

Toni Malminen



Lakimies
7–8/2024
s. 1060–1081

Kun taloustiede menetti otteensa amerikkalaisesta kilpailuvalvonnasta. Tapaustutkimus yhteiskunnallisen oikeustutkimuksen karikoista

HAKUSANAT: kilpailuoikeus, kilpailun taloustiede, oikeushistoria, Chicagon koulukunta

1. Aluksi

Oikeustutkimuksen eksistentiaalisia kysymyksiä on sen suhde yhteiskuntatieteen.¹ Asiasta esitettyjä käsityksiä voi kuvata jatkumona. Sen toisessa ääripäässä on yhteiskuntatieteellinen reduktionismi, joka kiistää normatiivisen tutkimuksen tieteellisyyden ja painottaa, että oikeuden tutkimuksen tulee olla empiiristä, kokemukseen perustuvaa.² Vastareaktionä 1900-luvun alkupuolen oikeussosiologialle ja -realismille syntyi jatkumon toinen ääripää: Hans Kelsenin ”puhdas” oikeusoppi, jossa lainopin tieteellisyyden takasi olemisen ja pitämisen veitsenterävä erottaminen sekä tieteenalan kapea tehtävänasettelu.³

Oikeus- ja yhteiskuntatiede -jatkumon molempien äärilaitojen ongelmat tunnetaan nykyisin hyvin. Niiden tilalle on noussut lähestymistapa, jota voi luonnehtia akateemiseksi ekumeniaksi tai oikeustieteen 1900-luvun metodidebattien 2000-luvun synteeksi. Tämän mukaan oikeudella on sekä normatiivinen että empiirinen puoli, jotka molemmat ovat tutkimuksen arvoiset.⁴ Sekä lainopilla

* *Toni Malminen*, OTT, LL.M. (Yale), tutkijatohtori, Tampereen yliopisto; yliopistonlehtori, Itä-Suomen yliopisto. Tekstiä koskevista hyödyllisistä keskusteluista ja kommentteista kiitän Veikko Vahteraa ja Petri Kuoppamäkeä sekä kahta anonyymia vertaisarvioijaa. Kaikissa kirjoituksessa viitatuilla internetsivuilla on vierailtu 18.8.2024.

1. Oikeuspositivismismin nousu ja yhteiskuntatieteiden professionaalistuminen 1800-luvulla synnyttivät nykyisen kaltaisen jännitteen lainopin ja yhteiskuntatieteiden välille. Heikki Pihlajamäki, Oikeuden lainavaatteet: historiallinen katsaus oikeustieteen suhteisiin muihin tieteeniin, s. 13–41 teoksessa Kaijus Ervasti – Nina Meincke (toim.), Oikeuden tuolla puolen. Talentum 2002.
2. Tiukan empirististä lähestymistapaa edusti amerikkalainen oikeusrealisti Underhill Moore, jonka mukaan oikeustiede on muutettava käyttäytymispsykologian osa-alueeksi. Underhill Moore – Charles C. Callahan, Law and Learning Theory: A Study in Legal Control. The Yale Law Journal 53(1) 1943, s. 1–136.
3. Hans Kelsen, Puhdas oikeusoppi. Suom. Olli Nikkola. WSOY 1968, s. 370.
4. Oikeuden kaksista kasvoista ks. Kaarlo Tuori, Two Challenges to Normative Legal Scholarship. Scandinavian Studies In Law 2008, s. 178–202.

että oikeuden yhteiskunnallisella tutkimuksella on paikkansa, ja lupaavimmat tutkimushankkeet liikkuvat usein näiden rajapinnoilla. Kun hyväksytään, että tutkijan oikeuslähdeoppi voi olla vapaampi kuin tuomarin, myös lainoppia voidaan avata yhteiskuntatieteiden suuntaan.⁵ Yhteiskuntatieteellisesti suuntautuneen oikeustutkimuksen perinteiset ongelmat – juristien puutteellinen yhteiskuntatieteiden metodiosaaminen ja yhteiskuntatieteilijöiden haluttomuus perehtyä juridiikan yksityiskohtiin – ratkeavat ekumeenisen käsityksen mukaan parhaiten monitieteisissä tutkimusryhmissä. Niin sanottu uusi oikeusrealismi ja oikeuden yhteiskunnallinen tutkimus edustavat tällaista ekumeniaa.⁶

Oikeus- ja yhteiskuntatieteiden liitto monitieteisissä tutkimusohjelmissa on epäilemättä hedelmällinen asetelma. Joillain oikeudenaloilla oikeus- ja yhteiskuntatieteiden yhdistelyä voi pitää lähes väistämättömänä. Esimerkki tällaisesta on kilpailuoikeus, jonka monet käsitteet, kuten kartelli, monopoli, tehokkuus, määräävä markkina-asema ja kuluttajan ylijäämä, ovat luonteeltaan taloustieteellisiä. Nykyaikaisen kilpailun taloustieteen syntyä 1950-luvulla onkin luonnehdittu ”modernin oikeustaloustieteen häikäisevimmäksi saavutukseksi”.⁷

Oikeus- ja yhteiskuntatieteiden liitto voi synnyttää jännitteitä. Yksi on tieteen ja ideologian sekä tieteen ja taloudellisten intressien mahdollinen ristiveto, kun tutkimustuloksilla pyritään vaikuttamaan oikeudenkäyttöön. Toinen on tieteellisesti virittyneen oikeuskäytännön demokratiavaje, kun laintulkinta etääntyy kauas lain sanamuodosta ja alkuperäisestä tarkoituksesta.⁸ Kolmas on A. V. Diceyn jo 1800-luvulla havaitsema mahdollinen ristiriita yhtäältä tarkkarajaisen oikeussääntöjen, kuten rikoslain, ja toisaalta väljän modernin hallinnollisen sääntelyn välillä.⁹ Dicey pelkäsi liian yleispiirteisen sääntelyn mahdollistavan virkavastuun välttelyn, koska lainsäätäjän on vaikea sitoa hallintoa väljillä normeilla.

Tässä artikkelissa erittelen aatehistoriallisesti tieteen ja oikeudellisten käytäntöjen suhdetta. Käytän kilpailun taloustiedettä esimerkkinä yhteiskuntatieteen ja oikeuden hedelmällisestä mutta myös mahdollisesti jännitteisestä suhteesta.

5. Parhaita suomalaisia keskustelupuheenvuoroja lainopin ja muiden yhteiskuntatieteiden, etenkin taloustieteen, suhteesta on edelleen Pekka Timonen, Määräysvalta, hinta ja markkinavoima. Julkisesti noteeratun yrityksen määräysvallan siirtymisen oikeudellinen sääntely. Kauppakaari 1997, s. 31–130.
6. Monitieteistä lähestymistapaa oikeuteen on puolustettu taitavasti uudessa oikeustieteen metodioppikirjassa. Pauli Rautiainen – Aura Kostiainen – Visa Kurki – Niko Soininen – Tapio Määttä, Oikeus ja sen tutkiminen. Vastapaino 2023.
7. George L. Priest, *The Rise of Law and Economics: An Intellectual History*. Routledge 2020, s. 81.
8. Kilpailulainsäädännön sanamuodon ja tavoitteiden välisestä suhteesta ks. Daniel A. Farber – Brett H. McDonnell, “Is There a Text in this Class?” *The Conflict Between Textualism and Antitrust*. *Journal of Contemporary Legal Issues* 14 (2005), s. 619–668.
9. Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Liberty Fund 1982, s. 218–228.

Tapaustutkimukseni on 1950-luvulla syntyneen ja edelleen vaikutusvaltaisen ”chicagolaisen” kilpailun taloustieteen merkitys amerikkalaiselle kilpailuoikeudelle.¹⁰ Tosin koulukunnan vaikutusvalta on suhteellista: on kiinnostavaa, että sen vaikutus oikeuselämässä alkoi kasvaa lähes samanaikaisesti, kun sen suosio kilpailun taloustieteen akateemisessa tutkimuksessa alkoi laskea.¹¹ Chicagon koulu alkoi viimeistään 1970-luvulla vaikuttaa kilpailuvalvontaan viranomaisissa ja tuomioistuimissa, kun ensin tuomioistuimet ja sitten oikeusministeriön kilpailuvalvontaosasto uudistivat kilpailuajatteluaan. Kun kilpailun taloustiede edistyi 1970-luvulta alkaen peliteorian ja empiirisen taloustieteen kehityksen myötä, Chicagon koulukunnan tutkimukset joutuivat kritiikin kohteeksi.¹² Sen asema oikeuskäytännössä on silti vahvistunut vielä 2000-luvulla, ja etenkin liittovaltion korkein oikeus on ollut näihin päiviin asti skeptinen kilpailukanteita kohtaan. Amerikkalainen kilpailuvalvonta on ollut vertailevassa katsannossa säyseää, ja kilpailuoikeuden täytäntöönpanon kansainvälinen painopiste on ollut Brysselissä. Miksi näin on käynyt ja mikä kilpailun taloustieteen merkitys on ollut tälle ilmiölle? Tämä on artikkelin tutkimuskysymys. Antamani vastaus antaa ajatteleminen aihetta oikeuskäytännön ja yhteiskuntatieteen suhteesta laajemminkin.

Tutkimuksen innoittajana on toiminut Yhdysvalloissa 2010-luvun lopulla ja 2020-luvun alkuvuosina vilkastunut kriittinen keskustelu amerikkalaisen kilpailuoikeuden tilasta, jossa kilpailun taloustieteen on nähty ajautuneen kriisiin.¹³ Hiljattain on jopa vaadittu kilpailuoikeuden ei-taloustieteellistämistä (de-economizing).¹⁴ Keskustelu on valaisevaa myös suomalaisen oikeustutkimuksen näkö-

10. Nimitys ”Chicagon koulu” viittaa Chicagon yliopiston tutkijoiden keskeiseen asemaan paradigman synnyssä. Chicagolainen kilpailuoikeus ei rajoittunut sinne, vaan sen premissit jakaneita tutkijoita on ollut muuallakin ja yhteys Chicagoon on voinut syntyä opettaja-oppilassuhteen kautta, kirjallisten vaikutteiden välityksellä tai siten, että tutkija on päätenyt samanlaisiin johtopäätöksiin itsenäisesti. Tässä kirjoituksessa keskitytään kuitenkin Chicagossa vaikuttaneisiin koulukunnan ydinhalmoihin. Tapaustutkimuksen teoriassa puhutaan usein kriittisestä tapauksesta, jossa valittu tapaus tiedetään aikaisemman tutkimuksen valossa tärkeäksi. Tapauksutkimuksen teoriasta ks. Päivi Eriksson – Katri Koistinen, Monenlainen tapaustutkimus. Kullattajatutkimuskeskuksen julkaisuja 4:2005.

11. Käytän kirjoituksessa termejä ”paradigma”, ”koulukunta” ja ”tutkimusohjelma” synonyymeinä tarkoittamaan yhtäältä henkilöryhmää, joka jakaa tutkimuskohteestaan ja tutkimusmenetelmistään riittävässä määrin peruslähtökohtia, jotta se tunnustetaan omaanikseksi, ja toisaalta näistä peruslähtökohdista käsin tehtyä tutkimusta.

12. Empiirisen tutkimuksen edistyksestä ks. Timothy F. Bresnahan – Richard Schmalensee, The Empirical Renaissance in Industrial Economics: An Overview. *Journal of Industrial Economics* 35(4) 1987, s. 371–378.

13. Herbert J. Hovenkamp, The Looming Crisis in Antitrust Economics. *Boston University Law Review* 101 (2021), s. 489–545.

14. Daniel A. Hanley, De-Economizing Antitrust Law Starts with Market Definition. The Sling: Economic Analysis and Competition Policy Research 28.4.2023 osoitteessa www.thesling.org/de-economizing-antitrust-law-starts-with-market-definition/.

kulmasta, koska oikeustaloustieteellä on edelleen vahva asema monilla oikeudenaloilla, erityisesti kilpailuoikeudessa.¹⁵

Toinen virikkeenantaja tutkimukselleni on ollut viime vuosina harppauksin edennyt uusliberalismin historiankirjoitus, joka helpottaa Chicagon koulun sijoittamista historiallisiin yhteyksiinsä.¹⁶ Tutkimuksen uutuusarvo on näiden kahden tutkimus- ja keskusteluperinteen tuomisessa yhteen.

Uusliberalismia ja sen kilpailuoikeutta koskevan keskustelun painopiste on ollut Yhdysvalloissa, mutta tapaustutkimukseni tarjoaa opetuksia monitieteisen tutkimuksen saavutuksista ja vaaroista myös eurooppalaiselle ja suomalaiselle oikeusajattelulle. Kiivaiden amerikkalaisten väittelyiden laineet lyövät jo Euroopassa, jossa on esitetty syytöksiä modernin taloustieteen kilpailuoikeutta vääristävästä vaikutuksesta.¹⁷

Aloitin artikkelin erittelemällä lyhyesti ristiriitoja, joita demokratian ja oikeusvaltion sekä tieteen ja ideologian välille voi syntyä. Luvussa 3 esittelen Chicagon koulun nousun vaikutusvaltaiseksi kilpailun taloustieteen ja kilpailuoikeuden tutkimusohjelmaksi. Taloustieteen kehitys 1970- ja 1980-luvuilta alkaen alkoi yhä useammin asettaa Chicagon koulun perusoletuksia kyseenalaisiksi. Sen sijaan, että chicagolaiset olisivat pyrkineet vastaamaan kritiikkiin omilla empiirisillä tutkimuksillaan, he usein sivuuttivat kriittiset näkökulmat, kuten luvussa 4 esitetään. Koska erityisesti korkeimman oikeuden käytäntö on pitkälti seurannut kilpailuvalvontaskeptisiä painotuksia, amerikkalainen kilpailuoikeus on etäännynt modernista taloustieteestä. Samalla se on alkanut kärsiä enenevässä määrin

15. Artikkelissa käsitellyn kehityskulun voi ajatella olevan ominainen juuri common law -tyyppisille järjestelmille, joissa tuomarin rooli on usein vapaampi kuin romaanis-germaanisissa. Kilpailuoikeudessa ero on kuitenkin suhteellinen, koska se yhtäältä perustuu Yhdysvalloissakin säädännäisoikeuteen ja toisaalta eurooppalainen kilpailulainsäädäntö on kirjoitettu väljästi taloustieteen kielellä, jolloin lainsoveltajalle jää paljon harkintavaltaa.

16. Uusliberalismi on kiistanalainen käsite. Ymmärrän sen yhtäältä aikakautena ja toisaalta ideologiana. Aikakautena uusliberalismin kausi voidaan sijoittaa 1970-luvulta 2010-luvun puoliväliin, jolloin valtioiden ja markkinoiden suhdetta määriteltiin uudelleen, maailma globalisoitui ja oikeudellisia avainsanoja olivat muun muassa ”deregulaatio” ja ”tehokkuus”. Nykytutkimuksessa korostetaan, että viimeistään 1990-luvulla myös vasemmisto kallistui melko laajasti uusliberalismiin. Ideologiana uusliberalismi oli 1800-luvun klassisen liberalismien perillinen, mutta se katsoi markkinoiden toimivuuden edellyttävän yövärtijavaltiota vahvempaa keskusvaltaa luomaan ja turvaamaan markkinoita. Ainakaan chicagolainen uusliberalismi ei jakanut monien klassisten liberaalien huolta yksityisen taloudellisen vallan keskittymisestä. Hyvä osoitus uusliberalismia koskevan nykytutkimuksen korkeasta tasosta on Gerstlen synteesi. Gary Gerstle, *The Rise and Fall of the Neoliberal Order*. Oxford University Press 2022.

17. Hyvä yhteenvedo ja taloustieteen puolustuspuhe on Jorge Padilla, *Expelling the Economists from EU Merger Control*. CPI Antitrust Chronicle, December 2023 osoitteessa www.compasslexecon.com/insights/publications/expelling-the-economists-from-eu-merger-control. Eurooppalaisen ordoliberalismin perinteen syrjäytymistä amerikkalaisen uusliberalismin tieltä on hiljattain eritelty digitaalisen oikeushistorian työkaluilla. Anselm Küsters, *The Making and Unmaking of Ordoliberal Language: A Digital Conceptual History of European Competition Law*. Klostermann 2023.

demokratiavajeesta. Lopuksi esitän tapaustutkimukseni perusteella muutamia yleisempiä havaintoja tieteen ja oikeustutkimuksen sekä -käytännön suhteesta.

2. Tiede, ideologia ja oikeusvaltio

Chicagon koulu oli samanaikaisesti sekä tieteellinen tutkimusohjelma että hanke, jolla puolustetaan yhteiskunnallista ideologiaa: klassisen liberalismiin uudenlaista 1900-luvun ilmenemismuotoa, uusliberalismia.¹⁸ Yhteiskuntatieteissä tieteen ja ideologian erottaminen ei aina ole helppoa, koska yhteiskuntatieteet harvoin saavuttavat sellaista empiirisen varmuuden ja objektiivisuuden tasoa kuin luonnontieteet. Arvot ja arvostukset saattavat vaikuttaa paitsi tutkimuskohteen valintaan myös tulosten tulkintaan sekä niistä tehtyihin yhteiskuntapoliittisiin johtopäätöksiin. Lisäksi modernit yhteiskunnalliset ideologiat, kuten liberalismi, kommunismi ja sosialismi (sosiaalidemokratia), ovat synnyttäneet tutkimusohjelmia.¹⁹ Analyttisellä tasolla tiede ja ideologia ovat kuitenkin erotettavissa.

Niiniluodon mukaan tieteen historiallisesti kehittyvästä luonteesta huolimatta on olemassa yleisiä, kaikkiiin järkeviin tiedekäsityksiin liittyviä piirteitä, kuten objektiivisuus, kriittisyys, autonomisuus ja edistys.²⁰ Objektiivisen tieteen tuntomerkkejä on se, että tutkimuskohde vaikuttaa tutkijaan ja että tulosten sisältö vastaa kohteen ominaisuuksia. Kriittisyys taas voidaan tiivistää koeteltavuuden periaatteeksi: tieteellisten hypoteesien tulee olla julkisesti tarkistettavissa, ja jos ne eivät tällaista tarkastelua kestä, ne tulee hylätä niiden esittäjän auktoriteetista riippumatta. Tieteen autonomia puolestaan edellyttää, että tiedeyhteisö itse huolehtii tieteen tulosten korjaamisesta. Edistävyyden Niiniluoto määrittelee

18. Terminä ”uusliberalismi” syntyi jo 1938, jolloin Pariisissa järjestettiin Colloque Walter Lippmann. Nimellä haluttiin korostaa eroa yhtäältä 1800-luvun Manchester-liberalismiin ja toisaalta moderniin vasemmistoliberalismiin. Tapaamisen merkityksestä ks. Helena Rosenblatt, *French Liberalism from Montesquieu to the Present Day*. Cambridge University Press 2012. s. 214–219. Liikkeenä uusliberalismi alkoi vahvistua 1940-luvun lopussa ja 1950-luvun alussa, jolloin perustettiin Mont Pelerin Society. Philip Mirowski – Dieter Plehwe (eds), *The Road from Mont Pelerin: The Making of the Neoliberal Thought Collective*. Harvard University Press 2009.

19. Tieteen merkityksestä marxilaisuudessa ks. Leszek Kołakowski, *Main Currents of Marxism*. W. W. Norton & Company 2005. Sosiaalidemokratian tieteellisfilosofisista peruslähtökohdista ks. James T. Kloppenberg, *Uncertain Victory: Social Democracy and Progressivism in European and American Thought 1870–1920*. Oxford University Press 1986. Niin sanotun uuden liberalismiin ja sosiologian suhteesta ks. Stefan Collini, *Liberalism and Sociology: L. T. Hobhouse and Political Argument in England 1880–1914*. Cambridge University Press 1979.

20. Ilkka Niiniluoto, *Tiede, filosofia ja maailmankatsomus*. Otava 1984, s. 21–30.

siten, että kyse on tutkimusohjelmien valmiudesta verrata omaa teoriaansa kilpaileviin teorioihin ja ratkaista oman tutkimusohjelmansa ja teoriansa puutteita.

Ideologia voidaan vuorostaan määritellä ”enemmän tai vähemmän johdonmukaiseksi idearyppääksi, joka luo perustan vallitsevan valtajärjestyksen säilyttämiseksi, muuttamiseksi tai kumoamiseksi”.²¹ Ideologiaan kuuluu samanaikaisesti käsitys todellisuudesta ja visio hyvästä yhteiskunnasta sekä jonkinlainen malli siitä, miten edellisestä siirrytään jälkimmäiseen. Ideologialla on kaksoisluonne: se on yhteiskuntafilosofia (esimerkiksi liberalismi tai sosialismi) ja poliittinen liike, joka taistelee yhteiskunnallisesta vallasta toteuttaakseen yhteiskuntafilosofiaansa. Etenkin ensimmäinen ulottuvuus perustuu usein filosofiseen analyysiin ja yhteiskuntatieteelliseen tutkimukseen.²²

Tieteen ja ideologian suhdetta hahmotettaessa on hyödyllistä erottaa yhteiskuntatieteen ideologisuus heikossa ja vahvassa merkityksessä. Esimerkiksi yhteiskunta- ja oikeustieteen valtavirtatutkimus rakentuu vähintään implisiittisesti individualistisille perusoletuksille ja sitä kautta niiden ”kätkeyty” yhteiskuntateoria on lähes aina jonkinlainen liberalismi.²³ Tieteen ideologisuus vahvassa merkityksessä puolestaan viittaa erilaisiin yhteenkietoutumisesta seuraaviin ongelmiin. Tieteen subjektiivisuuteen viittaa, etteivät uudet tutkimustulokset juuri muuta tutkijan käsityksiä ja että tutkimusohjelman premissit erkaantuvat yhä kauemmas tutkimuskohteesta. Tieteen kriittisyyden valossa kyseenalaista on esimerkiksi vedota vanhoihin auktoriteetteihin ja heidän saavutuksiinsa (esimerkiksi saatuihin Nobel-palkintoihin tai muihin kunnianosoituksiin), jos myöhempi tutkimus on asettanut heidän tuloksensa kyseenalaisiksi. Tieteen edistyvyys kärsii, kun jokin koulukunta käpertyy sisäänpäin, ei ole enää valmis arvioimaan perusoletuksiaan uudelleen eikä käymään dialogia kilpailevien paradigmojen kanssa. Tieteen ja ideologian sekoittumisen vaara on erityisen suuri, kun siirrytään puhtaasta akateemisesta tutkimuksesta edelleen käytännön politiikkaan ja oikeuselämään, koska akateemisten tavoitteiden rinnalle alkavat nousta yhä vahvemmin yhteiskunnalliset intohimot. Chicagon koulun historiaa voi luonnehtia siten, että siihen kuuluivat alusta asti tieteelliset ja ideologiset ulottuvuudet, joista ajan myötä jälkimmäinen vahvistui ja edellinen jäi taemmas.

Lopuksi artikkelin peruskäsitteistä demokratia ja sen vastinpari oikeusvaltio voidaan määritellä yksinkertaisesti siten, että demokratiassa valta kuuluu kansalle (joko suoraan tai edustuksellisesti) ja oikeusvaltiossa julkisessa toiminnassa on noudatettava lakia. Vaatimus julkisen hallinnon toiminnan lainmukaisuus-

21. Andrew Heywood, *Political Ideologies: An Introduction*. Third Edition. Palgrave 2003, s. 12.

22. Esimerkiksi Milton Friedman kirjoitti sekä taloustieteellisiä tutkimuksia että uusliberalistisia pamfletteja ja toimi muun muassa Barry Goldwaterin presidenttikampanjan epävirallisena taloustieteellisenä neuvonantajana 1964. Kim Phillips-Fein, *Invisible Hands: The Businessmen's Crusade Against the New Deal*. W. W. Norton & Company 2010.

23. Oikeustieteen kätkeytyä yhteiskuntateoriasta ks. Kaarlo Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*. Werner Söderström Lakitieto 2000.

desta yhdistää sekä saksalaisperäistä oikeusvaltioperiaatetta että angloamerikkalaista rule of law -ideaa.²⁴

Demokraattisessa oikeusvaltiossa ideologia, tiede ja oikeus ovat usein vuorovaikutuksessa ilman ristiriitoja. Jännitteitä syntyy, kun lainsäädäntöä jätetään tietoisesti soveltamatta, jos sen sisältö ei vastaa tiettyä tieteellistä paradigmaa tai ideologiaa – tai tulkinta irtoaa kauas lain sanamuodosta ja lainsäätäjän tarkoituksesta. Ongelma pahenee, jos lainsoveltamiseen ja -tulkintaan vaikuttava paradigma on luutunut tutkimuksesta ideologiaksi. Jos sekä toimeenpanoviranomaiset että niiden toimintaa valvovat tuomioistuimet jakavat samat ideologiset lähtökohdat, oikeusvaltioperiaate joutuu koetukselle, kun tuomioistuimet eivät valvo viranomaisten toimintaa. Tällöin oikeutta alkaa vaivata demokratiavaje ja oikeusvaltioperiaate alkaa taipua. Chicagon koulun ja amerikkalaisen kilpailuoikeuden historia tarjoaa oppitunnin näistä ristiriidoista.

3. Chicagolaisen kilpailuoikeuden nousu

Chicagolaisessa ajattelussa kilpailusta ja suuryrityksistä sekä niiden oikeudellisesta sääntelystä voi erottaa kolme vaihetta: alkuvaiheen klassisen liberalismiin, siirtymän uusliberalismiin ja koulukunnan läpimurron.

Ensimmäisessä vaiheessa 1930-luvulta 1950-luvulle Chicagon yliopisto toimi Yhdysvalloissa klassisen liberalismiin turvasatamana aikana, jolloin maan oikeutta ja politiikkaa hallitsi New Dealin aikakaudella vakiintunut vasemmistoliberalismi, jonka mukaan valtiolla tuli olla vahva rooli kansan- ja yritystaloudessa.²⁵ Tässä vaiheessa chicagolaiset muodostivat markkinoiden vapautta puolustavan vastarintaliikkeen, joka jakoi vasemmistoliberaalien epäluulon suuryrityksiä kohtaan.²⁶ Skeptisyys leimaa muun muassa Henry C. Simonsin suuren laman keskellä vuonna 1934 julkaisemaa vapaan markkinatalouden puo-

24. Kaarlo Tuori, Oikeuden ratio ja voluntas. WSOY 2007, s. 231–232.

25. Yhtiöiden asemasta amerikkalaisessa poliittis-oikeudellisessa keskustelussa ks. Nicholas Lemmann, *Transaction Man: The Rise of the Deal and the Decline of the American Dream*. Farrar, Straus and Giroux 2019.

26. Suuryrityksiä kohtaan tunnetulle epäluulolle oli kaksi historiallista juurta. Vanhempi oli suurten ”trustien” (konsernit, joita hallinnoitiin trustin kautta) nousu 1800-luvun lopulla. Myöhemmin 1930-luvulla koettiin laajasti, että suuryritykset olivat vastustaneet New Dealia ja sitä kautta olleet valmiita tuhoamaan yhteiskunnan, jottei niiden toimintaa säänneltäisi. Molemmat narratiivit perustelivat suuryritysten sääntelyn tarvetta. Liittovaltion korkein oikeus reagoi näihin ilmiöihin siirtymällä 1930- ja 1940-luvuilla niin sanottuun kaksihaaraiseen perustuslainmukaisuuden arviointiin. Taloudellis-sosiaalisen sääntelyn arviointikriteeri on lievempi rational basis -tutkinta, jossa arvioidaan, täyttääkö laki rationaalisuuden minimivaatimukset. Etnisten ryhmien yhdenvertaisuutta tai sananvapautta mahdollisesti rajoittavan sääntelyn ar-

lustusta A Positive Program for Laissez Faire. Otsikostaan huolimatta Simons ei puolustanut sääntelystä vapaata taloutta vaan piti suuryrityksiä merkittävänä uhkana yhteiskunnalle.²⁷ Vielä 20 vuotta myöhemmin merkittävä chicagolainen taloustieteilijä ja yksi uusliberalismin aatteellisista arkkitehteistä, George Stigler, jakoi Simonsin huolen suuryrityksistä.²⁸ Samanlainen skeptisyys leimasi amerikkalaista yhteiskuntatiedettä laajemminkin C. Wright Millsin sosiologiasta John Kenneth Galbraithin taloustieteeseen.²⁹

Chicagon koulun toista vaihetta vuosina 1950–1973 voi kutsua käänteeksi uusliberalismiin ja laajamittaiseksi hyökkäykseksi New Deal -kauden yhteiskunnallisia, oikeudellisia ja aatteellisia rakenteita vastaan. Avainhahmo tässä toisessa vaiheessa oli Aaron Director, Sokrates-henkinen taloustieteilijä, joka julkaisi vähän mutta vaikutti keskustelijana ja opettajana sekä chicagolaisiin taloustieteilijöihin että oikeustieteellisen tiedekunnan tutkijoihin ja opiskelijoihin. Director oli palkattu Chicagon yliopiston oikeustieteelliseen tiedekuntaan 1946 Volker-säätiön taloudellisella tuella, koska säätiö oli huolissaan vapaiden markkinoiden tulevaisuudesta toisen maailmansodan jälkeisessä maailmassa.³⁰

Directorin vaikutuksesta chicagolaisten suhtautuminen suuryrityksiin muuttui.³¹ He vakuutuivat, että yritys kasvaa suureksi yleensä siksi, koska se tuottaa tavaroita ja palveluita tehokkaammin kuin kilpailijansa. Samanaikaisesti chicagolaiset alkoivat suhtautua kriittisesti amerikkalaiseen kilpailuoikeuteen, jota he pitivät taloustieteellisesti kestäättömänä ja ideologialtaan vasemmistolaisena. Heidän mukaansa ongelmallisia olivat myös tuon ajan taloustieteessä vaikutusvaltaiset epätäydellisen kilpailun teoriat, kuten oligopoliteoria ja monopolistisen

viointitapa on niin sanottu heightened scrutiny. G. Edward White, *The Constitution and the New Deal*. Harvard University Press 2000.

27. Henry C. Simons, *A Positive Program for Laissez Faire: Some Proposals for a Liberal Economic Policy*. University of Chicago Press 1934.

28. Artikkelissaan *The Case Against Big Business* Stigler vaati suurten yritysten pilkkomista pienemmiksi. George J. Stigler, *The Case against Big Business*. *Fortune* 45(5) 1952, s. 123. Vuonna 1955 hän esitti, että yrityskauppa-valvonnassa kriittisen markkinaosuusrajan tulisi olla 20 %, joka on nykykäsityksen valossa matala osuus. George J. Stigler, *Mergers and Preventive Anti-trust Policy*. *University of Pennsylvania Law Review* 104 (1955), s. 176–184, 182.

29. C. Wright Mills, *The Power Elite*. Oxford University Press 1956 ja John Kenneth Galbraith, *The New Industrial State*. Houghton Mifflin 1967.

30. Directorin taustasta ja vaikutuksesta ks. Johan Van Overtveldt, *The Chicago School: How the University of Chicago Assembled the Thinkers Who Revolutionized Economics and Business*. Agate 2007, s. 68–74. Talouden vapautta ja konservatiivisia kulttuuriarvoja puolustavien säätiöiden rahoituksen merkitystä Chicagon koulun synnylle painottaa Steven M. Teles, *The Rise of the Conservative Legal Movement: The Battle for Control of the Law*. Princeton University Press 2008.

31. Muutos on jäljitetty melko tarkasti vuoteen 1950. Robert Van Horn, *Chicago's Shifting Attitude Toward Concentrations of Business Power (1934–1962)*. *Seattle University Law Review* 34(4) 2011, s. 1527–1544, 1540–1543.

kilpailun mallit. Näitä molempia oli hyödynnetty oikeutettaessa aktiivista kilpailuvalvontaa, joka kiristyi Yhdysvalloissa huippuunsa 1960-luvulla.³²

Joitain keskeisiä Chicagossa kehitettyjä ajatuksia olivat seuraavat: Stiglerin tunnetuimpia taloustieteellisiä saavutuksia olivat hänen pioneeriluonteiset informaation taloustieteen tutkimuksensa, joissa painotettiin muun muassa tiedonhankinnan vaikeutta ja kustannuksia sekä niiden merkitystä taloudellisessa päätöksenteossa.³³ Tästä käsin hän uudelleenarvioi klassisia kilpailuoikeudellisia ongelmia, kuten oligopolistisia markkinoita ja erilaisia epäasiallisen kolluusion muotoja. Oli uskottu, että keskittyneet markkinat edistävät kilpailijoiden kiellettyä yhteistyötä. Stiglerin mukaan kilpailuoikeus ei ollut tunnistanut sitä, miten vaikeaa kartelliosapuolten on valvoa toistensa hinnoittelua ja tuotantomääriä. Hänen mukaansa kartellien ja keskittyneiden markkinoiden pelko oli liioiteltua.³⁴ Lisäksi chicagolaiset uskoivat alalle tulon esteiden olevan yleensä matalia, jolloin kartellien luomat ylihinnat vetäisivät joka tapauksessa markkinoille uutta kilpailua, joka poistaisi melko nopeasti kartellin hyödyt. Saalistushinnoittelun tapaiset määräävän markkina-aseman väärinkäyttötilanteet johtaisivat samaan lopputulokseen: ensin saalistusvaiheessa asiakkaat nauttisivat halvoista hinnoista, ja kun saalistaja nostaisi hintoja, alalle tulisi uusia kilpailijoita, jotka veittäisivät strategian.

Yrityskauppavalvonnan osalta chicagolaiset uskoivat kilpailun olevan kireää myös keskittyneillä markkinoilla lähes monopoliin asti ja korkeiden markkinaosuuksien kertovan ennen kaikkea suurten yritysten tehokkuudesta. He katsoivat aiemman taloustieteen liioitelleen tuotedifferentiaation merkitystä ja eri markkinoiden erityispiirteitä sekä uskoivat eri markkinoiden ja toimialojen pikemminkin noudattavan samanlaisia markkinatalouden peruslakeja.

Chicagolaisten teoreemia, oletuksia ja hypoteeseja voi yhdessä kutsua täydellisen kilpailun malliksi.³⁵ Kilpailu on tämän valossa lähes aina kireää ja markkinat ratkaisevat ongelmia yleensä tehokkaammin kuin kilpailuoikeusinterventiot. Keskustelu käytiin pääosin teknisin kilpailuoikeuden ja kilpailun taloustieteen käsittein, mutta perimmäinen kysymys oli valtion rooli markkinataloudessa – tuota roolia chicagolaiset halusivat pienentää tuntuvasti. Kilpailuoikeus oli yksi sillanpääasemista, joista käsin New Deal -järjestystä alettiin murtaa.

32. Huipentumia olivat korkeimman oikeuden 1960-luvun yrityskaupparatkaisut ja lakiesitys nimeltään Concentrated Industries Act, joka olisi oikeuttanut yrityskeskittymien pilkkomisen. Chicagolaiset hyökkäsivät voimakkaasti lakiesitystä vastaan, ja Nixonin hallinto hautasi sen. Chicagolaisten kritiikistä ks. Harold Demsetz, The market concentration doctrine: An examination of evidence and a discussion of policy. American Enterprise Institute for Public Policy Research 1973.

33. George J. Stigler, The Economics of Information. Journal of Political Economy 69(3) 1961, s. 213–225.

34. George J. Stigler, A Theory of Oligopoly. Journal of Political Economy 72(1) 1964, s. 44–61.

35. George J. Stigler, Perfect Competition, Historically Contemplated. Journal of Political Economy 65(1) 1957, s. 1–17.

Markkinoiden kilpailuongelmien sijasta chicagolaiset käänsivät huomionsa demokratian ja sääntelyn ongelmiin, kuten lainsäätäjän poliittiseen monopoliin ja eturyhmien mahdollisuuksiin kaapata lainsäädäntö- ja viranomaiskoneistot omien etujensa ajamiseen.³⁶ Uusliberalismin hengessä ongelma oli valtio, ei markkinat. Lepsua kilpailuvalvontaa todennäköisempi ongelma olivat kilpailuoikeudellisesti irrationaaliset, ylitäytäntöönpanoksi luokitellut ennakkoratkaisut, jotka saattavat johtaa yritysten pelkoon kasvaa suuriksi ja kilpailla tehokkaasti.³⁷

Chicagon koulun kolmatta vaihetta vuodesta 1973 alkaen voi kutsua sen vaikutusvallan kaudeksi, jolloin koulukunnan edustajat olivat suuntaamassa uudelleen amerikkalaista kilpailuoikeutta ja politiikkaa sekä yhteiskunta-ajattelua laajemmin. Kiinnostava hahmo tässä kolmannessa vaiheessa oli yksi Directorin juristioppilaista, Robert Bork.³⁸ Borkin vuonna 1978 ilmestynyttä teosta *The Antitrust Paradox* on luonnehdittu 1900-luvun jälkipuoliskon vaikutusvaltaisimmaksi kilpailuoikeustutkimukseksi Yhdysvalloissa.³⁹ Teoksen sisällön voi tiivistää seuraavasti: Bork pyrki selvittämään amerikkalaisen kilpailuoikeuden historiallisen tavoitteen ja katsoi sen (kiistanalaisesti) olevan taloudellinen tehokkuus. Jos esimerkiksi yritys tuottaa sulautumisen jälkeen 1 000 yksikköä enemmän kuin sulautuneet kaksi yritystä aiemmin yhteensä (tai tuottaa saman määrän pienemmillä kustannuksilla), on fuusio tehokas. Borkin mielestä edes hintojen nousu sulautumisen jälkeen ei ole ongelma, jos yritys voisi teoriassa kompensoida kuluttajille korkeammista hinnoista johtuvat vahingot (niin sanottu tehokkuuden Kaldor–Hicks-kriteeri). Bork ei pitänyt tulonjakovaikutusta kuluttajilta yrityksille ongelmana, koska suuri osa amerikkalaisista omisti osakeita ja hyötyisi arvonnousun kautta tehokkuusparannuksista.⁴⁰

Koska kilpailuoikeuden yksinomaisten tavoitteena tulisi chicagolaisten mukaan olla tehokkuus, sen tuli Borkin mukaan keskittyä kartelleihin ja hyvin korkeisiin, lähes monopoliasemaan johtaviin horisontaalisiin yrityskauppoihin, koska kartellit ja monopolit aiheuttivat tehokkuustappioita ilman tehokkuushyötyjä. Sen sijaan vertikaaliset kilpailunrajoitukset ja määräävän markkina-aseman

36. Gary S. Becker, *Competition and Democracy*. *Journal of Law & Economics* 1 (1958), s. 105–109 ja George J. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*. *The Bell Journal of Economics and Management Science* 2(1) 1971, s. 3–21.

37. Frank H. Easterbrook, *The Limits of Antitrust*. *Texas Law Review* 63(1) 1984, s. 1–40.

38. Myös Richard Posner oli vaikutusvaltainen. Erityisesti korkeimman oikeuden nykytilanteen ymmärtämisen kannalta Bork on nähdäkseni tärkeämpi hahmo. Posnerin ajattelun kehityksestä nuoresta vasemmistoliberaalista chicagolaiseksi oikeustaloustieteilijäksi ja edelleen kohti modernia keynesiläisyyttä vuoden 2008 finanssikriisin jälkeen ks. William Domnarski, Richard Posner. Oxford University Press 2016.

39. William E. Kovacic, *Out of Control – Robert Bork’s Portrayal of the U.S. Antitrust System in the 1970s*. *Antitrust Law Journal* 79 (2014), s. 855–879, 855.

40. Robert Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself. With a New Introduction and Epilogue*. The Free Press 1993, s. 90–133. Tämä vuoden 1993 laitos on muuten identtinen vuoden 1978 version kanssa mutta sisältää uuden johdannon ja epilogin.

väärinkäyttötilanteet harvoin vaativat Borkin mukaan viranomaisten väliintuloa, vertikaaliset yrityskaupat ja konglomeraattisulautumiset eivät juuri koskaan. Borkin hahmottelema uusi kilpailuoikeus on kiinnostavalla tavalla lähellä modernin kilpailuoikeuden syntyä edeltänyttä 1800-luvun common law -oikeutta, jossa tunnistettiin monopolien ja kartellien ongelmat mutta muuten pidettiin elinkeino- ja sopimusvapautta oikeusjärjestelmän johtotähtinä.⁴¹

Borkin terminologia ja perusteluketjut alkoivat näkyä oikeuskäytännössä 1970-luvun jälkipuoliskolla ja viranomaistoiminnassa 1980-luvun alussa.⁴² Keskeiset muutokset voi tiivistää siten, että 1970-luvun puolivälistä yhä useammat kysymykset on siirretty ehdottomista *per se* -kielloista käsiteltäväksi kantajan kannalta haastavassa rule of reason -litigaatiossa. Vertikaaliset kilpailunrajoitukset ja vertikaaliset yrityskaupat lakkasivat joksikin aikaa olemasta huolenaihe. Monille määräävän markkina-aseman muodoille on asetettu tiukat kriteerit, joiden takia kanteen menestymismahdollisuudet ovat lähtökohtaisesti heikot. Hintasyrjintää sääntelevä Robinson–Patman-laki on muuttunut käytännössä kuolleeksi kirjaimeksi. Yrityskauppojen kohtelu on lieventynyt 1960-luvulta nykypäivään dramaattisesti. Kilpailuoikeudellisten vahingonkorvauskanteiden edellytykset ovat korkeat. Näiden muutosten myötä kilpailuoikeuden merkitys kutistui Yhdysvalloissa vuoteen 2016 asti.⁴³

4. Kilpailun taloustieteen edistys ja Chicagon koulun vastarinta

Lähes samanaikaisesti, kun chicagolaisten ajatukset alkoivat saada vastakaikua oikeuselämässä, heidän ajattelunsa joutui kilpailevien taloustieteellisten paradigmojen kriittiseen analyysiin. Erityisen merkittäviä ovat olleet peliteorian ja empiirisen kilpailun taloustieteen kehitys, myös taloustieteen uskottavuusvalankumous.

Peliteoria näytti osoittavan, että strategisesti toimivat yritykset voivat toimia tavalla, jota chicagolaiset olivat pitäneet epätodennäköisenä, ellei mahdolloma-

41. Varhaisen amerikkalaisen kilpailuoikeuden suhteesta common law -oikeuteen ks. Rudolph J. R. Peritz, *Competition Policy in America: History, Rhetoric, Law*. Oxford University Press 1996, s. 9–26. Suurin ero vanhan common law -oikeuden ja chicagolaisen kilpailuoikeuden välillä on, että edellinen tarkasteli usein toimijoiden motiiveja, chicagolaiset toiminnan seurauksia.

42. Ratkaisun Reiter v. Sonotone Corp., 442 U.S. 330 (1979) mukaan ”Congress designed the Sherman Act as a ‘consumer welfare prescription.’ R. Bork, *The Antitrust Paradox* 66 (1978)”.

43. Hyvä yhteenveto amerikkalaisen kilpailuoikeuden trendeistä 1970-luvun lopulta 2010-luvulle on Herbert Hovenkamp, *Whatever Did Happen to the Antitrust Movement?* Notre Dame Law Review 94(2) 2019, s. 583–638, 598–607.

na.⁴⁴ Kun chicagolaiset uskoivat alalle tulon olevan helppoa, jos julkinen sektori ei luo hallinnollis-juridisia esteitä, peliteorian mukaan yritysten kannattaa itse pyrkiä luomaan alalle tulon esteitä. Samoin saalistushinnoittelu alkoi näyttää toimivalta strategialta. Myös vertikaalinen integraatio saattoi tilanteen mukaan olla jakelun tehokkuutta lisäävä ratkaisu ”vapaamatkustajaongelmaan” tai strategia katkaista kilpailijoiden pääsy tuotanto- ja jakelukanaviin.⁴⁵

Toisen haasteen Chicagon koululle on heittänyt empiirisen taloustieteen kehitys. Chicagolaiset itse vaativat taloustieteen keskittyvän normatiivisen tutkimuksen sijasta positiiviseen, empiiriseen analyysiin.⁴⁶ Directorin oppilaat pyrkivät kilpailuoikeudellisen kansanperinteen sijasta arvioimaan oikeudenalan klassikkotapauksia ja lainsäädäntöä tinkimättömän taloustieteellisesti. Vielä 1950- ja 1960-luvuilla empiirinen kilpailun taloustiede oli kuitenkin lapsenkengissään. Ala alkoi kehittyä nopeasti 1970-luvulla, jolloin se irtautui nopeasti täydellisen kilpailun malleista.

1990-luvulle tultaessa empiirisen tutkimuksen vaatimukset alkoivat tiukentua tavalla, jota on kutsuttu uskottavuusvallankumoukseksi.⁴⁷ Ironisesti tämä alkoi, kun tutkijat alkoivat soveltaa uudenlaisia lähestymistapoja – esimerkiksi luonnollisia koeasetelmia – yhteen Chicagon koulun tunnetuimmista teeseistä, jonka mukaan vähimmäispalkan korotus lisää työttömyyttä. Tämä chicagolaisen hintateorian sovellus ei näyttänyt olevan niin vahva kuin esimerkiksi Director ja Friedman olivat uskoneet. Nämä tutkimukset ovat kasvattaneet empiirisen taloustieteen roolia ja vaatimustasoa sekä heittäneet varjon monien Chicagon koulun teoreemien ylle.⁴⁸

Samanaikaisesti taloustieteen kehityksen myötä talouselämä itsessään on ollut murroksessa. Viimeistään 1980-luvulta patenttien ja muiden immateriaa-

44. Edward J. Green – Robert H. Porter, Noncooperative Collusion under Imperfect Price Information. *Econometrica* 52(1) 1984, s. 87–100.

45. Hyvä yhteenveto on Steven Berry – Martin Gaynor – Fiona Scott Morton, Do Increasing Markups Matter? Lessons from Empirical Industrial Organization. *Journal of Economic Perspectives* 33(3) 2019, s. 44–68.

46. Milton Friedman, The Methodology of Positive Economics, s. 145–178 teoksessa Milton Friedman, *Essays in Positive Economics*. University of Chicago Press 1953.

47. Joshua D. Angrist – Jörn-Steffen Pischke, The Credibility Revolution in Empirical Economics: How Better Research Design Is Taking the Con out of Econometrics. *Journal of Economic Perspectives* 24(2) 2010, s. 3–30.

48. Yksi tieteen ja oikeuskäytännön jännitteiden lähde on tieteen nopea kehitys ja tuomareiden haaste pysyä ajan tasalla. Liittovaltion korkeimman oikeuden tuomari John Paul Stevens oli tunnettu kilpailuoikeusosaajana, ja hän oli jopa opettanut oikeudenalaa yhdessä Directorin kanssa Chicagossa 1950-luvulla. Vielä vuoden 2019 muistelmissaan hän kertoo, miten Director opetti hänelle minimipalkan ja työttömyyden kohtalonyhteyden. John Paul Stevens, *The Making of a Justice: Reflections on My First 94 Years*. Little. Brown 2019, s. 98. Osana uskottavuusvallankumousta tämä yhteys oli problematisoitu jo 1990-luvulla. David Card – Alan B. Krueger, *Myth and Measurement: The New Economics of the Minimum Wage*. Princeton University Press 1995.

lioikeuksien merkitys alkoi kasvaa, mikä synnytti uudenlaisia alalle tulon esteitä. Moniin digitaalisen talouden palveluihin liittyvä verkostovaikutus vaikuttaa samalla tavalla.⁴⁹ Lisäksi toisin kuin chicagolaiset olivat esittäneet, tuotedifferentiaatio ja kilpailun eriasteinen läheisyys ja etäisyys ovat todellisia ilmiöitä. Yksinkertainen esimerkki differentiaatiosta ja kilpailun läheisyydestä on hiekkarannalla olevat jäätelökioskit – mitä kauempana kioskki on asiakkaasta, sitä vähemmän houkutteleva se on kuumana päivänä. Samoin kalliit premium-jäätelöt ja näyttävät annokset saattavat vedota eri asiakkaisiin kuin edullisemmat peruspuikot. Tämä tarkoitti sitä, että markkinaosuudet eivät kertoneet kaikkea kilpailutilanteesta. Jos yrityskaupan osapuolet ovat kaksi toisilleen läheistä kilpailijaa, kauppa voi nostaa hintoja ja aiheuttaa muita kilpailuhaittoja tietyllä tuotesegmentillä matalammillakin markkinaosuuksilla. Tällaiset talouselämän muutokset ja chicagolaisten haluttomuus huomioda niitä alkoivat etäännyttää chicagolaisten klassikkotutkimuksia taloustieteestä ja reaalityaloudesta. Nopeasti etenevän tieteen sijasta tietyt chicagolaiset tutkimukset, kuten Borkin The Antitrust Paradox, alkoivat muuttua kaanoniksi, jota siteerataan, vaikka sen taustalla oleva käsitys taloudesta ja taloustieteestä on yhä kauempana nykyhetkestä.

Koska Chicagon koulun ylpeydenaihe oli heidän taloustieteellinen lähestymistapansa kilpailuoikeuteen, voisi ajatella kilpailun taloustieteen edistyneen aloittaneen hedelmällisen paradigmojen välisen vuoropuhelun. Tällaista ei oikein koskaan syntynyt. Hyviä esimerkkejä ovat Stigler ja Bork. Jo 1970-luvulla peliteoreetikot alkoivat identifioida tilanteita, joissa kolluusio johtaa tasapainotilaan.⁵⁰ Jopa Chicagon koulun avainhamoihin kuuluva Posner piti oligopoleja ja kartelleja pahempana ongelmana kuin Stigler ja painotti tarvetta yrittää tunnistaa hiljaisen kolluusion muotoja markkinarakenteiden ja yritysten kannustimien perusteella.⁵¹ Stigler ei kuitenkaan koskaan innostunut monopolistisen kilpailun mallista eikä peliteoriasta.⁵² Vielä vuoden 1988 muistelmissaan *Memoirs of an Unregulated Economist* Stigler kertoo, miten päätyi epäilemään oikeudellista sääntelyä yleisesti ja kilpailuoikeutta erityisesti.⁵³

Vielä varovaisemmin kilpailun taloustieteen edistysaskeliin suhtautui Bork. Hän epäili jo oman aikansa kilpailun taloustiedettä siltä osin kuin se vaatisi ekonometristä analyysia, joka olisi hänen mukaansa liian vaativaa tuomareille ja valamiehille. Hänen mukaansa viranomaisten ja tuomioistuinten pitäisi pi-

49. Gregory J. Werden, *Network Effects and Conditions of Entry: Lessons from the Microsoft Case*. *Antitrust Law Journal* 69(1) 2001, s. 87–111.

50. Michael Rothschild – Joseph Stiglitz, *Equilibrium in Competitive Insurance Markets: An Essay on the Economics of Imperfect Information*. *The Quarterly Journal of Economics* 90(4) 1976, s. 629–649.

51. Richard A. Posner, *Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach*. *Stanford Law Review* 21 (1968–1969), s. 1562–1606.

52. George J. Stigler, *Five Lectures on Economic Problems*. Longmans 1949, s. 22.

53. George J. Stigler, *Memoirs of an Unregulated Economist*. Basic Books 1988.

kemminkin olettaa, että yrityskauppoja ja vertikaalisia kilpailunrajoituksia motivoivat tehokkuushyödyt. Oligopolia Bork piti lähinnä taloustieteen oppikirjaongelmana, jota todellisuudessa ei juuri esiinny, samoin saalistushinnoittelua.⁵⁴

Borkin viimeinen systemaattisempi kirjoitus kilpailuoikeudesta on hänen epiloginsa *The Antitrust Paradox* -teoksen vuoden 1993 laitokseen. Bork torjui siinä lähes kaiken Chicagon koulua vastaan esitetyn kritiikin eikä ota lainkaan kantaa peliteorian ja kilpailun läheisyys -analyysin tapaisiin innovaatioihin.⁵⁵ Hänen uraansa leimasi 1980-luvulta pikemminkin skeptisyys uudempaa taloustiedettä kohtaan.

Chicagon koulua ja sen seuraajia on myöhemminkin leimannut vastustus uudempaa taloustiedettä kohtaan. Joukko konservatiivisia instituutioita ja ajattelijoita – allekirjoittajien joukossa oli muiden muassa Robert Borkin perintöä vaalivan Bork Instituten johtajana toimiva Borkin poika – kirjoitti 2021 kongressin edustajainhuoneelle kirjeen, ettei lainvalmistelussa tulisi nojautua 1970-lukua uudempaan kilpailun taloustieteeseen.⁵⁶ Erikoinen ukaasi selittyy sillä, että suuri osa uudesta kilpailun taloustieteestä on täytäntöönpanomyönteisempää kuin Chicagon koulu.⁵⁷

Chicagolaisten vaikutus korkeimman oikeuden käytäntöön on kaikesta huolimatta kasvanut 2000-luvulla.⁵⁸ Aina näihin päiviin heidän ajattelunsa on toiminut Yhdysvalloissa vallihautana aktiivisempaa kilpailuvalvontaa vastaan.⁵⁹

Taloustiede etenee nopeasti, ja tutkimuksen volyymi on valtava. Ei ole siksi helppo sanoa, mikä kullakin hetkellä on ajantasaisin tieto eri asioista. Yksi kunnianhimoisimmista yrityksistä kilpailun taloustieteen synteisiin on Fiona Scott Mortonin Yalen yliopistossa johtama Thurman Arnold -projekti. Se on koonnut yli 200 kilpailun taloustiedettä ja kilpailuoikeutta koskevan (vuoden 2000 jälkeen julkaistun) tutkimuksen tietokannan ja vetänyt niiden tuloksia yhteen seuraavalla tavalla:

”Valtaosa tietokantaamme sisältyvästä amerikkalaista kilpailuvalvontaa koskevasta tutkimuksesta sisältää näyttöä täytäntöönpanon heikkoudesta. Talous-

54. Bork 1993, s. 144.

55. Bork 1993, s. 426–439.

56. Kirje on saatavilla osoitteessa www.allianceonantitrust.org/blog/conservatives-oppose-third-way-recommendations.

57. Hovenkamp ja Morton tiivistävät Chicagon koulun kehityksen 1980-luvulta seuraavasti: “The rejection of inconvenient advances in economics became a hallmark of Chicago School analysis.” Herbert Hovenkamp – Fiona Scott Morton, *Framing the Chicago School of Antitrust Analysis*. *University of Pennsylvania Law Review* 168(7) 2020, s. 1843–1878, 1847.

58. Joshua D. Wright, *The Roberts Court and the Chicago School of Antitrust: The 2006 Term and Beyond*. *Competition Policy International* 3(2) 2007, s. 24–57.

59. ”Vallihaudan rakentaminen” (“partisan entrenchment”) on amerikkalaisessa valtiosääntötutkimuksessa käytetty termi sille, miten poliittiset faktiot pyrkivät vakiinnuttamaan oikeudellisesti voittonsa mm. tuomarinimityksillä. Jack M. Balkin – Sanford Levinson, *Understanding the Constitutional Revolution*. *Virginia Law Review* 87(6) 2001, s. 1064.

teoreettinen tutkimus joko hylkää tai kvalifioi kilpailuoikeuden soveltamisalaa rajoittavia oletuksia, joita amerikkalaiset tuomioistuimet ovat pitkään tehneet. Empiiriset tutkimukset osoittavat markkinavoiman väärinkäyttöä hinnoittelussa, laadussa, innovoinnissa ja markkinoiden sulkemisessa. Piirtyvä yleiskuva on tuomioistuinratkaisuiden ja kuluttajien hyvinvointiin tähtäävän modernin taloustieteen kurinalaisen hyödyntämisen eriytyminen toisistaan.”⁶⁰

Amerikkalainen kilpailuoikeus on siis ollut monitieteistä, mutta seuratessaan liian pitkään Chicagon koulua se jäi kiinni tieteen yhteen kehitysvaiheeseen.⁶¹

5. Amerikkalaisen kilpailuoikeuden erityistie

Artikkelin tavoitteena on ollut hahmottaa amerikkalaisen kilpailuvalvonnan lieventymisen aikajana ja sen suhde kilpailun taloustieteen kehitykseen. Oikeudenalan ajallinen kehitys on melko selväpiirteinen. Moderni amerikkalainen kilpailuvalvonta syntyi 1890-luvulla, jolloin Sherman Act säädettiin. Se kiristyi 1910-luvulla, jolloin säädettiin muun muassa Clayton Act ja perustetiin uusi kilpailuvalvoja Federal Trade Commission. Se kiristyi niin ikään etenkin 1930-luvun lopulta, jolloin Franklin D. Rooseveltin hallinto luopui koordinoitun talouden ihanteesta ja aloitti erittäin aktiivisen kilpailupolitiikan, aina 1960-luvulle, jolloin korkeimman oikeuden ratkaisukäytäntö oli kireimmillään. Aktiviteetin määrä ja painopisteet toki vaihtelivat jossain määrin näinä vuosikymmeninä, mutta suunta oli selvä. Etenkin suhtautuminen suuryrityksiin ja markkinoiden keskittymiseen oli huomattavan ankaraa. Kokoavasti voi todeta, että amerikkalainen kilpailuoikeus on ollut ankarimmillaan joko kriisiaikoina – kuten 1890- ja 1930-luvuilla – tai silloin, kun yhteiskunnassa on vallinnut laaja vasemmistoliberaali konsensus kuten toisen maailmansodan jälkeen.⁶²

60. Projektin esittely ja tietokanta ovat saatavilla osoitteessa <https://som.yale.edu/centers/thurman-arnold-project-at-yale/modern-antitrust-enforcement>.

61. Jos chicagolaisten skeptisyyttä valtiota ja sääntelyä kohtaan luonnehditaan ideologiseksi, eikö myös seuraava kilpailun taloustieteen kehitysvaihe ole sitä, vaikka sen ideologia on kilpailuoikeusmyönteisempi? Kuvaamani kilpailun taloustieteen myöhempi kehitysvaihe on ollut vahvemmin empiirinen ja puhtaammin akateemisempi, ilman suoria yhteyksiä poliittisiin puolueisiin tai yksittäisiin ideologisesti suuntautuneisiin tiederahottajiin. Sen työkaluja käytetään joka puolella maailmaa hyvin erilaisissa poliittisissa järjestelmissä, kun taas Chicagon koulun pitkä jälkivaikutus on leimallisesti amerikkalainen ilmiö. Se on siten ideologista heikossa pikemmin kuin vahvassa merkityksessä.

62. Hyvä yleisesitys amerikkalaisen kilpailuajattelun kehityksestä on Herbert Hovenkamp, *The Opening of American Law: Neoclassical Legal Thought, 1870–1970*. Oxford University Press 2015, s. 184–239.

Käännös vapaampien markkinoiden suuntaan alkoi 1970-luvun puolivälissä, kun kilpailuviranomaiset ja tuomioistuimet alkoivat arvioida uudelleen yritys-kauppavalvontapolitiikkaansa, kumota *per se* -sääntöjä ja nostaa kilpailukanteiden kynnystä.⁶³ Lainsäätäjä puolestaan dereguloi kokonaisia toimialoja, kuten lentoliikenteen vuonna 1978. Friedman, Stigler, Becker, Posner ja Bork alkoivat saada mainetta uudenlaisen talous- ja oikeustaloustieteen airuina, vaikka kohetasivat toki myös vastarintaa vanhan järjestyksen edustajien suunnalta.

Kehitys jatkui samansuuntaisena 1980-luvulla, jolloin oikeusministeriö muun muassa uusi yrityskauppasuuntaviivansa, joiden myötä sille 1980-luvulla ilmoitetuista 10 000 yrityskaupasta haastettiin vain 28.⁶⁴ Kilpailuoikeuden lieventyminen edistikin yhtä taloushistorian suurimmista yritysjärjestelyaalloista. Posner, Easterbrook ja Bork tuomareina, Baxter kilpailutsaarina ja Friedman johtavana julkisena intellektuellina takasivat chicagolaisille valtaa ja näkyvyyttä Reaganin kauden Yhdysvalloissa. Kilpailun taloustieteen tutkimusohjelmanä Chicagon koulussa alkoi näkyä jo stagnaation merkkejä.⁶⁵

Edes demokraateille menestyksekkäs 1990-luku ei muuttanut suuntaa.⁶⁶ Yksityisoikeudellinen täytöntöönpano vahingonkorvauskanteineen väheni, koska todistustaakka ja näyttökynnys olivat kantajille epäsuotuisia.⁶⁷ Finanssi- ja tealealan sääntelyä purettiin, mikä kylvi siemenen uusliberalismin romahdukselle vuodesta 2008 alkaen. Kilpailun taloustieteessä erilaiset post-chicagolaiset lähestymistavat ja taloustieteen empiirinen käänne kasvattivat epäilyjä Chicagon koulua kohtaan.

Silti vielä 2000-luvulla amerikkalainen kilpailuvalvonta on ollut kansainvälisessä vertailussa lievää, kunnes vuoden 2016 jälkeen tilanne on alkanut jossain määrin muuttua. Vuoden 2016 presidentinvaaleissa termi ”antitrust” palasi ohjelmallisiin poliittisiin teksteihin. Samoihin aikoihin progressiivinen antimonopoliliike tai ”uusi Brandeisin koulukunta” teki läpimurron.⁶⁸ 2020-luvulla progressiivinen kilpailukoulukunta on saanut merkittävän sillanpääaseman viranomaisvalvonnassa, mistä osoituksena ovat käynnissä olevat näyttävät kanheet teknologiajättejä vastaan. Korkein oikeus suhtautuu silti edelleen skeptisesti kilpailuoikeuteen.⁶⁹ Lisäksi muutama oikeustieteellinen tutkimusyksikkö jatkaa

63. Vivek Ghosal, Regime Shift in Antitrust Laws, Economics, and Enforcement. *Journal of Competition Law & Economics* 7(4) 2011, s. 733–774, 771–774.

64. Peritz 1996, s. 278.

65. Herbert J. Hovenkamp, Antitrust Policy After Chicago. *Michigan Law Review* 84 (1985), s. 213–284.

66. Jonathan Tepper – Denise Hearn, *The Myth of Capitalism: Monopolies and the Death of Competition*. Wiley 2018.

67. Reza Rajabiun, Private Enforcement and Judicial Discretion in the Evolution of Antitrust in the United States. *Journal of Competition Law & Economics* 8(1) 2012, s. 187–230.

68. Läpimurtotutkimus oli Lina M. Khan, Amazon’s Antitrust Paradox. *Yale Law Journal* 126(3) 2017, s. 710–805.

69. Ks. esim. *Ohio v. American Express Co.*, 585 U.S. (2018).

vahvalla yksityisellä rahoituksella Chicagon koulun perinnettä, minkä takia on alettu keskustella tieteen etiikasta: amerikkalaiset taloustieteilijät päättivät vuonna 2012 alkaa vaatia taloudellisten sidonnaisuuksien avaamista tutkimuksessa, mitä oikeustieteelliset aikakauskirjat eivät vieläkaan yleensä edellytä. Epäily on, että osa kilpailuvalvontaskeptisistä tutkimuksista ei ole *bona fides* -tiedettä vaan rahoittajien toiveesta tehtyjä tilaustöitä tai puhtaasti ideologisia traktaatteja.

Voisi ajatella edellä kuvatun kilpailupolitiikan aikajanan heijastavan ensisijaisesti lainsäädäntömuutoksia. Näin ei kuitenkaan ole. Kilpailulainsäädännön muutokset 1900-luvulla ovat olleet käytännössä kaikki kilpailuvalvontaa kiristäviä pikemminkin kuin lieventäviä.⁷⁰ Lisäksi viimeisin todella merkittävä lainsäädäntöuudistus, Hart–Scott–Rodino-laki, on vuodelta 1976. Sherman Act on puolestaan jo 134-vuotias. Yhdysvaltalainen kilpailuoikeus kuten perustuslaki muuttuu nykyisin lähinnä tulkintojen kautta.

Täytäntöönpanon lieventyminen voisi toki johtua politiikasta toisella tavalla. Koska kilpailulainsäädäntö on yleispiirteistä, voivat vaalitulokset ja hallitsevan puolueen talousfilosofia perustellusti vaikuttaa kilpailuvalvonnan prioriteetteihin ja voimakkuuteen. Tämäkään ei kovin hyvin selitä havaittuja muutoksia. Ensinnäkin valvonta on ollut lievää 1974–2016 yhtä lailla demokraatti- kuin republikaanihallintojen aikana. Toisekseen vaalikampanjoissa, puolueohjelmissa ja viranomais- sekä tuomarinimitysten yhteydessä molemmat puolueet, presidenttiehdokkaat, korkeimman oikeuden jäsenet ja kilpailutsaarit ovat melko yksiselitteisesti vannoneet kilpailulainsäädännön ja sen täytäntöönpanon nimeen.⁷¹ Lyhyen aikavälin poliittiset suhdanteet eivät siis suoraan näytä selittävän ilmiötä.

Kolmas mahdollinen selittävä tekijä on taloustieteen kehitys. Kilpailulainsäädäntö on pitkälti kirjoitettu taloustieteen kielellä. Taloustieteellisen ymmärryksen lisäys voi siksi muuttaa tapausten arviointia ja täytäntöönpanoprioriteetteja, vaikka lain sanamuoto säilyisi muuttumattomana. Tältä osin muutokset 1970- ja 1980-luvuilla tulevat ymmärrettävämmäksi. Aiempi tutkimus on melko tarkkaan jäljittänyt sen, miten Chicagon koulu ja nuorempi Harvardin koulukunta alkoivat vaikuttaa korkeimman oikeuden ja oikeusministeriön päätöksenteossa. Ensin alemmat liittovaltion muutoksenhakutuomioistuimet ja sitten korkein oikeus alkoivat ohjata käytäntöä taloustieteellisempään suuntaan 1970-luvulla, mikä johti erilaisten järjestelyjen tehokkuushyötyjen tunnistamiseen ja myönteisempään suhtautumiseen markkinoihin. Chicagolaisten aseveli Baxterin nimitys oikeusministeriön kilpailuvalvontaosaston johtoon vuonna 1981 ja hänen johdollaan annetut uudet, aiempaa keskittymismyönteisemmät yrityskauppa-suuntaviivat ovat hyvä esimerkki uuden kilpailuajattelun saapumisesta viranomaispuolelle.

70. Filippo Lancieri – Eric Posner – Luigi Zingales, The Political Economy of the Decline of Antitrust Enforcement in the United States. *Antitrust Law Journal* 85(2) 2023, s. 441–519, 463–466.

71. Lancieri – Posner – Zingales 2023, s. 445.

Taloustiedekään ei onnistu selittämään sitä, miksi valvonta on ollut lievää aina viime vuosiin asti, vaikka kilpailun taloustiede on liikkunut kauas Chicagosta 1980-luvulta alkaen. Suuri määrä tutkimuksia tukee epäilyjä amerikkalaisen kilpailuoikeuden ei-optimaalisuudesta useilla mittareilla, kuten voittojen ja palkkojen suhteella, voittomarginaalien kasvulla ja niin edelleen.⁷² Mitä korkeatasoisemmaksi ja empiirisesti vahvemmaksi kilpailun taloustiede on kehittynyt, sitä näkyvämmäksi Chicagon koulun ideologiset piirteet ovat tulleet. Silti koulu-kunta vaikuttaa edelleen etenkin korkeimman oikeuden käytännössä.

Parhaiten ajallisen kehityksen 1974–2016 selittää se, että juuri nämä vuodet olivat amerikkalaisen uusliberalismin kultakautta.⁷³ Historiankirjoitus on valaissut näitä vuosia tavalla, joka auttaa selittämään kilpailuoikeuden muutoksia. Uusliberalismi oli poliittisessa elämässä melko marginaalinen aatesuunta synnystään vuonna 1938 aina 1970-luvulle, vaikka sen edustajat olivatkin tunnettuja tietyillä akateemisen tutkimuksen aloilla, kuten yhteiskuntafilosofiassa ja taloustieteissä. Kuitenkin 1960-luvulla liikehdintä New Deal -kauden poliittista järjestystä ja vahvaa valtiota vastaan alkoi kiihtyä sekä vasemmalla että oikealla. Alkuvaiheessa uusliberalismin viesti yksilönvapauksista ja byrokratian yhteiskuntaa kuristavasta otteesta vetosikin sekä uuteen oikeistoon että uuteen vasemmistoon. Todellisen poliittisen läpimurron se teki vuoden 1973 öljy- ja talouskriisin jälkeen, johon aikakauden valtiovetoinen talouspolitiikka ei näyttänyt löytävän ratkaisua. Uusliberalismi tarjosi johdonmukaisen filosofian ja konkreettisia ehdotuksia, kuten sääntelyn purkua, veronkevennyksiä ja inflaation taittamista korkopolitiikalla. Liian kireän kilpailu- ja yrityskauppavalvonnan nähtiin heikentävän amerikkalaisyritysten kansainvälistä kilpailukykyä, joka oli alkanut nopeasti heiketä suhteessa japanilaisiin ja eurooppalaisiin yrityksiin. Kilpailuoikeuden hölläminen oli osa uusliberaalia toimenpidepakettia, ja vuonna 1974 liittovaltio lopetti aluksi konglomeraattisulautumien tiukan arvioinnin. Samoihin aikoihin myös tuomioistuimet alkoivat muuttaa ratkai-

72. Jan De Loecker – Jan Eeckhout – Gabriel Unger, The Rise of Market Power and the Macroeconomic Implications. *The Quarterly Journal of Economics* 135(2) 2020, s. 561–644.

73. Yhdysvaltojen poliittisessa historiassa voidaan erottaa presidenttikausia pitkäkestoisempia poliittisia järjestyksiä. Ensimmäinen 1900-luvun järjestys alkoi 1930-luvulla ja jatkui 1970-luvulle. Sille oli ominaista valtion vahva osuus taloudessa, ay-liikkeen merkittävä asema ja uskonnon melko näkymätön rooli poliittisessa elämässä. Tälle luonteva nimi on ”New Deal -järjestys”. Toinen alkoi muotoutua 1970-luvulla ja jatkui Donald Trumpin presidenttikauten asti. Tälle paras termi on ”uusliberaali järjestys”. Sen aikana markkinoiden suhteellinen merkitys kasvoi, uskonto tuli voimallisemmin julkiseen elämään ja ay-liike heikkeni. Tällainen periodisointi auttaa havaitsemaan, että molemmat pääpuolueet hyväksyivät ajan mittaan uuden poliittisen järjestyksen: republikaanit amerikkalaisen hyvinvointivaltion Eisenhowerin kaudella ja demokraatit uusliberalismin Bill Clintonin aikana. Steve Fraser – Gary Gerstle (eds), *The Rise and Fall of the New Deal Order: 1930–1980*. Princeton University Press 1989.

sukäytäntöään chicagolaisten toivomaan suuntaan.⁷⁴ Tätä helpottivat vuodesta 1969 tehdyt tuomarinimitykset, joiden myötä korkein oikeus kääntyi konservatiivisempaan suuntaan.⁷⁵ Suurimmat poliittiset voittonsa uusliberaalit saivat 1980- ja 1990-luvuilla. Reaganin valita presidentiksi oli yksi käännekohdista. Hänen kaudellaan viranomais- ja tuomarinimitykset suosivat uusliberaaleja. Baxterin nimitys oikeusministeriön kilpailuvalvontaosaston johtoon ja muiden muassa Posnerin, Borkin ja Easterbrookin nimitykset liittovaltion tuomareiksi merkitsivät chicagolaisten vaikutusvallan kasvua.

Yksi uuden uusliberalismin historiaa koskevan historian tutkimuksen tärkeitä havaintoja on uusliberalismin ja kommunismin keskinäissuhde. Amerikkalainen hyvinvointivaltio oli voimakkaimmillaan silloin, kun kommunismi oli vahva ideologinen kilpailija liberaalille demokratialle ja markkinataloudelle. Työnantajat ja republikaaninen puolue olivat valmiimpia kompromisseihin niin kauan kuin kommunismi ja vallankumous häämöttivät realistisena uhkana ja Yhdysvaltojen talous kasvoi nopeasti. Kun talous sakkasi, asenteet kovenivat. Viimeistään 1980-luvulla alkoi näyttää yhä selvemältä, ettei kommunismi pysy kapitalismin perässä taloudellisen hyvinvoinnin luomisessa. Kun kommunismi romahti 1980- ja 1990-lukujen vaihteessa, uusliberalismi sai lisää liikevoimaa. Ei ole sattumaa, että juuri 1990-luvulla myös amerikkalaiset demokraatit ja eurooppalaiset sosiaalidemokraatit hyväksyivät markkinatalouden ja globalisaation sekä pyrkivät uudistamaan aatettaan.⁷⁶ Juuri 1980- ja 1990-luvuilla oikeastaan kaikilla yhteiskuntatieteen lohkoilla on havaittavissa siirtymä individualistiin lähestymistapoihin ja taloustieteestä tuli johtava yhteiskuntatiede.⁷⁷ Noina vuosikymmeninä näytti, että markkinat ratkaisevat esiin nousevia sosiaalisia ja taloudellisia ongelmia tehokkaammin kuin valtio. Tämä selittää, miksi monet keskeisimmät uusliberaalit reformit, kuten pankkisäätelyn vapauttaminen, toteutettiin Clintonin presidenttikaudella. Tällainen puoluerajat ylittänyt uusliberaali konsensus teki kilpailuvalvonnasta flegmaattista.

Muutos alkoi 2016, kun Donald Trump otti etäisyyttä uusliberalismiin irtisanomalla kansainvälisiä kauppasopimuksia. Demokraattien keskuudessa Bernard Sanders sai yllättävän paljon kannatusta, mikä kertoo etenkin nuorempien ää-

74. Binyamin Applebaum, *The Economists' Hour: How the False Prophets of Free Market Fractured Our Society*. Picador 2019, s. 161–184.

75. Uudet tuomarit olivat konservatiivisempia kuin ne, jotka presidentti Warrenin kaudella (1953–1969) johtivat liberaalia valtiosääntöoikeudellista vallankumousta. Lisäksi oikeustaloustiede, jota monet opiskelivat, vahvisti heidän intuitioitaan. Elliott Ash – Daniel L. Chen – Suresh Naidu, *Ideas Have Consequences: The Impact of Law and Economics on American Justice*. National Bureau of Economic Research Working Paper 29788 osoitteessa www.nber.org/papers/w29788.

76. Termit, kuten ”kolmas tie”, ”uusi keskusta” ja ”triangulaatio”, kehiteltiin näinä vuosina. Tony Blair – Gerhard Schroeder, *Europe: The Third Way/Die Neue Mitte* osoitteessa <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/suedafrika/02828.pdf>.

77. Daniel T. Rodgers, *Age of Fracture*. Belknap Press of Harvard University Press 2011.

nestäjien kaipuusta muutokseen. Uusliberaali konsensus oli särkynyt, ja kilpailuoikeus alkoi politisoitua. Ongelmaksi tiukempaa kilpailuoikeuden järjestelmää kannattaville jäi edelleen korkein oikeus. Tuomarinimitykset ja lähes 50 vuotta kilpailuoikeusskeptisiä ennakkoratkaisuja ovat luoneet vahvasti linnoitetun vallihaudan uusliberaalin kilpailuoikeuden suojaksi, mitä vastaan Bidenin hallinnossa jalansijan saanut uusi Brandeisin koulukunta käy nyt taistelua.

6. Lopuksi

Kilpailuoikeus on oikeudenala, jonka sääntelyn väljyys yhtäältä mahdollistaa oikeuden joustavan kehityksen mutta toisaalta samanaikaisesti synnyttää riskin siitä, että lainsäädäntöä voidaan vesittää, jos viranomaiset eivät jaa lainsäätäjän tavoitteita. Tällöin kilpailuoikeuden vahvuus – oikeudenalan luonne lainsäätäjän antamina ja taloustieteen inspiroimina toimivaltadelegointeina, joiden täytöntöönpanossa voidaan hyödyntää kilpailuviranomaisten erityisasiantuntemusta – voi muuttua heikkoudeksi. Yhdysvaltaisessa kilpailuoikeudessa tällainen riski on jossain määrin realisoitunut. Chicagolaiset kykenivät osoittamaan merkittäviä puutteita oman aikansa kilpailuvalvonnassa. Mutta myös heidän oma teoriansa osoittautui puutteelliseksi. Sekä viranomaiset että tuomioistuimet ovat kuitenkin jakaneet uusliberaalin filosofian, minkä seurauksena oikeudellinen päätöksen-teko on etäntynyt lain sanamuodosta, alkuperäisestä tarkoituksesta ja lopulta taloustieteestä.

Oikeus kehittyy usein hitaasti ja varovaisesti, joten on ymmärrettävää, etteivät tuomioistuimet linjaa kilpailuoikeudellista oikeuskäytäntöä uudelleen jokaisen uuden tutkimuksen perusteella. Kun Chicagon koulun kehitys pysähtyi jo puoli vuosisataa sitten, alkaa amerikkalaisen antitrust-oikeuden tiede- ja demokratiavaje olla kuitenkin silmiinpistävä.⁷⁸ Voidaan perustellusti kysyä, tapahtuiko Yhdysvalloissa se, mistä Dicey varoitti vuonna 1885: yleispiirteinen sääntely mahdollisti hallinnolle virkavastuun välttelyn. Sen sijaan, että tuomioistuimet olisivat puuttuneet tähän, ne allekirjoittivat saman ideologian ja hyväksyivät toiminnan. Tällaisista syistä Yhdysvaltojen ulkopuolella Chicagon kouluun ja sen vaikutuksiin oikeuselämässä on suhtauduttu epäillen.⁷⁹

78. Amerikkalaisen kilpailuoikeuden demokratiavajeesta ks. Harry First – Spencer Weber Waller, *Antitrust's Democracy Deficit*. *Fordham Law Review* 81(5) 2013, s. 2543–2574.

79. Euroopassa Chicagon koulun vaikutus jäi vähäisemmäksi kuin Yhdysvalloissa. Anu Bradford – Adam Chilton – Filippo Maria Lancieri, *The Chicago School's Limited Influence on International Antitrust*. *University of Chicago Law Review* 87(2) 2020, s. 297–329. Tärkeimmät syyt lienevät olleet eurooppalainen vahvan valtion perinne, jonka takia uusliberalismin vaikutus ylipäänsä jäi astetta heikommaksi (ehkä Yhdistynyttä kuningaskuntaa lukuun ottamatta), ja

Oikeustieteen ja jopa oikeuskäytännön kehitys 2020-luvulla nojaa usein monitieteisiin lähestymistapoihin. Hyvä niin. Yhteiskuntatieteiden ja niiden sisällä vaikuttavien paradigmojen valtataistelut, tuomareiden haaste itsenäisesti arvioida heille esitettyä tieteellistä näyttöä ja erilaisten eturyhmien mahdollisuus poliittisesti tai episteemisesti kaapata oikeusjärjestelmä tai sen osia ovat silti monitieteisen tutkimuksen hyödyntämiseen liittyviä haasteita.⁸⁰ Oikeuden yhteiskunnallisen tutkimuksen rinnalla juristien on siksi syytä vaalia sellaisia klassisia oikeudellisia arvoja, kuten lainsäätäjän kunnioittaminen, lakisidonnaisuus ja lain sanamuodon tärkeys.⁸¹

se, että amerikkalaisen kilpailuoikeuden vaikutus tuntui voimakkaimmillaan vuosituhaten vaihteessa, jolloin Chicagon koulu oli jo kohdannut voimakasta kritiikkiä.

80. Taloustieteen käytöstä tuomioistuimissa ks. Gunnar Niels – Helen Jenkins – James Kavanagh, *Economics for Competition Lawyers*. Third Edition. Oxford University Press 2023, s. 683–703.

81. Kilpailuoikeudellisen lainsäädännön yleispiirteisyyttä ja sitä soveltavien viranomaisten korostettua vastuuta on painottanut Petri Kuoppamäki, Markkinavoiman sääntely EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003, s. 10. Yleisemmin lainsäätäjän tavoitteiden kunnioittamisesta ks. Tapio Määttä, Lainsäätäjän kunnioittamisasenne, tavoitteellinen laintulkinta ja lakien tavoitesäännökset vallitsevassa tuomariniideologiassa, s. 207–226 teoksessa Auri Pakarinen – Anna Hyvärinen – Kaijus Ervasti (toim.), *Lainvalmistelu, tutkimus, yhteiskunta*: Jyrki Talan juhlaKirja. Turun yliopisto 2011.

When economics lost its grip on American antitrust enforcement. A case study on the pitfalls of sociolegal studies

TONI MALMINEN, LL.D., LL.M. (Yale), Research Fellow, Tampere University; Senior Lecturer, University of Eastern Finland

The key concepts of antitrust and competition law – monopoly, barriers to entry, competition, costs, consumer welfare, relevant markets, etc. – derive from economics. Economics also features prominently in antitrust enforcement when antitrust agencies and courts assess antitrust damages, investigate cartels, evaluate monopolisation, and estimate the likely effects of mergers on consumer welfare. As a consequence, antitrust law is a great candidate for sociolegal studies and a prime example of a productive joint venture between science and adjudication.

The article is a historical case study on the potential pitfalls of multidisciplinary legal research and legal decision-making, which include the tension between science and ideology and the possible democracy deficit of scientifically oriented adjudication.

A new epoch began in law and economics in the 1950s when a group of economists and legal scholars associated with the University of Chicago contested American antitrust enforcement of the era. Deeming it excessive and often irrational, they sought to dethrone some leading precedents to let the free market have more sway in safeguarding economic efficiency. Their research programme made its weight felt in antitrust policy in the 1970s and 1980s when enforcement turned more lenient.

Antitrust economics, however, turned more enforcement friendly in the 1970s, as game theory and empirical industrial organisation theory seemed to show that anticompetitive conduct was more likely and prevalent than the Chicagoans had assumed. American courts, the Supreme Court in particular, have resisted this subsequent turn in antitrust economics up until our time. Why and what do we have to learn about this sequence? As academic communities are rife with disagreement, and various constituencies may strategically seek to deploy scholarship to their advantage, a healthy scepticism about science-based adjudication safeguards democracy and the rule of law.