahingon todennäköisyyden ja odotettavissa olevan vahingon tulo.²⁸²

Kuten edellä on kuvattu, riskiperusteinen lähestymistapa tuottamusarviointiin on toissijainen, eikä yleensä ole mahdollista vedota siihen, että vaatimusten täyttäminen muodostuu kustannuksiltaan epätarkoituksenmukaiseksi tai että vahingonkärsijä voisi helpommin ja edullisemmin suojautua vahinkoriskiltä. Menetelmät ovat kuitenkin useimmiten toisiaan täydentäviä, sillä esimerkiksi normiperusteisen arvioinnin yhteydessä voidaan hyödyntää riskiperusteista arviointia, kun huolellisuuden mittapuussa hyödynnetään oppeja vahingon

²⁷⁶ Saarnilehto ym. 2012 luku IV 3.

²⁷⁷ Huomiota ennakoitavuuden ja vahinkojen välttämisen suhteen voidaan antaa esimerkiksi toiminnan luonteelle, tapauksessa vallinneille erityisolosuhteille sekä toimijalla olleisiin tapaukseen liittyviin erityisiin tietoihin ja taitoihin.

²⁷⁸ Hahto 2008 s. 75.

²⁷⁹ Hahto 2008 s. 78.

²⁸⁰ Hemmo 2005 s.135 ja Hemmo 1994 s. 165 – 166.

²⁸¹ Kaavan toi ensimmäistä kertaa oikeuskäytäntöön tuomari Billings Learned Hand tapauksessa *United States v. Carroll Towing Co.*, 160 F.2d 482 (2d Cir. N.Y. Mar. 17, 1947).

²⁸² Saarnilehto ym. 2012 luku IV 3.

ennakoitavuudesta, sen torjumisesta ja torjumiseen liittyvistä kustannuksista ja niiden toteuttamiskelpoisuudesta.²⁸³

4.4.2 Tuottamus ja sopimaton menettely

VahL 5 luvun 1 §:n mukainen rajoitussäännös perustuu vahinkolajien luokitteluun edellä kuvatulla tavalla. Vastuuta taloudellisesta vahingosta ei synny pelkästään tuottamuksen perusteella silloin, kun vahinko ei ole yhteydessä henkilö- tai esinevahinkoon. Tämän vuoksi puhdasta varallisuusvahinkoa koskevassa tuottamusarvioinnissa kiinnitetään usein huomiota hyvinkin erilaisiin piirteisiin, kuin muita vahinkoja koskevassa tuottamusarvioinnissa. Usein arvioidaan erityisesti sitä, tulisiko jotakin toimintaa pitää yhteiskunnallisesti sallittuna siihen liittyvistä toista vahingoittavista piirteistä huolimatta.²⁸⁴

Edellä mainittu tilanne jäsentyy *Hemmon* mukaan selvästi eri tavoin kuin fyysisiin vahinkoihin liittyvien tuottamusarviointien yhteydessä. Hänen mukaansa kysymys ei näissä tapauksissa²⁸⁵ ole siitä, olisiko toiminnan vahingolliset piirteet pitänyt tunnistaa ja sen vuoksi toimia tehokkaammin vahinkoriskin minimoimiseksi, vaan pikemminkin siitä, onko toisen kannalta haitallinen toiminta sallittua, kun huomioidaan siihen liittyvät yhteiskunnan kokonaisedun kannalta positiiviset vaikutukset, kuten arvostelun tai kilpailun vapauden turvaaminen.

Puhtaan varallisuusvahingon korvaaminen edellyttää VahL mukaisesti tuottamusta, mutta tuottamus ei yksissään riitä.²⁸⁶ Tutkielman tutkimuskysymykseen peilaten: mikäli vahingolla ei ole yhteyttä henkilö- tai esinevahinkoon, tulee vahingon korvaamiselle sopimattoman menettelyn johdosta olla olemassa myös erittäin painavia syitä. Tämän vuoksi sopimatonta menettelyä koskevassa tuottamusarvioinnissa voidaan ja tulisi kiinnittää huomiota erilaisiin kriteereihin, kuin muissa tilanteissa.

4.4.3 Tuottamuksen ja erittäin painavan syyn arviointi

Nostan esiin muutamia huomiota liittyen erittäin painavien syiden arvioimiseen. Puhtaiden varallisuusvahinkojen korvaamista arvioitiin esimerkiksi tapauksessa KKO 1991:79.

²⁸³ ks. arviointitapojen suhteesta Hahto 2008 s. 84 ja Saarnilehto ym. 2012 luku IV 3.

²⁸⁴ Hemmo 2005 s. 2.5-27.

²⁸⁵ Tässä yhteydessä Hemmo on maininnut esimerkiksi tiedotusvälineen julkaiseman uutisen sallittavuuden arvioimisen kunnian- tai yksityiselämän loukkausta koskevan normiston valossa tai kilpailijaan kohdistuvan yrityksen toimenpiteen hyväksyttävyyden arvioimisen kilpailevalle elinkeinotoiminnalle asetettavien vaatimusten pohjalta.

²⁸⁶ Stålberg – Karhu 2013 s. 79-80.

Tapauksessa jossa KKO oli samaa mieltä raastuvanoikeuden kanssa, joka taas perusteli ratkaisuaan seuraavasti:

”Kun sillä seikalla, miten vastaajat olivat menetelleet aikaansaadakseen artikkelia varten tarpeellisen vertailutilaisuuden, ei ollut vaikutusta ratkaisuun varsinkaan, kun oli näytetty, että asiantuntijana oli tuolloin käytetty kilpailevan lastenvaunumerkin maahantuojaa, jonka näkemykset selvästi olivat olleet vaikuttamassa artikkelin sisältöön, raastuvanoikeus on katsonut, että vastaajat olivat artikkelin valmistaessaan ja sen laatiessaan menetelleet *huolimattomasti ja varomattomasti* sekä yleisöä harhaanjohtavasti aiheuttaen siten tuottamuksellisesti X:lle vahinkoa, joka heidän oli lain mukaan korvattava.”

Tapauksesta voidaan tunnistaa tuottamusarvioinnin kohteena olleen artikkelin laadinnassa vaadittava huolellisuus liittyen siihen, ettei vertailun yhteydessä esitetä *totuudenvastaisia* väittämiä, taikka muutoin laadita julkista artikkelia, siten että artikkeli antaisi *harhaanjohtavan* vaikutelman asian todellisesta laidasta. Lisäksi alakohtaisen *tapanormiston rikkomisen* vaikutus erittäin painaviin syihin ilmenee tapauksesta.

Tuottamuksen aste ja vahingon määrä ei myöskään yksinään ole erittäin painava syy korvata puhdasta varallisuusvahinkoa. Tässä yhteydessä yksi tulkittavissa oleva arviointikriteeri KKO:n perusteluissa on olosuhteiden vaikutus vahinkoon *myötävaikuttaneen* tahon ymmärrykseen vahingon ja vahingosta saadun edun välillä.²⁸⁷

4.5 Syy-yhteys

4.5.1 Syy-yhteys vahingonkorvauslaissa

Vahingonkorvauslaissa ei ole määritelty syy-yhteyttä. Siinä ei ole myöskään mainittu, minkälaista syy-yhteyttä edellytetään vahingon aiheuttaneen teon ja syntyneen vahingon välillä.²⁸⁸ Toisaalta syy-yhteyden puuttuminen on vahingonkorvausvelvollisuuden poistava tekijä.²⁸⁹

Tuottamusvastuussa ja ankarassa vastuussa teon tai toiminnan ja vahingon välisen syy-yhteyden vaatimus kuuluu siis korvausvastuun yleisiin edellytyksiin. Vahingonaiheuttaja ei voi olla vastuussa sellaisista vahingoista, jotka ovat aiheutuneet hänen menettelystään

²⁸⁷ KKO 1991:61 perusteluissa lausutaan, että: ”Se seikka, että varoja on perusteettomasti siirretty Esko Aage, Vesa Heikki Tapio ja Väinö Asko Antero V:n omistamalle yhtiölle, ei sinänsä anna aiheuttaen velvoittaa heidät henkilökohtaisesti maksamaan korvausta. Jutussa ei ole selvitetty, että he olisivat käyttäneet hyväkseen yhtiön saamaa etua sellaisissa olosuhteissa, että heidän olisi pitänyt ymmärtää kysymyksessä olleen yhtiölle väärin perustein tulleita varoja.”

²⁸⁸ Saarnilehto 2007 s. 37-38.

²⁸⁹ Vahingonkorvauslaki 6 luku 1 §.

riippumatta.²⁹⁰ Tämä tarkoittaa niin ikään sitä, että erittäin painavakaan syy ei voi johtaa korvausvelvollisuuteen, mikäli syy-yhteys puuttuu.²⁹¹

Syy ja seurauksen välistä suhdetta ilmentääkin vahingonkorvauslain 2 luvun 1 §:ssä käytetty sana *aiheuttaa*.²⁹² Näin ollen selvitetessä onko vahinkoteon ja vahingon välillä oikeudellisesti merkittävä syy-yhteys, tulee selvittää olisiko vahinko aiheutunut, jos vahingonaiheuttaja ei olisi tehnyt sitä tekoa, jonka väitetään johtaneen vahinkoon. Toisin sanoen kyse on siitä, onko vahinkoteko *conditio sine qua non* vahingon sattumiselle.²⁹³

Kuten varallisuusvahingoissa yleensäkin²⁹⁴, myös sopimattomaan menettelyyn liittyvissä vahingonkorvauskanteissa edellytetään, että puhtaan varallisuusvahingon ja vahingon aiheuttaneen teon välillä on syy-yhteys²⁹⁵. Tämä tarkoitti tapauksessa KKO 1988:95 sitä, että varallisuusvahingon oli oltava syy-yhteydessä rikokseen samoin kuin vahingon tuli yleensäkin olla syy-yhteydessä vahinkoa aiheuttavaan tekoon.²⁹⁶

4.5.2 Oikeudellinen ja luonnontieteellinen syy-yhteys ja kausaliteetti

Oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa kiinnitetään huomiota siihen, miten voimassa olevien säännösten mukaan korvausvelvollisuuden syntymistä, tai siitä vapauttamista arvioidaan. Tarkoitus ei ole yleensä selvittää kaikkia vahingon syitä, vaan tarkoitus on selvittää kokemusperäisen harkinnan avulla, mitä seurauksia tietynlainen teko tavallisesti aiheuttaa. Toisin sanoen kyse on sen selvittämisestä, onko kyse sellaisesta teosta, joka on aiheuttanut sellaisen maailmantilaan kohdistuvan muutoksen, jota ilman olisi toteutunut jokin toinen tapahtumakulku, johon ei olisi sisällynyt tarkasteltavaa vahinkoa. Aiheuttaminen voi myös olla passiivista eli laiminlyöntiin perustuvaa, kun katsotaan, että henkilöllä olisi ollut velvollisuus ryhtyä tiettyyn toimenpiteeseen. Tällöin kysymys on siitä, että toimija ei täytä häneen kohdistuvaa käyttäytymisodotusta, johon perustuen hänen tulisi saada aikaan tietty muutos. Teosta pidättyminen johtaa siihen, että henkilön toimimattomuuden seurauksena toteutuu

²⁹⁰ Hemmo 2005 s. 109.

²⁹¹ Saarnilehto 2007 s. 121.

²⁹² ”Vahingonkorvauslain mukaisen ”aiheutua”-termin vastinparina on common law -oikeudessa käytetty termiä ”cause” kuvaamaan kausaalisuhdetta vahingonkorvausoikeudessa. ks. H.L.A Hart 1985 s. 87-88.

²⁹³ Saarnilehto 2007 s. 38-39 ja Hemmo 2005 s. 109-110 ja H.L.A Hart 1985 s. 87-88.

²⁹⁴ Saarnilehto 2007 s. 120-121.

²⁹⁵ Ks. esimerkiksi MAO:185/17 perustelukappaleet 45-57. Valtaosa tapauksesta keskittyi siihen, oliko Rapalalle aiheutunut korvattavaa vahinkoa ja mikä on ollut vahingon määrä.

²⁹⁶ Syytetty tuomittiin rangaistukseen huolimattomana velallisenä tehdystä konkurssirikoksesta, koska hän oli kokonaan laiminlyönyt yhtiön kirjanpidon. Konkurssivelkoja vaati rikoksen perusteella vahingonkorvausta, koska hän ei ollut saanut maksua saamisestaan konkurssissa. Vaatimus hylättiin, kun varojen puuttuminen ei ollut johtunut kirjanpidon laiminlyömisestä.

toinen tapahtumankulku, kuin mikä olisi seurannut, mikäli henkilö olisi menetellyt edellytettävällä tavalla.²⁹⁷

Yksi juridiseen syy-yhteyteen liittyvä kysymys on ollut luonnontieteellisen eli faktisen ja oikeudellisen kausaliteetin suhde. Juridisessa arvioinnissa tarvitaan luonnontieteellistä perustaa, mutta oikeudellisen päätöksenteon pohjana luonnontieteellisen aiheutumissuhteen tulee olla selvitetty tai ainakin riittävän todennäköinen ja tämän vuoksi oikeudellinen syy-yhteysvaatimus ja muita tarkoituksia varten muodostetut kausaliteettikäsitteet eivät *Hemmon* mukaan aina aukottomasti seuraa toisiaan.²⁹⁸ Syy-yhteyteen liittyvässä harkinnassa otetaan faktisen selvityksen ohella huomioon muutkin seikat, joiden perusteella voidaan tehdä päätelmiä syy-yhteyden olemassaolosta tai sen puuttumisesta, mutta viime kädessä syy-yhteydyskysymys on luonteeltaan oikeudellinen.²⁹⁹

Syy-yhteys saattaa olla korvausvastuun näkökulmasta riittävän luotettavasti selvitetty siitä huolimatta, että itse vahingon aiheutumissuhteen olemassaoloa koskevaan näyttöön liittyy luonnontieteellisestä näkökulmasta epävarmuustekijöitä. Toisaalta juridinen syy-yhteys ei ulotu kaikkiin teon mahdollisiin seurauksiin, vaikka ne olisivat faktisessa kausaalisuhteessa vastuuperusteeseen.³⁰⁰

Sopimattomaan menettelyyn peilattuna tämä siis tarkoittaa sitä, että sopimattoman menettelyn tulee olla aiheuttanut väitetyn vahingon ja toisaalta, että ilman sopimatonta menettelyä, väitettyä vahinkoa ei olisi aiheutunut. Sopimatonta menettelyä koskevan vahingonkorvauksen yhteydessä syy-yhteysvaatimusta tulisi arvioida lähinnä yleislausekkeen (SopMenL 1§) yhteydessä, sillä harhaanjohtavaa ja vertailevaa mainontaa koskevat säännökset sisältävät erikseen edellytykset sille, että toiminta on omiaan vaikuttamaan hyödykkeen kysyntään tai tarjontaan taikka vahingoittamaan toisen elinkeinotoimintaa. Esimerkiksi, mikäli jokin menettely voidaan todeta olevan omiaan vaikuttavan hyödykkeen kysyntään, on menettely myös todennäköisesti syy-yhteydessä mahdolliseen vahinkoon. Näin ollen arvioitavaksi tulee tavallisen syy-yhteysvaatimuksen ohella se, millaiseksi katsotaan ”on omiaan”-edellytyksen sisältö.

Esimerkiksi tapauksessa KKO 2005:105 todettiin, että siltä osin, kun toimien tavoiteltu lopputulos oli myynnin tyrehtymisen tavoittelu, oli menettely omiaan aiheuttamaan

²⁹⁷ Saarnilehto 2007 s. 38-39 ja Hemmo 2005 s. 109-110.

²⁹⁸ Hemmo 2005 s. 109-110.

²⁹⁹ KKO 2005:99 perustelukappale 2.

³⁰⁰ Hemmo 2005 s. 109-110 ja soveltuvin osin Karhu 2009 s. 563-564.

taloudellisia menetyksiä toiselle elinkeinonharjoittajalle.³⁰¹ Tapauksessa lähetettyjen kirjeiden tavoitteena oli saada väitetyt oikeudenloukkaajan myynti tyrehtymään, jolloin tyrehtynyt myynti oli omiaan aiheuttamaan taloudellisia vahinkoja. Syy-yhteysvaatimus on siis luettavissa täyttyväksi samoin perustein.

4.6 Vahingon määrästä

Vahingon määrän osoittaminen on korvausvastuun yleinen edellytys ja se myös määrittää tuomittavan vahingonkorvauksen määrän.³⁰² Vahingon määrän osoittamista on pidetty usein vaikeasti todistettavana vahingonkorvauskanteissa.³⁰³ Tämän vuoksi Suomessa on säännönmukaisesti sovellettu sopimattomaan menettelyyn liittyvissä oikeudenkäynneissä oikeudenkäymiskaaren arviointivaltuutta koskevaa poikkeussäännöstä³⁰⁴, jonka mukaan:

”Jos yksityisoikeudellisen saatavan määrästä ei ole saatavissa uskottavaa näyttöä taikka se olisi saatavissa vain vaikeuksien tai asian laatuun nähden kohtuuttomilla kustannuksilla tai kohtuuttomalla vaivalla, tuomioistuin arvioi määrän.”

Lain esitöiden mukaan säännöksen tavoitteena on estää niitä epäoikeudenmukaisia tilanteita, joissa vahingonkorvauksen perusteista on muutoin esitetty uskottavaa näyttöä, mutta vahingon määrän osalta on olemassa näyttövaikeuksia, ja minkä vuoksi vahingon määrästä ei ole kyetty esittämään riittävän vahvaa näyttöä.³⁰⁵

Arviointivaltuussäännös on todettu erityisen soveltuvaiseksi puhtaisiin varallisuusvahinkoihin.³⁰⁶ Tässä yhteydessä on myös argumentoitu, että vahinko ja vahingon määrä voidaan käsittää toisistaan erottamattomiksi ilmiöiksi.³⁰⁷ Tämän mukaisesti vahingon määrän arviointi voidaan kytkeä siihen, onko puhtaaksi varallisuusvahingoksi miellettyä vahinkoa ylipäättänsä aiheutunut.³⁰⁸

Kuten aiemmin on esitetty, sopimattoman menettelyn yhteydessä on usein kyse SopMenL:n lisäksi tai sijaan muussa laissa säädetyn korvausvastuun selvittämisestä, minkä vuoksi on asianmukaista käyttää vahingon määrän kuvaamisessa esimerkiksi tavaramerkkilain tulkintaan liittyvää aineistoa. Mainitun lain esitöiden mukaan käyttöhyvitys tulee suorittaa, vaikka

³⁰¹ KKO 2005:105 perustelukappale 19.

³⁰² Rautio – Frände 2016 s. 82-83 ja s. 87.

³⁰³ Halila 1961 s. 291.

³⁰⁴ OK 17:2.3.

³⁰⁵ HE 46/2014 vp s. 47. Ks. myös HE 154/2006 vp s. 17.

³⁰⁶ Halila 1961 s. 295 sekä Viljanen 2009 s. 566.

³⁰⁷ Ståhlberg - Karhu 2013, s. 448.

³⁰⁸ Viljanen 2009 s. 565–578, Ståhlberg - Karhu 2013 s. 516.

loukattu ei osoittaisi kärsineensä tappiota teon johdosta. Hyvitys on siten riippumaton niistä taloudellisista menetyksistä, joita oikeudeton käyttäminen on saattanut aiheuttaa. Hyvityksen laskennallisena perusteena voidaan useimmissa tapauksissa pitää tavanomaista käyttökorvausta eli lisenssimaksua. Huomionarvoista on, että velvollisuus suorittaa hyvitystä ei edellytä huolimattomuutta.³⁰⁹

Vastaavassa kohtaa esitöissä mainitaan, että tavaramerkinloukkaukseen perustuvana vahingonkorvauksena maksetaan korvausta kaikista osoitettavista, esimerkiksi *tositteisiin perustuvista, teon aiheuttamista kuluista ja menetyksistä*. Sen lisäksi korvataan täysimääräisesti teosta aiheutunut muu taloudellinen vahinko eli puhdas varallisuusvahinko. Vahingonkorvausoikeuden yleisten periaatteiden mukaisesti oikeudenhaltijan on pääsääntöisesti näytettävä toteen vahinkonsa määrä. Tavaramerkkiloukkauksissa taloudellisista vahingoista tyypillisin lienee saamatta jäänyt voitto.

Tavaramerkkilain esitöissä on myös todettu, että puhtaan varallisuusvahingon määrän arvioinnissa on usein kyse esim. saamatta jääneen voiton määrän arvioinnista, jolloin on usein tarpeen turvautua epävarmoihin tekijöihin. Esitöissä on kuvattu, että vahingon määrää ei voida määrittää yksittäisellä perusteella, mutta viitettä vahingon määrästä voidaan saada lähinnä tavaramerkillä varustettujen tuotteiden *menekin muutoksista*. Tapauskohtaisesti myös *loukkaajan saaman voiton* voidaan katsoa antavan viitettä loukkauksen vuoksi saamatta jääneen voiton määrästä. Esitöissä on lisäksi erikseen mainittu vaikeasti näytettävissä olevina taloudellisina vahinkoina liiketoiminnan nauttiman maineen ja arvostuksen vähentyminen, häiriö asiakassuhteille sekä taloudellinen vahinko tavaramerkin goodwill-arvolle tai erottamiskyvylle vesittymisen kautta.³¹⁰

Joissain tapauksissa puhtaan varallisuusvahingon määrä voidaan laskea samoin kuin positiivinen sopimusetu sopimusoikeudellisia korvaussäännöksiä sovellettaessa.³¹¹ Tavanomaisesti kuitenkin puhtaan varallisuusvahingon määrästä vähennetään erinäisiä kuluja, minkä vuoksi vahingon määrä voidaan laskea monella eri tavalla.

Vahingon määrän arvioimisen hankaluutta ja siten tosiasiallista vahingon aiheutumista on myös arvioitu oikeuskäytännössä. TurunHO 2374/25.6.1996 S95/1406 arvioitiin sopimattoman menettelyn johdosta aiheutuvan vahingon määrää ja määräytymistä esimerkillisesti. Tapauksessa vastaajan eli Leafin todettiin menetelleen käräjäoikeuden toteamin perustein

³⁰⁹ HE 26/2006 vp s. 23.

³¹⁰ HE 26/2006 vp s. 23 sekä oikeuskäytännössä sovellettuna MAO:641/16 perustelukappaleet 16,17 ja 21.

³¹¹ Ks. Saarnilehto 2007 s. 188 ja KKO 1997:208.

sopimattomasti käyttäessään mainonnassaan hyvän liiketavan vastaisia ja harhaanjohtavia ilmaisia, jotka olivat olleet omiaan vaikuttamaan hyödykkeen kysyntään.

Kantajana olleen Wrigleyn liikevaihdon ja myyntikatteen todettiin alentuneen vuonna 1993 edelliseen vuoteen nähden käräjäoikeuden toteamin tavoin. Samoin sen kokonaismarkkinaosuus ja tietyn tuotteen myynti olivat laskeneet. HO arvioi tapauksen kannalta relevanttien markkinointitoimenpiteiden suhdetta yleisesti asianosaisten käyttämiin markkinointitoimenpiteisiin ja totesi, että:

- Ne toimet, joissa oli käytetty tapauksessa käsiteltyjä ilmaisia, muodostivat vain vähäisen osuuden yhtiöiden markkinointitoimenpiteistä.
- Sopimattomat ilmaiset eivät olleet menekin kannalta keskeisessä roolissa, minkä vuoksi ei voitu todeta, että Wrigleyn liikevaihto ja myyntikate sekä markkinaosuus ja tietyn tuotteen menekki olisivat laskeneet.
- Lisäksi hovioikeus viittasi Wrigleyn toisen tuotteen menekin kasvuun ja ilmiöiden potentiaaliseen yhteyteen.

Tapauksessa annettiin merkitystä yhtiöiden väliselle markkinaosuustaistelulle ja sille, että molemmat osapuolet ovat käyttäneet ainakin osittain hyvän liiketavan vastaista menettelyä. Lisäksi menekkiin vaikuttavien mainonnan kanavien ja niiden suhteelliselle osuudelle kokonaismainonnasta annettiin painoarvoa.

HO katsoi, että oli jäänyt näyttämättä, että kyseessä oleva markkinointi olisi aiheuttanut Wrigleyn tuotteen myynnin laskun ja sen myötä yhtiön myyntitulojen menetyksen ja näin vahinkoa Wrigleylle. Käräjäoikeuden tuomio pysytettiin ja kanne hovioikeudessa hylättiin. Tapaus ilmentää yllä kuvattua vahingon määrän ja vahingon yhteyttä oikeudellisessa arvioinnissa.

Sopimattoman menettelyn johdosta aiheutuva vahinko esimerkiksi myynnin laskun muodossa taikka saamatta jäävänä liikevoittona on usein hankalasti näytettävissä toteen ja tämän vuoksi tuomioistuimet arvioivat usein vahingon määrän OK nojalla. Myynnin laskuun voivat usein vaikuttaa monet tekijät sekä saamatta jääneeseen voittoon voidaan katsoa olevan muitakin syitä, kuin sopimattomasti menetelleen toimijan toiminta. Molempien seikkojen tueksi voidaan oikeudenkäynnissä esittää argumentteja, joiden nojalla väitetty vahinko ja sen määrä ovat seurausta muista tekijöistä kuin sopimattomaksi katsottavasta markkinoinnista. Tämä on usein edullista myös vastaajille tuomittavien korvausten kannalta, sillä vaikuttaisi, että

tuomioistuinten arvioima vahingonkorvauksen määrä on säännönmukaisesti vähemmän kuin, mitä kantaja on vaatinut.³¹²

Vahingon määrän suuruus voi myös vaikuttaa puhtaan varallisuusvahingon korvaamiseen. Vahingon määrän vaikutusta kuvastaa ns. nostokonepalvelutapaus³¹³, jossa nosturiyritys vaati lehdeltä korvauksia siihen kohdistuneen virheellisen ja harhaanjohtavan kirjoittelun vuoksi. Nosturiyritys vaati korvausta puhtaasta varallisuusvahingosta ensisijaisesti, koska hyvän journalistisen tavan vastaisen menettelyn vuoksi oli olemassa erittäin painavat syyt taloudellisen vahingon korvaamiseen, ja toissijaisesti, koska vahinko oli aiheutettu rangaistavaksi säädetyllä teolla.

Vaikkakin taloudellisen vahingon määräksi oli katsottu suomalaiskäytäntöön nähden poikkeuksellisen suuri summa, Helsingin hovioikeus katsoi, että erittäin painavien syiden käsillä oloa vastaan puhui se, että aiheutuneen vahingon määrä ei ollut erityisen suuri.

*Tiilikan*³¹⁴ mukaan hovioikeus mahdollisesti suhteutti yhtiölle arviolta aiheutuneen 2 000 000 markan vahingon yrityksen liikevaihtoon ja –voittoon sekä siihen, että yritys oli saanut uutisoinnin kohteena olevilla 50 000 000 markan ns. bulvaanikaupoilla 5 500 000 markkaa liikevaihtoveronpalautusta, johon se ei ilman kritisoituja nosturikauppoja olisi ollut oikeutettu. Siitä huolimatta, että hovioikeus katsoi vahingon aiheutetuksi tuottamuksellisella ja hyvän tavan vastaisella menettelyllä, ei vahingon korvaamiselle ollut erittäin painavia syitä.³¹⁵

5. VAHINGONKORVAUS JA SOPIMATON MENETTELY ELINKEINOTOIMINNASSA

5.1 Sopimaton menettely ja erittäin painava syy oikeuskäytännössä

5.1.1 Toleranssivaatimus

Erittäin painavaa syytä on käsitelty aiemmin esimerkiksi luvussa ”4.4.3 Tuottamuksen ja erittäin painavan syyn arviointi”. Tapauksen KKO 1991:79 eri mieltä olleen jäsenen mielipiteestä voidaan edelleen johtaa periaatteita myös sopimattoman menettelyn yhteydessä tehtävään painavuusarviointiin. Jäsenen mielestä tuotteiden keskinäinen vertailu tiedotusvälineissä on kuluttajien edun mukaista ja tämä tavoite vaikeutuu, mikäli vertailun

³¹² ks. näkökulmaan liittyen MAO:185/17 perustelukappale 54-56.

³¹³ HelHo 17.11.2003 S 01/2784. ks. myös esim. Hällström 2004.

³¹⁴ Tiilikka 2009 s. 618.

³¹⁵ Helho 17.11.2003, S 01/2784, ks. myös tapauksen rangaistavaksi säädettyyn tekoon liittyvään analyysiin: Saarnilehto 2011 s. 104-105.

johdosta voi vähäisistäkin virheellisyyksistä seurata vertailijalle vahingonkorvausvelvollisuus. Jäsen perusteli kantaansa eräänlaisella *toleranssivaatimuksella* eli sillä, että elinkeinonharjoittajien tulee jossain määrin hyväksyä julkinen arvostelu ja se, että arvostelu ei ole joka suhteessa asianmukaista. Tapaus kuvastaa kokonaisuudessaan erittäin painavien syiden arvioinnin tapauskohtaisuutta, sekä niiden dynaamista ajallista ulottuvuutta. Tämä tarkoittaa sitä, että yleislausekkeet ovat oikeuskäytännön muokattavissa ja käsitykset saattavat muuttua ajan myötä. Ensinnäkin SopMenL:n mukaan sopimattomana pidettävät menettelyt voivat muovautua uudelleen. Toisaalta myös erittäin painavien syiden vuoksi korvattavissa olevaa puhdasta varallisuusvahinkoa koskevat arviointiperiaatteet voivat muuttua.

5.1.2 On-omiaan edellytys

Alemmissa oikeuksissa SopMenL:iin liittyvien vahingonkorvauskanteiden perusteluissa on arvatenkin eroavaisuuksia. TurunHO tuomiossa 169/5.2.1991 S90/131 katsottiin, että vastaajan totuudenvastaisen ja harhaanjohtavan ilmaisun käyttäminen elinkeinotoiminnassa oli omiaan vähentämään kantajan arvostusta tutkijana sekä haittaamaan lääkärinä hänen vastaanotto- ja elinkeinotoimintaansa.³¹⁶ Tapauksessa ei perusteltu mitenkään vahingonkorvauksen perusteita muutoin, kuin yllä olevan *on-omiaan -edellytyksen* osalta. Näin ollen sopimattomuus johti vahingon korvaamiseen ja erittäin painavan syyn arvioimiseen ei otettu kantaa.

Myös ratkaisussa KKO 1992:11 yhtiölle syntyi korvausvelvollisuus vaikka vahingonkorvauslain säännöksiä ei mainittukaan vastuuperusteena. Yhtiö oli käyttänyt SopMenL mukaista sopimatonta ilmaisua, joka *oli omiaan vahingoittamaan* toisen elinkeinotoimintaa.³¹⁷ Tapauksen kulku oli seuraava:

”C oli, työskennellessään työsopimuslaissa tarkoitettussa työsuhteessa isännöitsijänä isännöitsijätoimintaa harjoittaneen osakeyhtiö A:n palveluksessa, 16.12.1986 perustanut samalla alalla työnantajansa kanssa kilpailevan osakeyhtiö B:n. Osakeyhtiö B:n tultua 17.6.1987 merkityksi kaupparekisteriin, C oli omasta ja osakeyhtiö B:n puolesta sekä sen tietien lähettänyt erälle osakeyhtiö A:n kanssa isännöintisopimuksen tehneille asunto- ja kiinteistöosakeyhtiöille raastuvanoikeuden päätöksessä kerrotun 28.6.1987 päivätyn ”Tarjous isännöintisopimuksen jatkamisesta henkilökohtaisen, vastuunalaisen

³¹⁶ Tapauksessa oli kyse siitä, että Hoitocenter Hyväolo Oy oli harjoittanut terveysalan hoitopalveluja ja vastoin Kantajan kieltoa käyttänyt hänen nimeään liiketoimintansa käyntikorteissa ja mainoksissa. Kantaja vaati Hoitocenteria korvaamaan vahingonkorvauksena 150 000 markkaa. Hovioikeus arvioi vahingon määrän OK nojalla ja tuomitsi 20 000 markan korvauksen.

³¹⁷ Hemmo 2002 s. 7.

isännöitsijän osalta" otsikolla varustetun kirjeen. Kirjeessä hän oli vihjannut osakeyhtiö A:n saattavan olla omistajanvaihdoksen jälkeen kokematon toimialallaan ja esittänyt, että asiakasyhtiöt irtisanoisivat osakeyhtiö A:n kanssa tekemänsä sopimuksen päättymään 31.8.1987 ja siirtyisivät osakeyhtiö B:n asiakkaiksi 1.9.1987 alkaen, sekä antanut irtisanomisaikaa koskevan neuvon. Kirjeen lähetettyään C oli 30.6.1987 irtisanonut työsuhteensa osakeyhtiö A:hen päättymään 31.8.1987.

C:n ollessa vielä osakeyhtiö A:n palveluksessa ja ryhtymällä kerrotuin tavoin toimenpiteisiin työnantajansa isännöintisopimusten siirtämiseksi osakeyhtiö B:lle ja käyttämällä tässä tarkoituksessa tarjouskirjeessään osakeyhtiö A:n pätevyyden toimialallaan kyseenalaiseksi asettavaa ilmaisua, C:n ja osakeyhtiö B:n oli katsottava ryhtyneen elinkeinotoiminnassa hyvän liiketavan vastaiseen tekoon ja siinä käyttäneen sopimatonta ilmaisua, joka oli ollut omiaan vahingoittamaan osakeyhtiö A:n elinkeinotoimintaa.

Ryhtymällä työsuhteensa voimassa ollessa kilpailemaan työnantajansa kanssa jo sopimuksen tehneistä työnantajansa asiakkaista ja asettamalla kilpailussa työnantajansa pätevyyden toimialallaan vihjauksin kyseenalaiseksi, C:n oli katsottava myös ryhtyneen työsuhteessa noudatettavan hyvän tavan vastaiseen kilpailutekoon, eikä työnantajan voitu katsoa antaneen siihen lupaa pelkästään sillä perusteella, että C oli saanut työsuhteen kestäessä hoitaa Vantaalla eräitä isännöintitehtäviä omaan lukuunsa.”

5.1.3 SopMenL dynaamisuus, vahingonkorvauslain toissijaisuus ja vahinko

Sopimatonta menettelyä koskevaan yleislausekkeeseen sekä puhdasta varallisuusvahinkoa koskevaan VahL säännökseen otettiin kantaa ratkaisussa KKO 1991:32 seuraavasti:

”Kommandiittiyhtiö oli käyttänyt toisen elinkeinonharjoittajan kannalta sopimatonta menettelyä elinkeinotoiminnassa. Kommandiittiyhtiötä ja sen henkilökohtaisesti vastuunalaisia yhtiömiehiä ei tuomittu suorittamaan korvausta menettelystä aiheutuneesta taloudellisesta vahingosta, koska siihen ei ollut vahingonkorvauslain 5 luvun 1 §:ssä tarkoitettuja erittäin painavia syitä.”

KKO:n mukaan tapauksessa ei ollut esitetty, että puhtaan varallisuusvahingon korvaamiselle olisi ollut erittäin painavia syitä, mutta se ei tarkentanut mitä tämä tarkalleen ottaen tarkoitti.

KKO toisaalta katsoi, hovioikeuden perusteluihin nojaten, että vastaaja oli käyttänyt sopimatonta menettelyä kantajaa kohtaan. Kommandiittiyhtiön oli ryhtymällä valmistuttaman ulkoasultaan toisen elinkeinonharjoittajan valmistamien pelien ja pelikorttien kanssa identtisiä Musta Petteri -pelejä ja pelikortteja käyttänyt toisen elinkeinonharjoittajan kannalta sopimatonta menettelyä.

Tämä kuvastanee jälleen yleislausekkeen dynaamista elementtiä, mikä ilmenee tässä yhteydessä siten, että menettelyn on vain katsottu olleen sopimatonta. Menettely ei varmaankaan KKO:n mielestä ollut hyvän liiketavan mukaista eli sellaista, mitä tunnollisen ja rehellisen elinkeinonharjoittajan voidaan odottaa noudattavan ja mitä kilpailijat ja asiakkaat pitävät hyväksyttävänä taloudellisessa toiminnassa.³¹⁸ Mainittakoon, että kantaja sai tekijänoikeuslain 57 §:n nojalla hyvityksen kommandiittiyhtiön menettelyn johdosta, mikä on osoitus vahingonkorvauslain toissijaisuudesta useissa tilanteissa.

Tapauksen perusteluita voidaan tulkita siten, että tilanteissa, joissa *vahinko ja sen määrä* on vaikeuksin esitettävissä, on myös erittäin painavien syiden käsillä olo epätodennäköisempää.

5.1.4 Olosuhteiden vaikutus ja vastikkeeton hyötyminen

Sopimatonta menettelyä koskevaan yleislausekkeeseen sekä puhdasta varallisuusvahinkoa koskevaan VahL:n säännökseen otettiin kantaa myös tapauksessa KKO 1997:181:

”Elinkeinonharjoittaja A oli yhtiöiden X ja Y kanssa solmimillaan sopimuksilla luovuttanut yhtiöille oikeuden hyödyntää taloudellisesti lukutaidon kehityspakettia, jonka ideointiin ja suunnitteluun hän oli ratkaisevasti osallistunut. Sopimuksissa oli sovittu muun muassa A:lle hyödyntämisestä maksettavista korvauksista.

Yhtiöiden X ja Y, joissa määrävässä asemassa oli ollut B, tultua asetetuksi konkurssiin oli yhtiö Z, jossa B samoin oli määrävässä asemassa, vastikkeetta jatkanut kyseisen lukutaidon kehityspaketin hyödyntämistä.

Yhtiön Z katsottiin käyttäneen elinkeinotoiminnassaan A:n kannalta sopimatonta menettelyä. A:lle aiheutuneen taloudellisen vahingon korvaamiseen katsottiin olevan erittäin painavia syitä.”

³¹⁸ HE 114/1978 s. 5.

Tapauksessa KKO katsoi, että *kuvatuissa olosuhteissa* oli katsottava, että taitotietoa edellä kerrotulla tavalla vastikkeettomasti hyödyntäessään Z oli käyttänyt SopMenL 1 §:ssä tarkoitettua toisen elinkeinonharjoittajan eli A:n kannalta sopimatonta menettelyä. A:lle sanotusta menettelystä aiheutuneen vahingon korvaamiseen oli kerrotuissa olosuhteissa vahingonkorvauslain 5 luvun 1 §:ssä tarkoitettuja erittäin painavia syitä.

Perusteluiden kannalta asiaa olisi voinut arvioida hieman tarkemmin, sillä esimerkiksi asian hovioikeuskäsittelyssä katsottiin, että menettelyn sopimattomuus olisi mahdollista ilman, että olisi erittäin painavia syitä korvata puhdas varallisuusvahinko. Hovioikeus nimittäin katsoi, että asiassa oli jäänyt näyttämättä, että KK Koulutusyhtymä Oy:n menettely olisi *vahingoittanut* A:n omaa liiketoimintaa.

Edellä mainitusta huolimatta, KKO ei perustellut olosuhteisiin viittaamisen ohella tarkemmin, millä perusteella toiminta oli sopimatonta taikka millä perusteella erittäin painavat syyt vahingon korvaamiseen olivat käsillä. Tärkein oikeustilan hahmottamiseksi tunnistettava kriteeri on luultavasti se, että KKO lausui *vastikkeettoman hyötymisen* yhtenä korvaamista puoltavana seikkana.

5.1.5 Olosuhteet: varallisuusvahinkojen rajoittamisperiaatteiden ilmeneminen

Tapauksen KKO 1997:181 kärjäoikeuskäsittelystä saadaan aiemman oikeustilan analyysin tueksi materiaalia, sillä erityinen seikka tapauksen olosuhteissa se, että kyseessä oli tilanne, jossa vastaajayhtiö oli ostanut osan konkurssiin menneiden yhtiöiden käyttöomaisuutta ja sen toimintaan kuului kursseja, joilla opetettiin lukutekniikkaa. Tämän kautta katsottiin, että tapauksessa ei *vapaan kilpailun vallitessa* muodostunut vahingonkorvausperustetta.

On siis mahdollista huomioida aiemmin esitetysti puhtaiden varallisuusvahinkojen yleiset rajoittamisperiaatteet myös oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa, kuten tässä yhteydessä käy ilmi. Tämä perustelu torjuttiin vasta KKO:n toimesta sillä, että peruste vahingonkorvaukselle olikin olemassa olosuhteiden perusteella, kun kyseessä oli *tietotaidon vastikkeeton hyödyntäminen*.

Vastaavasti ratkaisun 1991:79 eri mieltä olleen jäsenen mielipiteestä on tunnistettavissa niin ikään rajoittamisperiaatteen mukainen argumentti.³¹⁹

³¹⁹ vrt. tämän luvun osalta luku 4.2.2 Puhtaiden varallisuusvahinkojen rajoittamisen taustaa.

5.2 Oikeuskäytännön nykytila

Korkeimman oikeuden käytännössä on tuotu esiin *hyvän tavan rikkomisen korvausta puoltava vaikutus*.³²⁰ Ennen seuraavaksi käsiteltävää Redviva-Fiskars -tapausta oikeuskäytännössä oli siis sovellettu ja argumentoitu puhtaiden varallisuusvahinkojen korvaamista toleranssivaatimuksella, on-omiaan edellytykseen liittyville seikoilla, SopMenL dynaamisuudella, vahingonkorvauslain toissijaisuudella, olosuhteiden vaikutuksella, tuottamuksen asteella, lainvastaisuudella ja varallisuusvahinkojen rajoittamisperiaatteilla. Oli ainakin periaatteessa mahdollista, että jonkin toimijan menettely olisi sopimatonta, mutta siitä aiheutuneita vahinkoja ei korvattaisi. Redviva-Fiskars -tapauksen myötä oikeustilaa selvennettiin ja aiemman oikeuskäytännön merkitys muuttui.

5.2.1 Erityiset vastasyyt

Sopimatonta menettelyä ja vahingonkorvausta koskeva hyvä esimerkkitapaus on KKO:2005:105 (*Redviva-Fiskars -tapaus*). Tapauksessa:

”Mallioikeuden haltija oli lähettänyt kilpailevan tuotteen jälleenmyyjille kirjeen, jossa väitettiin kilpailevan tuotteen loukkaavan mallioikeutta ja kiellettiin mallioikeutta loukkaava toiminta. Myöhemmin oli oikeudenkäynnissä todettu, ettei kilpaileva tuote loukannut mallioikeutta. Korkeimman oikeuden ratkaisusta ilmenevin perustein katsottiin, että mallioikeuden haltijan menettelytapa oli vallinneessa tilanteessa sopimaton ja että asiassa oli vahingonkorvauslain 5 luvun 1 §:ssä tarkoitetut erittäin painavat syyt vahingonkorvauksen tuomitsemiseen.”

Tapauksen perusteluista voidaan nostaa esiin muutamia huomioita erittäin painavan syyn arviointiin:

- 1) minkäläinen menettely olisi hyvän liiketavan kannalta ollut asianmukaista;
- 2) toimenpiteiden kohtuullinen mitoittaminen esimerkiksi ajallisessa suhteessa;
- 3) toimien tavoiteltu lopputulos; esimerkiksi myynnin tyrehtymisen tavoittelu oli omiaan aiheuttamaan taloudellisia menetyksiä toiselle elinkeinonharjoittajalle.³²¹

Peilaten aiemmin käsiteltyihin oikeuskäytännössä esiintyneisiin kriteeristöihin KKO perusteli vahingonkorvauslain 5 luvun 1 §:n edellytysten täyttymistä seuraavasti (kursiivi kirjoittajan):

³²⁰ ks. KKO 2005:105(”Redviva-Fiskars -tapaus”) ja esim. Vaasan HO 27.2.2018 96.

³²¹ KKO 2005:105 perustelukappale 21 ja Sisula-Tulokas 2012 s. 254-255.

Jos joku ryhtyy elinkeinotoiminnassaan tahalliseen menettelyyn (*tuottamusvaatimus*), joka on hyvän liiketavan vastaista tai muutoin sopimatonta ja siten lain vastaista (*lainvastaisuus*), tietäen menettelynsä olevan omiaan aiheuttamaan toisen liiketoiminnassa taloudellisia menetyksiä (*on omiaan-edellytys*), on mainitun vahingonkorvauslain 5 luvun 1 §:ssä säädetyn edellytyksen täyttymisen kannalta lähtökohtaisesti kysymys sellaisista seikoista, jotka puhuvat vahingonkorvausvelvollisuuden puolesta. Tällöin pitäisi olla erityisiä *vastasyitä*, jotta korvausvelvollisuutta ei syntyisi (*vastasy-y-edellytys*).³²²

Tapauksesta voidaan tunnistaa erityisenä uutena arviointiperusteena *erityisten vastasyiden -vaatimus*, joiden puuttuessa puhtaat varallisuusvahingot voidaan tuomita korvattaviksi³²³. KKO olisi voinut selventää entisestään SopMenL:ään ja VahL erittäin painaviin syihin liittyvää arviointia vieläkin tarkemmin esimerkiksi selventämällä tulkintaa siten, että hyvän liiketavan vastaisuus muodostaa erittäin painavan syyn.³²⁴ Sen sijaan se päättyi luomaan uuden edellytyksen arviointia varten.

Redviva-Fiskars -tapauksen oikeusohje on hyväksytty myös myöhemmässä oikeuskäytännössä. Tapauksessa TurunHO 1958/23.10.2013 R12/1965 ei mainittu tapausta nimeltä, mutta korvausvelvollisuuden osalta KKO:n perustelukappale³²⁵ oli suorana viittauksena perusteluissa. KKO:n oikeusohjeeseen peilaten ja ottamatta kantaa vastasy-y-edellytykseen hovioikeus perusteli erittäin painavien syiden käsillä oloa sillä, että vastaaja oli:

- tahallaan tai törkeästä huolimattomuudesta rikkonut SopMenL:ia;
- antanut kilpailevasta tuotteesta totuudenvastaisia ja harhaanjohtavia ilmeisenä tarkoituksenaan saada kilpailevan yhtiön asiakkaita oman yhtiönsä asiakkaiksi;
- tavoitellut taloudellista hyötyä toimillaan.

Lisäksi vastaajan oli oikeuden mukaan *tullut käsittää*, että harhaanjohtavien tietojen antaminen edellyttää kilpailevan yhtiön taholta toimenpiteitä, joilla korjata asiakkaiden virheelliset käsitykset. Vahingon määräksi *arvioitiin* virheellisten käsitysten korvaamisesta koituneet kustannukset.

5.2.2 Uhkailukirjeiden arviointi

³²² KKO 2005:105 perustelukappale 18.

³²³ Sisula-Tulokas 2012 s. 255.

³²⁴ Sandvik 2006 s. 535-537.

³²⁵ KKO 2005:105 perustelukappale 18.

Redviva-Fiskars -tapauksen oikeusohjetta liittyen kilpailevan tuotteen jälleenmyyjille lähetetyn mallioikeuden loukkausta ja mm. tuotteen markkinoinnin lopettamista koskevan kirjeen asemaa sopimattoman menettelyn näkökulmasta arvioitiin tapauksessa HelHO 1426/1.7.2014 S12/2217.³²⁶

Tapauksessa todettiin, että vaikka kirjeet olivat sinänsä tiukkasävyisiä niin vaatimus kielletyksi väitetyn ilmaisun käytön lopettamisesta ei ollut sopimatonta. Tässä yhteydessä on havaittavissa jälleen se, mitä luvussa ”3.1.2 Orjallinen jäljittely” on esitetty, eli sen merkitys, kuka ilmaisuja tosiasiallisesti käyttää.

Tapauksessa jälleenmyyjät olivat keksineet sopimattomaksi väitetyt ilmaiset, mikä osaltaan vaikutti vastaajan vastuun arviointiin. Tämän vuoksi huomiota kiinnitettiin siihen, oliko jälleenmyyjien toimet välillisesti seurausta vastaajan luomasta käsityksestä. Tapauksesta on havaittavissa brändimarkkinoinnin suhde sopimattomuuteen siten, että mikäli kilpailijoita ei voi tunnistaa omien tuotteiden tiettyjen laatuksien korostamisessa, niin se osaltaan puhuu sopimattomuutta vastaan. Vahingonkorvausta ei arvioitu, koska menettely ei ollut sopimatonta.

5.2.3 Yhteenvetotapaus oikeustilasta

Tuoreemmassa tapauksessa HelHO 1760/16.9.2014 S13/3119 sovellettiin *Redviva-Fiskars -tapauksen* oikeusohjetta. Hovioikeus katsoi, että kerrotuissa olosuhteissa oli erittäin painavia syitä korvata vahinko, kun erityisiä vastasyitä ei ollut esitetty. Olosuhteista mainittakoon, että vastaajan suorittamasta markkinoinnista ei käynyt selkeästi ilmi kenen lukuun markkinointi ja ilmoitusten myynti oli tapahtunut. Ilmoitusten kopioiminen *oli omiaan* vaikuttamaan kantajan vastaavien ilmoitusten kysyntään ja siten vahingoittamaan kantajan elinkeinotoimintaa. Kyseessä oli myös toisen yhtiön kuva ja rivi-ilmoitusten *vastikkeeton* hyödyntäminen.³²⁷

Vahinko oli kantajan menettämä yrittäjien ilmoitusmyynnistä saatava myyntivoitto siltä osin kuin kantajalle aiheutui myynnin menetystä. lisäksi kantajalle oli aiheutunut vastaajan menettelyn johdosta selvittelytyötä.

³²⁶ Kyse oli tilanteesta, jossa oli vielä epävarmaa, onko mallioikeutta loukattu vai ei ja jossa myöhemmin oli oikeudenkäynnissä todettu, ettei mallioikeutta ollut loukattu.

³²⁷ Hovioikeus katsoi, että: ”Fresh Global on menetellyt hyvän liiketavan vastaisesti, kun yhtiön puhelimitse suorittamasta kuva- ja rivi-ilmoitusten markkinoinnista ja myynnistä West Companyn yritysasiakkaille ei ole selkeästi käynyt ilmi, kenen lukuun markkinointi ja ilmoitusten myynti on tapahtunut, vaan asiakkaat ovat saaneet väärän kuvan yhtiöstä, jonka kanssa he tekivät sopimuksen ilmoitusten julkaisemisesta palveluhakemistossa. Edellä mainittu 15 kuvailmoituksen kopioiminen ja kuuden rivi-ilmoituksen tietojen kopioiminen West Companyn palveluhakemistoista on ollut omiaan vaikuttamaan West Companyn myymien vastaavien ilmoitusten kysyntään ja siten vahingoittamaan West Companyn elinkeinotoimintaa. Fresh Global on myös vastikkeettomasti hyödyntänyt West Companyn julkaisemia kuvia rivi-ilmoituksia. Fresh Globalin menettely on siten ollut West Companyn kannalta sopimatonta.

Vaikka tuotteiden laatua koskevien väittämien olennaisuus potentiaalisen taloudellisen vahingon aiheutumisessa tunnustettiin, vahingon ja sen määrän osalta myynnin kasvun vähentymistä ei pidetty yksinään luotettavana indikaattorina taloudellisen vahingon määrästä, kun otettiin huomioon lehti-ilmoituksen kertaluonteisuus ja sen merkitys myynnin kasvun tyrehtymiselle. Lopulta vahingon määrä arvioitiin OK valtuussäännöksen nojalla.

SopMenL:n edellytykset voivat täytyä myös, kun vastaaja ei esitä mainonnassa käyttämiensä kilpailijan tuotteiden laatua koskevien väitteidensä tueksi selvitystä, käyttää halventavia ilmaisuja toisen liiketoiminnan kannalta sekä totuudenvastaista ilmaisuja, joka on omiaan vahingoittamaan toisen elinkeinotoimintaa.³²⁸

5.2.4 Vahingon määrän osoittaminen

Tapauksessa HelHO 4837/17.11.1993 S92/634 katsottiin, että vastaaja syyllistyi SopMenL vastaiseen menettelyyn ja, että tämä oli velvollinen korvaamaan sen perusteella aiheutuneen vahingon. Erittäin painavan syyn edellytykseen taloudellisen vahingon korvaamisen perusteena ei otettu mitenkään kantaa, mutta vahingon määrän suhteen asiaa arvioitiin oikeuden toimesta, sillä sen ei katsottu tuleen riittävän täsmällisesti.

5.2.5 Osapuolten roolit ja muut seikat

Myöskään tapauksessa HelHo 4935/17.11.1993 S92/532 ei perusteltu erittäin painavaa syytä mitenkään, vaikka tuomittiin vahingonkorvausta sopimattoman menettelyn johdosta. Tapauksessa HelHo 373/4.3.2016 S 15/555 taas katsottiin, että harkittaessa erittäin painavien syiden olemassaoloa merkityksellisiksi nousevat osapuolten roolit.³²⁹

³²⁸ HelHO 4501/27.10.1993 S92/765.

³²⁹ Vahingonkorvauslain 5 luvun 1 §:n asettamat yleiset ja erityiset edellytykset taloudellisen vahingon korvaamiselle eivät täyttyneet. Tapauksessa oli kyse siitä, että: ”Kiertokapula oli ollut useiden vuosien ajan tosiasiallisesti tietoinen siitä, että SITA oli kuljettanut sopimusperusteista yhdyskuntajätettä suoraan Ekokem Oy:lle. Kiertokapula ei ollut kuitenkaan edellyttänyt SITA:lta kuljetuskäytännön muuttamista. Kiertokapula oli siten käytännössä hyväksynyt SITA:n menettelyn. SITA oli Kiertokapulan ja Ekokem Oy:n aloitteesta ryhtynyt syyskuussa 2007 kuljettamaan sopimusperusteista jätettä Ekokem Oy:lle. Kiertokapula oli puhelimitse tiedustellut vuonna 2008, miksi SITA:n Kiertokapulalle toimittamat jätemäärät ja niihin liittyvä laskutus olivat vähentyneet. Tässä yhteydessä SITA:n puolesta oli ilmoitettu, että SITA kuljetti sopimusperusteista jätettä suoraan Ekokem Oy:lle. Asiassa oli kiinnitettävä huomiota Kiertokapulan omaan menettelyyn. Vaikka SITA:n katsottaisiin rikkoneen jätelakia ja sen nojalla annettuja kunnallisia jätehuoltomääräyksiä, Kiertokapula oli omalla toiminnallaan aiheuttanut sen, että menettely oli jatkunut noin kuuden vuoden ajan. Tällaisessa tilanteessa ei ollut erityisen painavia perusteita velvoittaa SITA:a korvaamaan Kiertokapulan väittämää vahinkoa.”

Lisäksi erittäin painavien syiden arvioinnissa voidaan antaa painoarvoa esimerkiksi oikeussuhteen *sopimuksenkaltaisuudelle, vahingonaiheuttajan luottamusasemalle suhteessa vahingonkärsijään, tuottamuksen asteelle ja vahingonkärsijän korvaustarpeelle*.³³⁰

5.3 Oikeudenkäyntikuluista

Sillä, mihin vahingonkorvausvaatimus perustetaan, on myös merkitystä oikeudenkäyntikulujen mahdollista jakautumista ajatellen. Asianosainen, joka häviää asian, on velvollinen oikeudenkäymiskaaren 21 luvun 1 §:n nojalla korvaamaan kaikki vastapuolensa tarpeellisista toimenpiteistä johtuvat kohtuulliset oikeudenkäyntikulut, jollei muualla laissa toisin säädetä.

Oikeudenkäymiskaaren 21 luvun 3 §:n 1 momentin mukaan, jos samassa asiassa on esitetty useita vaatimuksia, joista osa ratkaistaan toisen ja osa toisen hyväksi, he saavat pitää oikeudenkäyntikulunsa vahinkonaan, jollei ole syytä velvoittaa asianosaista korvaamaan niitä osaksi vastapuolelle. Jos sillä, minkä asianosainen on hävinnyt, on vain vähäinen merkitys asiassa, hänen tulee saada täysi korvaus kuluistaan.

Mainitun pykälän 2 momentin mukaan mitä 1 momentissa säädetään, on vastaavasti sovellettava, milloin asianosaisen vaatimus hyväksytään ainoastaan osaksi. Tällöin voidaan asianosaiselle kuitenkin tuomita täysi korvaus kuluistaan myös siinä tapauksessa, että hänen vaatimuksensa hyväksymättä jäänyt osa koskee ainoastaan *harkinnanvaraista seikkaa*, jolla ei ole sanottavaa vaikutusta asianosaisten oikeudenkäyntikulujen määrään.

Oikeudenkäynnistä markkinaoikeudessa annetun lain 5 luvun 16 §:n 1 momentin mukaan sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa annetun lain 6 §:ssä tarkoitetun kiellon määräämistä koskevissa asioissa sovelletaan oikeudenkäymiskaaren oikeudenkäyntikulujen korvaamista koskevia säännöksiä.

Tällöin tilanteissa, joissa esitetään useita vaatimuksia, on aiheellista myös harkita, kannattaako SopMenL:ään esimerkiksi vedota vai kannattaako ainoastaan vedota tavaramerkkilakiin, sillä mikäli suuri osa asian käsittelyssä keskittyy mahdollisen sopimattomuuden tai hyvän liiketavan vastaisuuden arviointiin, saattaa oikeudenkäyntikulujen jakaantuminen vähentää kantajan mahdollisen oikeussuojan määrää.

³³⁰ Hemmo 2002 s. 23 ja Hemmo 2005 s. 155.

Esimerkiksi tapauksessa MAO 516-517/14 ja tapauksessa MAO 271/17 oli kyse tilanteesta, jossa arvioitiin oikeudenkäyntikulujen jakaantumista usean vaatimuksen ja niiden välisen kulujakauman välillä.

”Kantaja on esittänyt asiassa useita vaatimuksia, joista kantajan tavaramerkin loukkausta ja sopimatonta menettelyä elinkeinotoiminnassa koskevat vaatimukset on ratkaistu kantajan hyväksi. Tavaramerkin loukkaukseen perustunut hyvitysvaatimus on ratkaistu kantajan hyväksi osittain. Ainoastaan tavaramerkin loukkaukseen perustunut vahingonkorvausvaatimus on kokonaisuudessaan ratkaistu vastaajan hyväksi. Koska hyvitysvaatimuksen hyväksymättä jäänyt osa on koskenut vain harkinnanvaraista seikkaa, jolla ei ole ollut sanottavaa vaikutusta oikeudenkäyntikulujen määrään, ja koska tavaramerkin loukkaukseen perustuneella vahingonkorvausvaatimuksella on katsottava olleen vähäinen merkitys asiassa, kantajan tulee saada täysi korvaus kuluistaan. Vastaaja on myöntänyt kantajan oikeudenkäyntikuluvaatimuksen määrältään.”

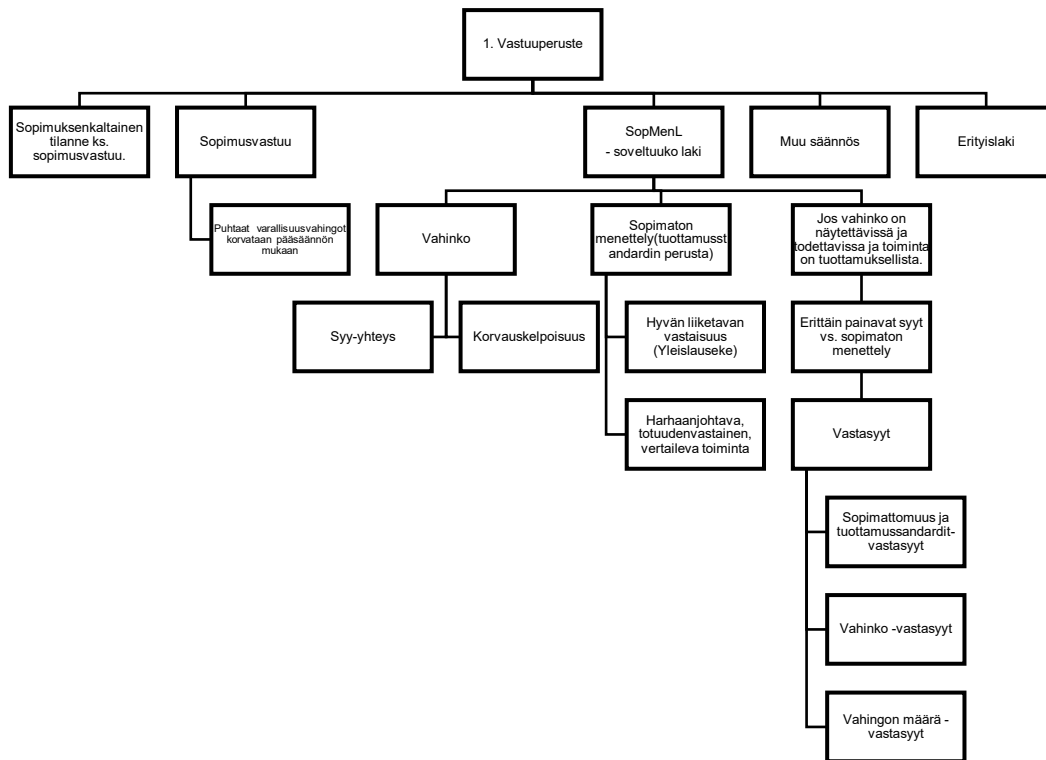
6. LOPUKSI

6.1 Yhteenveto arviointiperiaatteista

Seuraavaksi koostan tutkielmassa esitetyt havainnot esimerkkitapauksen analysoinnissa peilaamalla sopimatonta menettelyä koskevan vahingonkorvausvaatimuksen vahingonkorvausoikeudellisen harkinnan rakennetta alla olevaan kaavioon.³³¹

Yhtiö A, jonka on tuotetta on myyty saman nimen alla Suomessa pitkään, vaatii vahingonkorvausta B:ltä, joka on hiljattain markkinoinut omaa tuotettaan vastaavanlaisin ilmaisin, ilmein ja väittänyt tuotettaan tietyin kriteerein parhaaksi markkinoilla. Vuosi sitten A ja B neuvottelivat jälleenmyyntisopimuksesta melko pitkään, jonka mukaisesti B olisi alkanut A:n jälleenmyyjäksi, mutta lopulta sopimusneuvottelut kuitenkin kariutuivat.

³³¹ ks. Hemmo 2005 s. 12.



6.1.1 Vastuuperusteen valinta

Edellä esitetysti vastuuperusteen valinnalla on yhtäältä merkitystä sovellettavien korvausvastuusäntöjen kannalta, mutta toisaalta esimerkiksi asianajon kannalta. Väittämis- ja vaatimustaakkoja sovellettaessa vastuuperusteen valinta vaikuttaa myös potentiaalisten oikeudenkäyntikulujen jakautumiseen. Vastuuperusteen valinnalla voi viime kädessä olla merkitystä yksittäisen asian lopputulokselle, sillä ”väärä” vastuuperusteen valinta tai asianajo voi johtaa korvausvastuun syntymättä jäämiseen.

A:lla on valittavanaan seuraavat vaihtoehdot:

- tavaramerkkilain mukainen hyvitys ja vahingonkorvausvaatimus (erityissäännös),
- vahingonkorvausvaatimus sopimusrikkomuksen johdosta (sopimusvastuu),
- sopimuksenkaltaisen tilanteen kautta muotoutuva sopimusoikeudellinen vahingonkorvaus,³³²
- vahingonkorvaus SopMenL:n rikkomisesta.

Mielenkiintoisen näkökulman lisätutkimukselle olisi tässä kohtaa muodostanut niiden tilanteiden arviointi, joissa päätetään vaatia vahingonkorvausta esimerkiksi seuraavasti:

³³² Jolloin keskeiseksi arviointikriteeriksi tulisi se, tuleeko sopimusoikeudellisia periaatteita soveltaa tapaukseen, jos näin olisi, tulisivat myös puhtaat varallisuusvahingot korvattavaksi ilman erityisiä syitä.

100.000 euroa tavaramerkkilain rikkomisesta; 100.000 euroa toiminimilain rikkomisesta; ja 100.000 euroa SopMenL:n rikkomisesta. Tutkielman aihepiirin vuoksi on kuitenkin tarpeen edetä arvioinnissa ainoastaan yllä olevan kohdan 2 d) yksityiskohtaisempaan analysointiin.

Asiassa ei ole aihetta tässä yhteydessä arvioida menettelyä siitä näkökulmasta, että väitetty vahinko olisi aiheutettu julkista valtaa käyttäessä taikka rikoksella, koska esimerkin tarkoitus on havainnollistaa tutkielman aihepiiriin liittyviä ongelmakohtia.

6.2 Yleislauseke

6.2.1 Yleislausekkeen mukainen sopimattomuusarviointi

SopMenL:n yleislausekkeen näkökulmasta ensin ratkaistaan, onko B:n toiminta jäljittelyä. Vasta tämän jälkeen arvioidaan menettelyn sopimattomuus. Jäljittelyä arvioitaessa keskeiset arviointikriteerit ovat:

- 1) onko alkuperäinen tuote omaperäinen;
- 2) onko kyseinen tuote saavuttanut tunnusomaisuuden markkinoilla; ja
- 3) onko arvioitava menettely aiheuttanut sekaantumisvaaraa tuotteen kaupallisesta alkuperästä.³³³

Maineen ja tunnettuuden oikeudetonta hyväksikäyttämistä eli norkkimista arvioitaessa relevanttia on se, voidaanko B:n katsoa:

- 1) käyttäneen hyväksi A:n mainetta;
- 2) luoneen mielleyhtymän A:han; ja
- 3) pyrkineen hyötymään A:n maineesta.

Yleisedellytyksenä norkkimisessa on se, että A:n tulee olla markkinoilla tunnettu ja omata myös mainetta.³³⁴

6.2.2 Yleislausekkeen mukainen tuottamusarviointi

Tuottamusstandardina SopMenL:n rikkomistapauksissa käytetään normiperusteisen tuottamusstandardin sekä riskiperusteisen tuottamusstandardin yhteismuotoa. Arviointi SopMenL:n yleislausekkeen kohdalla merkitsee korostuneesti normiperusteisen tuottamusstandardin käyttöä, kun standardin pohjaksi otetaan hyvä liiketapa ja sille

³³³ ks. Castrén 1997 s. 240-242 ja Rissanen ym. 1990 s. 201-202.

³³⁴ MAO:536/18 kohta 37.

oikeuskäytännön, alakohtaisten lautakuntien ja standardien sekä yleisen moraalikäsitteen kautta annettu merkityssisältö.

Vastuun muodostumista arvioidaan nimenomaisen säännöksen perusteella ja sen kautta määritettävään huolelliseen toimijaan, minkä ohella huomiota annetaan aiemmin esitetyn mukaisesti erityisalan, eli liiketapalautakunnan kannanottoihin siitä, mikä on hyvän liiketavan vastaista eli millaisia edellytyksiä toiminnalle asetetaan tarkasteltavassa tilanteessa.

Tuottamusstandardin normiperustaksi on mahdollista ottaa myös yleisemmälläkin tasolla vaikuttavat normit. Tämä on perusteltua siksi, että yleisellä yhteiskuntakehityksellä on katsottu olevan vaikutusta hyvän liiketavan määritelmään. Asia ilmenee yleislausekkeen *dynaamista ominaisuutta* tehostaen muotoillusta ilmaisusta *muutoin sopimaton menettely*.³³⁵

Hyvän liiketavan merkityssisällöllä on oikeuskäytännön perusteella ratkaiseva merkitys SopMenL:n rikkomistapauksien vahingonkorvausoikeudellisessa arvioinnissa. Merkityssisältöön vaikuttavat yksittäistapauksellisesta kontekstista riippuen erikoisaloilla noudatettavat menettelytavat sekä huolellisuusvelvoitteeseen vaikuttavat erikoisalojen säännöt.³³⁶

6.3 Harhaanjohtava, totuudenvastainen ja vertaileva mainonta

Säännöksestä ilmenevät *käyttöedellytys* sekä *vaikuttavuusedellytys* otetaan otetaan arvioinnin perustaksi.³³⁷ Tämän *De minimis* -säännön ilmentymän mukaan, jos totuudenvastaisuus tai harhaanjohtavuus ei vähäisyytensä vuoksi vaikuta hyödykkeen kysyntään tai tarjontaan, taikka toisen elinkeinotoiminta ei vahingoitu siitä, ei menettely ole sopimatonta.

Arvioinnissa otetaan huomioon tarkastelun kohteena olevaan menettelyyn liittyviä riskejä, eli toiminnan mahdollisuutta vahingoittaa toisen elinkeinotoimintaa. Huolellisuuden mittapuuna on tällöin markkinoijan toiminnan ennakoitavissa oleva riski aiheuttaa taloudellista vahinkoa toisen elinkeinotoiminnalle. Keskeiseksi kysymykseksi tuleekin siis se, olisiko esimerkkitapauksessa B:n tullut käsillä olevissa olosuhteissa ymmärtää, että käytetty ilmaisu voi aiheuttaa vahinkoa A:lle.

Säännöksen *on omiaan -edellytys* eli *vaikuttavuusedellytys* on mielestäni osoitus siitä, että SopMenL säännös kuvastaa tuottamusarvioinnin jäännöskategorian täyttämistä

³³⁵ HE 114/1978 s.10.

³³⁶ Esim. KKO 1991:79 hyvä journalistitapa.

³³⁷ KKO 1992:11.

riskiperusteiseen arviointitapaan perustuen.³³⁸ *On omiaan -edellytys* on palautettavissa toiminnan vahinkoriskiä, vahingon suuruuteen sekä varotoimenpiteisiin.³³⁹

Huomionarvoinen kysymys on myös se, onko B:n käyttämä ilmaisu sopimaton ja voidaanko siitä suoraan tai epäsuoraan tunnistaa kilpailija. Tuottamuksen mittapuuna on tällöin se, onko ilmaisu sellainen, minkä voidaan olettaa aiheuttavan vahinkoa vastaavissa olosuhteissa. Huomiota voidaan antaa esimerkiksi tutkimustiedon hyödyntämiselle vertailussa.

6.4 Vahingonkorvausvastuun realisoituminen

Myös sopimattomaan menettelyyn liittyvissä vahingonkorvauskanteissa edellytetään, että puhtaan varallisuusvahingon ja vahingon aiheuttaneen teon välillä on syy-yhteys³⁴⁰.

Kuten olen esittänyt luvussa ”5.2 Oikeuskäytännön nykytila” sopimattomaksi menettelyksi katsottavissa tilanteissa oikeuskäytäntö on tiettyjen vaiheiden kautta edennyt siihen pisteeseen, että nykyisellään käytäntö edellyttää *erityisiä vastasyitä*, jotta korvausvelvollisuutta ei syntyisi SopMenL:n rikkomistilanteissa (*vastasy-y-edellytys*).³⁴¹

6.4.1 Vastasyiden olemassaolon puuttumista puoltavat seikat

Kun toimilla tavoitellaan voittoa liiketoiminnassa ja vahinko on tällaisen liiketoiminnan tyypillinen seuraus, voi vahingonkorvaukseen liittyvän erittäin painavan syyn ja erityisen vastasyyn arvioinnissa olla merkitystä sillä, että vahinko olisi voitu ehkäistä toisintoimimismahdollisuuden puitteissa.³⁴²

Hyvän tavan vastaisuudelle tai teon tai toiminnan epälojalisuudelle voidaan antaa painoarvoa³⁴³, jos esimerkiksi osapuolet ovat aiemmin tavoitelleet yhteistoimintaa.

Tuottamuksen asteen ohella huomioon tulee ottaa vahingon ilmeisyys(riskit), vahingonaiheuttajan vastuunkantokyky³⁴⁴ ja vakuuttamismahdollisuudet.³⁴⁵ Vastaavasti jos harhaanjohtavan, totuudenvastaisen tai vertailevan mainonnan osalta käytettyjen väitteiden

³³⁸ Viljanen 2005 s. 446.

³³⁹ Hellner – Johansson 2000 s. 130.

³⁴⁰ Ks. esimerkiksi MAO:185/17 perustelukappaleet 45-57. Valtaosa tapauksesta keskittyi siihen, oliko Rapalalle aiheutunut korvattavaa vahinkoa ja mikä on ollut vahingon määrä. Ks. myös KKO 1988:95 syy-yhteysvaatimuksesta.

³⁴¹ KKO 2005:105 perustelukappale 18.

³⁴² KKO 1990:26, KKO 1991:79, KKO 1992:44, 1997:181 ja KKO 2005:105.

³⁴³ KKO 1997:81.

³⁴⁴ KKO 1990:26, KKO 1991:79, KKO 1992:44 ja KKO 2005:105.

³⁴⁵ KKO 1992:44.

faktapohja on ollut puolueettomasta lähteestä ja perustunut todistettavasti asianmukaiseen tutkimustietoon, voisi se olla yksi vastasyys vahinkojen korvaamiseen liittyen.³⁴⁶

Oikeuskäytännön myötä tilanne on kehittynyt puhtaiden varallisuusvahinkojen ja erittäin painavan syyn osalta sellaiseen suuntaan, että hyvän liiketavan vastainen menettely alkaa muistuttamaan erittäin painavaa syytä jo itsessään. Tältä osin sopimattomaan menettelyyn liittyvän vahingonkorvaussäännöstö on oikeuskäytännön ja yleisen moraalikäsitteen kehityksen myötä kehittymässä siihen suuntaan, että hyvä liiketapa voisi periaatteessa olla vahingonkorvauslain puhtaiden varallisuusvahinkojen korvaamisen yleinen edellytys. Tätähän Mika Hemmo ehdotti jo vuonna 2002, mutta silloin ei koettu tarpeelliseksi lisätä kyseistä edellytystä lakiin.

Toisaalta, mikäli hyvän liiketavan vastaisuus lisättäisiin lakiin erillisenä edellytyksenä voisi se estää sopimatonta menettelyä koskevan yleislausekkeen dynaamisuuden ja kehittymisen yleisten moraalikäsitteiden mukana.

6.4.2 Mitkä seikat voivat olla erityisiä vastasyitä

Vaikka yleislausekkeen soveltaminen on Redviva-Fiskars -tapauksen myötä suhteellisen lukittu, voidaan korvausvastuuta vastaan silti löytää joitakin argumentteja. Esimerkiksi vahingonkärsijän vakuuttamismahdollisuudet, menetyksen ja korvauksen vähäinen merkitys ja vahingonkärsijän varautumismahdollisuudet vahinkoon voivat luoda sellaisia olosuhteita, jotka puhuvat korvausvastuuta vastaan. Esimerkkitapauksen tosiseikastosta voidaan johtaa myös ainakin yksi argumentti. Vaikka toiminta on sinänsä sopimatonta, niin koska kyseessä on vain yksi tuote tai, koska osapuolet ovat suhteellisen tasa-arvoisia relevanteilla markkinoilla, tai ainakaan B ei ole A:ta suurempi toimija, niin ei ole erittäin painavia syitä korvata vahinkoa³⁴⁷.

Esimerkkitapaukseen peilaten vahingonkorvausvelvollisuus voitaisiin tässä tutkielmassa esitetyn johdosta välttää ainoastaan, mikäli:

- tuottamuksen aste ei ole toiminnan riskien, vahingon määrän ja vahingonkärsijän varautumismahdollisuuksien näkökulmasta ole järin suuri;
- korvauksen määrä on vaikeasti arvioitavissa ja osoitettavissa, kuten esimerkiksi tapauksessa KKO 1991:61;
- osapuolten välillä ei ole erityissuhdetta, joka antaisi perusteen oikeussuojaodotuksille eli vahingon korvaamiselle;

³⁴⁶ ks. esim. faktapohjan edellytyksestä ja totuudellisuusvaatimuksesta MAO:895/15 ja KKO:2011:42.

³⁴⁷ KKO 1990:26, KKO 1991:79, KKO 1992:44, 1997:181 ja KKO 2005:105.

- väitetyn vahingonaiheuttajan vahinkoon myötävaikuttaneeseen toimintaan liittyvän ymmärryksen merkitys vahingon ja vahingosta saadun edun välillä ei ole yhteydessä sopimattomaan menettelyyn;³⁴⁸
- taloudellisen vahingon määrän osoittamisessa ei käytetä riittävästi perusteita;
- vahingon määrää ei määritellä riittävän täsmällisesti; ja
- osapuolten roolit tapauksessa antavat aihetta arvioida korvausvastuuta toisin.

Vaihtoehtoisesti vahinko voi jäädä korvaamatta sen vuoksi, että vahingon aiheutuminen on mahdotonta kiinnittää sopimattomaan menettelyyn siten, että korvausvastuun yleinen edellytys tältä osin täytyisi vahingon määrän tai lähinnä vahingonkäräjistä johtuvien olosuhteiden vuoksi. Tässä yhteydessä vastasyyn liittyvä arviointi vältetään toisaalta jo sillä, että vahingonkorvauksen yleisiä edellytyksiä arvioitaessa vahingon aiheutuminen tai vahingon määrä osoittaa vahingon korvausedellytysten puuttumisen.

6.5 Johtopäätökset

Vastauksena tutkimuskysymykseen voidaan todeta, että sopimattomaksi katsottava menettely johtanee pääsääntöisesti korvausvastuuseen. Aiemman oikeuskäytännön merkitys on heikentynyt, kun myöhemmässä oikeuskäytännössä tarkennettu oikeustilaa. Hyvä liiketapa alkaakin muistuttamaan korvausvastuun yleistä edellytystä SopMenL:n kontekstissa.

Toisaalta, kun asiaa tarkastellaan vahingon aiheutumisen näkökulmasta, voivat vahingon syy-yhteyteen tai määrään liittyvät seikat muodostavat sellaisia vastasyitä, että vahinkoa ei tulisi korvata. Esimerkiksi vahingonkäräjän oma toiminta ja vahingon määrän mahdoton toteaminen voi olla sellaisia seikkoja, mitkä erityisesti toimivat vastasyinä. Toisaalta tuomioistuimet voivat yksittäistapauksissa arvioida vahingon määrän, mikäli sitä ei voida osoittaa, mutta milloin on kuitenkin katsottavissa, että on aiheutunut vahinkoa, mikä tulisi korvata.

Koska elinkeinonharjoittajan ensisijaisena oikeussuojakeinona on tehdä hakemus markkinaoikeudelle sopimattoman menettelyn kieltämiseksi,³⁴⁹ mahdollistaa kieltopäätöksen hakeminen sopimattoman menettelyn ja hyvän liiketavan edellytysten ja määritelmien eriyttämisen vahingonkorvauslain erittäin painavien syiden harkinnasta. Tämä johtuu siitä, että

³⁴⁸ KKO 1991:61 perusteluissa lausutaan, että: ”Se seikka, että varoja on perusteettomasti siirretty Esko Aage, Vesa Heikki Tapio ja Väinö Asko Antero V:n omistamalle yhtiölle, ei sinänsä anna aihetta velvoittaa heidät henkilökohtaisesti maksamaan korvausta. Jutussa ei ole selvitetty, että he olisivat käyttäneet hyväkseen yhtiön saamaa etua sellaisissa olosuhteissa, että heidän olisi pitänyt ymmärtää kysymyksessä olleen yhtiölle väärin perustein tulleita varoja.”

³⁴⁹ Bärnlund 2014 s. 996.

kieltopäätöstä haettaessa vahingon aiheutumiselle ja sen määrälle ei aseteta vastaavia vaatimuksia, kuin jos asiaa käsitellään varsinaisessa vahingonkorvausoikeudenkäynnissä.

Puhtaiden varallisuusvahinkojen sääntelyä on tarkistettu viimeksi vuonna 2002, jolloin hyvän tavan vastaisuutta ei koettu tarpeelliseksi lisätä säännökseen yleiseksi korvausvastuun edellytykseksi. Oikeuskäytännön kehityksen myötä hyvän liiketavan vastaisuus SopMenL kontekstissa on suhteellisen säännönmukaisesti erittäin painavaa syytä puoltava seikka.

Kun vahingonkorvauslaki säädettiin, vaikutti sen taustalla vahvasti 70-luvun kuluttajaoikeudelliset preferenssit sääntelytoiminnassa. Tuolloinen yhteiskunnallinen moraalikäsitys eroaa nykyisestä ainakin siinä määrin, että hyvän liiketavan sisältö voidaan todeta olevan erilainen nykyään. Myös markkinoinnin merkitys on kasvanut SopMenL:n säätämisen jälkeen. Vaikka esimerkiksi liiketapalautakunnan antamat lausunnot ohjaavat markkinointiin liittyvien ilmaisujen sallittavuutta kulloisenkin yhteiskuntakäsityksen mukaan, ei erittäin painavaa syytä tai vastasyitä koskeva kehitys ole samanaikaisesti muuntuva.

Sopimatonta menettelyä koskevassa vahingonkorvausarvioinnissa ei oikeastaan tunneta muita korvausvastuun perusteita, kuin sopimattomuuden kautta tapahtuva tuottamusarvointi. Tältä osin tuottamuskriteeri sulautuu yhteen muiden korvausvastuun edellytysten, kuten vahingon käsitteen, vahingon määrän sen ennakoitavuuden ja syy-yhteyskysymyksen kanssa. Korvausvastuun syntymistä harkittaessa nämä kaikki vaikuttavat samassa harkintaprosessissa ajatuksellisena tapahtumana.³⁵⁰ Tuottamusarvioinnissa ilmenee siis tekijöitä, jotka kuuluvat muiden korvausvastuun syntymisen edellytysten joukkoon, mutta ne ovat tarpeen ottaa huomioon tuottamusarvioinnissa, jolloin sopimatonta menettelyä koskevan erittäin painavan syyn kuvaaminen on muodostunut edellä kuvatulla tavalla moninaiseksi arviointiprosessiksi.

³⁵⁰ Kolehmainen 2006 s. 358-360.