

Essentiaalipatenttien väärinkäyttö ja FRAND-sitoumukset

Komission omaksuma linja kilpailuoikeuden kantavien
periaatteiden valossa tarkasteltuna

Lapin yliopisto
Oikeustieteiden tiedekunta
Velvoiteoikeus
Kevät 2014
Ilkka Tuomainen

Sisällys

Tiivistelmä	III
Oikeuskirjallisuus	IV
Virallislähteet.....	IX
Oikeuskäytäntö	XI
Muut lähteet.....	XIII
Lyhenteet	XV
1. Johdanto.....	1
1.1 Tutkimusongelman hahmottaminen	1
1.2 Tutkimusongelma ja aineiston rajaus	3
1.3 Standardointi ja patentit osana kilpailupolitiikkaa	6
1.3.1 Immateriaalioikeuden ja kilpailuoikeuden välisen tasapainotilan löytäminen	8
1.4 Kilpailuoikeuden kantavat periaatteet	11
2 Standardointi ja essentiaalipatentit kilpailuoikeuden näkökulmasta	14
2.1 Standardointi yritysten välisen yhteistyön muotona.....	14
2.2 Patenttijärjestelmän haasteet ICT-alalla	16
2.3 Standardointi ja patentinhaltijan strategiset vaihtoehdot.....	18
2.4 Standardoinnin kilpailuoikeudellisesta sääntelystä	20
2.4.1 IPR-toimintapolitiikka ja FRAND-sitoumukset.....	23
3 FRAND-sitoumukset	27
3.1 FRAND-sitoumukset ja kirjallisuudessa esitetyt tulkinnat	27
3.2 Kohtuullisen korvauksen tason määrittäminen.....	29
3.3 Kohtuuttomat rojalit ja patentinhaltijan kannustimet.....	31
3.4 FRAND-sitoumukset ja kieltotuomio erityisesti matkapuhelinalan kannalta tarkasteltuna.....	33
4. Essentiaalipatentit ja FRAND-sitoumukset: perusteet kilpailuoikeuden soveltamiselle	40
4.1 Immateriaalioikeuden ja kilpailuoikeuden rajapinta: SEUT 102 artikla.....	40
4.2 Perusteet kilpailuoikeuden soveltamiselle	44
5 FRAND-sitoumukset ja kieltotuomio: essentiaalipatentin väärinkäyttö?	48

5.1 Määräävän aseman toteaminen.....	48
5.2 SEUT 102 artikla ja kieltotuomio strategisena neuvotteluvoiman välineenä.....	51
5.3 Lisensoinnista kieltäytyminen ja SEUT 102 artiklan soveltuvuus.....	54
5.4 FRAND-sitoumukset ja essentiaalipatenttien väärinkäyttö.....	58
5.4.1 FRAND-sitoumukset ja sisämarkkinat.....	60
5.5 FRAND-sitoumukset ja essential facility?	61
5.6 Tehokkuus?.....	65
6 Lopuksi	68

Lapin yliopisto, oikeustieteiden tiedekunta

Työn nimi: Essentiaalipatenttien väärinkäyttö ja FRAND-sitoumukset – komission omaksuma linja kilpailuoikeuden kantavien periaatteiden valossa tarkasteltuna

Tekijä: Ilkka Tuomainen

Opetuskokonaisuus ja oppiaine: Velvoiteoikeus

Työn laji: Tutkielma_x_Laudaturtyö__ Lisensiaatintyö__ Kirjallinen työ__

Sivumäärä: 72

Vuosi: Kevät 2014

Tiivistelmä:

Teknisten standardien avulla voidaan saavuttaa eri laitteiden välinen yhteiskäyttö sekä maksimoida verkostovaikutukset. Siksi standardoinnilla onkin tärkeä merkitys erityisesti ICT-alalla. Koska standardien taustalla oleva informaatio perustuu usein patentoituun teknologiaan, ovat monet standardointijärjestöt ottaneet käyttöön erilaisia käytäntöjä immateriaalioikeudellisesta yksinoikeudesta aiheutuvien ongelmatilanteiden ehkäisemiseksi. Standardointiprosessin yhteydessä patentinhaltijat antavat usein ns. FRAND-sitoumuksen, jolla he ilmaisevat olevansa valmiita lisensoimaan standardin kannalta olennaiset patenttinsa (essentiaalipatentit) oikeudenmukaisin, kohtuullisin, ja syrjimättömin ehdoin.

Sitoumuksiin liittyy kuitenkin paljon tulkinnallisuutta erityisesti kohtuullisen rojaltilkorvauksen tasosta sekä patentinhaltijan oikeudesta kieltotuomioon. Kirjallisuudessa kohtuullisen korvauksen tasoa on usein mallinnettu taloustieteen keinoin, mutta reaali maailman ilmiönä tulkinnallisuus ja kieltotuomion käyttö tai sillä uhkaaminen ovat aiheuttaneet ongelmia erityisesti matkapuhelinalalla. Vuonna 2012 komissio käynnisti useita toimenpiteitä, joiden tarkoituksena oli tuoda selvyttä kyseiselle toimialalle. Komission käynnistämät toimenpiteet liittyivät essentiaalipatenttien väärinkäytön arviointiin SEUT 102 artiklan perusteella.

Tutkimuksen keskeisenä tarkoituksena on tarkastella SEUT 102 artiklan suhdetta kieltotuomion strategiseen käyttöön. Aihetta lähestytään kirjallisuudessa esitettyjen tulkintojen, EU:n tuomioistuinkäytännön sekä komission omaksuman kilpailupoliittisen linjan valossa. Lisäksi FRAND-sitoumuksia ja kieltotuomion käyttöä tarkastellaan erityisesti kilpailuoikeuden kantavien periaatteiden avulla. FRAND-sitoumuksia on usein tarkasteltu yksityisoikeudellisina sopimusjärjestelyinä, mutta niillä on samalla vahva kilpailuoikeudellinen ulottuvuus. Tutkimuksessa havaitaan, että komission omaksuman linjan valossa FRAND-sitoumusten kilpailuoikeudellisen ulottuvuuden voidaan katsoa vahvistuneen entisestään.

Avainsanat: Kilpailuoikeus, immateriaalioikeus, patentit, määräävän aseman väärinkäyttö

Suostun tutkielman luovuttamiseen Rovaniemen hovioikeuden käyttöön_x_

Suostun tutkielman luovuttamiseen kirjastossa käytettäväksi_x_

Suostun tutkielman luovuttamiseen Lapin maakuntakirjastossa käytettäväksi_x_

LÄHTEET

Oikeuskirjallisuus

Aine, Aine. Kilpailu ja sopimus. Suomalaisen lakimiesyhdistys, Helsinki 2011

Alkio, Mikko ja Wik, Christian. Kilpailuoikeus. Talentum, Helsinki 2009

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

Kuoppamäki Petri. Markkinavoiman sääntely EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 239. Suomalainen lakimiesyhdistys, Helsinki 2003.

Leivo, Kirsi; Leivo, Timo; Huimala, Hannele; Huimala, Mikko. EU:n ja Suomen kilpailuoikeus. Talentum, Helsinki 2012

Mylly, Tuomas. Intellectual Property and European Economic Constitutional Law, The trouble with Private Informational Power. IPR University Centerin julkaisuja 4. IPR University Center, Helsinki 2009

Oesch, Rainer ja Pihlajamaa, Heli. Patenttioikeus. Talentum, Helsinki 2008

Rahnasto, Ilkka. Intellectual Property Rights, External Effects, and Anti-Trust Law. Leveraging IPRs in the Communications Industry. Oxford University Press, New York 2003.

Uotila Timo-Jakko. Patenti strategisena kilpailun välineenä. Oikeudellisi-liiketaloudellinen tutkimus patentista ja sen toimivuudesta yrityksen strategiassa. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 293, Suomalainen lakimiesyhdistys, Helsinki 2009

Vuorinen, Jarkko: Beyond Patent Pools: Patent Thickets, Transaction Costs, Self-regulation and Competition, IPR University Center, Helsinki 2013

Zhang, Ligu. Standardization and Patent Licensing in the European Union. IPR University Centerin julkaisuja 10. IPR University Center, Helsinki 2012

Artikkelit

Brooks, Roger ja Geradin, Damien. Interpreting and Enforcing the Voluntary FRAND Commitment. International Journal of IT Standards and Standardization Research Vol. 9, No. 1 (2011): 1-23.

Camesasca, Peter; Langus, Gregor; Neven, Damien; Treacy, Pat. Injunctions for Standard-Essential-Patents: Justice is not Blind. Journal of Competition Law & Economics, 9(2), 2013, ss.285-311

Chappatte, Philippe. FRAND Commitments—The Case for Antitrust Intervention. European Competition Journal 5.2 (2009): 319-346.

Contreras, Jorge. Fixing FRAND: A Pseudo-Pool Approach to Standards-Based patent Licensing. Antitrust Law Journal 79 (2013). ss.47-97

Drexl, Joseph. Is there a 'more economic' approach' to intellectual property. Teoksessa Research handbook on Intellectual Property and Competition Law (toim. Joseph Drexl). Edward Elgar, Yhdysvallat 2008. Ss.27-53

Dolmans, Maurits. Standards for Standards. Fordham International Law Journal. Volume 26, Issue 1,2002, ss. 163-208

Farrell, Joseph; Hayes, John; Shapiro, Carl ja Sullivan, Theresa. Standard setting, Patents, and Hold-up. Antitrust Law Journal, Vol. 74, No. 3 (2007), 603-670.

Geradin, Damien. The European Commission policy Towards the Licensing of Standard-Essential Patents: Where do we stand? *Journal of Competition Law & Economics*, 2013 9(4), ss. 1125-1145.

Geradin, Damien and Rato, Miguel, FRAND Commitments and EC Competition Law (23.12.2009). <http://ssrn.com/abstract=1527407>. (Viitattu 10.4.2014)

Geradin, Damien ja Rato, Miguel. Can Standard-Setting lead to Exploitative Abuse? A Dissonant View on Patent Hold-Up, Royalty Stacking and the Meaning of FRAND. Huhtikuu 2006. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=946792. (viitattu 20.3.2014)

Geradin, Damien Standardization and technological innovation: Some reflections on ex-ante licensing, FRAND, and the proper means to reward innovators. TILEC Discussion Paper. Tilaisuudessa "Intellectual Property and Competition Law". 8.6.2006. http://ist-socrates.berkeley.edu/~scotch/DigitalAntitrust/Geradin_Frand.pdf. viitattu 10.4.2014 (Geradin 2006)

Heinemann, Andreas. The contestability of IP-protected markets. Teoksessa *Research handbook on Intellectual Property and Competition Law* (toim. Joseph Drexler). Edward Elgar, Yhdysvallat 2008. Ss. 54-79

Kolstad, Olav. Competition law and intellectual property rights – outline of an economics-based approach. Teoksessa *Research handbook on Intellectual Property and Competition Law* (toim. Joseph Drexler). Edward Elgar, Yhdysvallat 2008. Ss. 3-26

Kuoppamäki, Petri. Kilpailun taloustieteen soveltaminen kilpailuoikeudessa. *Lakimies* 2008/7-8. Ss. 1077–1105

Lee, Nari. Patented Standards and the Tragedy of Anti-commons. *Teollisoikeudellisia kirjoituksia VII* (toim. Ari Saarnilehto), Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja, yksityisoikeuden sarja A:115, Turku 2006. Ss.1-34

Lemley, Mark ja Shapiro, Carl. A simple approach to setting reasonable royalties for standard-essential patents. *Berkeley Technology Law Journal* 28.2 (2013).SS.1135-1166

Lemley, Mark A. Intellectual property rights and standard-setting organizations. *California Law Review*, 2002, 1889-1980.
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=310122 (viitattu 2.4.2014)

Mariniello, Mario. Fair, Reasonable and Non-discriminatory (FRAND) Terms: A Challenge for Competition Authorities. *Journal of Competition Law & Economics*, 7(3), 2011. s. 523-541.

Mackenrodt, Mark-Oliver. Assessing the effects of intellectual property rights in network standards. Teoksessa *Research handbook on Intellectual Property and Competition Law* (toim. Joseph Drexl). Edward Elgar, Yhdysvallat 2008. Ss. 80-106

Mylly, Tuomas. Mikä on olennaista kilpailuoikeuden opissa olennaisista toimintaedellytyksistä? Teoksessa *Yritys eurooppalaisessa oikeusyhtiössä* (toim. Helander, Petri; Lavapuro, Juha; Mylly, Tuomas). Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan juhlaulkaisu No.11. Turun yliopisto, oikeustieteellinen tiedekunta 2002. Ss.357-397

Oesch, Rainer. Patenttilisenssisopimusten pätemättömyydestä ja sen kaksijakoisuudesta. *Defensor Legis* 2007/1. S. 78-92

Petit, Nicolas. Injunctions for FRAND-Pledged SEPS: The Quest for an Appropriate Test of Abuse under Article 102 TFEU. *European Competition Journal*, Volume 9, Number 3, December 2013, pp. 677-719

Priiki, Marko. Patenttivedätyksen torjuminen vastuusäännöllä. 2012. Julkaistu edilexissä 6.6.2012. (www.edilex.fi/lakikirjasto/8863) Julkaistu aiemmin teoksessa *Acta Legis Turkuensia* 1/2012, Turun yliopiston Oikeustieteen Ylioppilaiden Yhdistys Lex ry.

Rato, Miquel ja Petit, Nicolas. Abuse of Dominance in Technology-enabled Markets: Established Standards Reconsidered. European Competition Journal. Vol. 9, No. 1, April 2013. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2387357 (viitattu 10.5.2014)

Temple Lang, John. Eight Important Questions on Standards under European Competition Law. Julkaisussa Competition Law International. April, 2011. Viitattu Westlawn:n kautta 14.3.2014

Tenhunen, Henni. Euroopan komission Microsoft-päätös digitaalisen diversiteetin turvaamisen valossa. Julkaisussa Teollisoikeudellisia kirjoituksia VIII (toim. Katariina Sorvari). Turun oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisu. Yksityisoikeuden sarja A:118. Ss.149-174

Vesterdorf, Bo. IP Rights and Competition Law Enforcement Questions. Journal of European Competition Law & Practice 2013, Vol. 4, No. 2. (Editorial)

Vuorinen, Jarkko. Do Strong IPRs need to be coupled with strong competition law enforcement? Julkaisussa Teollisoikeudellisia kirjoituksia IX (Toim. Sorvari, Katariina). Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisu. Yksityisoikeuden sarja. A 119. Turku 2008.), ss.89-96

Weber, Rolf H. Competition Law versus FRAND Terms in IT Markets. World Competition 34, issue 1 (2011): s. 51-71.
<https://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=WOCO2011003> (viitattu 3.4.2014)

Muut

Buhart, Jacques ja Lafont, Nicolas. Essential Patents Declared to the European Telecommunication Standardization Institute: How Should They Be Treated in U.S. Litigation? Bloomberg BNA's Patent, Trademark & Copyright Journal, April 26, 2013.
<http://www.mwe.com/files/Publication/88c01250-2701-4763-b44b->

[9dcfe9b6bd35/Presentation/PublicationAttachment/e8ee403e-e322-4ab9-a005-9f15a4b17716/BBNA%20Article.pdf](http://www.wilmerhale.com/uploadedFiles/WilmerHale_Shared_Content/Files/PDFs/Su9dcfe9b6bd35/Presentation/PublicationAttachment/e8ee403e-e322-4ab9-a005-9f15a4b17716/BBNA%20Article.pdf)? (viitattu 10.5.2014)

Greenfield, Leon; Schneider Hartmut ja Mueller, Joseph. SEP Enforcement Disputes beyond the Water's Edge: A Survey of Recent Non-U.S. Decisions. *Antitrust*, Vol 27, No.3. 2013. Ss.50-56

http://www.wilmerhale.com/uploadedFiles/WilmerHale_Shared_Content/Files/PDFs/Su9dcfe9b6bd35/Presentation/PublicationAttachment/e8ee403e-e322-4ab9-a005-9f15a4b17716/BBNA%20Article.pdf. (viitattu 13.5.2014)

Virallislähteet

Valtiosopimukset

Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen konsolidoitu toisinto, EUVL C 83, 30.3.2010, s. 47–200 (SEUT).

Lainsäädäntö

Komission asetus (EU) N:o 316/2014, annettu 21 päivänä maaliskuuta 2014, Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklan 3 kohdan soveltamisesta teknologiansiirtosopimusten ryhmiin. EUVL L93. 28.3.2014. s.17-23

Euroopan Parlamentin ja Neuvoston asetus (EU) 1025/2012, annettu 25 päivänä lokakuuta 2012, eurooppalaisesta standardoinnista, neuvoston direktiivien 89/686/ETY ja 93/15/ETY sekä Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivien 94/9/EY, 94/25/EY, 95/16/EY, 97/23/EY, 98/34/EY, 2004/22/EY, 2007/23/EY, 2009/23/EY ja 2009/105/EY muuttamisesta ja neuvoston päätöksen 87/95/ETY ja Euroopan parlamentin ja neuvoston päätöksen 1673/2006/EY kumoamisesta; EUVL 14.11.2012 L 316/12 (Eurooppalainen standardointiasetus)

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/48/EY, annettu 29 päivänä huhtikuuta 2004, teollis- ja tekijänoikeuksien noudattamisen varmistamisesta. EUVL L 157, 30.4.2004, s. 45–86.

Neuvoston asetus (EY) N:o 139/2004, annettu 20 päivänä tammikuuta 2004, yrityskeskittymien valvonnasta, EUVL L 24/1, 29.1.2004 (EU:n sulautuma-asetus)

Perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklassa vahvistettujen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta 16 päivänä joulukuuta 2002 annettu neuvoston asetus (EY) N:o 1/2003 (EYVL L 1, s. 1).

Komission tiedonannot

Komission tiedonanto — Ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen EUVL C 45, 24.2.2009, s. 7—20. **(Komission tiedonanto 102 artiklan soveltamisesta markkinoiden sulkemiseen)**

Komission Tiedonanto – Suuntaviivat Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklan soveltamisesta teknologiansiirtosopimukseen. EUVL C 89, 28.03.2014, s.3-50 **(Teknologiansiirtoa koskevat suuntaviivat)**

Komission tiedonanto - Eurooppa 2020, Älykkään, kestävän ja osallistavan kasvun strategia. Bryssel 3.3.2010, KOM(2010) 2020 lopullinen **(Komission tiedonanto Eurooppa 2020-strategiasta)**

Komission tiedonanto - Suuntaviivat Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklan soveltamisesta horisontaalista yhteistyötä koskeviin sopimukseen, EUVL C 11, 14.01.2011 s.1-72**(Horisontaaliset suuntaviivat)**

Komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta. EYVL C 372, 09.12.1997 s. 5–13.

Komission arviointikertomukset

Komission arviointikertomus tekniikan siirtoa koskevasta ryhmäpoikkeusasetuksesta N:o 240/96, 81 artiklan mukaiset tekniikansiirtosopimukset. KOM(2001) 786 lopullinen

Komission kertomus - Kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus 2012. Bryssel

7.5.2013.COM(2013) 257 final

Oikeuskäytäntö

Asia C-170/13. Ennakkoratkaisupyyntö, jonka Landgericht Düsseldorf (Saksa) on esittänyt asiassa Huawei Technologies Co. Ltd vastaan ZTE Corp. ja ZTE Deutschland GmbH. 12.7.2013 Ei vielä ratkaistu

Asia C-457/10 P. AstraZeneca AB ja AstraZeneca plc vastaan Euroopan komissio. 6.12.2012. Ei vielä julkaistu

Asia C-70/10. Scarlet Extended SA vastaan Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM). 24.11.2011. Oikeustapauskokoelma 2011 I-11959

Asia T-321/05: AstraZeneca vastaan komissio.17.2010 Oikeustapauskokoelma 2010 II-02805

Asia T-301/04. Clearstream vastaan komissio. 9.9.2009. Oikeustapauskokoelma 2009 II-03155

Asia T-201/04. Microsoft Corp. vastaan Euroopan yhteisöjen komissio. 17.9.2007 Oikeustapauskokoelma 2007, II-03601

Asia C-418/01. IMS Health GmbH & Co. OHG vastaan NDC Health GmbH & Co. KG. 29.4.2004 Oikeustapauskokoelma 2004 I-05039 (IMS Health)

Asia C-7/97. Oscar Bronner GmbH & Co. KG vastaan Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG ja Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG. 26.11.1998. Oikeustapauskokoelma 1998 I-07791 (Oscar Bronner)

Asia T-111/96. ITT Promedia NV vastaan Euroopan yhteisöjen komissio.17.7.1998. Oikeustapauskokoelma 1998 II-02937

Yhdistetyt asiat C-241/91 P ja C-242/91 P. Radio Telefis Eireann (RTE) ja Independent Television Publications Ltd (ITP) vastaan Euroopan yhteisöjen komissio. 6.4.1995. Ei julkaistu. (Magill)

Asia 238/87. AB Volvo vastaan Erik Veng (UK) Ltd. High Court of Justice, Chancery Division, Patents Courtin esittämä ennakkoratkaisupyyntö. 5.10.1988.

Oikeustapauskokoelma 1988 06211

Asia 322/81. NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin vastaan Euroopan yhteisöjen komissio. 9.11.1983. Oikeustapauskokoelma 1983 03461, suomi VII/00339

Komissio

Commission Decision of 13/02/2012 declaring a concentration to be compatible with the common market (Case No COMP/M.6381 - GOOGLE / MOTOROLA MOBILITY) according to Council Regulation (EC) No 139/2004

Commission Decision of 9.12.2009 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the EEA Agreement Case COMP/38.636 – RAMBUS

Muut lähteet

ETSI Rules Of Procedure, annex 6. ETSI IPR Policy. 20.3.2012. ss. 35-46.

<http://www.etsi.org/images/files/IPR/etsi-ipr-policy.pdf> (viitattu 20.5.2014)

<http://www.pijip.org/non-sdo-patent-commitments/>, “Non-SDO Patent Statements and Commitments”. Viitattu 4.4.2014

ICC comments on commitments offered to the European Commission by Samsung Electronics on the use of standard essential patents (SEP). Document No. 225/708 CI/zse – (18 November 2013). [http://www.iccwbo.org/Advocacy-Codes-and-Rules/Document-centre/2013/ICC-comments-on-commitments-offered-to-the-European-Commission-by-Samsung-Electronics-on-the-use-of-standard-essential-patents-\(SEP\)](http://www.iccwbo.org/Advocacy-Codes-and-Rules/Document-centre/2013/ICC-comments-on-commitments-offered-to-the-European-Commission-by-Samsung-Electronics-on-the-use-of-standard-essential-patents-(SEP)). Viitattu 18.5.2014. (ICC:n huomautukset komissiolle Samsungin ehdottamista sitoumuksista)

Komissio

Komission memo 29.4.2013 (MEMO/14/322). Antitrust decisions on standard essential patents (SEPs) - Motorola Mobility and Samsung Electronics - Frequently asked questions. http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-322_en.htm. Viitattu 20.5.2014

Komission lehdistötiedote 29.4.2014 (IP/14/490). Antitrust: Commission accepts legally binding commitments by Samsung Electronics on standard essential patent injunctions. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-490_en.htm. Viitattu 20.5.2014

Komission lehdistötiedote 29.4.2014 (IP/14/489). Antitrust: Commission finds that Motorola Mobility infringed EU competition rules by misusing standard essential patents. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-489_en.htm. Viitattu 20.5.2014

Komission lehdistötiedote 21.3.2014 (IP/14/299) Commission adopts revised competition regime for technology transfer agreements. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-299_en.htm

Komission lehdistötiedote 4.12.2013 (IP/13/1210). Komissio hyväksyy Nokian mobiililaitteiden myynnin Microsoftille. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1210_fi.htm. Viitattu 20.5.2014

Komission lehdistötiedote 21.12.2012 (IP/12/1448) .Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Samsung on potential misuse of mobile phone standard-essential patents. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1448_en.htm. Viitattu 20.5.2014

Komission lehdistötiedote 6.5.2013. Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Motorola Mobility on potential misuse of mobile phone standard-essential patents. IP/13/406. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-406_en.htm. Viitattu 20.5.2014

Komission memo 14.12.2010 (MEMO/10/676) Competition: Commission adopts revised competition rules on horizontal co-operation agreements. http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-10-676_en.htm. Viitattu 2.5.2014.

Joaquín Almunia puhuu IP Summit 9.12.2013, Speech - Intellectual property and competition policy. European Commission (SPEECH/13/1042) http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-1042_en.htm

Lyhenteet

ETSI Euroopan telealan standardointilaitos

FRAND Fair, reasonable, and non-discriminatory

SEUT Sopimus Euroopan Unionin toiminnasta

1. Johdanto

1.1 Tutkimusongelman hahmottaminen

“The protection of intellectual property is a cornerstone of innovation and growth. But so is competition. I think that companies should spend their time innovating and competing on the merits of the products they offer – not misusing their intellectual property rights to hold up competitors to the detriment of innovation and consumer choice.”¹

(Euroopan komission kilpailukomissaari Joaquín Almunia 6.5.2013)

Löysin innostuksen tähän tutkimukseen komission tutkimuksista, joiden perusteella se katsoi eräiden matkapuhelinalan yritysten käyttäneen väärin standardin kannalta olennaisia patenteja (ns. essentiaalipatentit)² SEUT³ 102 artiklan tarkoittamalla tavalla hakemalla kyseisten patenttien loukkauksen perusteella kieltotuomiota, vaikka yritykset olivat aiemmin ilmaisseet olevansa valmiita myöntämään lisenssin kyseisiin patenteihin oikeudenmukaisin, kohtuullisin ja syrjimättömin ehdoin (ns. FRAND-sitoumus).

Komission omaksuma linja ja puuttuminen essentiaalipatenttien lisensointiin kytkeytyvät erityisesti matkapuhelinalalla vallitsevaan ”patenttisotaan”⁴: markkinoilla taistelu, yritysten välinen rivaliteetti, on siirtynyt osin oikeussalien puolella käytäväksi. Toisaalta taistelua käydään yhä enemmän myös markkinoista, esimerkiksi uusia standardeja luomalla ja valitsemalla.⁵ Standardoinnin ja essentiaalipatenttien merkitys ei rajoitu vain matkapuhelinalalle, vaan voidaan puhua myös laajemmin ICT-alasta, eli informaatio- ja teknologia-alasta. Siihen puolestaan viitataan usein puhuttaessa *uudesta taloudesta*. Uudessa taloudessa henkisen pääoman merkitys suhteessa aineelliseen pääomaan korostuu, mikä lisää immateriaalioikeuksien merkitystä. Lisäksi verkostovaikutukset, toimialan lukkiutuminen sekä yritysten tekninen yhteen kietoutuminen saavat aikaan

¹ Komission lehdistötiedote IP/13/406. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-406_en.htm

² Käytän tässä tutkimuksessa ilmausta essentiaalipatentti (eng. standard essential patent). Virallisempi suomenkielinen termi olisi standardin kannalta olennainen patentti, mutta tutkimuksen kirjallisesta ilmaisusta ja toistoista johtuen käytän ko. ilmausta.

³ Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen konsolidoitu toisinto, EUVL C 83, 30.3.2010, s. 47–200 (SEUT)

⁴ Ks. Esim Petit 2013, s.677

⁵ Ks. lisää, esim. Aine 2011, s.92-93

perinteisiä markkinoita voimakkaamman strategiaratkaisujen heijastumisen kilpailijoiden toimintaan, kuten *Kuoppamäki* toteaa.⁶

Vaikka standardointia voidaankin pitää yhtenä päätekijänä selittämässä ICT-alan nopeaa kehitystä ja tuotteiden välisen kilpailun lisääntymistä, on standardointijärjestöjen toiminta herättänyt myös huolia mahdollisista kilpailua heikentävistä tai sitä rajoittavista vaikutuksista.⁷ Erityisesti ICT-alalla tekniset standardit perustuvat yleensä teknologiaan, joka on immateriaalioikeuksien suojattua.⁸ Väärinkäytösten ehkäisemiseksi standardointijärjestöt usein edellyttävät jäseniään ilmoittamaan standardin valinnan yhteydessä niiden hallussa olevista patenteista, jotka voivat olla olennaisia kyseisen standardin täytäntöönpanon eli käytön kannalta. Lisäksi patentinhaltijoiden on yleensä annettava FRAND-sitoumus, jolla ne ilmoittavat olevansa valmiita myöntämään käyttöluvan eli lisenssin kyseisiin patenteihin oikeudenmukaisin, kohtuullisin ja syrjimättömin ehdoin.

FRAND-sitoumukset eivät välttämättä ole riittävä työkalu väärinkäytösten ehkäisemiseksi. Niihin liittyy paljon tulkinnallisuutta, mikä puolestaan voi avata patentinhaltijalle mahdollisuuksia patentin hyödyntämiseen tavalla, jolla on kilpailua tai toimivia markkinoilta rajoittavia vaikutuksia.⁹ Koska FRAND-sitoumus ei itsessään ole lisenssisopimus, voi patentinhaltijalla olla kansallisten patenttilakien perusteella mahdollisuus hakea kieltotuomiota patentinloukkauksen perusteella sitoumuksesta huolimatta. Vaikka monissa Euroopan maissa tuomioistuimet eivät yleensä myönnä väliaikaistakaan kieltotuomiota FRAND-sitoumuksen piiriin kuuluvien patenttien loukkauksen perusteella, on kansallisten tuomioistuinten käytännöissä ollut eroja.¹⁰ Kieltotuomiota tai sillä uhkaamista voi myös olla mahdollista käyttää välineenä kohtuuttomiin sopimusehtoihin pakottamiseksi.

⁶ *Kuoppamäki* 2003, s.277 ja 833-834

⁷ Geradin 2006, s. 2

⁸ Mylly 2009, s. 560

⁹ Mylly 2009, s. 596

¹⁰ Case No COMP/M.6381 – Google/Motorola Mobility, kohdat 57, 105, 113

1.2 Tutkimusongelma ja aineiston raja

Vaikka FRAND-sitoumuksia on kirjallisuudessa usein tarkasteltu sopimuksena tai vähintäänkin sopimusoikeudellisena instrumenttina, on FRAND-sitoumuksella samalla havaittavissa vahva kilpailuoikeudellinen ulottuvuus EU:n kilpailuoikeudessa. Tämän käsityksen voidaan katsoa vahvistuneen entisestään 29.4.2014, kun komissio ilmoitti lopullisesta päätöksestään, jossa se katsoi Motorolan syyllistyneen määräävän aseman väärinkäyttöön. Samana päivänä komissio ilmoitti myös tehneensä sitoutumispäätöksen Samsungin asiassa. Päätöksissä komissio korosti FRAND-sitoumusten merkitystä suhteessa patentinhaltijan oikeuteen saada kiellettyä patentinloukkauksen perusteella. Tutkimuksen aihe on siten perin ajankohtainen.

Tutkimusongelma voidaan kiteyttää yhden pääkysymyksen muotoon: *Mikä on FRAND-sitoumusten kilpailuoikeudellinen ulottuvuus erityisesti komission omaksuma kilpailupoliittinen linja huomioiden sekä kilpailuoikeuden kantavien periaatteiden valossa tarkasteltuna?*

Tutkimukseni yhteydessä termi ”komission kilpailupoliittinen linja” viittaa erityisesti komission näkemykseen intervention tarpeesta matkapuhelinalan valmistajien välisessä patenttisodassa. Vastaaviin olosuhteisiin (FRAND-sitoumukset ja kiellettyä tuomion käyttö) liittyviä oikeustapauksia ei EU:n tuomioistuinkäytännössä ole. SEUT 102 artiklan voidaan katsoa kieltävän kaikenlaiset määräävän aseman väärinkäytön muodot, vaikkakin tulkinta tapahtuu pitkälti aiemman oikeuskäytännön valossa ja vuosien varrella kehittyneiden doktriinien avulla.¹¹ Toisaalta etenkin tulkinnanvaraisissa asioissa on kyse samalla myös valinnoista hyväksytyt toiminnan erottamisessa väärinkäytöstä: Kilpailupoliittisessa kertomuksessaan komissio ilmaisi tutkimusten yhdeksi tavoitteeksi tuoda selvyttä toimialalla.¹² Puhtaasta tehokkuustarkastelusta käsin tasapainottavan intervention kultainen keskitie voisi olla esimerkiksi väärinkäytön kytkeminen 102 artiklan kieltämiin kohtuuttomiin rojalteihin.¹³ Kilpailuoikeuden periaatteet huomioon ottaen komission omaksuma linja näyttäytyy kuitenkin toisenlaisessa valossa.

¹¹ Ks. esim. Petit 2013, *passim.*

¹² Komission kertomus - Kilpailupoliittikkaa koskeva kertomus 2012, s.12

¹³ Ks. esim. Mariniello 2011, *passim.*

Tutkimuksessa tarkastellaan ensin standardointia ja standardin kannalta olennaisia patenteja kilpailuoikeuden näkökulmasta. Tämän jälkeen havainnollistan FRAND-sitoumuksiin liittyvää tulkinnallisuutta sekä niihin liittyviä kilpailuongelmia. Erityistarkastelun kohteena on patentinhaltijan oikeus kieltotuomioon patentinloukkauksen perusteella sekä tähän asiaan liittyvät kilpailuongelmat matkapuhelinalalla.

Tutkimuksessa tarkastellaan kilpailuoikeuden yleisiä soveltamisedellytyksiä puuttua kieltotuomion käyttöön SEUT 102 artiklan perusteella ja tutkimukseni onkin tältä osin perin ongelmakeskeinen. Tarkoitukseni on hahmottaa ensisijaisesti sitä, miten interventioon voisi nykyisen oikeuskäytännön perusteella puuttua. Tämän jälkeen tarkastelen komission omaksumaa linjaa essentiaalipatenttien väärinkäyttöä ja kieltotuomion käyttöä koskien. Lisäksi tulkitseen FRAND-sitoumusten syvempää merkitystä osana EU:n kilpailuoikeutta. Tutkimuksen aihepiirin ja tarpeellisen rajauksen takia en huomioi tässä tutkimuksessa FRAND-sitoumusten historiallista taustaa tai käyttöä osana standardointijärjestöjen toimintaa tai komission aikaisempaa ohjeistusta standardointiyhteistyön edellytyksistä.

Tutkimuksen tarkastelunäkökulmaan on vaikuttanut erityisesti Tuomas Myllyn väitöskirja *Intellectual Property and European Economic Constitutional Law, The trouble with Private Informational Power* (2009). Mylly näkee EU:n lähestymistavan standardointiin ja siihen liittyvään immateriaalioikeuksien luomaa valtaa koskevaan sääntelyyn vaihtoehtona Chicagon koulukunnan oppeja heijastelevalle suhtautumiselle immateriaalioikeuden ja kilpailuoikeuden väliseen rajapintaan. Myllyn tutkimuksessa korostuvat yhteiskunnalliset näkökohdat ja kilpailuoikeuden tarve sekä mahdollisuudet säännellä yksityisessä omistuksessa olevaa informaatiota koskevaa valtaa.¹⁴ Myllyn esittämät näkemykset tarjosivat minulle mahdollisuuden tarkastella tutkimusongelmaani pintaa syvemältä, sillä oikeusdogmatiikan tai puhtaan kannustin- ja tehokkuusperusteisen tarkastelun avulla en löytänyt yhteyttä komission omaksumaan

¹⁴ Mylly 2009, erityisesti s. 611

linjaan. Tästä tutkimuksesta muotoutuikin lopulta kirjoittajan oma tulkinta FRAND-sitoumusten kilpailuoikeudellisesta ulottuvuudesta.

Vaikka oma tutkimusnäkökulmani ei olekaan yhteiskunnallinen, on FRAND-sitoumuksilla nähtävissä yhteys EU:n kilpailuoikeuden syvempiin arvoihin. Tässä tutkimuksessa FRAND-sitoumuksia lähestytään useista eri näkökulmista: patentinhaltijan strategisten valintojen sekä patentinhaltijan kannustinten perusteella. Tältä osin tarkoituksena on tuoda esiin strategisten valintojen merkitystä ja sitä, miten osapuolten eri intressit ja tavoitteet vaikuttavat mahdollisesti eri valintojen taustalla. Tarkoitus on samalla myös havainnollistaa, miten FRAND-sitoumuksiin liittyvien kilpailuongelmien tarkastelu yksin kilpailuoikeudellisesti tuomittavana väärinkäyttönä voi olla perin tulkinnallista. Toisaalta FRAND-sitoumukset näyttävät samalla kuitenkin luovan perusteltuja ja legitiimejä odotuksia niiden kunnioittamisesta.

Tutkimus perustuu lähtökohtaan FRAND-sitoumuksista yksityisten sopimusjärjestelyiden muotona ja siksi immateriaalioikeuksien pakkolisensointi on rajattu aiheen ulkopuolelle. Nykyisen oikeuskäytännön valossa immateriaalioikeuden haltija voi eräissä tilanteissa syyllistyä määräävän aseman väärinkäyttöön kieltäytymällä luovuttamasta immateriaalioikeudellisen suojansa piiriin kuuluvaa informaatiota. Myös FRAND-sitoumuksen antanut patentinhaltija voi kieltäytyä lisensoimasta, mutta useimmissa tapauksissa kyse on kuitenkin tulkinnallisista erimielisyyksistä osapuolten välillä.¹⁵ Tutkimuksen läheisestä liityntäpinnasta johtuen käyn relevantit oikeustapaukset kuitenkin kursorisesti läpi.¹⁶ Tutkimuksessa ei tarkastella standardointia koskevan kilpailuoikeudellisen sääntelyn yksityiskohtia, vaan tavoitteena on hahmottaa sääntelyn viitekehys ja erityisesti FRAND-sitoumusten merkitys osana tuota sääntelyä. Tähän on syynä ennen kaikkea se, kuten tutkimuksessa käy ilmi, että FRAND-sitoumuksiin liittyvissä kilpailuongelmissa on kyse patentinhaltijan ja lisenssiin pyrkivän välisen sopimussuhteen sisällön ja toimintavapauksien määrittelystä. Tutkimuksen ulkopuolelle on lisäksi rajattu patenttipoolit. Niiden osalta on huomattava, että komissio uudisti

¹⁵ Mylly 2009, s. 596

¹⁶ EU:n kilpailuoikeuden suhtautumista immateriaalioikeuksiin voidaan perustellusti tarkastella aiemman oikeuskäytännön valossa sekä havaita päätösten taustalla vaikuttavia arvoja, mutta tämän tutkimuksen lähtökohdista ja aiheen rajaukseen liittyvistä valinnoista johtuen tässä tutkimuksessa pääpaino on selvittää FRAND-sitoumusten liityntäpintaa EU:n kilpailuoikeuteen.

ohjeistustaan keväällä 2014 sisältäen muutoksia myös essentiaalipatentteja koskeviin kysymyksiin.¹⁷

Kilpailupoliittisia valintoja sekä immateriaalioikeuden ja kilpailuoikeuden rajapintaa ongelmakeskeisesti tarkastelevan tutkimuksen kannalta on lisäksi olennaista ymmärtää EU:n kilpailupolitiikan tavoitteet sekä lähestyä kilpailuoikeutta myös pintaa syvemmillä. Siksi hahmotan seuraavissa osioissa tutkimuksen yleistä aihepiiriä.

1.3 Standardointi ja patentit osana kilpailupolitiikkaa

Kilpailulainsäädännön tehtävänä on varmistaa markkinatalousjärjestelmän toiminta suojelemalla kilpailua prosessina ja instituutiona, sillä markkinatalous rakentuu toimivan ja tehokkaan kilpailun varaan. Näkemykset kuitenkin eroavat sen suhteen, mitä ovat ne yhteiskunnalliset tavoitteet, joita varten kilpailuoikeus on syntynyt ja joiden toteutumista kilpailulakien tulee edistää.¹⁸ EU:n kilpailupolitiikan tavoitteina on usein pidetty kilpailutavoitetta ja integraatiotavoitetta. Ne vaikuttavat siihen, miten kilpailuviranomaiset ja tuomioistuimet käyttävät tapauskohtaista harkintavaltaansa ja esimerkiksi kilpailutavoitteen painopiste on viimeisten vuosikymmenten aikana siirtynyt yritysten toimintavapauksien turvaamisesta kuluttajien hyvinvoinnin lisäämiseen. Tavoitteen muuttuminen on lisännyt taloudellisen analyysin painoarvoa ja tehokkuuden merkitystä. Kuluttajien hyvinvoinnin edistäminen tarkoittaa kuitenkin sitä, että tavoitteena on pikemminkin kuluttajaylijäämän kuin yhteiskunnan kokonaishyvinvoinnin lisääminen.¹⁹

Soveltaessaan [102] artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön komissio keskittää toimensa kuluttajia eniten haittaaviin menettelytapoihin. Kuluttajat hyötyvät kilpailusta, sillä sen myötä hinnat alenevat, laatu paranee ja saatavilla on laajempi valikoima uusia tai parannettuja tuotteita ja palveluja. Tämän vuoksi komission täytäntöönpanotoimien tarkoituksena on varmistaa, että markkinat toimivat moitteettomasti ja kuluttajat hyötyvät yritysten väliseen todelliseen kilpailuun perustuvasta tehokkuudesta ja tuottavuudesta.²⁰

¹⁷ Komission lehdistötiedote 21.3.2014 (IP/14/299) http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-299_en.htm

¹⁸ Kuoppamäki 2003, s. 28. Esimerkiksi Chicagolaista koulukuntaa edustavan kilpailupoliittisen suuntauksen mukaan määräävän asemaan tulee puuttua ainoastaan silloin, kun määräävän aseman väärinkäyttö vähentää tuotantoa ja nostaa hintatasoa. Suuntaus korostaa tehokkuutta kilpailupolitiikan ainoana legitimiinä päämääränä (Kuoppamäki 2003, s. 772)

¹⁹ Ks. esimerkiksi Leivo et al. 2012 s. 39-51

²⁰ Komission tiedonanto 102 artiklan soveltamisesta markkinoiden sulkemiseen, johdanto, kohta 6

Integraatiotavoitteen merkityksen voidaan puolestaan nähdä olevan hiipumassa yhteismarkkinoita koskevan päämäärän tultua lähemmäksi.²¹ Historiallisesti EU:n kilpailuoikeuden suhtautuminen standardointiin kytkeytyy kuitenkin vahvasti tavoitteeseen yhteismarkkinoiden luomisesta, sillä standardoinnin edistäminen Euroopan Yhteisöjen sisällä liittyi päämäärään poistaa jäsenvaltioiden välisiä kaupan esteitä sekä edistää tavaroiden ja palveluiden vapaata liikkuvuutta: yhteismarkkinoiden toiminnan kannalta teknisten standardien ja teknisen sääntelyn harmonisointi oli tärkeää.²² Yksityiskohtaiseen tekniseen sääntelyyn perustuvia direktiivejä pidettiin kuitenkin tehottamana ja monimutkaisena järjestelmänä. Tältä osin EU:n kilpailuoikeudessa omaksuttiin 1980-luvulla *uusi lähestymistapa* tekniseen harmonisointiin ja standardointiin. Samalla yksityiskohtainen tekninen yhdenmukaistaminen delegoitiin EU:n lainsäätäjältä eurooppalaisille standardointiorganisaatioille, jotka valmistelevat eurooppalaisia standardeja komission mandaatilla ja sen toimeksiannosta.²³ Eurooppalaisia standardointiorganisaatioita ovat CEN (Euroopan standardointikomitea), Cenelec (Euroopan sähkötekniikan standardointikomitea) sekä ETSI (Euroopan telealan standardointilaitos).²⁴

Tätä nykyä yksityiset yritykset ovat vahvasti mukana myös virallisesti tunnustettujen standardointijärjestöjen toiminnassa sekä kehittävät standardeja yksityisten järjestöjen ja konsortioiden piirissä. *Weber* näkee standardoinnin ja yritysten välisen yhteistyön suoria julkisen vallan toimenpiteitä tehokkaammaksi tavaksi muodostaa standardeja koko toimialan käyttöön, sillä toimintaan osallistuvilla on usein riittävän informaation lisäksi myös pyrkimys nopeisiin ja tehokkaisiin ratkaisuihin: Tällaista itsesääntelyyn perustuvaa järjestelmän toimintaa ei tulisi kuitenkaan liikaa rajoittaa kilpailuoikeuden perusteella, vaan julkisen vallan käytön tulisi keskittyä yleisten periaatteiden, kuten avoimuuden ja teknologianeutraaliuden, asettamiseen.²⁵

EU:n kilpailuoikeudessa standardintisopimusten laatimista ja standardintyhteistyötä koskeva sääntely perustuukin pitkälti standardointijärjestöjen ja –elinten itsesääntelyyn. Uuden lähestymistavan myötä EU:n kilpailuoikeudessa omaksuttiin perinteisten

²¹ Kuoppamäki 2003, s. 58-60

²² Zhang 2012, s. 21

²³ Mylly, s. 569-594

²⁴ Euroopplainen standardintiasetus, liite II

²⁵ Weber 2011, s.54-55

standardointijärjestöjen ideologia, joka korostaa standardointiprosessin demokraattisia piirteitä ja painottaa vapaata osallistumisoikeutta, läpinäkyvyyttä sekä avoimuutta. Nämä taustalla olevat arvot hahmottuvat yleisinä periaatteina osana EU:n standardointia koskevaa kilpailuoikeudellista sääntelyä ja siten vaikuttavat niin yksityisten kuin julkistenkin standardointiorganisaatioiden toimintaan ja toimintatapojen kilpailuoikeudelliseen arviointiin.²⁶

Viimeisten vuosikymmenten aikana *uutta lähestymistapaa* on muokattu vastaamaan paremmin nykyajan edellytyksiä. Samalla komissio on myös painottanut markkinalähtöisten standardien merkitystä teollispolitiikan välineenä: Niiden avulla voidaan parantaa sekä yritysten että EU:n kansainvälistä kilpailukykyä. Poliittisella tasolla komissio on lisäksi antanut standardoinnille ja eurooppalaisten standardien luomiselle sekä innovaatiotoiminnan edistämiseksi vahvan aseman erityisesti osana Eurooppa 2020 –strategiaa.²⁷

”Komissio varmistaa kilpailupolitiikan täytäntöönpanon avulla että sisämarkkinat pysyvät avoimina markkinoina, joilla yrityksillä on yhtäläiset mahdollisuudet ja kansallinen protektionismi torjutaan. Kilpailupolitiikalla on enemmänkin annettavaa Eurooppa 2020 –tavoitteiden saavuttamisessa. Kilpailupolitiikalla huolehditaan, että markkinat tarjoavat oikean ympäristön innovoinnille esimerkiksi varmistamalla, että patenteja ja tekijänoikeuksia ei käytetä väärin.”²⁸

1.3.1 Immateriaalioikeuden ja kilpailuoikeuden välisen tasapainotilan löytäminen

Immateriaalioikeuden ja kilpailuoikeuden yhteensovittamista voidaan pitää klassisena kysymyksenä.²⁹ Näiden kahden oikeudenalan välisen tasapainotilan löytäminen on jatkuvaa keskustelua herättävä aihe,³⁰ sillä periaatteellisella tasolla niiden välillä voidaan katsoa vallitsevan normiristiriita: patenttioikeuden tuomaa yksinoikeutta voidaan luonnehtia lakiin perustuvaksi monopoliksi³¹ ja siten itsessään sallituksi. Tarkastelu edellyttää kuitenkin usein yksinoikeuden ja kilpailun vaatimusten yhteensovittamista, sillä yksinoikeuden käyttäminen markkinoilla voi johtaa yleistä kilpailua haittaavaan

²⁶ Mylly 2009, s. 611

²⁷ Ks lisää. Asetus 1025/2012 (Eurooppalainen standardointiasetus), johdanto-osio

²⁸ Komission tiedonanto Eurooppa 2020-strategiasta, s. 22

²⁹ Kuoppamäki 2003, s. 836

³⁰ Oesch ja Pihlajamaa 2008, s. 411

³¹ Kilpailuoikeuden kannalta termiä monopoli voidaan pitää kuitenkin harhaanjohtavana. Ks. Esim. Vuorinen 2013, s. 113

tilanteeseen.³² Loppujen lopuksi immateriaalioikeuksilla ja kilpailuoikeudella voidaan katsoa olevan samat perustavoitteet eli kuluttajien hyvinvoinnin edistäminen ja voimavarojen kohdentaminen tehokkaasti, kuten komissio toteaa teknologiansiirtoa koskevilla suuntaviivoissaan.³³

Toisaalta on myös epäilty, että immateriaalioikeussuoja patenttioikeus mukaan lukien olisi muodostunut liian laajaksi ja olisi siksi haitallista yhteiskunnan yleishyödyn näkökulmasta.³⁴ Onkin esitetty, että vahvaa immateriaalioikeussuojaa korostava järjestelmä tarvitsee vastinparikseen vahvaa kilpailuoikeuden soveltamista.³⁵ *Myllyn* mukaan kilpailuoikeuden soveltamisella ei kuitenkaan voida ratkaista niitä ongelmia, jotka aiheutuvat immateriaalioikeuslainsäädännön yliprotektionistisesta trendistä: Kilpailulliset ongelmat ovat pitkälti rakenteellisia, jotka aiheutuvat lähinnä suojan laajuuden ja ulottuvuuden yhdistymisestä verkostovaikutuksiin, oikeuksien fragmentoitumiseen ja nopeutuvaan innovaatioon.³⁶ Vaikutusten taustalla voi olla esimerkiksi erilaisia sopimuskonstruktioita eivätkä patentin vaikutukset tällöin perustu varsinaisesti sen suoja-alan laajuuteen.³⁷

Kilpailuoikeudessa on vakiintumassa neutraali suhtautuminen immateriaalioikeuksiin: Immateriaalioikeuksia voidaan pitää yhtenä varallisuuden muotona niiden nauttiessa kilpailuoikeudellisesti katsottuna samasta sopimusvapaudesta ja omaisuudesta suojasta kuin irtain ja kiinteä omaisuus.³⁸ Niitä ei kuitenkaan tulisi käsitellä kuin mitä tahansa omaisuutta, vaan tilannetta tulisi tarkastella myös immateriaalioikeuden tavoite- ja insentiivijärjestelmässä. Peruslähtökohtana voitaneen pitää kilpailuoikeudellista näkökulmaa ja siten kilpailuoikeuden omia keinoja ja tavoitteita.³⁹ *Uotila* toteaaakin kilpailuoikeuden yleisten periaatteiden hahmottavan varsin pitkälle sitä, miten patenttioikeutta voidaan käyttää liiketoiminnassa.⁴⁰

³² Oesch 2007, s. 83

³³ Komission Tiedonanto – Suuntaviivat Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklan soveltamisesta teknologiansiirtosopimuksiin. (2014/C 89/03) (jälj. teknologiansiirtoa koskevat suuntaviivat). , II yleiset periaatteet, kohta 7

³⁴ Oesch ja Pihlajamaa 2008, s. 411

³⁵ Ks. lisää aiheen ympärillä käydystä keskustelusta esim. Vuorinen 2008

³⁶ Mylly 2002, s. 393

³⁷ Uotila 2009, s. 147

³⁸ Kuoppamäki 2003, s. 840

³⁹ Mylly 2002, s.397

⁴⁰ Uotila 2009, s. 216

Kysymys kilpailuoikeuden soveltamisesta immateriaalioikeuksiin on herättänyt oikeustieteellisessä kirjallisuudessa jossain määrin eriäviä mielipiteitä, sillä tapauskohtaisessa arvioinnissa dynaamiseen tehokkuuteen liittyvät näkökohdat joutuvat helposti vastakkain muiden kilpailuoikeuteen liittyvien näkökohtien, kuten riittävän kilpailupaineen säilyttämisen ja kilpailuprosessin suojelun kanssa. Immateriaalioikeuden ja kilpailuoikeuden välinen tasapainotila kilpailupolitiikassa voidaankin kiteyttää seuraavaan lainaukseen komission arviointikertomuksesta vuodelta 2001:

”Siitä ei kuitenkaan olla yksimielisiä, missä määrin kilpailupolitiikalla olisi puututtava teollis- ja tekijänoikeuksien hyödyntämiseen yksittäisessä tapauksessa. Tämä koskee sekä määräävässä markkina-asemassa olevien että muiden yritysten harjoittamaa lisenssien hyödyntämistä ja antamista”⁴¹

Taloustieteellinen tehokkuustarkastelu ei välttämättä anna riittävästi painoarvoa taloudellisen vallan systemaattisille haittavaikutuksille. *Kuoppamäki* esittää, että tuo valtanäkökulma tulisi pyrkiä integroimaan tarkasteluun tavalla, jossa markkinavoimaan suhtaudutaan neutraalisti ja yritysten oikeusturvaintressit otetaan huomioon.⁴² Taloustieteestä poiketen oikeustiede ei myöskään voi rajata oikeudenmukaisuutta kokonaan tarkastelun ulkopuolelle. Toisaalta tehokkuudelle annettavasti merkityssisällöstä riippuu pitkälti myös se, millainen ristiriita tehokkuuden ja oikeudenmukaisuuden välille syntyy.⁴³

Tutkimukseni tavoitteen kannalta on olennaista nähdä standardit ja essentiaalipatentit yleisemmällä tasolla osana kilpailuoikeuden soveltamista. Ongelmakeskeisen ja FRAND-sitoumusten kilpailuoikeudellista ulottuvuutta tarkastelevan tutkimuksen kannalta on lisäksi tärkeää päästä kilpailuoikeuden pintaa syvemmälle ja ymmärtää sääntelyn taustalla vaikuttavaa arvomaailmaa. EU:n kilpailuoikeuden periaatteiden omaksumisessa hyödynnän *Aineen* jaottelua *kilpailuoikeuden kantavista periaatteista*, joita käsittelem seuraavaksi.

⁴¹ Komission arviointikertomus KOM(2001) 786 lopullinen. Ks. lisää Alkio & Wik 2009, s. 374-379

⁴² *Kuoppamäki* 2003, s. 43-44

⁴³ *Kuoppamäki* 2003, s. 48. Yhtenä mahdollisena tulkintana tehokkuuden merkityksestä *Kuoppamäki* esittää lainsäädännön tehokkuutta asetettujen yhteiskunnallisten päämäärien saavuttamiseksi.

1.4 Kilpailuoikeuden kantavat periaatteet

Aine näkee kilpailuoikeuden kantavat periaatteet mahdollisuutena muodostaa yhteyden kilpailuoikeudellisen sääntelyn taustalla oleviin arvoihin ja tavoitteisiin. Samalla syntyvät edellytykset kilpailuoikeuden systematisointiin. *Aine* asettaa keskiöön markkinoiden toimivuuden, joka kokoaa alleen kilpailuoikeudelliselle sääntelylle eri lainsäädännöissä ja kilpailuoikeudellisissa koulukunnissa asetetut tehtävät. Siten kilpailuoikeuden kantaviksi periaatteiksi muodostuvat tehokkuusperiaate, vapausperiaate, integraatioperiaate sekä reiluusperiaate.⁴⁴

Kilpailuoikeudessa tehokkuusargumentin painoarvo on yleisesti ottaen poikkeuksellisen suuri ja dynaamisen tehokkuuden merkityksen voidaan katsoa korostuvan erityisesti uuden talouden alalla. Samalla se kytkeytyy aiempaa voimakkaammin toimijoiden väliseen yhteistyöhön.⁴⁵ Toisaalta Dynaamisten tehokkuusetujen saavuttaminen edellyttää myös jossain määrin markkinavoiman sallimista, sillä teknologian kehitys vaatii usein merkittäviä investointeja tuotekehitykseen ja riittävien kehitystyön kannustinten säilyttämiseksi palkkion on oltava riittävä kattamaan myös kaupallisesti epäonnistuneet innovaatiot.⁴⁶

Markkinatalousjärjestelmä rakentuu pitkälti elinkeinovapauden, yksityisen omistusoikeuden ja sopimusvapauden varaan.⁴⁷ Kilpailuprosessi koordinoi näiden vapausoikeuksien käyttämistä, sillä kilpailun perusteella määräytyy, millaisia sopimuksia tehdään ja millaiset oikeustoimet menestyvät taloudellisesti.⁴⁸ Toimiessaan kilpailu täyttää sille asetetut tehtävät talouden ohjausmekanismina: käytettävissä olevat resurssit allokoituvat parhaimmalla mahdollisella tavalla ja kilpailu luo kannusteita uusien ja parempien hyödykkeiden sekä tuotantoprosessien käyttämiseen.⁴⁹

Yksilöt eivät kuitenkaan käytä taloudellisia oikeuksiaan tyhjiössä vaan pikemminkin keskinäisessä vuorovaikutussuhteessa. Oikeuksien käytössä on siten otettava huomioon muut yksilöt ja heidän toimintamahdollisuutensa, mikä voi aiheuttaa rajoituksia

⁴⁴ *Aine* 2011, s.195-200

⁴⁵ *Ibid.* 2011, s.218-219

⁴⁶ Kuoppamäki 2003, s. 37

⁴⁷ *Ibid.* s. 109

⁴⁸ *Ibid.* s. 41

⁴⁹ *Ibid.* s. 63-64

oikeuksien käyttämiselle. Vastaavasti myös kuluttajien asema (oikeudesta valita ostettavat tuotteet ja saada ne markkinahintaan) vaikuttaa toiminnan harjoittajien asemaan.⁵⁰ Kilpailuoikeudella onkin selkeitä leikkauspisteitä perusoikeuksien kanssa ja samalla kyse on myös perusoikeuksien turvaamisesta horisontaalisissa suhteissa.⁵¹ Kilpailuoikeudessa yksilön toimintavapautta tarkastellaan kuitenkin yhteydessä markkinoihin ja niiden toimintaan: yksilön toimintavapauksien rajoittumisen ja markkinoiden toiminnan häiriintymisen välillä on löydettävä yhteys, jotta kilpailuoikeudellista interventiota voidaan pitää perusteltuna.⁵²

Reiluusperiaatteen voidaan katsoa kytkeytyvän lähtökohtaan hyvinvoinnin jakaantumisesta markkinamekanismin mukaisesti. Vaikka reiluusperiaatteen edustamien näkökohtien välitön merkitys kilpailuoikeuden soveltamisessa onkin jäänyt vähäiseksi, on sillä *Aineen* mukaan kuitenkin oma sijansa kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa.⁵³ EU:n kilpailuoikeuteen voidaan sen arvopohjaa vasten liittää myös asiakkaiden ja markkinoilla toimivien pienempien yritysten suojele. Tarkoituksena ei tältä osin ole suojella kilpailijaa, vaan kilpailua.⁵⁴

Reiluusperiaatteen syväjustifikaationa voidaan pitää oikeudenmukaisuutta,⁵⁵ jolle voidaan antaa itsenäistä merkitystä kilpailukeinojen legitiimiteetin kannalta. Reiluutta koskevaa tavoitetta voidaan pitää järkevänä lähinnä siltä osin, kun lähtökohtana on suorituskilpailu. Tietyissä tilanteissa esimerkiksi kilpailijoiden vahingoittamiseen tähtääviä kilpailukeinoja voidaan markkinatalouden yleisten pelisääntöjen vastaisena ja niihin puuttumista markkinoiden häiriöttömän toiminnan kannalta perusteltuna. Kilpailukeinojen tulisi perustua yritysten omaan paremmuuteen, ei esimerkiksi asiakkaiden sitomiseen tai kilpailijoiden perusteettomaan markkinoilta sulkemiseen.⁵⁶

⁵⁰ Aine 2011, s. 249-250. Kilpailuoikeudessa kuluttajien asemaa edunsaajana voidaan kuitenkin pitää siinä mielessä välillisenä, että kuluttajien suojeleminen ei kilpailupolitiikassa tarkoita samaa kuin esimerkiksi kuluttajansuojalaissa. Kyse ei ole yksittäisen kuluttajan suojelemisesta yritysten menettelytavoilta, vaan tehokkaan kilpailun kuluttajien hyvinvointia lisäävästä vaikutuksista. Kilpailupolitiikassa tähän pyritään kilpailuprosessia suojelemalla. Ks. lisää esim. Leivo et al. 2012, s. 40

⁵¹ *Ibid.* s. 248-251

⁵² *Ibid.* s. 294

⁵³ *Ibid.* s.295-297

⁵⁴ Kuoppamäki 2003, s. 61-62

⁵⁵ Aine 2011, s. 292

⁵⁶ Kuoppamäki 2003, s.48-62

Kilpailuoikeus ei ole kohtuusoikeutta. Kilpailuprosessin seurauksena vähemmän tehokkaat yritykset karsiutuvat markkinoilta. Markkinarakenteen muotoutumisen tulisi perustua ensisijaisesti markkinamekanismin toimintaan eikä kilpailuviranomaisten suunnitteluun. Toisaalta vaihdannan vapautta ei voida kilpailupolitiikassa jättää pelkästään elinkeinonharjoittajien oman toiminnan varaan, vaan kilpailumekanismia ja kilpailuvapautta on suojeltava.⁵⁷ Yksilöillä on oltava reilut mahdollisuudet oikeuksiensa käyttämiseen markkinoilla.⁵⁸

Integraatioperiaate kytkee EU:n kilpailuoikeuden osaksi yhteismarkkinoiden toteuttamista ja siten myös eurooppalaista yhdentymisprosessia. Taloudelliselta perustaltaan integraatioperiaate liittyy markkinoiden suorituskyvyn paranemiseen, mutta tässä yhteydessä se nähdään pikemminkin markkinarajojen poistamisesta johtuvana olettamana kuin tarkkana tehokkuusanalyysina.⁵⁹ Koska EU:n kilpailuoikeudessa on kilpailua rajoittavan toiminnan arvioinnissa siirrytty viime aikoina yhä enemmän vaikutuksia korostavaan lähestymistapaan, ei yksinomainen vetoaminen yhteismarkkinoiden yhtenäisyyttä heikentävistä seurauksista ole samalla tavoin enää mahdollista ilman tarkempaa tarkastelua.⁶⁰

⁵⁷ Kuoppamäki 2003, s. 42

⁵⁸ Aine 2011, s. 293

⁵⁹ *Ibid.* s. 285

⁶⁰ *Ibid.* s. 291

2 Standardointi ja essentiaalipatentit kilpailuoikeuden näkökulmasta

2.1 Standardointi yritysten välisen yhteistyön muotona

Standardoinnin eli standardointisopimusten laatimisen ensisijaisena tarkoituksena on määritellä tekniset tai laadulliset vaatimukset, joita nykyisten tai tulevien tuotteiden, tuotantoprosessien, palveluiden tai menetelmien on vastattava. Luonteensa perusteella standardit voidaan jakaa esimerkiksi laatustandardeihin ja teknisiin standardeihin. Teknisten standardien tarkoitus on usein mahdollistaa yhteensopivuus ja yhteiskäyttö muiden tuotteiden tai järjestelmien kanssa.⁶¹

Standardit voivat myös palvella eri tarkoituksia: yksittäiset yritykset voivat kehittää niitä omaa toimintaansa varten tai ne voivat syntyä teollisuudenalan yhteisen tarpeen seurauksena. Myös viralliset toimielimet voivat antaa määräyksiä tiettyjen standardien käyttämisestä tietyn päämäärän, esimerkiksi turvallisuuden tai yhtenäisyyden varmistamiseksi.⁶² Lisäksi tietty tekninen spesifikaatio voi saavuttaa de facto standardin aseman laajan kuluttajakysynnän seurauksena. Tällaista jaottelua voidaan tosin pitää osin keinotekoisena, sillä standardit ja niiden asema markkinoilla on usein lopputulosta useista erilaisista standardointiprosesseista. Yritykset ja muut markkinatoimijat ovat myös vahvasti mukana virallisesti tunnustettujen standardointijärjestöjen toiminnassa. Siten standardit ICT-alalla ovat harvoin luonteeltaan puhtaasti yksityisiä tai julkisia.⁶³

Yksittäiset yritykset ovat aina pyrkineet saavuttamaan kilpailuetuja kehittämällä standardeja omaan käyttöönsä, mutta harmonisoitujen ja yleisessä (tai toimialakohtaisessa) käytössä olevien avointen standardien on nähty tuovan huomattavia etuja ulkoisvaikutusten kautta.⁶⁴ Informaatioyhteiskunnassa standardien merkitys korostuu, sillä sekä maailmanlaajuinen että paikallinen kommunikaatio ja viestintä edellyttävät standardeja, jotka mahdollistavat yhteydenpidon viestinnässä käytettävän laitteen valmistajasta riippumatta.⁶⁵ Standardien edut ovat erityisen tärkeitä

⁶¹ Horisontaaliset suuntaviivat, kohta 257

⁶² Zhang 2012, s. 27

⁶³ Mylly 2009, s. 561-562

⁶⁴ Weber 2011, s. 52

⁶⁵ Mylly 2009, s. 576

verkostotaloudessa, jossa tuotteen tai palvelun arvo yksittäiselle kuluttajalle kasvaa suhteessa kyseisen tuotteen tai palvelun käyttäjien määrään.⁶⁶

Merkittävä osa teknologiayritysten välisestä yhteistyöstä tapahtuu nykyään standardointiorganisaatioissa, joissa yritykset sopivat niistä teknisistä spesifikaatioista, joita nykyisten tai tulevien tuotteiden on vastattava.⁶⁷ Yhteistyön tarpeeseen vaikuttaa myös taloudellisen toimintaympäristön muutos: Kaiken tuotantoprosessiin liittyvän informaation hallitseminen yksin ei enää ole mahdollista, vaan tarvitaan verkostomaista yhteistyötä. Tämä asettaa samalla kasvavia haasteita kilpailuoikeudelliselle sääntelylle, sillä kilpailijoiden välistä yhteistyötä ei voida pitää yksinomaan haitallisena ilmiönä. Yhteistyöhön liittyvät tehokkuutta lisäävät ja samalla hyvinvointia kasvattavat tekijät on osattava erottaa kilpailua rajoittavista vaikutuksista, kuten *Aine* huomauttaa.⁶⁸

Vaikka standardointia voidaankin pitää yhtenä päätekijänä selittämässä ICT-alan nopeaa kehitystä ja tuotteiden välisen kilpailun lisääntymistä, on standardointijärjestöjen toiminta herättänyt myös huolia mahdollisista kilpailua heikentävistä tai sitä rajoittavista vaikutuksista.⁶⁹ EU:n kilpailuoikeuden kannalta *Zhang* näkee ongelmallisiksi yksityiset konsortiat, jotka kehittävät standardeja omien jäsentensä käyttöön. Tällaiset suljetut standardit voivat vaikeuttaa yhteismarkkinoiden luomista ja siten aiheuttaa tosiasiallisia kaupan esteitä. Ongelmallisena voidaan pitää myös standardoinnin ja teknisten spesifikaatioiden taustalla olevaa informaatiota, joka on usein immateriaalioikeuksien suojattua.⁷⁰ Tämä riippuu kuitenkin pitkälti standardin luonteesta ja standardointijärjestön valinnoista, sillä esimerkiksi testausmenetelmiin perustuvien standardien hyödyntäminen ei useinkaan edellytä immateriaalioikeuksien hyödyntämistä ja standardointijärjestöjen ideologia voi puolestaan perustua immateriaalioikeuksilla suojatun informaation välttämiseen.⁷¹

⁶⁶ Lemley 2002, s. 1896

⁶⁷ Kuoppamäki 2012, s. 245

⁶⁸ Aine 2011, s. 93

⁶⁹ Geradin 2006, s. 2

⁷⁰ Zhang 2012, s. 63

⁷¹ Mylly 2009, s. 584

2.2 Patenttijärjestelmän haasteet ICT-alalla

Patenttilakien päätavoitteena on teollisen kehityksen edistäminen ja varsinkin keksintötoiminnan tukeminen ja turvaaminen, sillä keksintöjä pidetään ihmiskunnan kehitystä edistävinä ilmiöinä. Yhteiskunnallisesta näkökulmasta patenttien voidaan katsoa tukevan yleistä teknologista kehitystä tarjoamalla patentit taloudelliseksi yllykkeeksi keksintötoiminnalle sekä saattamalla patenttien avulla tekninen informaatio julkiseksi ja siten välttää resurssien tuhlausta.⁷² Patentti antaa oikeuden kieltää muilta suojatun keksinnön tai sen avulla valmistetun tuotteen ammattimaisen käytön.⁷³ Siten patenttijärjestelmä estää kilpailijoiden toiminta ja rajoittaa elinkeinonharjoittajien toimintavapautta, mutta järjestelmää on kuitenkin siihen sisältyvien etujen vuoksi pidetty perustellumpana kuin patenteista täysin vapaata teknistaloudellista tuotantojärjestelmää.⁷⁴

Patenttijärjestelmää tai immateriaalioikeuksia ylipäänsä ei voida tarkastella ilman reaalityalouden ja sen toimintaympäristön huomioimista.⁷⁵ Suurin osa patenttien ongelmista ilmenee ICT-alalla, missä ne ovat päällekkäisiä ja estävät tarvittavien parannusten ja kehitystyön tekemistä.⁷⁶ Alalla on ollut 1990-luvulta alkaen nähtävissä innovaatioprosesseja koskeva muutos. Vertikaalisen mallin sijaan innovaatiotoiminta tapahtuu yhä enemmän samanaikaisesti eri paikoissa, eikä siten välttämättä perustu enää vaiheittaiseen innovointiin: Keksinnöt perustuvat tällöin kaikkeen saatavissa olevaan informaation lähteisiin riippumatta siitä, onko tuo informaatio yksityistä vai vapaasti käytettävissä olevaa. Koska markkinoilla toimimisen kannalta olennainen perusinformaatio on usein yksityisten tahojen oikeuksin suojattua, on pääsyn varmistaminen tuohon informaatioon tärkeää jo yritysten oman innovointitoiminnan kannalta.⁷⁷

Pääsy informaatioon on ollut patenttijärjestelmän perinteinen ongelma sen alusta alkaen, mutta *Zhangin* mukaan ongelmat ICT-alalla ovat erilaisia: Teknologian monimutkaisuus

⁷² Oesch & Pihlajamaa 2008, s. 23-24

⁷³ *Ibid.* s. 109

⁷⁴ *Ibid.*, s. 409-410

⁷⁵ *Ibid.* s. 25

⁷⁶ Lemley 2002, s. 1971

⁷⁷ Rahnasto 2003, s. 3-5

edellyttää kehitystyön erikoistumista, mikä puolestaan johtaa teknologian hallinnan fragmentoitumiseen. Se voi hidastuttaa teknologian kaupallistamista, sillä markkinoilla toimimiseen sisältyy riski ja väistämätön uhka muiden patenttien tahallisesta tai tahattomasta loukkaamisesta. Toisaalta ICT-alan vahva riippuvuus standardeista voi luoda mahdollisuuksia opportunistisiin ja muille markkinoiden toimintaa vaarantaville patentteihin perustuville vaatimuksille. Tähän on syynä erityisesti uudenlaiset, patenttien lisensointiin keskittyvät liiketoimintamallit. Osa yrityksistä voi olla ylämarkkinoiden toimijoita eli teknologian kehittäjiä, mutta lisäksi on yrityksiä, jotka eivät harjoita mitään muuta liiketoimintaa, vaan ne ainoastaan ostavat patenteja ja tämän jälkeen kerryttävät liikevaihtoaan lisensoimalla niitä muille.⁷⁸

Patentit voivat siten olla puhtaan vaihdon välineitä, vaikkakin ne ovat usein kaupankäynnin kohteina erityisesti rojaltitulojen muodossa. Yritystasolla patentit ovat ennen muuta kilpailun keino, mutta myös keino turvata investointeja. Patenttisuojalla on monilla tekniikan ja talouden aloilla tärkeä asema ja patenttisalkusta voikin muodostua merkittävä yritysvarallisuuden osa.⁷⁹ Toisaalta patenttien taustalla oleva kehitystyö, hankkiminen, luovuttaminen ja tarvittaessa puolustaminen vaativat kuitenkin paljon asiantuntemusta ja resursseja.⁸⁰ Patentinhaltijan käytettävissä olevista oikeussuojakeinoista tärkeimmät ovat vahingonkorvaus ja kieltotuomio.⁸¹

Standardoinnin kannalta patentit ovat tärkeitä niin yksittäisen patentinhaltijan strategisten päätösten kuin oikeuspoliittisten valintojen kannalta, sillä lähtökohtaisesti patentinhaltijalla on yksinoikeutensa perustuva oikeus päättää keksintönsä kaupallisesta hyödyntämisestä.⁸² Siten standardien ja immateriaalioikeuksien välillä voidaan katsoa vallitsevan perustavanlaatuinen ristiriita: standardien tarkoitus on tuottaa tietovaranto yhteiseen käyttöön, kun immateriaalioikeudella puolestaan yksilölle myönnetään yksinoikeus tiedon palaseen.⁸³ Toisaalta fragmentoituneessa teknis-taloudellisen tuotantoympäristön kentässä standardointi voi mahdollistaa markkinamekanismia tehokkaamman koordinoitun prosessin, joka luo tasapainon käyttäjien, teknologisten

⁷⁸ Zhang 2012, s. 17-18 ja 65

⁷⁹ Oesch & Pihlajamaa 2008, s. 24-25

⁸⁰ Oesch 2004, s.912

⁸¹ Priiki 2012, s. 6.

⁸² Rahnasto 2003, s. 186-199

⁸³ Zhang 2012, s. 4

mahdollisuuksien ja niihin liittyvien kustannusten sekä julkisen vallan sääntelyn välillä. Tehokas pääsy standardeihin edellyttää kuitenkin tehokasta patenttien lisensointiympäristöä,⁸⁴ sillä standardointi kokoaa yhteen teknologiaa useista eri lähteistä: jokaisella standardin kannalta olennaisten patenttien haltijalla on periaatteessa valta estää standardin käyttö.⁸⁵ Ongelma on siinä mielessä todellinen, että esimerkiksi ETSI UMTS -standardien kannalta olennaisiksi patenteiksi oli maaliskuussa 2010 ilmoitettu yhteensä 2041 patenttia, jotka jakaantuivat 32 yritykselle.⁸⁶ Patentin olennaisuus standardin kannalta voi myöhemmin muuttua esimerkiksi patenttia koskevien oikeudenkäyntien perusteella, mutta lähtökohtaisesti jokaista olennaista patenttia tarvitaan standardin täytäntöönpanoon, eli ne eivät ole keskenään vaihtoehtoisia.⁸⁷

2.3 Standardointi ja patentinhaltijan strategiset vaihtoehdot

Immateriaalioikeuksien taloudellinen merkitys huomioon ottaen on niiden hahmottaminen tärkeää myös strategian tasolla. Patenteja voidaan tarkastella yrityksessä kahdesta strategisesta päänäkökulmasta, joko yksittäisten patenttihakemusten ja niiden laajuuden määrittämisen tai yrityksen oman kokonaisstrategian kannalta.⁸⁸ Yritysten kokonaisstrategian tasolle vietyä kyse on immateriaalioikeuksien jäsentämisestä yrityksen koko liiketoimintaan.⁸⁹ Patentit nähdään tällöin kokonaisuutta palvelevana osana: Olennaisinta ei ole se, miten yritys pystyy tehokkaimmin suojaamaan innovaatiot, vaan se miten yritys pystyy maksimoimaan innovaatioista ja teollisoikeuksista saatavan taloudellisen hyödyn.⁹⁰

Merkittävästä taloudellisesta funktiostaan huolimatta patenttioikeuden kohde on nähty perinteisesti hyvin teknisenä seikkana,⁹¹ ja esimerkiksi patentin suoja-alalla tarkoitetaan yleensä patenttihakemuksessa esitettyjen patenttivaatimusten perusteella määräytyvää

⁸⁴ *Ibid.* s. 106-109

⁸⁵ Mylly 2009, s. 585

⁸⁶ Zhang 2012, s. 76

⁸⁷ Geradin & Rato 2006, s. 39

⁸⁸ Oesch & Pihlajamaa 2008, s. 325. Yksittäisten patenttien tasolla kyse on esimerkiksi valinnoista patentoinnin ja liikesalaisuuden välillä. Ks. Uotila 2009, s.38-49

⁸⁹ Uotila 2009, s. 140-141.

⁹⁰ *Ibid.* s. 38

⁹¹ *Ibid.* s. 19.

suoja.⁹² Tekniseen ja taloudelliseen lähestymistapaan liittyvien erojen luomien jännitteiden vähentämiseksi sekä liiketaloudellisen näkökohtien sisäänrakentamiseksi *Uotila* esittääkin patentin suoja-alan teknisen ulottuvuuden ohella myös suoja-alan taloudellisen ulottuvuuden määrittelyä. Suojattua intressiä rajataan tällöin yhtäältä tekniikkaan ja toisaalta kielto-oikeuden käyttämiseen liittyvillä oikeudellisilla normeilla sekä liiketaloudellisilla ratkaisuilla.⁹³ Suoja-alan taloudelliset näkökohdat korostuvat, kun patenttia hahmotetaan strategisena välineenä: Kielto-oikeuden selektiivisellä käyttämisellä voidaan ohjata tuotannonalan teknistä kehitystä sekä muiden toimijoiden taloudellisia ratkaisuja.⁹⁴ Toisaalta patentin vaikutukset eivät aina perustu varsinaisesti sen suoja-alan laajuuteen, vaan esimerkiksi käyttöilupia koskeviin siviilioikeudellisiin sopimuksiin tai tuotannonalan rakenteisiin.⁹⁵

Patenttien strateginen merkitys korostuu standardointiyhteistyössä ja siihen liittyvässä standardointisopimuksen laatimista koskevassa prosessissa, sillä strategisten päätöstensä perusteella yritys voi vaikuttaa teknisen ympäristön kehitykseen. Yritys voi ensinnäkin ilmoittaa sitoutumisestaan eri aktiivisuustasoilla patenteja koskevaan lisensointiin liittyen, esimerkiksi lupautumalla myöntämään lisenssi tai kieltäytymällä patenttiensa tarjoamisesta muiden hyödynnettäväksi. Toisaalta yritys voi pyrkiä myös salaamaan omien patenttiensa merkityksen ja myöhemmin neuvotella itselleen edullisen aseman sen jälkeen, kun koko toimiala on lukkiutunut standardiin ja muut yritykset ovat tehneet standardia koskien merkittäviä investointeja.⁹⁶

Lisensoinnista kieltäytyminen on patentinhaltijan keinovalikoimasta tehokkain muoto vaikuttaa teollisuudenalan tekniseen kehitykseen standardointiprosessin.⁹⁷ Yrityksellä voi olla esimerkiksi hallussaan myös kilpailevaan teknologiaan liittyviä patenteja tai se muista syistä johtuen haluaa jättää teknologiansa valittavan standardin ulkopuolelle,⁹⁸ kuten pidättääkseen yksinoikeuden kyseisen teknologian käyttöön. *Uotila* kuitenkin

⁹² Ks. esim Oesch & Pihlajamaa 2008, s. 112

⁹³ Uotilan esittämä jaottelu vaikuttaa patentin kohteen määrittelyyn, sillä *patenttisuojan kohteena voidaan tällöin pitää viime kädessä patentin myöntämishetkellä vielä konkretisoitumatonta ja siitä lukien mahdollisesti kehittyvää taloudellista hyötyä eli voittopotentiaalia, joka jää patentin teknisen suoja-alan taakse ja jonka hyödyntämisestä patentinhaltija päättää kielto-oikeutensa perusteella*. Ks. lisää *Uotila* 2009, esim. s.99-110

⁹⁴ *Uotila*, s. 85 ja 107

⁹⁵ *Ibid.* s. 112

⁹⁶ *Ibid.* s. 187

⁹⁷ *Ibid.* s. 265

⁹⁸ Rahnasto 2003, s.192

korostaa, että standardoinnin yhteydessä patenttien voima ei perustu niinkään varsinaiseen kielto-oikeuden käyttämiseen, vaan patenttien yritykselle antamaan asemaan tuotannonalan teknisessä kentässä ja niiden tuotanto-olosuhteita ohjaavaan vaikutukseen.⁹⁹ Kilpailuoikeuden kannalta tämä kolmansien toiminnan ohjaamiseen ja teollisuudenalan suuntaan vaikuttava toiminta on jossain määrin harmaalla alueella.¹⁰⁰

2.4 Standardoinnin kilpailuoikeudellisesta sääntelystä

Tämän jakson tarkoituksena on havaita, millainen merkitys IPR-toimintapolitiikalla ja FRAND-sitoumuksella on osana standardointiyhteistyön ja standardointisopimusten laatimisen kilpailuoikeudellista arviointia. Tarkoitus ei siten ole käydä tarkemmin läpi standardointia koskevaa sääntelyä kokonaisuudessaan. Tähän on syynä erityisesti se, että tutkimuksen pääpaino on yrityksen yksipuolisissa toimenpiteissä standardin valinnan jälkeen ja erityisesti 102 artiklan soveltamisedellytysten arvioinnissa.

Vuonna 2011 julkaistuissa suuntaviivoissa¹⁰¹ SEUT 101 artiklan soveltamisesta horisontaalista yhteistyötä koskeviin sopimukseen¹⁰² (jälj. horisontaaliset suuntaviivat) komissio määritteli aiempaa tarkemmin standardointiyhteistyön hyväksyttävyyttä kilpailuoikeuden kannalta. Komission mukaan standardointisopimuksia koskevan luvun uudistamisella oli tarkoitus antaa ohjeistusta siitä, miten voidaan varmistaa standardin valintaprosessin kilpailua edistävät vaikutukset ja käytön mahdollistaminen standardin valinnan jälkeen oikeudenmukaisin, kohtuullisin ja syrjimättömin ehdoin.¹⁰³ Suuntaviivoja ei sovelleta julkisen vallan toimesta tapahtuvaan standardointiin, mutta eurooppalaisiin standardintielimiin sovelletaan kilpailulainsäädäntöä siinä määrin kuin niiden voidaan katsoa olevan SEUT 101 ja 102 artiklassa tarkoitettuja yrityksiä tai yritysten yhteenliittymiä.¹⁰⁴

⁹⁹ Uotila 2009, s. 265

¹⁰⁰ Kuoppamäki 2003, s. 839-840

¹⁰¹ Oikeuslähteenä suuntaviivat ovat komission antamia ilmoituksia, joissa se kertoo miten aikoo tietyissä tapauksissa kilpailusääntöjä soveltaa. Tällaiset suuntaviivat eivät periaatteessa sido EU:n tuomioistuinta, mutta komission on kuitenkin noudatettava niitä itse. Ks. Leivo et al. 2012, s. 4

¹⁰² Komission tiedonanto - Suuntaviivat Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklan soveltamisesta horisontaalista yhteistyötä koskeviin sopimukseen, EUVL C 11, 14.01.2011 s.1-72

¹⁰³ Komission memo 14.12.2010 (MEMO/10/676)

¹⁰⁴ Horisontaaliset suuntaviivat, kohta 258

Standardointiin liittyy paljon tehokkuusetuja ja standardointisopimuksilla onkin yleensä huomattavia myönteisiä hyvinvointivaikutuksia:¹⁰⁵ Esimerkiksi teknisen yhteentoimivuuden varmistavat standardit edistävät usein teknologioiden välistä kilpailua niiden omilla ominaisuuksilla ja auttavat estämään sitomista yhteen tiettyyn toimittajaan. Toisaalta standardit voivat myös vähentää liiketoimintakustannuksia ja edistää innovointia antamalla yrityksille mahdollisuuden käyttää sovittuja ratkaisuja tuotekehityksen pohjana. Lisäksi Euroopan laajuiset standardit voivat vahvistaa markkinoiden yhdentymistä.¹⁰⁶

Standardointisopimusten kilpailua rajoittavat vaikutukset liittyvät pääasiassa markkinoiden kehitystä jäykistäviin tai kilpailijoita syrjiviin menettelyihin.¹⁰⁷ Standardointisopimusten voidaan katsoa olevan tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavia lähinnä silloin, kun standardeja käytetään osana laajempaa, todellisten tai mahdollisten kilpailijoiden sulkemiseen tähtäävää rajoittavaa sopimusta tai silloin kun standardointiprosessin aikana sovitaan salassa esimerkiksi tuotantoketjun loppupään hinnoista.¹⁰⁸ Standardointisopimuksia, joiden tarkoituksena ei ole rajoittaa kilpailua, on analysoitava niiden oikeudellisessa ja taloudellisessa yhteydessä niiden todellisen ja todennäköisen kilpailuvaikutuksen suhteen.¹⁰⁹

Standardointi voi vaikuttaa teknologioiden väliseen kilpailuun eri tavoin: Standardiksi valittava teknologia voi saavuttaa laajemman markkinahyväksynnän helpommin kuin ei-standardoitu teknologia etenkin siihen liittyvän virallisemmän ja houkuttelevamman aseman sekä eri intressitahojen mukana olon vuoksi. Toisaalta verkostomarkkinoiden nimenomaisen markkinamekanismin seurauksena yhden standardin olemassaolo useiden sijasta voi olla markkinoiden ja tehokkuuden kannalta suotavampi vaihtoehto kuin useiden keskenään kilpailevien standardien tai teknologioiden rinnakkainen olemassaolo.¹¹⁰ Luomalla yhteinen standardi koko teollisuudenalan käyttöön kyseisellä maantieteellisellä alueella voidaan siten luoda otolliset olosuhteet standardille, jonka tieltä teknologinen kilpailu lopulta poistuu. Eurooppalaisten standardien lisäksi komissio

¹⁰⁵ *Ibid.*, kohta 263

¹⁰⁶ *Ibid.*, kohta 308

¹⁰⁷ Alkio & Wik 2009 s. 446

¹⁰⁸ Horisontaaliset suuntaviivat, kohdat 273 ja 274

¹⁰⁹ *Ibid.*, kohta 264

¹¹⁰ Zhang 2012, 182-184

voi myös tukea tiettyä standardia yhteensopivuuden varmistamiseksi koko Unionin alueella.¹¹¹

Immateriaalioikeuksiin liittyvien tilanteiden kannalta standardointi voi johtaa kilpailunvastaiseen lopputulokseen erityisesti, jos tiettyjä yrityksiä estetään saamasta käyttöön standardin laatimismenettelyn tuloksia. Riski standardointisopimusten kilpailunvastaisista vaikutuksista on siten olemassa silloin, kun yritykseltä estetään kokonaan standardin käyttö tai käyttöoikeus myönnetään vain syrjivien ehdoin. Toisaalta tällaisten immateriaalioikeuksien haltija voi toimialan lukkiuduttua standardiin pyrkiä myös laajentamaan valtaansa teknologiamarkkinoilta tuotemarkkinoille ja käytännössä estää kokonaisilta teollisuudenaloilta pääsyn standardiin joko kokonaan kieltäytymällä lisensoimasta tai myöntämällä käyttöoikeuksia vain kohtuuttoman korkeita rojalteja vastaan.¹¹²

Koska standardointisopimusten kilpailua rajoittavat vaikutukset edellyttävät markkinavoimaa, ovat ne epätodennäköisempiä tilanteissa, joissa eri vaihtoehtoisten standardien välillä on todellista kilpailua.¹¹³ Sellaisia standardointisopimuksia varten, joihin sisältyy markkinavoimisen luomisen riski, otettiin suuntaviivoissa käyttöön ns. turvasatama (safe harbor) SEUT 101 artiklan perusteella tapahtuvaa arviointia varten:

Jos osallistuminen standardin laatimiseen on vapaata ja standardin hyväksymismenettely on läpinäkyvä, standardointisopimukset, joissa ei aseteta velvollisuutta noudattaa standardia ja jonka mukaan standardi on käytettävissä oikeudenmukaisin, kohtuullisin ja syrjimättömin ehdoin, eivät tavallisesti rajoita kilpailua 101 artiklan 1 kohdassa tarkoitettulla tavalla.¹¹⁴

Mikäli standardointisopimus tai standardointijärjestön toimintaan liittyvät olosuhteet eivät täytä turvasataman edellytyksiä, on tehtävä itsearviointi vallitsevista olosuhteista 101 artiklan kannalta. Arviointiin ei kuitenkaan liity presumptiota 101 artiklan vastaisesta menettelystä, sillä standardointijärjestöt voivat vapaasti ottaa käyttöön turvasataman edellytyksistä eroavia sääntöjä ja menettelytapoja. Tällöin on kuitenkin arvioitava sekä 101(1) artiklan että tarvittaessa 101(3) artiklan edellytyksiä.¹¹⁵ FRAND-sitoumukset

¹¹¹ Mylly 2009, s. 562-564

¹¹² Horisontaaliset suuntaviivat, kohdat 268 ja 269

¹¹³ *Ibid.*, kohta 277

¹¹⁴ *Ibid.* kohta 280

¹¹⁵ *Ibid.*, kohta 279

eivät siten ole standardointiyhteistyön edellytys, mutta komissio kannustaa niiden käyttöön osana standardointisopimusten laatimisen kilpailuoikeudellista arviointia.

2.4.1 IPR-toimintapolitiikka ja FRAND-sitoumukset

Suuntaviivoissa todetaan, että vapaan osallistumisoikeuden varmistamiseksi kaikilla markkinoilla toimivilla kilpailijoilla tulisi olla mahdollisuus osallistua valintamenettelyyn.¹¹⁶ Silloin, kun standardiin liittyy immateriaalioikeuksia, standardointijärjestöllä tulisi olla selvä ja tasapuolinen IPR-toimintapolitiikka, joka on sovitettu kyseistä toimialaa ja järjestön tarpeita varten. Komission mukaan tämä lisää standardin täytäntöönpanijoiden mahdollisuuksia saada käyttöönsä standardointijärjestön laatima standardi.¹¹⁷ Samalla on myös mahdollista argumentoida, että yksittäisen standardointijärjestön jäsenyys ja toimintaan osallistuminen merkitsevät kyseisen järjestön sääntöjen hyväksymistä. Jäsenillä on puolestaan mahdollisuus osallistua standardin valintaa koskevaan keskusteluun ja päätöksentekoon usein konsensukseen tai muuten syrjimättömyyteen perustuen. Etenkin virallisten standardointijärjestöjen lähtökohtana voidaan pitää sopivimman teknologian valintaa standardiksi teknisten meriittien ja muiden relevanttien tekijöiden perusteella. Samalla näiden käytännesääntöjen avulla voidaan varmistaa, ettei yksittäinen jäsen voi manipuloida tai väärinkäyttää standardointiprosessia.¹¹⁸

Sen varmistamiseksi, että standardi on käytettävissä, olisi IPR-toimintapolitiikassa komission mukaan edellytettävä, että osallistujat antavat peruuttamattoman kirjallisen sitoumuksen, jossa ne tarjoutuvat lisensoimaan olennaiset teollis- ja tekijänoikeutensa kaikille kolmansille osapuolille oikeudenmukaisin, kohtuullisin ja syrjimättömin ehdoin. Tässä yhteydessä komissio käyttää nimenomaisesti ilmausta ”*ns. FRAND-sitoumus (fair, reasonable and non-discriminatory terms)*”. Ohessa ETSI:n IPR Policy:n viitaus FRAND-sitoumukseen:

When an ESSENTIAL IPR relating to a particular STANDARD or TECHNICAL SPECIFICATION is brought to the attention of ETSI, the Director-General of ETSI shall immediately request the owner to give within three months an

¹¹⁶ Horisontaaliset suuntaviivat, kohta 281

¹¹⁷ *Ibid.*, kohta 284

¹¹⁸ Geradin & Rato, 2006 s. 4

irrevocable undertaking in writing that it is prepared to grant irrevocable licences on fair, reasonable and non-discriminatory ("FRAND") terms and conditions under such IPR to at least the following extent:

- MANUFACTURE, including the right to make or have made customized components and sub-systems to the licensee's own design for use in MANUFACTURE;
- sell, lease, or otherwise dispose of EQUIPMENT so MANUFACTURED;
- repair, use, or operate EQUIPMENT; and
- use METHODS.

The above undertaking may be made subject to the condition that those who seek licences agree to reciprocate.¹¹⁹

FRAND-sitoumukset koskevat yleensä vain standardin kannalta olennaisia patenteja eli essentiaalipatenteja. Määritelmä perustuu usein standardointijärjestön IPR-toimintapolitiikkaan ja tyypillisesti määritelmät on kytketty vain teknisiin seikkoihin,¹²⁰ kuten alla olevassa ETSI:n määritelmässä:

"ESSENTIAL" as applied to IPR means that it is not possible on technical (but not commercial) grounds, taking into account normal technical practice and the state of the art generally available at the time of standardization, to make, sell, lease, otherwise dispose of, repair, use or operate EQUIPMENT or METHODS which comply with a STANDARD without infringing that IPR. For the avoidance of doubt in exceptional cases where a STANDARD can only be implemented by technical solutions, all of which are infringements of IPRs, all such IPRs shall be considered ESSENTIAL.¹²¹

FRAND-sitoumuksen tarkoituksena on varmistaa, että patentinhaltija ei kieltäydy lisensoimasta patentejaan standardin valinnan jälkeen tai veloita kohtuuttomia tai syrjiviä toimialan lukkiuduttua standardiin.¹²² Siten sitoumusten avulla voidaan puuttua hold-up ongelmaan eli yleisesti ottaen opportunistisiin tilanteisiin, joissa sopimuksen toinen osapuoli on tehnyt sopimukseen liittyviä investointeja ennen tarkempien sopimusehtojen sopimista.¹²³

Suuntaviivojen mukaan immateriaalioikeuksien haltijoilla tulisi kuitenkin olla mahdollisuus jättää teknologiaansa standardin ja siten myös lisensointisitoumuksen ulkopuolelle sillä edellytyksellä, että tämä tapahtuu standardin kehittämisen varhaisessa vaiheessa.¹²⁴ Siten FRAND-sitoumuksen antamista voidaan lähtökohtaisesti pitää

¹¹⁹ ETSI IPR Policy, kohta 6.1

¹²⁰ Mylly 2009, s. 587

¹²¹ ETSI IPR Policy, kohta 15

¹²² Horisontaaliset suuntaviivat, kohta 287

¹²³ Farrell et al. 2007, s. 608-618

¹²⁴ Horisontaaliset suuntaviivat, kohta 285

osoituksena patentinhaltijan vapaaehtoisuuteen perustuvasta tahdonilmaisusta. Toisaalta tämä käytäntö voi joissain tilanteissa lisätä patentinhaltijoiden mahdollisuuksia vaikuttaa teknologisen kehityksen suunnan muovaamisesta mieleisekseen. Lisäksi standardointijärjestöjen välinen vuorovaikutus eli muiden standardointijärjestöjen hyväksymien standardien hyödyntäminen tai virallistaminen voi saada aikaan erimielisyyksiä FRAND-sitoumukseen perustuvan lisensointivelvollisuuden laajuudesta.¹²⁵ Immateriaalioikeuksien siirron osalta suuntaviivoissa edellytetään, että FRAND-sitoumuksen antaneiden tahojen on varmistettava esimerkiksi myyjän ja osatajan välisin sopimuslausekkein, että sitoumus koskee myös niitä yrityksiä, joille kyseiset immateriaalioikeudet siirretään.¹²⁶

Vaikka IPR-toimintapolitiikan ja FRAND-sitoumusten avulla voidaankin ehkäistä monia väärinkäytöksiä, ei niiden avulla voida ratkaista kaikkia immateriaalioikeuksiin liittyviä ongelmatilanteita. Standardointijärjestöjen säännöt eivät ensinnäkään sido ulkopuolisia, eivätkä kaikki patentinhaltijat ole välttämättä mukana standardointiprosessissa. IPR-toimintapolitiikan olemassaoloa ei tule myöskään samaistaa mahdollisuuteen tehokkaasti ehkäistä hold up –ongelmaa tai erilaisia strategisen väärinkäytön muotoja. Teknologian muuttuessa yhä monimutkaisemmaksi ja patentoinnin tahdin kiihtyessä hold up-ongelma koskee myös virallisia standardointijärjestöjä. Esimerkiksi myöhäisen patenttien ilmoittamisen avulla standardin muuttaminen voi jälkikäteen olla mahdotonta.¹²⁷

COMP/38.636 (Rambus): Komissio epäili Rambusin syyllistyneen määräävän aseman väärinkäyttöön sen salattua hallussaan olevat JEDEC DRAM-standardiin liittyvät essentiaalipatentit standardin valinnan yhteydessä ja esittämällä tämän jälkeen sellaisia rojaltimeksuja, mihin se ei ilman patenttiväilytystä (patent ambush) olisi todennäköisesti pystynyt. Komission mukaan tällaiset rojaltimekset olivat 102 artiklan vastaisia tapauksen erityisissä olosuhteissa: Rambus rikkoi tahallisesti JEDEC standardointijärjestön ilmoitusvelvollisuutta koskevia sääntöjä sekä standardintyhteistyöhön kytkeytyvää velvollisuutta toimia vilpittömässä mielessä ja siten petti muiden standardintyhteistyöhön osallistuneiden legitiimit odotukset.

¹²⁵ Mylly 2009, s.591-592.

¹²⁶ Horisontaaliset suuntaviivat, kohta 285

¹²⁷ Mylly 2009, s. 592-597

Myllyn mukaan *Rambus*-tapaus osoittaa, että IPR-toimintapolitiikat eivät pysty estämään kaikkia väärinkäytöksiä, mutta niiden kautta standardointijärjestöt voivat kuitenkin vaikuttaa jäsentensä erilaisten lisensoinnista kieltäytymisten kilpailuoikeudelliseen arviointiin: Komission voidaan katsoa antaneen painoarvoa standardoinnin demokraattisille piirteille myös 102 artiklan perusteella suoritetussa arvioinnissa.¹²⁸ Kilpailuviranomaiset voivat toisaalta vaikuttaa myös suoraan itsesääntelyllisiin toimintatapoihin, sillä esimerkiksi komission käynnistämät tutkimukset saivat ETSI:n tiukentamaan IPR-ilmoitusvelvollisuuttaan vuonna 2005.¹²⁹

Patent ambush –tilanteissa on kyse standardointiprosessin väärinkäytöstä, kun taas FRAND-sitoumuksia koskevat erityiskysymykset liittyvät pitkälti tulkinnallisiin erimielisyyksiin patentinhaltijan ja lisenssiin pyrkivän tahon välillä. FRAND-sitoumuksiin liittyvien ongelmatilanteiden kannalta voidaan myös todeta, että FRAND-sitoumuksen antanut patentinhaltija ei yleensä suoranaisesti kieltäydy lisensoimasta, vaan pyytää enemmän kuin mihin lisenssiin pyrkivä olisi valmis suostumaan. FRAND-sitoumukset ovatkin siten alttiita riidoille ja erilaisille tulkinnoille:¹³⁰ tältä osin ongelmallisina voidaan pitää erityisesti kohtuullisen korvauksen määrittelyä sekä kysymystä siitä, voiko sitoumusta käyttää puolustuksena patentinloukkauskanteen yhteydessä tai tulisiko patentinhaltijan oikeutta kieltotuomioon rajoittaa FRAND-sitoumusten piiriin kuuluvien patenttien osalta.¹³¹ Tarkastelen seuraavassa luvussa näitä kysymyksiä tarkemmin.

¹²⁸ *Ibid.* s. 605-610

¹²⁹ *Ibid.* s.594

¹³⁰ *Ibid.* s.596

¹³¹ Zhang 2012, s. 205-206

3 FRAND-sitoumukset

3.1 FRAND-sitoumukset ja kirjallisuudessa esitetyt tulkinnat

FRAND-sitoumusten voidaan nähdä palvelevan kahta tavoitetta: Niiden avulla varmistetaan, että maksamalla kohtuullisia korvauksia yritykset voivat hyödyntää standardoitua teknologiaa tuotteissaan ja tuoda tuotteitaan markkinoille. Siten niillä edistetään standardia ja sen saamaa markkinahyväksyntää. Toisaalta FRAND-sitoumusten avulla voidaan huolehtia myös kohtuullisista korvauksista niille, jotka ovat sijoittaneet tuotekehitykseen ja kehittäneet kyseisen teknologian. Siten FRAND-sitoumukset myös kannustavat yrityksiä olemaan mukana standardointiyhteistyössä sekä tarjoamaan patentoitua teknologiaansa osaksi standardia.¹³²

Koska FRAND-sitoumus on annettu standardointijärjestölle, on sitoumusta ja FRAND-sitoumuksen perusteella syntyvää lisenssisopimusta pidetty kirjallisuudessa usein yksitysoikeudellisena sopimussuhteena, tosin toisistaan poikkeavia tulkintoja on myös esitetty.¹³³ Komission horisontaalisissa suuntaviivoissa sitoumukselle antama asema on herättänyt kysymyksiä siitä, onko sitoumuksen luonne sopimus- vai kilpailuoikeudellinen. Esimerkiksi *Temple Lang* huomauttaa, että velvollisuus lisensoida FRAND-ehdoin tulisi tästä syystä perustua kilpailuoikeuteen ja siten vastuu velvoitteen rikkomisesta olisi kilpailuoikeudellinen. Samalla hän kuitenkin lisää, että komission suuntaviivoissaan käyttämiä ilmauksia voidaan pitää jokseenkin epäselvinä ja ne näyttävät tukevan kantaa, jonka mukaan FRAND-sitoumus saa todellisen muotonsa vain sopimusoikeuden ja neuvotteluiden perusteella.¹³⁴

Brooks ja Geradin puolestaan esittivät ennen suuntaviivoja koskevaa uudistusta tulkinnan, jonka mukaan FRAND-sitoumuksissa on kysymys puhtaasti sopimusoikeudellisesta asiasta, jossa painoarvoa voidaan antaa etenkin osapuolten, ts. standardointijärjestön ja patentinhaltijan, tarkoitukselle (intent of the parties). Samalla he kritisoivat näkemyksiä, joissa FRAND-sitoumuksia tarkastellaan yleisenä käsitteenä,

¹³² Lemley & Shapiro 2013, s. 1137

¹³³ Ks. esim Geradin & Rato 2006, s. 52

¹³⁴ Temple Lang 2011

vaikka kunkin standardointijärjestön FRAND-sitoumuksia tulisi tarkastella niiden omaa taustaa vasten sopimusten tulkintaa koskevien periaatteiden mukaisesti.¹³⁵

Lisenssisopimuksen tarkemmista ehdoista sopiminen tapahtuu yleensä standardointijärjestön ulkopuolella lisenssinantajan ja lisensoijan välisten neuvotteluiden tuloksena.¹³⁶ Myös ehtojen tarkempi määrittely jää yleensä osapuolten välille, sillä standardointijärjestöt eivät useinkaan ole antaneet sitoumuksen sisältöä koskevaa tarkempaa ohjeistusta.¹³⁷ Lähtökohtaisesti FRAND-sitoumusta itsessään ei voitane pitää lisenssisopimuksena, sillä lisenssiä haluavan tahon on sitoumuksesta huolimatta ryhdyttävä neuvotteluihin patentinhaltijan kanssa tarkempien ehtojen määrittelemiseksi ja varsinaisen lisenssisopimuksen solmimiseksi. Sopimusoikeudellisesti FRAND-sitoumusten tulkinta on pitkälti sidottu kansalliseen sopimusoikeuteen ja sen teorioihin kyseisen standardointijärjestön sääntöjen perusteella. FRAND-sitoumusta voidaan tarkastella esimerkiksi sopimuksena kolmannen hyväksi.¹³⁸ Lisenssiin pyrkivän tahon voi olla mahdollista haastaa patentinhaltija siviilioikeudellisesti sopimusrikkomuksen perusteella patentinhaltijan rikkoessa velvoitettaan.¹³⁹

Temple Lang pitää ongelmallisena sitä, että suuntaviivoissa ei oteta kantaa siihen, mitä oikeudellisia seuraamuksia patentinhaltijalle 101 artiklan perusteella aiheutuu, mikäli tämä ei täytä velvoitettaan myöntää lisenssi FRAND-ehdoin.¹⁴⁰ Komissio näyttääkin jättäneen vastuun FRAND-sitoumusten noudattamisesta ja kohtuullisen korvauksen tason määrittelystä osapuolille, sillä suuntaviivoissa todetaan, että ”*standardointijärjestön toiminta voi olla 101 artiklan mukaista, vaikka järjestö ei tarkistaisi, ovatko osallistujien lisensointiehdot FRAND-sitoumusten mukaiset. Osallistujien on itse arvioitava, täyttävätkö lisensointiehdot ja erityisesti veloittavat maksut FRAND-sitoumusten mukaiset edellytykset.*”¹⁴¹

¹³⁵ Brooks & Geradin 2011, s. 1-23

¹³⁶ Geradin 2006, s. 4

¹³⁷ Weber 2011, s.56

¹³⁸ Ks. esim. Geradin & Rato 2006, s.8-9, Rahnasto 2003 s. 196

¹³⁹ Geradin & Rato 2006, s. 17

¹⁴⁰ Temple Lang 2011

¹⁴¹ Horisontaaliset suuntaviivat, kohta 288

3.2 Kohtuullisen korvauksen tason määrittäminen

Farrell et al. näkevät FRAND-sitoumukset mekanismina, jonka tarkoituksena on puuttua hold up –ongelmaan tilanteissa, joissa neuvotteluita ei ole käyty *ex ante* tai ne ovat päättyneet tuloksettomina. Siksi lähtökohtana tulisikin pitää sellaisia rojalteja, jotka osapuolet olisivat neuvotelleet ennen standardia hyödyntävien tahojen sitoutumista patentoidun teknologian käyttöön, sillä tuon tason ylittävät rojalit voivat indikoida tämän ”patent hold up” –ongelmaksikin kutsutun tilanteen olemassaoloa. Taloustieteen näkökulmasta patent hold up –ongelmassa on kyse haitallisesta markkinavoimasta monopolistisen hinnoittelun muodossa, josta seuraa sekä staattisia että dynaamisia tehokkuustappioita. Standardeihin liittyvänä ongelmana sitä voidaan pitää sekä julkisena että yksityisenä ongelmana, sillä osa kustannuksista siirtyy kuluttajien maksettavaksi ja toisaalta se myös hidastuttaa kumulatiivista innovointia ja heikentää kehitystyöhön liittyviä kannustimia. Standardointijärjestöillä tai sen jäsenillä ei myöskään välttämättä ole kannustimia puuttua hold up –ongelmaan sen käsittäessä koko teollisuudenalan: iso osa lisensoinnista tapahtuu ristiinlisensointien muodossa ja kilpailuilla markkinoilla siitä aiheutuvat kustannukset voivat siirtyä kokonaisuudessaan kuluttajien maksettavaksi.¹⁴²

Geradin & Rato puolestaan näkevät sitoumuksen dynaamisena työkaluna, joka saa sisältönsä ainoastaan konkreettisissa tilanteissa lisenssinantajan ja lisenssisääjän välisten neuvotteluiden tuloksena. Patentinhaltijalle ei siten voida katsoa syntyneen mitään erityistä velvollisuutta rojaltien tai muiden sopimusehtojen tarkemmasta sisällöstä ja tältä osin ”fair and reasonable” termin käyttö on pikemminkin väistämätöntä kuin sitoumuksen tulkinnallisuutta aiheuttava puute, sillä todellisuudessa eri sopimussuhteiden olosuhteet voivat vaihdella huomattavasti. Ulkopuolinen korvaustason määrittely tai siihen puuttuminen voisi vaikuttaa innovaatiokannustimiin heikentävästi, sillä kehitystyöhön liittyvät investoinnit ovat usein huomattavat.¹⁴³

Komissio on ilmaissut, että FRAND-sitoumusten tarkoituksena on puuttua standardoinnin patentille mahdollisesti luomaan markkinavoimaan.¹⁴⁴ Suuntaviivojen perusteella *ex ante* tasoa voidaan käyttää yhtenä mittarina arvioitaessa sitä, onko

¹⁴² Farrell et al, 2007, passim.

¹⁴³ Geradin & Rato, 2006 s. 9-13

¹⁴⁴ Case No COMP/M.6381 – Google/Motorola Mobility 55,107,113

veloitettu korvaus kohtuullinen vai kohtuuton. Komissio on kuitenkin jättänyt valinnan korvaustason määrittelyn keinoista osapuolille, sillä muina vaihtoehtoina mainitaan mm. riippumattoman asiantuntijan arvio. Lisäksi komissio korostaa, etteivät suuntaviivat rajoita osapuolten mahdollisuutta ratkaista FRAND-rojaltimaksuja koskevia kysymyksiä riippumattomissa siviili- tai kauppatuomioistuimissa.¹⁴⁵

Jos *ex ante* -tasoa pidetään vaihtoehtona korvausten määrittelyssä, niin miksi osapuolet eivät neuvottele lisenssisopimuksen ehdoista ennen standardin valintaa tai sen yhteydessä? Suuntaviivojen perusteella patentinhaltijan ennakoilmoituksia rajoittavimmista sopimusehdoista ei tulkita kilpailua rajoittaviksi, sillä se lisää standardointijärjestön mahdollisuuksia suorittaa todellista vertailua vaihtoehtoisten teknologioiden välillä. Standardointijärjestöt voivat siten edellyttää tällaisia ennakoilmoituksia.¹⁴⁶ Esimerkiksi ETSI antaa patentinhaltijoille tähän mahdollisuuden, mutta ei edellytä niiden antamista.¹⁴⁷

Geradin argumentoi, että patentinhaltijan kannalta voi olla edullista ilmoittaa vapaaehtoisesti rojaltiltasostaan sekä neuvotella lisenssin ehdoista *ex ante*, sillä tämä voi lisätä patentinhaltijan mahdollisuuksia saada teknologiansa sisällytetyksi standardiin.¹⁴⁸ *Contrerasin* mukaan näin tapahtuu todellisuudessa kuitenkin hyvin harvoin. Tähän voi olla syynä esimerkiksi se, että lisenssisaaaja ei ole toiminut kyseisillä markkinoilla standardin valinnan aikaan. Toisaalta patenttiportfolionsa hyödyntämiseen tähtäävät patentinhaltijat myös tiedostavat mahdollisuutensa parempaan neuvotteluposition eivätkä siksi välttämättä ole aloitteellisia ennen standardin laajaa markkinahyväksyntää.¹⁴⁹

Ex ante -neuvottelut eivät myöskään estäisi tarkoituksellisia väärinkäytöksiä tai kolmannen esittämiä rojaltilvaateita. Samalla ne voisivat hankaloittaa standardointiprosessia ja tekisivät niistä todennäköisesti hitaampia sekä nostaisivat kaupalliset seikat keskiöön teknologisten ratkaisujen sijaan. Toisaalta myös patenteihin liittyvä mahdollisuus niiden mitätöinnistä voisi aiheuttaa ongelmia tehokkaiden lisensointineuvotteluiden kannalta. *Mylly* nostaa esiin myös *ex ante* -neuvotteluiden

¹⁴⁵ Horisontaalista yhteistyötä koskevat suuntaviivat, kohdat 289-291

¹⁴⁶ *Ibid.* kohta 299

¹⁴⁷ <http://www.etsi.org/about/iprs-in-etsi/ex-ante-disclosures>, viitattu 20.5.2014

¹⁴⁸ *Geradin* 2006, s. 8

¹⁴⁹ *Contreras* 2013, s. 59-62

vaikutukset pienempien toimijoiden asemaan: niiltä todennäköisesti puuttuisivat riittävät resurssit, mikä lopulta johtaisi suurten yritysten hallitsemaan oligopolistiseen tilanteeseen.¹⁵⁰

FRAND-sitoumusten ympärillä käyty keskustelu kohtuullisen ja toisaalta sitoumuksen vastaisen kohtuuttoman rojaltilmaksun välillä kytkeytyy vahvasti taloustieteelliseen argumentaatioon toisaalta haitallisesta markkinavoimasta ja toisaalta patentinhaltijan toimintakenttää rajoittavan sääntelyn negatiivisista vaikutuksista innovointikannustimiin. Standardointijärjestöt eivät yleensä määrittele sitoumuksen tarkoittamaa kohtuullisuutta. Toisaalta markkinatoimijat ovat aika ajoin esittäneet muutoksia esimerkiksi ETSI:n IPR-toimintapolitiikkaan muun muassa FRAND-sitoumukseen liittyvän kohtuullisen korvaustason määrittelemiseksi ja sitomiseksi patentinhaltijan osuuteen kyseistä standardia koskevista patenteista yleistä liiketoiminnallista kohtuullisuutta heijastelevan tason mukaisesti.¹⁵¹ ETSI:n IPR Policyn mukaan patentinhaltijoiden tulisi saada asianmukainen korvaus teknologiastaan:

IPR holders whether members of ETSI and their AFFILIATES or third parties, should be adequately and fairly rewarded for the use of their IPRs in the implementation of STANDARDS and TECHNICAL SPECIFICATIONS.¹⁵²

3.3 Kohtuuttomat rojaltit ja patentinhaltijan kannustimet

FRAND-sitoumusten ongelmat johtuvat osin siitä, että sopimusneuvotteluissa osapuolten intressit ovat usein vastakkaiset: Vain ylämarkkinoilla toimivien yritysten ainoa tulolähde muodostuu rojalteista ja siksi ne haluavat usein maksimoida rojaltiltulonsa. Toisaalta vain alamarkkinoilla toimivilla yrityksillä ei ole omia patenteja ja siksi niillä on tarve minimoida kustannuseriksi muodostuvat rojaltilmaksut. Vertikaalisesti integroituneet yritykset puolestaan sekä kehittävät teknologiaa että myyvät standardiin perustuvia tuotteita ja siksi ne pyrkivätkin usein ristiinlisensoimaan essentiaalipatenttejaan.¹⁵³

Osapuolten vastakkaiset intressit eivät kuitenkaan välttämättä tarkoita sitä, että niillä olisi kannustin kilpailua rajoittavaan toimintaan kohtuuttomien rojaltilien muodossa. Vain

¹⁵⁰ Mylly 2009, s. 598-599

¹⁵¹ Geradin 2006, s. 11

¹⁵² ETSI IPR Policy, kohta 3.2

¹⁵³ Horisontaalista yhteistyötä koskevat suuntaviivat, kohta 267

ylämarkkinalla toimivalla patentinhaltijalla ei välttämättä ole halua vahingoittaa kilpailua alamarkkinoilla. Tämä pätee etenkin tilanteisiin, joissa vaihtoehtoisten teknologioiden olemassaolosta johtuen patentinhaltijaan kohdistuu kilpailupaineita joko ylä- tai alamarkkinoilta. Toisaalta vertikaalisesti integroituneella yrityksellä voi puolestaan olla kannustin nostaa rojaltejaan ylämarkkinoilla saadakseen kilpailuetuja alamarkkinoilla. Samalla patentinhaltijat joutuvat kuitenkin ottamaan huomioon erilaisia dynaamisia kilpailupaineita. Ne voivat rajoittaa patentinhaltijoiden kannustimia sekä ehkäistä FRAND-sitoumusten tulkinnallisuuden mahdollistamia strategisen käyttäytymisen muotoja.¹⁵⁴

Essentiaalipatenttien strateginen väärinkäyttö voi vaikuttaa muiden standardointijärjestön jäsenten suhtautumiseen ja siten patentinhaltijan mahdollisuuksiin saada teknologiansa hyväksytyksi osaksi standardia tulevien standardointiprosessien aikana. Erityisesti vertikaalisesti integroituneiden yritysten on samalla otettava huomioon lisensointiin liittyvä tiivis vuorovaikutus. Yrityksen omalla lisensoinnista kieltäytymisellä olisi todennäköisesti vastaavia seurauksia myös sen itse tarvitsemien käyttöluvien kannalta. Myös rojaltimaksujen tasoa määritellessään patentinhaltijan toiminta on ainakin jossain määrin sidoksissa muiden markkinatoimijoiden ratkaisuihin sekä muihin markkinoilla vallitseviin olosuhteisiin, kuten kilpailevien standardien olemassaoloon.¹⁵⁵

Markkinatoimijoiden kiinteällä vuorovaikutuksella voi tosin olla myös haitallisia vaikutuksia: jos kaikki patentinhaltijat veloittaisivat ylisuuria rojaltimaksuja, voivat nämä kumuloituvat rojaltimaksut tehdä markkinoille tulon kannattamattomaksi. Siten yksittäisen lisenssisopimuksen ulkoisvaikutukset ulottuvat koko toimialan innovaatiotoimintaan sekä siihen, miten ulkopuolinen tuotevalmistaja allokoii resurssejaan.¹⁵⁶ Standardoinnin yhteydessä onkin puhuttu *royalty stacking* -ilmiöstä, josta kilpailuoikeudessa on yleisemmin käytetty nimitystä *Cournot'n* komplementtien ongelma.¹⁵⁷ Ristiinlisensointimahdollisuuden myötä suurimmat toimijat voivat jopa pyrkiä ”patenttitiheikön” muodostamiseen ilmoittamalla mahdollisimman paljon patenteja standardin kannalta olennaisiksi. Ongelma koskee erityisesti alan pienempiä

¹⁵⁴ Geradin & Rato 2006, s. 38-42

¹⁵⁵ Ibid., s. 41-42

¹⁵⁶ Rahnasto 2003, s. 1

¹⁵⁷ Ks. Esim. Lemley, Mark ja Shapiro, Carl. "Patent holdup and royalty stacking." *Texas Law Review* 85 (2007).

toimijoita tai potentiaalisia markkinoille tulijoita, joilla ei ole hallussaan riittävästi patenteja merkittäviin ristiinlisensointisopimuksiin.¹⁵⁸ Myös kilpailuviranomaisten painottaman ilmoitusvelvollisuuden ja sen laiminlyönnistä aiheutuvien seuraamusten voidaan osaltaan katsoa lisänneen patentinhaltijoiden kannustimia kyseiseen toimintaan. Toisaalta patentin olennaisuus standardin kannalta voidaan kuitenkin asettaa patentinloukkausta tai vastakannetta koskevassa oikeudenkäynnissä kyseenalaiseksi.¹⁵⁹

Lisäksi ”patenttitrollit” voidaan nähdä todellisena ongelmana sekä essentiaalipatenttien lisensoinnin että koko patenttijärjestelmän kannalta. Tällaisten yritysten liiketoiminta perustuu patenttien ostamiseen ja tämän jälkeen niiden hyödyntämiseen lisensoimalla. Kilpailupaineet eivät vaikuta patenttitrollien kykyyn hyödyntää patentejaan, sillä ne eivät yleensä toimi millään kehitystyön tai tuotantoportaan asteella lisensointia lukuun ottamatta. Siten ne voivat helposti hyödyntää patentin yksinoikeutta kiristämistarkoituksessa esimerkiksi patentinloukkausoireidenkäyntien tai kieltotuomion avulla. Patent hold up –ongelma onkin yhdistetty erityisesti patenttitrollien yleistymiseen.¹⁶⁰ FRAND-sitoumuksia koskevassa keskustelussa ei ole saavutettu yksimielisyyttä siitä, esiintyykö patent hold up tai royalty stacking –ongelmat sellaisina reaali maailman tehokkuutta heikentävinä ilmiöinä, joiden perusteella essentiaalipatenttien lisensointia tulisi tarkemmin säännellä tai FRAND-sitoumusten mukaisia kohtuullisia korvauksia määritellä tarkemmin.¹⁶¹

3.4 FRAND-sitoumukset ja kieltotuomio erityisesti matkapuhelinalan kannalta tarkasteltuna

Euroopan telealan standardointilaitos (ETSI) valmistelee ja kehittää standardeja, jotka mahdollistavat yhteistoimivuuden ja yhteensopivuuden ICT-alalla erityisesti langattoman viestinnän ja telekommunikaatiosektorin käyttöön. Teknologian kehittäjät sekä matkapuhelinalan ja tietoliikenneverkkojen valmistajat tapaavat säännöllisesti ETSI:n ja

¹⁵⁸ Mylly 2009, s. 591

¹⁵⁹ Camesasca et al. 2013, s. 287

¹⁶⁰ Priiki 2012, s. 12

¹⁶¹ Ks. esim. Geradin & Rato 2009, s. 5-13

muiden standardointijärjestöjen toiminnan yhteydessä.¹⁶² Harmonisoitujen eurooppalaisten standardien lisäksi ETSI valmistelee myös itsenäisesti erilaisia standardeja ja teknisiä spesifikaatioita eri tarkoituksia varten.¹⁶³ Euroopan laajuiset standardit tukevat yhtenäisten markkinoiden luomista, ja ETSI:llä on ollut merkittävä asema koko teollisuudenalan käyttöön tarkoitettujen standardien laatimisessa myös globaalilla tasolla. FRAND-sitoumuksiin liittyvien ongelmien kannalta *Chappatte* näkeekin uhkakuvana sen, että teollisuudenalan luottamus avoimiin standardeihin ja FRAND-sitoumusten noudattamiseen kärsii.¹⁶⁴

Viimeisten vuosikymmenten aikana patenteja koskeva litigointi ja oikeudenkäynnit ovat lisääntyneet ICT-alalla kiihtyvällä tahdilla. Erityisesti matkapuhelinalan globaalit toimijat ovat siirtyneet taistelemaan markkinoista myös oikeussalin puolelle. Teknologian kehitys matkapuhelimista älypuhelimiksi on lisännyt potentiaalisten intressitahojen määrää, sillä älypuhelimet ovat teknisiltä ominaisuuksiltaan hyvin monimutkaisia ja sisältävät patentoitua teknologiaa useilta eri sektoreilta.¹⁶⁵ Samalla myös standardoitua teknologiaa koskevat riidat ja oikeudenkäynnit ovat kasvaneet sekä määrällisesti että mahdollisten kilpailuvaikutusten kannalta tarkasteltuna.¹⁶⁶

Kirjallisuudessa käyty keskustelu FRAND-sitoumuksen antaneen patentinhaltijan oikeudesta kieltotuomioon ja tällaisen toiminnan kilpailuoikeudellisesta arvioinnista onkin usein liitetty erityisesti telekommunikaatioalan ongelmiin ja standardointijärjestö ETSI:n sääntöjen perusteella annetun FRAND-sitoumuksen tulkintaan. Koska ETSI:n tai muiden standardointijärjestöjen IPR-toimintapolitiikat eivät yleensä kiellä tai ota kantaa FRAND-sitoumuksen vaikutuksiin patentinhaltijan oikeudesta hakea kieltotuomiota patentinloukkauksen perusteella, voidaan tätä kysymystä pitää perin ongelmallisena sopimusoikeudellisen tulkinnan näkökulmasta.¹⁶⁷

FRAND-sitoumuksen perusteella patentinhaltijalle tai lisenssiin pyrkivälle aiheutuvia velvollisuuksia voidaankin joutua tulkitsemaan usein myös patentinloukkauksenteen yhteydessä. Esimerkiksi ETSI:n IPR policyyn sovellettavan Ranskan lain mukaan

¹⁶² Geradin 2006, s.1

¹⁶³ <http://www.etsi.org/standards>, viitattu 9.5.2014

¹⁶⁴ Chappatte 2009, s. 334

¹⁶⁵ Zhang 2012, s. 80

¹⁶⁶ Contreras 2013, s. 47-48

¹⁶⁷ Geradin & Rato 2006, s. 14-17

FRAND-sitoumusta on periaatteessa mahdollista tarkastella joko kutsuksi vilpittömässä mielessä käytäviin neuvotteluihin tai lisenssiin pyrkivän oikeudeksi saada lisenssi.¹⁶⁸ Sitoumuksen ei kuitenkaan yleensä ole katsottu synnyttäneen lisenssisopimusta.¹⁶⁹ Tulkinnallisuus tosin voi korostua litigointistrategian myötä, sillä osapuolten kannattaa esittää oman aseman kannalta edullinen tulkinta FRAND-sitoumuksesta. Eri tulkinnoilla voi olla merkitystä kieltotuomion myöntämisen edellytyksiä tarkasteltaessa.¹⁷⁰ Kieltotuomion tai väliaikaisen kieltotuomion ongelmallisuus essentiaalipatenttien lisensoinnin kannalta piilee siinä, että patentinhaltija voi pyrkiä hyödyntämään tätä patenttilakien mukaista oikeuttaan välineenä kohtuuttomien sopimusehtojen saavuttamiseksi. Taloustieteellisen mallintamisen lähtökohdista ja kieltotuomion myöntämisen edellytysten eri tavoin huomioonottamisesta riippuu se, katsotaanko kieltotuomion mahdollisuuden ja siten jo pelkän uhan johtavan patent hold up – ongelmaan vai ei.¹⁷¹

Mielestäni tilannetta voidaan perustellusti tarkastella FRAND-sitoumuksen perusteella syntyneiden legitiimien odotusten kannalta, erityisesti sopimusneuvotteluihin ja kieltotuomion käyttöön liittyvän kysymyksen osalta. On kuitenkin huomattava, että lisenssiin pyrkivällä on velvollisuus lisenssisopimuksen solmimiseen ja tahallisten väärinkäytösten tai sopimusneuvotteluiden välttelyn osalta patentinhaltijalla tulisi olla oikeus vedota oikeuksiinsa.¹⁷² Tarkastelen kuitenkin seuraavassa tilannetta, jossa lisenssiin pyrkivä taho on joko jo tuonut tai tuomassa markkinoille tuotettaan lisensointineuvotteluiden ollessa vielä kesken. On myös otettava huomioon, että todellisuudessa patentit lisensoidaan usein kyseistä standardia koskevana patenttiportfoliona.¹⁷³ *Geradinin* ja *Raton* mielestä FRAND-sitoumukset ovat lupaus vilpittömässä mielessä käytäviin neuvotteluihin, jonka lopputuloksena saavutetaan

¹⁶⁸ Buhart ja Lafont: Essential Patents Declared to the European Telecommunications Standardization Institute: How Should They Be Treated In U.S. Litigation? BNA's Patent, Trademark & Copyright Journal. 26.4.2013

¹⁶⁹ Greenfield et al. SEP Enforcement Disputes Beyond the Water's Edge: A Survey of Recent Non-U.S. Decisions. Antitrust, Vol. 27, No. 3, Summer 2013. Ss.50-56

¹⁷⁰ Buhart ja Lafont: Essential Patents Declared to the European Telecommunications Standardization Institute: How Should They Be Treated In U.S. Litigation? BNA's Patent, Trademark & Copyright Journal. 26.4.2013

¹⁷¹ Camecasca et al 2013. *passim*.

¹⁷² Zhang 2012, s. 119

¹⁷³ Geradin & Rato 2006, s. 39

osapuolten välillä vallitsevat olosuhteet huomioon ottava lisenssisopimus.¹⁷⁴ Eikö lisenssiin pyrkivällä voida tällöin katsoa olevan perusteltu odotus näistä vilpittömässä mielessä käytävistä neuvotteluista? Useimmissa tapauksissahan esimerkiksi asiakkaan tasapainottava neuvotteluvoima vaikuttaa patentinhaltijan kannustimiin periaä kohtuuttomia rojalteja tai määrätä muutoin kohtuuttomia sopimusehtoja.¹⁷⁵ Jos sopimusneuvottelut kuitenkin päättyvät tuloksettomina, voi patentinhaltija viedä asian kansalliseen tuomioistuimeen ja mahdollisesti myös hakea kieltotuomiota patentin loukkauksen perusteella.¹⁷⁶

EU:n kilpailuoikeuden kannalta kieltotuomion hakemista rojalteista sopimisen sijaan voidaan pitää ongelmallisena erityisesti de jure tai facto standardien ollessa kyseessä, sillä lisenssiin pyrkivällä yrityksellä ei tällöin ole todellista vaihtoehtoa, mikäli tämä haluaa valmistaa standardoitua teknologiaa hyödyntävää tuotetta.¹⁷⁷ Toisaalta vastaavanlainen ongelma voi periaatteessa esiintyä myös yksittäisessä riippuvuussuhteessa eli tilanteessa, jossa lisenssiin pyrkivä olisi voinut valita vaihtoehtoisista standardeista. Tällöin patentinhaltijaan kohdistuu kuitenkin enemmän kilpailupaineita, mikä voi rajoittaa pyrkimyksiä opportunistisiin.

Kilpailuoikeuden soveltamista helpommin moniin riippuvuussuhteisiin voidaan puuttua sopimusoikeudellisin instrumentein.¹⁷⁸ FRAND-sitoumuksiin perustuva lisensointi voidaan nähdä itsesääntelyyn perustuvana järjestelmänä luoda omaisuutta yhteiseen käyttöön. Toimiakseen järjestelmä edellyttäisi kuitenkin parempia sisäisiä sääntöjä.¹⁷⁹ Jos FRAND-sitoumukset on tulkittavissa patentinhaltijaa sitovaksi sopimukseksi sekä standardointijärjestöjen säännöt jäseniään velvoittaviksi, voi standardointijärjestöillä olla mahdollista luoda FRAND-sitoumusten lisenssineuvotteluita varten käyttäytymismalleja, joissa riippuvuustilanteet voidaan ottaa huomioon. Tällaisten käytännösääntöjen puuttuessa osa markkinatoimijoista eri teknologian ja standardoinnin sektoreilla ovat

¹⁷⁴ *ibid.* s. 11

¹⁷⁵ Camacesca et al. 2013, s. 287

¹⁷⁶ Case No COMP/M.6381 – Google/Motorola Mobility, kohta 106

¹⁷⁷ Dolmans 2002, s.205

¹⁷⁸ Aine 2011, s.428-429

¹⁷⁹ Zhang 2012, s.248-249

antaneet vapaaehtoisia julkisia lausuntoja, joissa he ilmoittavat omista käyttäytymismalleistaan esimerkiksi essentiaalipatenttien lisensointia koskien.¹⁸⁰

Kieltotuomion käyttöön liittyvien potentiaalisten kilpailuongelmien valossa voidaan kritisoida sitä, ettei komissio ottanut horisontaalisissa suuntaviivoissaan selkeää kantaa kieltotuomion käyttöön tilanteissa, jossa osapuolten välillä vallitsee erimielisyys oikeudenmukaisten, kohtuullisten ja syrjimättömien lisenssiehtojen sisällöstä.¹⁸¹ Myöhemmin, vuonna 2012 komissio tarkasteli tätä aihetta erityisen tarkasti matkapuhelinalan valmistajien välisen yrityskaupan yhteydessä, kun Google osti Motorolan liiketoiminnan kaupan sisältäessä myös moniin matkapuhelinalan keskeisiin standardeihin liittyviä essentiaalipatentteja.¹⁸² Sulautuma-asetuksen¹⁸³ perusteella tehdyssä arvioinnissa komissio tarkasteli kaupan kohteena olleita essentiaalipatentteja matkapuhelinten tuotantohyödykkeinä vertikaalisessa suhteessa ja siten Googlen kykyä sekä kannustimia kyseisten markkinoiden sulkemiseen. Komissio katsoi jokaisen essentiaalipatentin muodostavan itsessään omat erilliset teknologiamarkkinat, sillä niiden hyödyntäminen on välttämätöntä standardin täytäntöönpanon kannalta eikä niille määritelmänsä perusteella ole olemassa korvaavaa vaihtoehtoa.¹⁸⁴

Komission mukaan essentiaalipatentin perusteella myönnettävällä kieltotuomiolla tai sen käytöllä uhkaamisella voidaan olennaisesti estää tehokkaan kilpailun toteutumista: Kieltotuomion uhkaa hyödyntäen patentinhaltija voi pyrkiä pakottamaan lisenssisajaan tämän kannalta epäedullisiin sopimusehtoihin. Tällaisia ehtoja voivat olla esimerkiksi ylisuuret rojaltit, tarpeettomat tai vastentahtoiset ristiinlisensoinnit sekä patentin pätevyyden riitauttamisen kieltävät sopimusehdot. Kieltotuomion täytäntöönpanolla voi olla suoria haitallisia vaikutuksia kuluttajien asemaan tiettyjen tuotteiden tullessa suljetuksi markkinoilta. Älypuhelinmarkkinoille ja muille korkean teknologian kulutustuotteille ominaisesta nopeasta kehityksen kiertokulusta johtuen väliaikainenkin

¹⁸⁰ <http://www.pijip.org/non-sdo-patent-commitments/>, viitattu 4.4.2014

¹⁸¹ Temple Lang 2011

¹⁸² Case No COMP/M.6381 – Google/Motorola Mobility

¹⁸³ Neuvoston asetus (EY) N:o 139/2004, annettu 20 päivänä tammikuuta 2004, yrityskeskittymien valvonnasta, EUVL L 24/1, 29.1.2004 (EU:n sulautuma-asetus)

¹⁸⁴ Case No COMP/M.6381 – Google/Motorola Mobility, kohta 61. Kyseisessä päätöksessä komissio määritteli maantieteelliseksi alueeksi EEA-alueen kokoiset markkinat ”*the relevant market in this case is thus the (at least) EEA-wide market for licensing of each of the relevant SEPs...*”

kieltotuomio ennen lisenssisopimuksen solmimista voi komission mukaan aiheuttaa haitallisia vaikutuksia.¹⁸⁵

Mylly näkee jo nyt Unionin oikeuteen sisäänrakennettuna olevan oikeuden väärinkäytön kiellon mahdollisuutena puuttua tämäntyyppisiin väärinkäytöksiin vaihtoehtona kilpailuoikeudelliselle interventiolle laajentamalla doktriinin käyttöalaa myös immateriaalioikeudelliseen lainsoveltamiseen.¹⁸⁶ Doktriinin avulla olisi mahdollista painottaa immateriaalioikeuslainsäädännön teleologista tulkintaa formalismin sijaan sekä ohjata huomio tilanteisiin, joissa immateriaalioikeudet tuottavat kilpailua rajoittavia vaikutuksia niiden tarkoitettujen vaikutusten sijaan. Väärinkäytön kiellon avulla myös perusoikeusnäkökulma olisi paremmin sisäistettävissä tuomioistuinkäytäntöön. Esimerkkinä mahdollisesta soveltamistilanteesta *Mylly* esittää puuttumista standardoinnin ja verkostovaikutusten luomaan markkinavoimaan: Jos patentinhaltija on antanut lupauksen lisensointiin liittyen, voidaan kieltotuomion hakeminen korvauksiin rajoittuvan vaatimuksen sijaan tulkita kohtuuttomaksi patenttioikeuteen nojautumiseksi. Sisäänrakennettuna mekanismina omaisuus sääntö muuntuu vastuusäännöksi eikä essentiaalipatentin haltija olisi tällöin oikeutettu saamaan kieltotuomiota vilpittömässä mielessä olevaa ja lisenssiin pyrkivää standardin täytäntöönpanijaa vastaan.¹⁸⁷

Kieltotuomiota koskeva oikeudellinen sääntely on osittain harmonisoitu direktiivillä 2004/48/EY.¹⁸⁸ Se edellyttää jäsenvaltioita säätämään myös turvaamistoimenpiteistä, jotta loukkaus voidaan saada välittömästi lakkaamaan. Kieltotuomion myöntämisedellytyksiä koskevat säännöt ja yksityiskohtaiset säännöt on jätetty kansallisen lainsäädännön varaan, mutta toimenpiteiden, menettelyjen ja oikeussuojakeinojen valinnassa olisi otettava kunkin tapauksen ja kyseisen teollisoikeuden erityispiirteet huomioon sekä tarvittaessa loukkauksen tahallinen tai tahaton luonne.

Direktiivistä huolimatta kansalliset prosessuaaliset käytännöt voivat kuitenkin vaihdella ja ristiriidat EU:n jäsenvaltioiden eri tuomioistuinten päätösten välillä eivät siten ole

¹⁸⁵ *Ibid.* kohdat 107-108

¹⁸⁶ *Mylly* kuitenkin huomauttaa, ettei oikeuden väärinkäytön kiellon soveltamisella immateriaalioikeuksiin tulisi kuitenkaan kokonaan korvata kilpailuoikeuden soveltamista. Ks. *Mylly* 2009, s. 390

¹⁸⁷ *Mylly* 2009, s. 387-392

¹⁸⁸ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/48/EY, annettu 29 päivänä huhtikuuta 2004, teollis- ja tekijänoikeuksien noudattamisen varmistamisesta. EUVL L 157, 30.4.2004, s. 45-86.

epätavallisia. Nämä käytänteet vaihtelevat erityisesti väliaikaisen kielletuomion määräämisen edellytysten osalta, mutta useimmissa tapauksissa tuomioistuimet eivät myönnä edes väliaikaista kielletuomiota FRAND-sitoumusten piiriin kuuluvien patenttien loukkauksen perusteella, mikäli lisenssiin pyrkivä taho osoittaa todellista pyrkimystä lisenssisopimuksen solmimiseksi FRAND-ehdoin. Tämä pätee etenkin tilanteisiin, joissa lisenssineuvottelut eivät ole täysin päättyneet ja lisenssiin pyrkivä esittää joko itse FRAND-ehtojen mukaiseksi katsottavaa korvausta tai hyväksyy tuomioistuimen esityksen. Pysyvän kielletuomion määräämistä essentiaalipatentin loukkauksen perusteella voidaan pitää vieläkin epätodennäköisempänä, sillä FRAND-sitoumukseen vetoaminen on yleensä katsottavissa sellaiseksi kilpailuoikeudelliseksi tai sopimusoikeudelliseksi puolustukseksi, jonka tuomioistuimet ottavat huomioon pysyvän kielletuomion edellytyksiä arvioidessaan. Myös korvausten määrittelyä koskevat käytännöt vaihtelevat, mutta yleensä tuomioistuimet ottavat FRAND-sitoumuksen huomioon patentinloukkauksen perusteella määrättäviä korvauksia arvioidessaan.¹⁸⁹

Tarkastellessaan Googlen kannustimia markkinoiden sulkemiseen komissio totesi, että vaikka FRAND-sitoumus voikin rajoittaa patentinhaltijan kannustimia, ei sitä voida pitää takuuna siitä, ettei patentinhaltija voisi estää tehokkaan kilpailun toteutumista. Viime kädessä tuomioistuimet toimivat asiassa päätöksentekijöinä: Patentinhaltija voi ensinnäkin milloin tahansa uhata kielletuomion hakemisella. Toisekseen, kansallisista prosessuaalisista seikoista riippuen asiasta päättävällä tuomioistuimilla ei aina ole mahdollisuutta ottaa FRAND-sitoumusta huomioon riittävällä tavalla kielletuomion tai väliaikaisen kielletuomion edellytyksiä harkitessaan.¹⁹⁰ Lisäksi komissio huomautti, että kielletuomion opportunistiseen hyödyntämiseen liittyviä kannustimia heikentää erityisesti kyseisestä toiminnasta mahdollisesti aiheutuva kilpailuoikeudellinen arviointi 102 artiklan perusteella.¹⁹¹

¹⁸⁹ Camesasca et al. 2013, s.291-295

¹⁹⁰ Case No COMP/M.6381 – Google/Motorola Mobility, kohdat 57, 105, 113

¹⁹¹ *Ibid.* kohta 132. Komissio oli jo tuolloin käynnistänyt tutkimukset SEUT 102 artiklan perusteella essentiaalipatenttien väärinkäytöstä Samsungia vastaan.

4. Essentiaalipatentit ja FRAND-sitoumukset: perusteet kilpailuoikeuden soveltamiselle

4.1 Immateriaalioikeuden ja kilpailuoikeuden rajapinta: SEUT 102 artikla

Sisämarkkinoille soveltumatonta ja kiellettyä on yhden tai useamman yrityksen määräävän aseman väärinkäyttö sisämarkkinoilla tai niiden merkittävällä osalla, jos se on omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.

Tällaista väärinkäyttöä voi olla erityisesti:

- a) kohtuuttomien osto- tai myyntihintojen taikka muiden kohtuuttomien kauppaehtojen suora tai välillinen määrääminen;
- b) tuotannon, markkinoiden tai teknisen kehityksen rajoittaminen kuluttajien vahingoksi;
- c) erilaisten ehtojen soveltaminen eri kauppakumppaneiden samankaltaisiin suorituksiin kauppakumppaneita epäedulliseen kilpailuasemaan asettavalla tavalla;
- d) sen asettaminen sopimuksen syntymisen edellytykseksi, että sopimuspuoli hyväksyy lisäsuoritukset, joilla niiden luonteen vuoksi tai kauppatavan mukaan ei ole yhteyttä sopimuksen kohteeseen. **(SEUT 102 artikla)**

Immateriaalioikeuksiin ja määräävän aseman väärinkäyttöön liittyvät kysymykset ovat lisääntyneet voimakkaasti viimeisten vuosikymmenten teknologisen kehityksen seurauksena.¹⁹² Uudessa taloudessa yritykset toimivat läheisessä yhteistyössä keskenään ja kuluttajien hyöty kasvaa hyödykkeiden yhteiskäyttömahdollisuuksien lisääntyessä. Verkostovaikutuksilla on keskeinen merkitys, sillä yritysten on joko itse laajennettava käyttäjäkuntaansa tai tehtävä tuotteesta yhteensopiva kilpailevien tuotteiden kanssa. Samalla voi syntyä tilanteita, joissa immateriaalioikeuden lisensointi on välttämätöntä liitännäisten tai kilpailevien markkinoiden kannalta.¹⁹³ Määräävässä asemassa olevan yrityksen strategisena pyrkimyksenä voi kuitenkin olla muiden yritysten markkinoille tulon vaikeuttaminen lisensoinnista kieltäytymällä.¹⁹⁴ *Uotilan* mukaan patentin käytön ongelmallisuus määräävän aseman kannalta piilee juuri tilanteissa, joissa patentti muodostaa vahvan teknisen position tuotannonalalla ja patentinhaltija käyttää väärin teknistä erityisasemaansa ylittäen samalla objektiivisen suojantarpeensa kilpailulta.¹⁹⁵

¹⁹² Alkio & Wik 2009, s.448

¹⁹³ Kuoppamäki 2003, s. 832

¹⁹⁴ Leivo et al. 2012, s.109

¹⁹⁵ Uotila 2009, s. 146

Uuden talouden alalla uusi tieto ja teknologinen kehitys rapauttavat kilpailuedun yleensä varsin nopeasti.¹⁹⁶ Toisaalta nimenomaan standardointi ja verkostovaikutukset muuttavat aiemmin dynaamisia markkinarakenteita jäykemmiksi¹⁹⁷ ja johtavat usein siihen, että kilpailijat eivät voi kiertää standardiin sisältyviä patenteja eivätkä toisaalta kehittää vaihtoehtoisia kilpailevia standardeja.¹⁹⁸ Yksittäisen yrityksen kannalta standardin käytön estämiseen johtaisi siten helposti markkinoilta poistumiseen.¹⁹⁹ Ulkoisesta markkinahäiriöstä, ts. standardoinnista, johtuen markkinoiden itseohjautuvuus ei tällöin toimi. *Drexl* esittääkin, että kilpailuoikeuden tulisi suojata dynaamista kilpailua lisensointivelvollisuuden keinoin tällaisissa tilanteissa, joissa kilpailu korvaavien keksintöjen tai innovaatioiden avulla (*competition by substitution*) ei ole mahdollista.²⁰⁰ *Mylly* huomauttaa, että käytännössä tämä tarkoittaisi pakkolisansointikäsitteen huomattavaa laajentamista.²⁰¹ Kilpailuoikeuteen ei lähtökohtaisesti sisälly velvollisuutta lisensoida immateriaalioikeuksia muille.²⁰²

Oikeudenhaltijan kieltäytyminen luovuttamasta immateriaalioikeudella suojattua tietoa saattaa kuitenkin tietyissä tilanteissa johtaa määräävän aseman väärinkäyttöön. Tätä ns. kilpailuoikeudellista pakkolisansointia leimaa voimakkaasti tapauskohtainen harkinta.²⁰³ Kysymys velvollisuudesta luovuttaa informaatiota on vaikea, sillä kyse on yrityksen omalla kehitystyöllään hankkimasta kilpailuedusta. Verkostovaikutus lisää markkinavoiman kumuloitumista ja kilpailua käydäänkin yhä enemmän markkinoista, eikä vain markkinoilla. Kehitystyön kustannukset ovat suuret ja jälkeempäin arvioiden velvollisuutta on helpompi perustella, vaikka voittajalle tulisi suoda alkuinvestointien riskejä vastaavat korkeat voitot.²⁰⁴

Etenkin vanhemmassa oikeuskäytännössä²⁰⁵ Unionin tuomioistuimet ovat tehneet eron immateriaalioikeuden olemassaolon ja käytön välillä. Patenttioikeuden ydinsisältöön on katsottu kuuluvan 1) yksinoikeus käyttää keksintöä ja valmistaa teollisesti siihen

¹⁹⁶ Kuoppamäki, 2013, s.277

¹⁹⁷ Mylly 2002, s. 396

¹⁹⁸ *Ibid.* s. 391

¹⁹⁹ *Ibid.* s.392

²⁰⁰ Ks. lisää *Drexl* 2008

²⁰¹ Mylly 2009, s. 540

²⁰² Uotila 2009

²⁰³ Alkio & Wik 2009, s. 448

²⁰⁴ Kuoppamäki 2003, s. 833-835

²⁰⁵ Ks. Asia 238/87. AB Volvo vastaan Erik Veng (UK) Ltd. High Court of Justice, Chancery Division, Patents Courtin esittämä ennakkoratkaisupyyntö. 5.10.1988.

perustuvaa tuotetta 2) oikeus saattaa kyseinen tuote ensimmäisen kerran kaupalliseen vaihdantaan sekä 3) oikeus saattaa yksinoikeuden loukkaajat oikeudelliseen vastuuseen ja saada kielto tuomio heitä vastaan. Näiden oikeuksien käyttöä ei lähtökohtaisesti voida pitää 102 artiklan vastaisena, sillä patentinhaltijalla on yksinoikeutensa perusteella oikeus pidättäytyä sopimusten tekemisestä tai päättää sopimuksen ehdoista.²⁰⁶ Käytännössä immateriaalioikeuksien olemassaoloa ja kielto-oikeuden käyttämistä joudutaan pohtimaan kilpailuoikeuden kannalta erityisesti tekniseltä suoja-alaltaan liian laajojen patenttien osalta. *Uotila* kuitenkin epäilee tämän jaon immateriaalioikeuden olemassaoloon ja kielto-oikeuden käyttämiseen johtavan jossain määrin tarpeettomaan instituutioiden väliseen vastakkainasetteluun.²⁰⁷

Aiemmista tapauksista poiketen EY:n tuomioistuin katsoi *Magill*-tapauksessa olevan kyse ns. poikkeuksellisista olosuhteista (*exceptional circumstances*), jolloin väärinkäytön edellytysten voitiin katsoa täyttyvän. Kyseisessä tapauksessa väärinkäytön kriteereiksi määriteltiin seuraavat: 1) lisensoinnista kieltäytyminen estää uuden kulutuskysyntää omaavan tuotteen markkinoille tulon, 2) kieltäytyminen on perusteeton sekä 3) kilpailu poistuu täysin johdannaisilta markkinoilta. Myöhemmin tuomioistuin on viitannut *Magill*-tapaukseen lisensointivelvoitteen asettamista koskevien tapausten yhteydessä (mm. *Bronner*,²⁰⁸ ja *IMS-Health*²⁰⁹). *IMS-Healthin* voidaan katsoa laajentaneen *Magill*-tuomion soveltamisalaa, sillä sen perusteella on riittävä, että voidaan erottaa kaksi eri tuotantovaihetta siten, että tuotantoketjun alkupään tuote on välttämätön loppupään tuotteen toimittamiseksi.²¹⁰

Microsoft-tapaus²¹¹ laajensi edelleen kilpailuoikeuden merkitystä immateriaalioikeuden soveltamisen suhteen.²¹² Komissio katsoi Microsoftin kieltäytyneen toimituksesta 102 artiklan vastaisesti sen kieltäytyttyä toimittamasta kilpailijalle yhteensopivuustietoja, joilla kilpailijan käyttöjärjestelmät olisivat kommunikoineet Microsoftin

²⁰⁶ Uotila 2009, s. 161-167

²⁰⁷ *Ibid.* s. 216

²⁰⁸ Asia C-7/97. Oscar Bronner GmbH & Co. KG vastaan Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG ja Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG. 26.11.1998. (Bronner)

²⁰⁹ Asia C-418/01. IMS Health GmbH & Co. OHG vastaan NDC Health GmbH & Co. KG. 29.4.2004 (IMS Health)

²¹⁰ Myös Leivo et al. 2012 s. 458-459

²¹¹ Asia T-201/04. Microsoft Corp. vastaan Euroopan yhteisöjen komissio. 17.9.2007

²¹² Alkio & Wik, s.460

käyttöjärjestelmällä varustettujen tietokoneiden kanssa. Komissio määräsi Microsoftin toimittamaan rajapintatietoja syrjimättömin ja kohtuullisin ehdoin (RAND terms, reasonable and non-discriminatory). EU:n yleinen tuomioistuin pysytti komission päätöksen ja totesi että tuotantopanosten objektiivinen välttämättömyys ei edellytä sitä, että kaikki kilpailu poistuisi ilman lisensointia. Microsoftin menettely rajoitti teknistä kehitystä ja näin ollen uuden tuotteen markkinoille pääsy estyi.²¹³

Toimituksesta kieltäytyminen määräävän aseman laajentamisena toisille markkinoille on käsitteellisesti erotettavissa essential facility –opista. Opin voidaan katsoa kuvastavan ajatusta siitä, että jotkut yksityisen omistuksen piirissä olevat resurssit ovat toimivan kilpailun kannalta niin olennaisia, että kilpailijoille on mahdollistettava pääsy kyseisiin resursseihin syrjimättömin ehdoin tehokkaan kilpailun varmistamiseksi.²¹⁴ Opin kiistanalaisuus suhteessa immateriaalioikeuksiin johtuu osin immateriaalioikeuksiin liittyvien kannustinten dynaamisesta ulottuvuudesta²¹⁵ sekä toisaalta myös immateriaalioikeuksista lakiin perustuvana yksinoikeutena. Lisäksi esimerkiksi *Kuoppamäki* argumentoi, ettei immateriaalioikeuksia koskevia tapauksia tarvitse luokitella essential facility –opin avulla, sillä esimerkiksi määräävä asema voidaan luontevammin perustaa yrityksen kilpailuetuihin ja strategisesti keskeisen tiedon ja immateriaalioikeuksien hallintaan.²¹⁶

Standardointiprosessissa patentinhaltija luopuu yksinoikeudestaan standardissa hyödynnettävään teknologiaan.²¹⁷ Siten itsesääntelyyn ja FRAND-sitoumuksiin perustuva standardointi voidaan nähdä vaihtoehtona kilpailuoikeudellisen sopimuksetekovelvollisuuden asettamiselle: nykyisen oikeuskäytännön valossa esimerkiksi *de facto* tai *de jure* standardin perusteella määräävässä asemassa olevalla patentinhaltijalla voi olla velvollisuus lisensoida nämä essentiaalipatenttinsa FRAND-ehdoin, vaikka patentinhaltija ei olisikaan antanut kyseistä sitoumusta. *Zhangin* mielestä tätä pakkolisensoinnin lähestymistapaa tulisi kuitenkin soveltaa standardointiin vain poikkeuksellisissa olosuhteissa, sillä koko itsesääntelyllinen järjestelmä muuttuisi muutoin hyödyttömäksi. Vapaaehtoisesti annettujen FRAND-sitoumusten voidaan katsoa

²¹³ Leivo et al. s.832-836, Alkio & Wik 2008, s. 460-465

²¹⁴ Mylly 2009, s. 502, Mylly 2002, s.359

²¹⁵ Aine 2011, s. 366

²¹⁶ Kuoppamäki 2003, s. 832 ja 846

²¹⁷ Alkio & Wik 2009, s.447

luovan paremman tasapainon patentinhaltijoiden ja standardia hyödyntävien välille. Lisenssiin pyrkivän ei tällöin myöskään tarvitse esittää 102 artiklan mukaisten perusteiden olemassaoloa lisenssisopimuksen solmimiseksi.²¹⁸

4.2 Perusteet kilpailuoikeuden soveltamiselle

Vaikka FRAND-sitoumuksia tarkasteltaisiin puhtaasti yksityisoikeudellisena järjestelynä, ei se tarkoita sitä, etteikö kilpailuoikeutta voitaisi soveltaa joko essentiaalipatentin käyttöön markkinoilla tai varsinaiseen lisenssisopimukseen.

Kilpailuoikeuden soveltuminen immateriaalioikeudelliseen sopimussuhteeseen johtuu perusteiltaan siitä, että immateriaalioikeudet ovat kilpailukeinoja, joita käytetään markkinoilla niiden toimintaan merkittävästi vaikuttavalla tavalla.²¹⁹ Lisensoinnista koituvien tehokkuusetujen saavuttamiseksi teknologian lisensoinnin arviointi 101 artiklan nojalla on luotu joustavaksi ja lisensoinnin dynaamiset puolet huomioon ottavaksi järjestelmäksi.²²⁰ Komissio julkisti keväällä 2014 uuden teknologiansiirtoa koskevan ryhmäpoikkeusasetuksen sekä siihen teknologiansiirtoa koskevat suuntaviivat.²²¹ Suuntaviivat antanut ohjeistusta siitä, miten erilaisia lisensointiehtoja tulee arvioida sekä miten lisensointisopimusten kilpailua rajoittavia vaikutuksia arvioidaan 101 artiklan perusteella. Komission mukaan arvioinnissa on otettava huomioon teknologian kehitystyöhön liittyvät merkittävät investoinnit ja riskit: jotta dynaaminen kilpailu ei heikentyisi ja kehitystyöhön liittyvät kannustimet säilyisivät, tulisi innovaatioiden kehittäjillä olla komission mahdollisuus vapaasti pyrkiä asianmukaiseen korvaukseen.²²²

101 artiklan nojalla tehtävän arvioinnin lisäksi kilpailumyönteinen sopimusten tulkinta on noussut korostuneesti esiin lisenssisopimusten oikeudellisessa tulkinnassa. Se merkitsee erityisesti sitä, että sopimusoikeudellisessa tarkastelussa ei yleistä intressiä

²¹⁸ Zhang 2012, s. 232-234

²¹⁹ Oesch 2007, s. 81

²²⁰ Teknologiansiirtoa koskevat suuntaviivat, kohta 9

²²¹ Komission asetus (EU) N:o 316/2014, annettu 21 päivänä maaliskuuta 2014, Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklan 3 kohdan soveltamisesta teknologiansiirtosopimusten ryhmiin.; Komission Tiedonanto – Suuntaviivat Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklan soveltamisesta teknologiansiirtosopimuksiin.

²²² Teknologiansiirtoa koskevat suuntaviivat, kohta 9

voida unohtaa. Toisaalta esimerkiksi sopimusjärjestelyn kohtuullisuutta ei kilpailuoikeudessa katsota osapuolten välillä, vaan asianosaissuhdetta laajemman perspektiivin avulla.²²³ 101 artiklan perusteella kielletyiksi katsottavat sopimukset ovat mitättömiä. Tämä voi merkitä myös sopimuksen yksittäisten ehtojen mitättömyyttä ja sopimus jää usein muilta kuin kilpailua rajoittavilta osin voimaan.²²⁴

101 artiklan ensisijainen tavoite on puuttua yritysten väliseen yhteistyöhön, kun taas 102 artiklan tavoite on puuttua määräävässä asemassa olevan yrityksen yksipuoliseen markkina-aseman väärinkäyttöön.²²⁵ Lisäksi 101 artikla edellyttää sopimuksen tai muun vastaavan järjestelyn olemassaoloa, kun taas 102 artiklaa voidaan soveltaa tilanteisiin, joissa sopimusta ei vielä ole, mutta siihen kuitenkin pyritään. Tällaisia tilanteita voivat olla esimerkiksi sopimuksesta kieltäytyminen tai lisensoinnista kieltäytyminen sekä toimituskielto yleisemminkin.²²⁶

Immateriaalioikeuden käytötapa vaikuttaa pitkälti siihen, arvioidaanko toimintaa kilpailuoikeuden kannalta hyväksyttävä vai tuomittavana. Kilpailuoikeudellisen intervention edellytykset riippuvat toiminnan vaikutuksista kuluttajien hyvinvointiin ja kilpailuprosessin toimintaan: kilpailuoikeuden perusteella puututaan tilanteisiin, joiden seurauksena hyödykkeiden hinnat nousevat kuluttajien edun vastaisesti tai toisten elinkeinonharjoittajien markkinoille pääsy rajoitetaan tai estetään keinotekoisesti.²²⁷ Siten immateriaalioikeuksien käyttö tai niiden lisensointi voi johtaa kilpailuoikeudellisiin toimenpiteisiin, kuten komissio teknologiansiirtosopimuksia koskevissa suuntaviivoissaan toteaaakin:

Vaikka immateriaalioikeuksia koskevassa lainsäädännössä myönnetään yksinomaiset käyttöoikeudet, se ei merkitse sitä, ettei kilpailulainsäädäntöä voitaisi soveltaa immateriaalioikeuksiin. Etenkin 101 ja 102 artiklaa voidaan soveltaa sopimukseen, joissa lisenssinhaltija myöntää toiselle yritykselle luvan hyödyntää immateriaalioikeuksiaan. Se ei myöskään merkitse sitä, että immateriaalioikeudet olisivat ristiriidassa unionin kilpailusääntöjen kanssa.²²⁸

²²³ Oesch 2007, s.81-92

²²⁴ *Ibid.* s. 88

²²⁵ Alkio & Wik 2009, s. 322

²²⁶ Oesch 2007, s. 85

²²⁷ Kuoppamäki 2003, s. 839-840

²²⁸ Teknologiansiirtoa koskevat suuntaviivat, yleiset periaatteet, kohta 7

Kilpailuoikeuden kannalta FRAND-sitoumuksen antaneen patentinhaltijan mahdollisuutta kieltotuomioon ja etenkin kieltotuomion strategisen käytön arviointia voidaan pitää siinä mielessä mielenkiintoisena, ettei suoraan soveltuvaa aiempaa oikeuskäytäntöä ole.²²⁹ SEUT 102 kieltää määrävän aseman väärinkäytön, mutta yksittäisen toimenpiteen tai toiminnan katsominen väärinkäytöksi jää pitkälti kilpailuviranomaisten ja tuomioistuinten harkinnan varaan. Jokseenkin tulkinnanvaraisena voidaan pitää sitä, milloin patentinhaltijan toimintaa tulisi arvioida lisensoinnista kieltäytymisen muotona. Immateriaalioikeuksia koskevaan pakkolisensointiin verrattuna kyse on pikemminkin tulkinnallisesta lisensoinnista kieltäytymisestä. FRAND-sitoumusten osalta *Zhang* huomauttaa, että tuomioistuinten ja kilpailuviranomaisten tulkinnoilla on vaikutusta patentinhaltijan kannustimiin, eikä sitoumuksia tulisi tulkita niin, että FRAND-sitoumuksen annettuaan patentinhaltija menettää oikeutensa hakea kieltotuomiota.²³⁰ Toisaalta kilpailuoikeus ei voi olla sidottu standardointiyhteistyön itsesääntelylliseen asemaan. *Mylly* toteaaakin, että kieltotuomion hakeminen rojalteista sopimisen sijaan voi tietyissä tilanteissa olla perusteltua tulkita määrävän aseman väärinkäytöksi, vaikka se olisi patenttioikeuden perusteella sallittua.²³¹

Kirjallisuudessa on myös kritisoitu seuraavien olettamien varaan perustuvaa päätelmäketjua: 1) essentiaalipatentin haltija on määrävässä asemassa, sillä lisensoijalla ei voi hyödyntää vaihtoehtoista teknologiaa essentiaalipatenttien asemasta, 2) kieltotuomion hakeminen on tulkittavissa lisensoinnista kieltäytymiseksi, 3) tällainen toiminta on kilpailua rajoittavaa, sillä essentiaalipatentit ovat välttämättömiä, jotta yritys voisi kilpailla lopputuotteen markkinoilla sekä 4) patentinhaltijalla ei voi olla objektiivisia perusteita, sillä tämä on antanut FRAND-sitoumuksen.²³²

Vuonna 2012 komissio käynnisti useita tutkimuksia matkapuhelinalan valmistajien toiminnasta essentiaalipatenttien käyttöön liittyen. Tutkimustensa perusteella komissio lähetti joulukuussa 2012 *Samsungille* väitetiedoksiannon, jossa se alustavasti katsoi yrityksen syyllistyneen määrävän markkina-aseman väärinkäyttöön. Kyseinen tapaus liittyi ETSI:n 3G UMTS standardin essentiaalipatentteihin, joita koskien Samsung oli

²²⁹ Komission lehdistötiedote 29.4.2014. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-489_en.htm

²³⁰ Zhang 2012, s.249

²³¹ Mylly 2009, s. 605

²³² Camesasca et al. 2013, s. 287-287

aiemmin antanut FRAND-sitoumuksen. Tästä huolimatta Samsung haki vuonna 2011 kieltotuomiota Applea vastaan useissa eri jäsenvaltioissa kyseisten patenttien perusteella, vaikka Apple oli ilmaissut halukkuutensa ryhtyä lisenssineuvotteluihin.²³³ Toukokuussa 2013 komissio lähetti vastaavasti väitetiedoksiannon myös Motorolalle ETSI GPRS – standardiin liittyvien patenttien väärinkäytön perusteella. Motorola oli hakenut kieltotuomion täytäntöönpanoa Applea vastaan Saksassa, vaikka Apple oli lisenssineuvotteluiden kariuduttua ilmoittanut suostuvansa rojaltilmaksujen määrittelyyn kansallisen tuomioistuimen toimesta.²³⁴

“To repeat and to put it very simply, I believe that injunctions should not be available when there is a willing licensee.

Ideally, this principle should be implemented by the standard-setting organisations themselves. But since that is not happening, I am willing to provide clarity to the market through competition enforcement.”

Katkelma Joaquín Almunian puheesta, IP Summit 2013 (9.12.2013)²³⁵

Komission 102 artiklan perusteella käynnistämien tutkimuksen voidaankin katsoa kuvastavan tarvetta ennakkotapauksen luomiseen essentiaalipatenttien käytöstä erityisesti osana matkapuhelinalan valmistajien välistä patenttisotaa. Komissio totesi kilpailupoliittisessa kertomuksessaan kyseisten toimenpiteiden yhdeksi tavoitteeksi tuoda selvyyttä toimialalle. Samalla komissio myös ilmaisi, että vaikutuksiin on tärkeä puuttua riittävän aikaisessa vaiheessa erityisesti nopeasti kehittyvän ja etenevän digitaalitalouden alalla.²³⁶ Seuraavassa luvussa tarkastelen FRAND-sitoumusten piiriin kuuluvaa patenttia koskevan kieltotuomion käytön arviointia SEUT 102 artiklan kieltämänä määräävän aseman väärinkäyttönä. Luku on yhdistelmä komission omaksuman linjan tarkastelua, vertailua nykyiseen oikeustilaan sekä kirjallisuudessa esitettyjen näkemysten esittelyä. Lisäksi tarkastelen FRAND-sitoumuksia ja kieltotuomion käyttöä erityisesti kilpailuoikeuden kantavat periaatteet huomioon ottaen.

²³³ Komission lehdistötiedote 21.12.2012 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1448_en.htm

²³⁴ Komission lehdistötiedote 6.5.2013 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-406_en.htm

²³⁵ Joaquín Almunian puhe IP Summit 9.12.1013, Speech - Intellectual property and competition policy. http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-1042_en.htm

²³⁶ Komission kertomus - Kilpailupoliitikkaa koskeva kertomus 2012, s. 12

5 FRAND-sitoumukset ja kieltotuomio: essentiaalipatentin väärinkäyttö?

5.1 Määräävän aseman toteaminen

SEUT 102 artiklan soveltaminen edellyttää määräävän aseman toteamista. Määräävä asema on perinteisesti määritelty yrityksen kyvyksi toimia kilpailusta riippumattomasti ilman, että sille aiheutuu siitä taloudellista haittaa. Määräävän aseman toteamisen on EU:n tuomioistuinkäytännön perusteella katsottu edellyttävän ensin relevanttien markkinoiden määrittämistä²³⁷ ja tämän jälkeen kilpailutilanteen arviointia kyseisillä markkinoilla. Suurikaan osuus relevanteilla markkinoilla ei yksin riitä osoittamaan, onko yrityksellä mahdollisuus käyttää markkinavoimaa.²³⁸ Määräävästä asemasta voidaan puhua silloin kun yrityksellä on huomattavasti markkinavoimaa.²³⁹ Markkinavoimassa voidaan siten katsoa olevan kyse ”liukuvasta skaalasta” täydellisen kilpailun ja monopoliaseman välillä.²⁴⁰

Immateriaalioikeuden tuottama yksinoikeus on yleensä siinä määrin rajallinen, ettei se luo haltijalleen kilpailuhaitan aikaansaamiseen tarvittavaa markkinavoimaa.²⁴¹ *Kuoppamäen* mukaan ratkaisevaa on immateriaalioikeuden suhteellinen merkitys verrattuna muihin immateriaalioikeuksiin samoilla relevanteilla markkinoilla ja erityisesti immateriaalioikeuden takana olevat omaisuusarvot: ainoastaan kuluttajien tarpeiden ja kilpailijoiden toimintaedellytysten kannalta hyvin keskeinen immateriaalioikeus voi mahdollistaa markkinoiden hallinnan.²⁴²

Yleisesti ottaen immateriaalioikeuden luoma markkinavoima ei ole seurausta immateriaalioikeudesta *per se*, vaan markkinavoimaan vaikuttaa ennen kaikkea vaihtoehtoisten teknologioiden olemassaolo.²⁴³ Siksi standardointi voi luoda patentille sellaista markkinavoimaa, mitä sillä ei aiemmin ollut.²⁴⁴ Yleisesti ottaen essentiaalipatentin

²³⁷ Markkinamäärittelyä koskevassa tiedonannossaan komissio toteaa, että ”markkinoiden määrittäminen tarkoittaa periaatteessa sitä, että tunnustetaan asianosaisten yritysten asiakkaiden kannalta todelliset vaihtoehtoiset toimituslähteet sekä tuotteiden tai palveluiden että tavarantoimittajien maantieteellisen sijainnin osalta”. Ks. lisää Komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta.

²³⁸ Leivo et al. 2012, s.58

²³⁹ *Ibid.* s.693-697

²⁴⁰ Leivo et al. 2012, s. 697

²⁴¹ Kuoppamäki 2012, s. 246

²⁴² Kuoppamäki 2003. 832.

²⁴³ Zhang 2012, s.181

²⁴⁴ Rahnasto 2003, s. 187

markkinavoimaan vaikuttavat standardin vakiintuminen ja yleinen merkitys sekä tähän liittyvät julkisen vallan toimenpiteet, essentiaalipatentin vahvuus ja laajuus sekä erilaiset sitovat lisensointivelvollisuudet.²⁴⁵ Horisontaalista yhteistyötä koskevissa suuntaviivoissa komissio kuitenkin painotti, ettei oletusta standardoinnin luomasta markkinavoimasta voida tehdä, vaan markkinavoimaa koskevaa kysymystä voidaan arvioida vain tapauskohtaisesti.²⁴⁶

Essentiaalipatenttien väärinkäyttöön liittyvissä tutkimuksissaan komissio ei ole tarkemmin ilmaissut sitä, mihin se on mihin se on perustanut toteamuksen määräävästä asemasta.²⁴⁷ Kyseisen alan kilpailuongelmiin keskittyvä, Googlen ja Motorolan yrityskaupan yhteydessä suoritettu markkinamäärittely on siksi herättänyt epätietoisuutta siitä, voiko tällaisen patentin hallinta yhdessä sitä koskevan FRAND-sitoumuksen kanssa luoda olettamuksen määräävästä asemasta.²⁴⁸ On kuitenkin huomattava, että yrityskauppavalvonnan yhteydessä suoritettu markkinoiden määrittely voi poiketa 102 artiklan perusteella tapahtuvasta, sillä määrittely riippuu kulloinkin vallitsevista olosuhteista, sovellettavasta säännöstä sekä siitä, mistä näkökulmasta markkinavoimaa kyseisessä tapauksessa arvioidaan.²⁴⁹

COMP/38.636 (Rambus): Komissio määritteli 102 artiklan perusteella suoritetuissa tutkimuksissaan relevanteiksi tuotemarkkinoiksi DRAM-rajapintaa koskevat lisensointimarkkinat. DRAM-sirut olivat käytössä lähes kaikissa tietokoneissa ja yhteensopivuutta JEDEC standardien kanssa voitiin pitää taloudellisesti välttämättömänä DRAM-sirujen myynnin kannalta. Tämän lisäksi komissio kiinnitti huomiota toimialan lukkiutumiseen sekä siihen, että standardin muuttaminen jälkikäteen on käytännössä mahdotonta.

Essentiaalipatenttien suhde määräävään aseman käsitteeseen riippuu pitkälti markkinamäärittelystä: Koska standardintisopimuksella vahvistetaan tietty tekninen spesifikaatio, ei vaihtoehtoisia teknologioita ole, mikäli lähtökohdaksi asetetaan kyseisen standardin edellytysten täyttäminen. Jos SSNIP-testin avulla puolestaan verrataan

²⁴⁵ Mylly 2009, s. 587

²⁴⁶ Horisontaaliset suuntaviivat, kohta 269

²⁴⁷ Komission tutkimukset Samsungia ja Motorolaa vastaan, ks. luku 3.4

²⁴⁸ (ICC:n huomautukset komissiolle Samsungin ehdottamista sitoumuksista 18.11) Esimerkiksi hinnoitteluun perustuvan väärinkäytön markkinamäärittelyä esitettyä näkemyksenä ks. Geradin & Rato 2006, s. 38-43 Immateriaalioikeuksia koskevan markkinamäärittelyn ongelmallisuus 102 artiklan kannalta vertikaalisessa tuotantoketjussa ks. Heinemann 2008, s.58-59, teknologiamarkkinoiden määrittelystä erityisesti 101 artiklan perusteella ks. Teknologiansiirtoa koskevat suuntavat, kohta 26

²⁴⁹ Leivo et al. s. 60

vaihtoehtoisia standardeja ja teknologioita keskenään, voi markkinamäärittelyn lopputulos olla erilainen. Suppea markkinamäärittely luo helposti oletuksen määräävästä asemasta, mutta se voi sinänsä olla täysin perusteltu, sillä verkostovaikutusten, toimialan lukkiutumisen tai tehtyjen investointien perusteella lisenssisajalla ei välttämättä ole todellisia mahdollisuuksia hyödyntää vaihtoehtoisia teknologioita edes tällaisten teknologioiden olemassaolosta huolimatta.²⁵⁰

Asia 457/10 P (AstraZeneca): ”...vaikka pelkän immateriaalioikeuden hallinnan ei voida katsoa tarkoittavan sitä, että oikeuden haltija olisi määräävässä markkina-asemassa, se voi kuitenkin joissakin olosuhteissa merkitä määräävää asemaa, erityisesti antaessaan yritykselle mahdollisuuden estää toimivan kilpailun markkinoilla.”²⁵¹

Essentiaalipatentin markkinavoima on itsenäinen suhteessa patentinhaltijan asemaan liitännäisillä tuotemarkkinoilla,²⁵² ja kyse voi olla enemmän riippuvuussuhteesta kuin määräävästä asemasta laajemmilla markkinoilla. Toisaalta vaikka väärinkäytökset tapahtuvat teknologian lisensointimarkkinoilla, niin niiden vaikutukset ilmenevät tuotemarkkinoilla.²⁵³ Tällaista kahden yrityksen välistä riippuvuussuhdetta voidaan yleisemminkin pitää sopimus- ja kilpailuoikeuden rajapintaan sijoittuvana tyyppitapauksena, jossa vahvasta asemasta voi seurata vaikutuksia sekä yksittäiseen sopimussuhteeseen että markkinoiden toimintaan.²⁵⁴

Muiden yritysten riippuvuutta ja siten mahdollisuutta sulkea kilpailijoita markkinoilta voi toisaalta olla myös perusteltua tarkastella itsenäisenä markkinavoiman lähteenä, sillä teknologisten alustojen tai standardien hallinta luo valtaa teknologian kehitykseen ja standardista riippuvaisten yritysten toimintaan. Hinnoittelultaan perustuvan väärinkäytön arvioinnissa relevanttien markkinoiden määrittely on tarpeellista, mutta *Myllyn* mukaan tämä perinteinen metodi ei välttämättä ole riittävä ottamaan huomioon tilanteita, joissa kyse on yrityksen vallasta kontrolloida teknologiasta riippuvaisten yritysten taloudellisen toiminnan edellytyksiä. Tarkastelun keskiöön tulisikin tällöin

²⁵⁰ Ks. esim Zhang 2012, s. 183-184

²⁵¹ Ks. esim. Asia C-457/10 P. AstraZeneca AB ja AstraZeneca plc vastaan Euroopan komissio. 6.12.2012. erityisesti kohdat 183-187.

²⁵² Mylly 2009, s.

²⁵³ Farrell et al. 2007, s. 647

²⁵⁴ Aine 2011, s. 424

asettaa kilpailua rajoittavan toiminnan seuraukset ja vaikutukset. Määräävää asemaa ja sen väärinkäyttöä ei voi tässä mielessä tarkastella toisistaan erillisinä käsitteinä.²⁵⁵

5.2 SEUT 102 artikla ja kieltotuomio strategisena neuvotteluvoiman välineenä

Euroopan Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on erityinen velvollisuus olla rajoittamatta toimivaa ja vääristymätöntä kilpailua.²⁵⁶ Tästä erityisestä velvollisuudesta ei kuitenkaan voida johtaa velvollisuutta auttaa kilpailijoitaan, vaan toimimis- tai pidättäytymisvelvoite on perusteltava konkreettisemmin oikeusperusteeseen.²⁵⁷ Väärinkäyttö on siten erotettava normaalista kilpailukäyttäytymisestä.²⁵⁸ Määräävän aseman väärinkäyttönä pidetään ensinnäkin sellaista toimintaa, jolla yritys pyrkii heikentämään kilpailijoidensa mahdollisuuksia toimia markkinoilla tai sulkemaan ne kokonaan markkinoilta (exclusionary abuse). Lisäksi väärinkäytöksi katsotaan sellainen toiminta, jolla yritys määräävässä asemassa oleva pyrkii toimimaan mielivaltaisesti suhteessa asiakkaisiinsa (exploitative abuse) esimerkiksi perimällä kohtuuttoman korkeita hintoja tai syrjimällä asiakkaitaan.²⁵⁹ Markkinoita sulkeva menettely ei edellytä kyseisen tavoitteen saavuttamista vaan riittävää on, että määräävässä asemassa oleva yritys on laiminlyönyt erityisen velvollisuutensa.²⁶⁰

Joissain tilanteissa määräävässä asemassa olevan yrityksen erityinen velvollisuus voi ulottua myös sellaiseen menettelyyn, jossa se vetoaa oikeuksiinsa oikeusjärjestelmän kautta. Kyse voi olla esimerkiksi perusteettomista oikeudenkäynneistä, joilla yritys pyrkii vaikeuttamaan kilpailijoidensa asemaa.²⁶¹ EU:n tuomioistuinkäytännön perusteella oikeusjärjestelmään vetoaminen voidaan tulkita määräävän aseman väärinkäytöksi vain erittäin poikkeuksellisissa olosuhteissa:

Asia T-111/96 ITT Promedia. EU:n yleinen tuomioistuin vahvisti komission kannan, jonka mukaan kanteen nostaminen voidaan katsoa väärinkäytöksi vain

²⁵⁵ Mylly 2009, s. 444-454

²⁵⁶ Asia 322/81. NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin vastaan Euroopan yhteisöjen komissio. 9.11.1983, kohta 57

²⁵⁷ Kuoppamäki 2003, s. 761

²⁵⁸ Alkio & Wik 2009, s.309

²⁵⁹ *Ibid.*, s.309

²⁶⁰ Leivo et al. s. 770

²⁶¹ *Ibid.* s. 2012 848-849

täysin poikkeuksellisissa olosuhteissa. Ainoastaan silloin, kun a) kanteen nostamisen tarkoituksena ei kohtuudella voida pitää yrityksen oikeuksien toteuttamista ja b) jota on pidettävä osana kilpailun eliminoimiseen tähtäävää suunnitelmaa, voidaan määrävässä asemassa olevan yrityksen toimintaa luonnehtia väärinkäytöksi.²⁶²

Oikeutta tuomioistuinkäsittelyyn voidaan jo itsessään pitää perustavaa laatua oleva oikeutena, ja erityisesti patentinhaltijan kannalta korostuu omaisuudensuojaa koskeva oikeus eli mahdollisuus saada oikeudenloukkaajat vastuuseen sekä estää oikeudettoman käytön jatkaminen. Loukkaajan kannalta perusteeton markkinoilta sulkeutuminen kohdistuu elinkeinovapauteen sitä rajoittaen. Oikeuskäytännön perusteella omaisuudensuojalle ei voida antaa absoluuttista suojaa, vaan se on tasapainotettava suhteessa muihin perusoikeuksiin, kuten elinkeinovapauteen.²⁶³

Oikeudenkäyntien tulkitsemista väärinkäytöksi voidaan pitää ongelmallisena erityisesti sellaisilla aloilla, joissa immateriaalioikeuksilla on tärkeä merkitys. *Kuoppamäen* mukaan tällaisen menettelyn katsomista väärinkäytöksi voidaan pitää perusteltuna silloin, kun kyseessä on selvästi kilpailijan poissulkemiseen tähtäävä toiminta.²⁶⁴ Jokseenkin tulkinnanvaraisena voidaan pitää kysymystä siitä, millaisena väärinkäytön muotona tulisi essentiaalipatenttia koskevan kieltotuomion strategista hyödyntämistä arvioida: esimerkiksi komission Googlen ja Motorolan yrityskauppaa koskevassa arvioinnissa mainitsemien kilpailuongelmien osalta *Petit* huomauttaa, että kieltotuomion käytössä neuvotteluvoiman välineenä parempien lisensointiehtojen saavuttamiseksi ei ole kyse tällaisesta kilpailijan poissulkemiseen tähtäävästä toiminnasta eikä toiminta myöskään siten täytä asiassa *ITT Promenedia* asetettuja edellytyksiä toiminnan arvioimiseksi SEUT 102 artiklan kieltämänä väärinkäyttönä.²⁶⁵

Kuoppamäen väitöskirjassaan esittämän strategisen tarkastelun lähtökohdista käsin relevanttia on sellainen markkinavoima, jonka turvin yritys voi joko itse toimia kilpailusta riippumattomasti tai estää kilpailijoita toimivasta kilpailullisella tavalla. Esimerkiksi kilpailijan kustannusten nostaminen edellyttää kilpailijan kannalta kriittisen resurssin hallitsemista. Siten markkinavoimaa ei tarvitse olla sen lopputuotteen markkinoilla, joilla

²⁶² Asia T-111/96 *ITT Promenedia NV v komissio*, annettu 17.17.1998. Kohdat 30 ja 60

²⁶³ C-70/10 *Scarlet Extended*, 24.10.2011, kappaleet 41-46. Ks. myös Case No COMP/M.6381 – *Google/Motorola Mobility*, alaviite 55, jossa komissio tarkastelee asiaa essentiaalipatentteja koskevan kieltotuomion kannalta.

²⁶⁴ *Kuoppamäki* 2003, s. 884

²⁶⁵ *Petit* 2013, s.684-689

etua tavoitellaan. Väärinkäytön arvioinnin kannalta on kuitenkin välttämätöntä tehdä erottelu haitallisen kilpailijan poissulkemisen ja hyödyllisen suorituskilpailun välillä.²⁶⁶ EU:n tuomioistuinkäytännössä on usein viitattu tähän laatukilpailun käsitteeseen. Asiassa T-321/05 Unionin ensimmäisen asteen tuomioistuin myös totesi, ettei väärinkäytön tarvitse perustua määräävän aseman antamaan taloudelliseen valtaan.²⁶⁷

Kohtuuttoman korkeita rojalteita tai muiden kohtuuttomien kauppaehtojen määrääminen voidaan katsoa itsenäiseksi SEUT 102 artiklan tarkoittamaksi väärinkäytöksi, mutta yleensä kilpailuviranomaiset ovat puuttuneet monopolihinnoitteluun lähinnä silloin, kun tarkoituksena on ollut tietyn kauppakumppanin syrjiminen ja markkinoilta sulkeminen tavalla, jota itseään voidaan pitää toimituksesta tai sopimuksesta kieltäytymisenä.²⁶⁸ Horisontaalisissa suuntaviivoissa komissio on jättänyt avoimeksi sen, mihin tasoon FRAND-sitoumuksen mukainen kohtuullinen korvaus tulisi sitoa, mutta painottanut samalla osapuolten omaa vastuuta.²⁶⁹ Lisäksi 102 artiklan perusteella tehdyn *Motorola*-päätöksen yhteydessä komissio ilmaisi, ettei se ota yleisesti kantaa rojaltekorvausten kohtuullisuuteen: kansalliset tuomioistuimet ja välitystuomioistuimet voivat itsenäisesti arvioida FRAND-tasoa koskevia riitoja ratkaistessaan. Komissio kuitenkin lisäsi, että kansalliset tuomioistuimet voivat tarvittaessa kysyä komissiolta ohjeistusta EU:n kilpailuoikeuden soveltuvuudesta ja tulkinnasta kyseiseen asiaan.²⁷⁰ Siten FRAND-sitoumusten mukaisen korvaustason määrittämisessä ei lähtökohtaisesti näytä olevan kyse kilpailuoikeudellisesta asiasta, mutta komissio näyttää kuitenkin painottaneen riidanratkaisukeinojen merkitystä, mikäli osapuolet eivät pääse keskinäiseen sopuun.

Kuten aiemmin on käynyt ilmi, määräävän aseman käsite riippuu pitkälti markkinamäärittelystä ja kyse on erityisesti siitä, kuinka paljon merkitystä asiakkaan riippuvuudelle annetaan. Esimerkiksi komission 102 artiklan perusteella käynnistämät tutkimukset liittyivät matkapuhelinalan avainstandardeihin. On kuitenkin muistettava, että määräävä asema ei itsessään ole kiellettyä tai syytös kyseistä yritystä kohtaan²⁷¹ eikä se tarkoita sitä, että kieltotuomion hakemista itsessään tarvitsisi tulkita lisensoinnista

²⁶⁶ Kuoppamäki 2003, s. 269-276

²⁶⁷ Asia T-321/05 AstraZeneca.1.7.2010. Kohta 354. Ks. myös Leivo et al. s.850-852

²⁶⁸ Kuoppamäki 2012, s. 246

²⁶⁹ Horisontaaliset suuntaviivat, kohta 288

²⁷⁰ Komission memo 29.4.2013 http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-322_en.htm

²⁷¹ Ks. Esim. asia C-457/10 P, kohta 188

kieltäytymiseksi. Tarkastelen seuraavassa lisensoinnista kieltäytymistä SEUT 102 artiklan kannalta sekä havainnoin aiheeseen liittyvää tulkinnallisuutta FRAND-sitoumuksiin perustuvan lisensoinnin kannalta.

5.3 Lisensoinnista kieltäytyminen ja SEUT 102 artiklan soveltuvuus

Toimituksesta kieltäytyminen on yksi markkinoiden sulkemiseen tähtäävän toiminnan muodoista. Se on usein luonteeltaan vertikaalista poissuljentaa, jossa vertikaalisesti integroitunut yritys voi toiminnallaan pyrkiä sulkemaan alamarkkinalla toimivan kilpailijansa kokonaan markkinoilta tai ainakin heikentämään sen kilpailuolosuhteita. Rakenteellisena tai tulkinnallisena kieltäytymisen muotona voidaan pitää esimerkiksi hintaruuvia, hintasyrjintää sekä sidontaa.²⁷² Tiedonannossaan 102 artiklan soveltamisesta markkinoita sulkevaan menettelyyn komissio määrittelee ensisijaisiksi täytäntöönpanotavoitteekseen puuttua sellaisiin toimituksesta kieltäytymiseen, joka 1) liittyy tuotteeseen, joka on objektiivisesti välttämätön, jotta yritys voisi kilpailla tehokkaasti lopputuotteen markkinoilla 2) kieltäytyminen johtaa todennäköisesti tehokkaan kilpailun loppumiseen tuotantoketjun loppupuun markkinoita ja 3) epäminen aiheuttaa todennäköisesti haittaa kuluttajille.²⁷³ Kieltäytyminen voi koskea jo olemassa olevia tai uusia asiakkaita ja liittyä immateriaalioikeuksia koskeviin käyttö lupiin esimerkiksi silloin kun se on välttämätöntä rajapintoja koskevien tietojen luovuttamiseksi sekä olennaiseen toimintoon tai verkostoon pääsyyn. Tulkinnallinen kieltäytyminen voi liittyä esimerkiksi tuotteen toimittamisen aiheettomaan viivytykseen tai kohtuuttomien ehtojen asettamista korvaukseksi toimituksesta.²⁷⁴

Toimituksesta kieltäytymisen katsominen väärinkäytöksi on todennäköisempää silloin, kun kyseessä on voimassaolevan toimitusjärjestelyn epäminen. Jos yritys on tehnyt kyseiseen sopimussuhteeseen liittyviä investointeja käyttääkseen evättyjä tuotantopanoksia, pitää komissio näitä tuotantopanoksia todennäköisemmin välttämättöminä. Lisäksi komissio katsoo, että mikäli olennaisen tuotantopanoksen toimittaja on aikaisemmin katsonut olevan etujensa mukaista toimittaa, ei

²⁷² Ks. esim. Leivo et al. 2012, s. 767-847

²⁷³ Komission tiedonanto 102 artiklan soveltamisesta markkinoiden sulkemiseen, kohta 81

²⁷⁴ *Ibid.* kohdat 78-79

tuotantopanosten toimittamiseen tällöin liity riskiä siitä, että omistaja saisi alkuperäisestä investoinnista riittämättömän korvauksen.²⁷⁵ Toimitusvelvoitteen asettamisen kannalta komissio asettaa lähtökohdaksi sen, että jokaisella yrityksellä on oikeus valita kauppakumppaninsa ja toimitusvelvoitteen asettaminen 102 artiklan perusteella edellyttää huolellista harkintaa, sillä velvoitteella voi olla heikentäviä vaikutuksia yrityksen investointikannustimiin.²⁷⁶ Komissio kuitenkin toteaa tiedonannossaan, että tietyissä tilanteissa voi olla selvää, ettei toimittamista koskevan velvoitteen määräämisellä voi olla kielteisiä vaikutuksia innovointikannustimiin tuotantoketjun alkupäässä. Tällainen tilanne on käsillä esimerkiksi silloin, kun toimittamisesta koskevasta velvoitteesta on jo säädetty lainsäädännössä ja tarpeellinen kannustinten arviointi on suoritettu tuota velvollisuutta määrättäessä.²⁷⁷

Määräävä asema antaa yritykselle tietyn mahdollisuuden vaikuttaa omalla asiakaspolitiikallaan siitä riippuvaisten yritysten kohtaloihin. Tällaiselta yritykseltä voidaan odottaa erityistä tasapuolisuusvelvollisuutta,²⁷⁸ sillä esimerkiksi syrjivä lisensoinnista kieltäytyminen asettaa syrjityn yrityksen heikompaan asemaan kuin ne, joille yritys jatkaa lisensointia.²⁷⁹ Hintasyrjinnän ei tarvitse kohdistua vain kilpailijoihin rajoittaakseen kilpailua, sillä vain ylämarkkinalla, kuten teknologian lisensointimarkkinoilla, toimivan yrityksen harjoittama hintasyrjintä voi vääristää kilpailua alamarkkinalla.²⁸⁰ asiassa T-301/04 Unionin ensimmäisen asteen tuomioistuimien totesi, että määräävässä asemassa oleva yritys ei voi ilman perusteltua syytä asettaa keinotekoisesti erisuuruisia hintoja, jotka voivat asettaa sen asiakkaat epäedulliseen tilanteeseen ja vääristää kilpailua.²⁸¹

Chapatten mukaan FRAND-sitoumus kuvastaa 102 artiklan kieltämiä väärinkäytön tilanteita erityisesti kohtuuttomien kauppaehtojen määräämisen sekä erilaisiin ehtoihin perustuvan syrjinnän osalta. FRAND-sitoumuksiin liittyvien ongelmatilanteiden johdosta näiden sitoumusten noudattamista tulisikin tarvittaessa edistää intervention keinoin

²⁷⁵ *Ibid.*, kohta 84

²⁷⁶ *Ibid.*, kohta 75

²⁷⁷ Komission tiedonanto 102 artiklan soveltamisesta markkinoiden sulkemiseen, kohta 82

²⁷⁸ Kuoppamäki 2012, s. 242

²⁷⁹ Mylly 2009, s. 514

²⁸⁰ Leivo et al. 2012, s.821

²⁸¹ Asia T-301/04. *Clearstream v. komissio*. 9.9.2009. Kohdat 150 ja 192

markkinarauhan säilyttämiseksi ja kuluttajien edun turvaamiseksi.²⁸² Geradin & Rato huomauttavat, että sitoumukset kuvastavat sopimusoikeudellisia velvoitteita ja ne olisikin pidettävä käsitteenä erillään 102 artiklan soveltamisedellytyksistä.²⁸³ On myös huomattava, että lisenssisopimusten ehtojen ei tarvitse olla, eivätkä ne eri tilanteet huomioon ottaen usein voi olla identtisiä.²⁸⁴ Kilpailuoikeuden näkökulmasta syrjivälle kohtelulle etenkin rojaltien arvioinnin osalta voi siten olla vaikea antaa todellista merkitystä, mutta yleisenä standardointia ja FRAND-sitoumusten perusteella tehtäviä lisenssisopimuksia koskevana periaatteena sille voi olla perusteltua antaa itsenäistä merkitystä: yksittäisiä tahoja selvästi syrjivät FRAND-sitoumuksiin perustuvat lisenssit voivat vaikeuttaa näiden tahojen toimintaa markkinoilla ja toisaalta häiritä markkinamekanismin toimintaa laajemmin. Mielestäni kieltotuomion syrjivää käyttöä strategisena välineenä voi olla syytä arvioida tästä näkökulmasta.

FRAND-sitoumuksen perusteella lisenssiin pyrkivällä on perusteltu odotus vilpittömässä mielessä käytävistä neuvotteluista. Kieltotuomion käyttöä strategisena neuvotteluvoiman välineenä sopimusehtoihin pakottamiseksi voi tällöin olla perusteltua arvioida hyvän tavan vastaisena. Tulkinnanvaraista on toki se, milloin kyse on väärinkäytöstä ja milloin puolestaan lisenssiin pyrkivän omasta tuottamuksesta siinä mielessä, ettei tämä edes yritä solmia lisenssisopimusta tai esittää esimerkiksi ehtoja, jotka voidaan tulkita kohtuullisen korvauksen tason kannalta liian alhaisiksi. *Camasesca et al.* toteavatkin, että tarjolla olevien menettelytapojen ja erilaisten riidanratkaisukeinojen johdosta päätöstä kieltotuomion hakemisesta ei voida mekaanisesti tulkita lisensoinnista kieltäytymiseksi, sillä se on vain yksin keino tasapainottamassa patentinhaltijan ja lisenssisaaajan välistä neuvotteluasetelmaa.²⁸⁵

Vaikka esimerkiksi asiakkaan tasapainottava neuvotteluvoima tai muut tekijät voivatkin tehokkaasti ehkäistä erilaisia väärinkäytöksiä ja markkinavoiman hyväksikäyttöä, ei näin välttämättä aina ole. Kyse on siten rajanvedosta hyväksytyn ja kielletyn toiminnan välillä asiassa, jossa tehokkuus on potentiaalisesti ristiriidassa kilpailuoikeuden muiden

²⁸² Chappatte 2009, s. 333

²⁸³ Geradin & Rato 2009, s. 33

²⁸⁴ Brooks & Geradin 2011, s. 15-16. Zhang huomauttaa, että salassapitosopimuksista johtuen eri osapuolten voi olla vaikea arvioida FRAND-sitoumuksen tarkoittamia "syrjimättömiä" ehtoja. Zhang 2012, s. 236

²⁸⁵ Camasesca et al. 2013, s. 287

näkökohtien ja arvojen kanssa. Kuten luvussa 3.4 on käynyt ilmi, erilaiset riidanratkaisukeinot tai standardointijärjestöjen toimintaohjeet tehokkaan lisensoinnin varmistamiseksi eivät välttämättä ole riittäviä työkaluja väärinkäytösten estämiseksi, erityisesti tällaisten käytänteiden puuttuessa.

Kenties hedelmällisemmän lähtökohdan tarjoaa tarkastelu määräävässä asemassa olevan erityisvelvollisuuden perusteella.²⁸⁶ FRAND-sitoumuksessa näyttää siten olevan kyse yksityisoikeudellisesta sopimussuhteesta, mutta FRAND-velvollisuus on samalla kilpailuoikeudellinen. FRAND-sitoumuksen perusteella lisenssisajalle syntyneiden legitiimien odotusten suojaaminen voi olla perusteltua silloin, kun patentinhaltijan pyrkimyksenä on käyttää essentiaalipatentteja ja erityisesti mahdollisuutta kieltotuomioon sitoumuksesta huolimatta strategisena aseena tai vipuvoimana kohtuuttomien rojaltien tai muulla tavoin kohtuuttomiin sopimusehtoihin pakottamiseksi.

Taloustieteen näkökulmasta optimaalisin ratkaisuhan olisi täydellisen joustava ja vaikutuksiin perustuva normi, mutta todellisuudessa kieltoperiaatteen noudattaminen edellyttää ennakoitavuutta. Lopputuloksena onkin siksi yleensä kompromissi normiston ennakoitavuuden eli oikeusturvan ja joustavuuden välillä.²⁸⁷ Tehokkuutta edustavat näkökohdat on siten asetettava vastakkain kilpailuoikeuden muiden arvojen kanssa. Kilpailuoikeuden näkökulmasta kieltotuomion käyttöön on kuitenkin syytä suhtautua neutraalisti, eli kyse ei itsessään ole väärinkäytöstä: väärinkäyttönä voidaan pitää sitä, että kieltotuomiota käytetään kilpailua rajoittavien tai vaikutukseltaan kilpailua rajoittavien toimenpiteiden saavuttamiseksi.²⁸⁸

Menettelyn ei kuitenkaan tarvitse täyttää toimituksesta kieltäytymisen tunnusmerkistöä ollakseen 102 artiklassa kiellettyä määräävän aseman väärinkäyttöä, sillä menettely voi olla myös itsenäisenä väärinkäytön muotona 102 artiklan vastaista.²⁸⁹ Tarkastelen seuraavassa sitä, miten komissio on puuttunut kieltotuomion käyttöön ja kytkenyt intervention erityisesti FRAND-sitoumusten noudattamiseen.

²⁸⁶ Vesterdorf 2013, s. 110-111

²⁸⁷ Kuoppamäki 2008, s. 1100

²⁸⁸ Ks. esim. Case No COMP/M.6381 – Google/Motorola Mobility, kohta 126, jossa komissio toteaa: ”Furthermore, the seeking or enforcement of injunctions on the basis of SEP’s is also not, of itself anti-competitive. In particular, and depending on the circumstances, it may be legitimate for the holder of SEPs to seek an injunction against a potential licensee which is not willing to negotiate in good faith on FRAND terms”

²⁸⁹ Leivo et. al. 2012, s. 820-823

5.4 FRAND-sitoumukset ja essentiaalipatenttien väärinkäyttö

Huhtikuun lopussa 2014 komissio ilmoitti tehneensä sitoutumispäätöksellä sitovaksi Samsungin sitoumukset siitä, ettei yritys hae essentiaalipatentteja koskevaa kieltotuomiota sellaisia kohtaan, jotka käyttäytymisellään osoittavat olevansa valmiita lisenssisopimuksen solmimiseen (*willing licensee*) FRAND-ehdoin. Samana päivänä komissio ilmoitti myös tehneensä päätöksen, jossa se katsoi Motorolan syyllistyneen määräävän aseman väärinkäyttöön. Komissio päätti olla määräämättä Motorolalle sakkoja perustellen asiaa sillä seikalla, että kansallisten tuomioistuinten suhtautuminen asiaan on ollut vaihtelevaa eikä relevanttia oikeuskäytäntöä 102 artiklan soveltumisesta EU:n tuomioistuinten oikeuskäytännön perusteella ole.²⁹⁰

Komissio on puuttunut essentiaalipatenttien väärinkäyttöön itsenäisenä 102 artiklan vastaisena väärinkäytön muotona. Näkökulmasta riippuen asiaa voidaan tarkastella myös tulkinnallisen lisensoinnista kieltäytymisen muotona. Komissio on kuitenkin kytkenyt väärinkäytön FRAND-sitoumusten noudattamiseen, mikä tukee essentiaalipatenttien väärinkäytön tarkastelua sen omista lähtökohdista käsin ja siten omana väärinkäytön muotonaan.

MEMO/14/322 ja IP/14/489 (Motorola): Sekä väitetiedoksiantojen että lopullisten päätösten yhteydessä komissio painotti, että kieltotuomio on tärkeä patentinhaltijan oikeusturvan toteutumiseen liittyvä väline, eikä kyse siten ole kieltotuomion käyttöön puuttumisesta. Komission mukaan kieltotuomio on essentiaalipatentteja koskien perusteltua esimerkiksi silloin, kun toinen osapuoli on vastahakoinen. Koska FRAND-sitoumuksiin liittyy usein paljon tulkinnallisuutta, ilmoitti komissio pyrkimykseseen ehkäistä essentiaalipatenttien haltijoita väärinkäyttämästä kieltotuomiota sellaisten lisenssiehtojen saavuttamiseksi, jotka voivat rajoittaa teknistä kehitystä ja lopulta kuluttajia. Tällaiseksi menettelyksi voidaan katsoa esimerkiksi patentin riitauttamisen asettaminen sopimusehdoksi kieltotuomion uhalla.²⁹¹

Tuotantoportaan tason perusteella tehty jaottelu (ks. luku 3.3) voi kertoa jotain sopimusosapuolten eri intresseistä FRAND-sitoumuksen perusteella käytävien sopimusneuvotteluiden kannalta, mutta reaali maailman ilmiönä kyse on pikemminkin strategisesti yhteenkietoutuneiden verkostojen välisestä vuorovaikutuksesta kuin

²⁹⁰ Komission lehdistötiedote 29.4.2014 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-489_en.htm ja komission lehdistötiedote 29.4.2014 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-490_en.htm

²⁹¹ Komission memo 29.4.2013. http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-322_en.htm

vertikaalisen tason viivasta. Tämä käy hyvin ilmi niistä olosuhteista, jotka vallitsivat Samsungin ja Applen välillä: Ensinnäkin Samsung oli yksi Applen tärkeimmistä komponenttitoimittajista ja kun Apple nosti Samsungia vastaan patentinloukkauksanteita Yhdysvalloissa, vastasi Samsung nostamalla Applea vastaan patentinloukkauksanteita muun muassa essentiaalipatenttien loukkauksen perusteella myös EU:n jäsenvaltioissa.²⁹² Siten komission omaksumassa linjassa on kyse rajanvedosta kilpailukeinojen legitimitetin suhteen: kilpailuoikeuden näkökulmasta patentinloukkauksia koskevat oikeudenkäynnit ja kieltotuomiot ovat patentinhaltijan perusteltujen oikeussuojakeinojen käyttöä ja yritysten välistä taistelua korkean teknologian aloilla, mutta essentiaalipatenttien käyttö voidaan tältä osin normaaleista kilpailukeinoista tilanteessa, jossa patentinhaltija on FRAND-sitoumuksen perusteella sitoutunut, jos ei lisensoimaan, niin ainakin vilpittömässä mielessä

Komission mukaan kieltotuomion hakeminen voidaan tulkita määräävän aseman väärinkäytöksi, mikäli patentinhaltija on antanut FRAND-sitoumuksen ja toinen osapuoli on halukas ryhtymään neuvotteluihin tai varsinaiseen lisenssisopimukseen kyseisiä essentiaalipatentteja koskien. Kieltotuomio voi kuitenkin olla täysin perusteltu oikeussuojakeino esimerkiksi passiivisesti käyttäytyvää tai viivytystaktiikkaan tukeutuvaa lisensoijaa vastaan.²⁹³ Kyse on samalla myös markkinarauhan säilyttämisestä ja pelisääntöjen luomisesta sekä pyrkimyksestä estää mahdollisuudet tuleviin väärinkäytöksiin. Komission mukaan Motorola-päätös luo kieltotuomion käyttöön liittyen turvasataman FRAND-ehtoiseen lisenssiin pyrkiville, mikäli he voivat osoittaa suostuvansa joko tuomioistuimessa tai (yhteisellä päätöksellä) välimiesmenettelyssä tehtävään arviointiin korvauksesta patentinhaltijalle. Komission vahvistamat Samsungin sitoumukset ovat esimerkki tällaisesta turvasatamasta.²⁹⁴

Vaikka matkapuhelinalan valmistajien väliset riidat FRAND-sitoumuksista sekä sitoumusten piiriin kuuluvia patentteja koskevat kieltotuomiot voidaan ensisijaisesti nähdä kilpailijoiden välisenä taisteluna, on mahdollisuus essentiaalipatentin markkinavoiman väärinkäyttöön myös sellaisilla toimijoilla, jotka eivät toimi kyseisillä tuotemerkkinoilla. Tämän komissio huomio joulukuussa 2013 Microsoftin ja Nokian

²⁹² Geradin 2013, s. 1140

²⁹³ Komission lehdistötiedote 29.4.2014. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-489_en.htm

²⁹⁴ Komission memo 29.4.2013. http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-322_en.htm

välisen yrityskauppaa koskevassa lehdistötiedotteessaan, jossa se totesi valvovansa Nokian sulautuman jälkeisiä lisensointimenettelyjä erityisesti SEUT 102 artiklan perusteella. Koska Nokia oli kaupassa myyjänä eivätkä Nokian patentit kuuluneet kauppaan, ei komissio katsonut niiden kuuluvan sulautuma-asetuksen soveltamisalaan eikä siksi arvioinut kyseistä asiaa tarkemmin.²⁹⁵

5.4.1 FRAND-sitoumukset ja sisämarkkinat

Kansallisten tuomioistuinten omat tulkinnat immateriaalioikeuksien luomasta markkinavoimasta voivat kenties tuoda monimuotoisuutta ja vaihtoehtoisia argumentaatiomalleja EU:n kilpailuoikeuteen,²⁹⁶ mutta komission näkökulmasta FRAND-sitoumusten ongelmallisuutena näyttää olleen tämä kansallisten tuomioistuinten asema viimesijaisina päätöksentekijöinä.²⁹⁷ Esimerkiksi Saksan kansallisessa oikeuskäytännössä kehittynyt ns. Orange Book –doktriini mahdollistaa lisenssiin pyrkivän vedota kilpailuoikeudelliseen puolustukseen kieltotuomiota vastaan, mikäli lisenssiin pyrkivä on tehnyt sellaisen tarjouksen, josta patentinhaltija ei voi kieltäytyä syyllistymättä määräävän aseman väärinkäyttöön. Lisenssiin pyrkivän on kuitenkin käyttäydyttävä siten, kuin lisenssisopimus olisi jo solmittu. Motorola-tapaus liittyi tähän käytäntöön ja päätöksensä yhteydessä komissio totesikin, että essentiaalipatenttien kannalta kyseisen tapauksen tulkitseminen niin ettei lisenssiin pyrkivällä ole oikeutta kyseenalaistaa patentin pätevyyttä, voi olla kilpailua rajoittavaa.

Lisäksi komissio viittasi täytäntöönpanoasetuksen²⁹⁸ artiklaan 16, jonka mukaan kansalliset tuomioistuimet eivät voi tehdä päätöksiä, jotka olisivat ristiriidassa komission tekemien päätösten kanssa. Komission omaksumassa linjassa näyttää siten samalla olevan kyse pelisääntöjen luomisesta ja niiden noudattamisen varmistamisesta koko Unionin alueella, sillä komissio toteaa, että päätöksien tarkoitus on puuttua kyseisten tapauksen ongelmiin siten, että ne samalla antavat ohjeistusta koko teollisuudenalalla.²⁹⁹

²⁹⁵ Komission lehdistötiedote 13.12.2013. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1210_fi.htm

²⁹⁶ Mylly 2009, s. 615

²⁹⁷ Case No COMP/M.6381 – Google/Motorola Mobility, kohta 113

²⁹⁸ Perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklassa vahvistettujen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta 16 päivänä joulukuuta 2002 annettu neuvoston asetus (EY) N:o 1/2003, EYVL L 1, s. 1

²⁹⁹ Komission memo 29.4.2013. http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14322_en.htm

EU:n kilpailuoikeuden kannalta essentiaalipatenttien väärinkäyttöä ja SEUT 102 artiklaa koskeva tulkinta voi kuitenkin vielä muuttua vielä ratkaisematta olevan, niin ikään matkapuhelinalan essentiaalipatenttien väärinkäyttöä koskevan, Düsseldorfin tuomioistuimen tekemän ennakkoratkaisupyynnön seurauksena. Se voi hyvinkin vaikuttaa komission omaksuman linjan kilpailuoikeudelliseen merkitykseen ja komissio voi siten joutua vielä muuttamaan linjaansa. Toisaalta se voi myös luoda lisää varmuutta nykyiseen oikeustilaan: ennakkoratkaisupyynnössä kysytään syyllistyykö FRAND-sitoumuksen antaneen essentiaalipatentin haltija määräävän aseman väärinkäyttöön, jos se vetoaa tuomioistuimessa patentinloukkaajaa vastaan kieltokannetta koskevaan oikeuteen, vaikka patentinloukkaaja on ilmoittanut olevansa valmis neuvottelemaan tällaisesta lisenssistä vai edellyttääkö patentinhaltijan toiminnan tulkitseminen väärinkäytöksi tarkempaa analyysiä patentinloukkaajan toimintaa koskien.³⁰⁰

Komission käynnistämät tutkimukset liittyvät erityisesti matkapuhelinalan patenttisotaan, jota on käyty globaalisti Atlantin molemmin puolin: komission toimenpiteillä on havaittavissa yhteys myös Yhdysvaltojen kilpailuviranomaisten toimenpiteisiin samojen kilpailuongelmien ratkaisemiseksi.³⁰¹ Tässä tutkimuksessa on kuitenkin keskitytty FRAND-sitoumusten tarkasteluun EU:n kilpailuoikeuden kannalta. Sitoumusten kilpailuoikeudellinen ulottuvuus EU:n kilpailuoikeudessa näyttäytyykin perin mielenkiintoisena, kun FRAND-sitoumuksia arvioidaan kilpailuoikeuden kantavia periaatteita vasten sekä otetaan huomioon FRAND-sitoumusten merkitys osana standardointisopimusten kilpailuoikeudellista arviointia. FRAND-sitoumukset ovat yksityisten sopimusjärjestelyiden muoto, mutta niillä on vahva kilpailuoikeudellinen ulottuvuus.

5.5 FRAND-sitoumukset ja essential facility?

Immateriaalioikeuden ja kilpailuoikeuden välisen tasapainotilan löytäminen on haastava kysymys erityisesti SEUT 102 artiklan soveltamisen kannalta. EU:n tuomioistuimet ovat ratkaisseet tämän tasapainotilan ns. poikkeuksellisten olosuhteiden käsitteellä.

³⁰⁰ Asia C-170/13. Ennakkoratkaisupyyntö, jonka Landgericht Düsseldorf (Saksa) on esittänyt asiassa Huawei Technologies Co. Ltd vastaan ZTE Corp. ja ZTE Deutschland GmbH. 12.7.2013 Ei vielä ratkaistu

³⁰¹ Komission lehdistötiedote 6.5.2013. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-406_en.htm

Poikkeukselliset olosuhteet voivat olla käsillä esimerkiksi yrityksen kieltäytyessä lisensoimasta markkinoilla toimimisen kannalta välttämätöntä immateriaalioikeutta. Kirjallisuudessa komission omaksumaa linjaa onkin tarkasteltu, usein sitä kritisoiden, suhteessa nykyiseen oikeustilaan ja toisaalta intervention vaikutuksista innovointikannustimiin. Voidaan esimerkiksi argumentoida, että FRAND-sitoumuksen antaminen muodostaa ”poikkeukselliset olosuhteet”.³⁰² *Vesterdorf* esittääkin, että kieltotuomion tai väliaikaisen kieltotuomion hakemisen tulkitseminen toimituksesta kieltäytymiseksi tarkoittaisi poikkeuksellisten olosuhteiden -käsitteen soveltamista kokonaisesti teollisuudenaloihin, mikä olisi perin eriskummallinen tilanne.³⁰³ *Petit* jatkaa, että pelkästään FRAND-sitoumuksen antaminen ei voi luoda tällaisia poikkeuksellisia olosuhteita, sillä FRAND-sitoumuksissa ei ole tässä mielessä mitään poikkeuksellista.³⁰⁴

Aiemman, immateriaalioikeuksia koskevan oikeuskäytännön osalta on huomattava, että sekä komissio että tuomioistuimet ovat arvioineet lisensoinnista kieltäytymisen tilanteita taloudellisessa asiayhteydessään. Liian mekaaninen soveltaminen pullonkaularesursseihin ei välttämättä johda oikeaan 102 artiklan soveltamiseen.³⁰⁵ Mielestäni sopimusoikeudellisen FRAND-sitoumuksen yhteys poikkeuksellisten olosuhteiden käsitteeseen on kuitenkin löydettävissä kilpailuoikeuden syvempien arvojen ja FRAND-sitoumusten kontekstin ympäriltä.

Myllyn mukaan *Magill*-tapauksen myötä immateriaalioikeuksia koskevaan kilpailuoikeudelliseen oikeuskäytäntöön omaksuttu poikkeuksellisten olosuhteiden käsite perustuu ajatukseen, että lisensoinnista kieltäytyminen ei itsessään ole kiellettyä, mutta yksittäisten tapauksen olosuhteet voivat oikeuttaa vastakkaisen päätelmän. Samalla käsite voi mahdollistaa kontekstuaalisemman argumentaation aiempiin doktriineihin turvautumisen sijaan. Väitöskirjassaan *Mylly* tulkitsee käsitteen merkitsevän pikemminkin abstraktia lähtökohtaa kuin testiä: ilmausta kilpailuoikeuden hienotunteisesta suhtautumisesta immateriaalioikeuksiin ilman kategorisoivaa puuttumista immateriaalioikeuslainsäädännön luomiin oikeuksiin ja vaikutuksiin.³⁰⁶

³⁰² Rato & Petit 2013, s. 27

³⁰³ Vesterdorf 2013, s. 109-111

³⁰⁴ Petit 2013, s. 707

³⁰⁵ Leivo et al. 2012, s. 837

³⁰⁶ Mylly 2009, s. 534-535

Yleisesti ottaen kilpailuoikeudellisen intervention piiriin suodattuvat yleensä lähinnä sellaisen sopimuksesta kieltäytymistilanteet, jossa ylilyönnin toteaminen on myös immateriaalioikeudellisin perustein lähellä. Esimerkiksi *Magill* ja *IMS Health* – tapauksissa immateriaalioikeuden ala oli ongelmallisen laaja.³⁰⁷ Toisaalta *Heinemannin* mukaan *IMS Health* -tapauksessa ongelmallisinta oli se, että kyseinen de facto –standardi oli perustunut eri tahojen yhteistyöhön. Tilannetta olisi voitu arvioida eri tavalla, mikäli standardin kehitys ja käyttö olisi perustunut vain kyseisen yrityksen omaan toimintaan. Voidaankin argumentoida, että immateriaalioikeuden suoja-alan laajuuden kannalta standardeja tulisi kehittää joko yksin tai yhdessä, mutta yhdessä vain avoimuuteen perustuen.³⁰⁸

Standardointiyhteistyössä vahvistetaan tietty tekninen spesifikaatio, joka kokoaa alleen teknologiaa useista eri lähteistä. Koska standardointi voi vaikuttaa teknologioiden väliseen kilpailuun huomattavalla tavalla, ovat FRAND-sitoumukset keino varmistaa, ettei standardointia käytetä keinona markkinoiden sulkemiseen. Samalla FRAND-sitoumusta voidaan pitää osoituksena patentinhaltijan vapaaehtoisesta tahdonilmaisusta sekä luopumisesta mahdollisuudestaan monopolivoittoihin, sillä patentinhaltija on jossain määrin sidottu teollisuudenalan yleistä reilua ja kohtuullista korvausta heijastelevaan korvaustasoon.³⁰⁹ Kilpailuoikeudellisen sääntelyn kannalta kyse on toisaalta myös standardoinnin vaikutuksista sekä teknologiaa mahdollisesti eriarvoistavana järjestelynä että tästä mahdollisesti seuraavaa teknologisen kilpailun poistumista.

Kuten aiemmin on käynyt ilmi, standardeja kehitetään erilaisia tarkoituksia varten sekä rajatulle että rajaamattomalle käyttäjäpiirille. Standardointia ei siten välttämättä voi tarkastella kilpailuoikeudellisesti yleisenä käsitteenä. Immateriaalioikeuksien käyttöä markkinoilla voi kuitenkin olla perusteltua arvioida kriittisemmin silloin, kun kyse on virallisista tai koko teollisuudenalan käyttöön tarkoitetuista standardeista.³¹⁰ Tällaisessa tilanteessa standardeista muodostuu helposti essential facility –tyyppinen tilanne, jossa

³⁰⁷ Kuoppamäki 2012, s. 251

³⁰⁸ Heinemann 2008, s. 71-73

³⁰⁹ Zhang 2012, s. 247

³¹⁰ Mylly 2009, 564

käyttölupa kyseisiin essentiaalipatentteihin on markkinoilla toimimisen tosiasiallinen edellytys.³¹¹

EU:n kilpailuoikeuden kannalta essential facility -opin taustalta on löydettävissä syvempää arvopohjaa, sillä sen voidaan katsoa edistävän markkinoille pääsyn vapautta ja PKT-yritysten etujen turvaamista.³¹² Reiluus puolestaan näkyy markkinoiden toimivuutta koskevana lähtökohtana etenkin perusoikeuksien toteutumisen kannalta, muun muassa tavoitteena pitää markkinat avoimina ja samalla turvata yhdenvertaiset toimintamahdollisuudet. Pelkän taloudellisen tehokkuuden edistämisen lisäksi kilpailuoikeudella voidaan puuttua myös epätoivottaviin seurauksiin, joita markkinamekanismi ja rajoittamaton kilpailu voivat aiheuttaa.³¹³

Mielestäni FRAND-sitoumuksilla on vahva yhteys essential facility –opin edustamaan arvomaailmaan EU:n kilpailuoikeudessa: FRAND-sitoumusten perusteella tapahtuvan lisensoinnin on tarkoitus luoda markkinatoimijoille lähtökohtaisesti yhdenvertaiset toimintamahdollisuudet kuitenkin markkinamekanismin toiminnan ja kilpailukyvyyn asteen mukaisesti. Erityisesti virallisesti tunnustettujen standardointijärjestön luoma yhteiskäyttöön tarkoitettu standardi ei itsessään ole kilpailuetu siinä mielessä, että tuoteerikoistuminen ja kilpailu tapahtuvat tältä osin ”standardin sisällä”.³¹⁴ Jos vaihtoehtoisia standardeja on olemassa, on näiden standardien välillä lisäksi kilpailua. Standardiin sisältyvän teknologian kehittäneet yritykset saavat rojaltiltulojen muodossa kohtuullisen korvauksen teknologiansa sisällyttämisestä standardiin. Tältä osin vertikaalinen integraatio ja mahdollisuus ristiinlisensointisopimuksiin voivat tuoda yritykselle kannustimia kehitysohjelmiin.³¹⁵ Toisaalta erityisesti pienillä ja keskisuurilla yrityksillä ei välttämättä ole mahdollisuutta laajoihin ristiinlisensointisopimuksiin ja siten pääsy yhteiskäyttöä ja yhteensopivuutta määritteleviin standardeihin oikeudenmukaisin, kohtuullisin ja syrjimättömin ehdoin edistää tällaisten toimijoiden markkinoillepääsyä.³¹⁶

³¹¹ Tässä yhteydessä essential facility voidaan ymmärtää joko objektiivisena välttämättömyytenä tai sen edustamaan arvomaailmaan perustuva tavoitteena. Ks. esim. Mylly 2009 s. 574: Esimerkiksi Euroopan laajuiset harmonisoidut tai muuten virallisen aseman saaneet standardit voivat muodostua taloudellisiksi tai tosiasiallisiksi edellytyksiksi markkinoilla toimimiselle ja siten tällaisen standardin ulkopuolelle jääminen tai syrjivien ehtojen myönnetty lisenssi voisi luoda kilpailullisen epätasapainon.

³¹² Mylly 2002, s. 374

³¹³ Mylly 2002, s. 378-379

³¹⁴ Mylly 2009, s. 564

³¹⁵ Geradin & Rato 2009, s. 11-12

³¹⁶ Mylly 2009, s. 583

5.6 Tehokkuus?

Taloustiede mallintaa FRAND-sitoumuksia omista lähtökohdistaan käsin ja lähinnä tehokkuusnäkökulman eri ulottuvuuksia painottaen. Dynaamisen tehokkuuden näkökulmasta FRAND-sitoumuksiin ja kieltotuomion uhkaan voi liittyä mahdollisuus patent hold –up ongelmasta. Toisaalta kieltotuomion käyttöön puuttumiseen on yhdistetty pelko patentinhaltijan pienentyneestä palkkiosta ja haitallisista vaikutuksista innovointikannustimiin.³¹⁷ Näkemykset jättävät toisaalta huomioimatta muiden markkinatoimijoiden odotukset FRAND-sitoumuksen noudattamisesta sekä muut patentinhaltijan toiminnasta tai standardoinnista aiheutuvat ulkoisvaikutukset. Monissa tilanteissa aiemman teknologiastandardin korvautumista uudella ei välttämättä voida pitää tavoiteltavana markkinarakenteen kannalta.³¹⁸

Esimerkiksi virallisesti tunnustetun standardointijärjestön laatima, koko teollisuudenalan käyttöön tarkoitettua standardin tarkoituksena voidaan jo lähtökohtaisesti katsoa olevan eräänlainen alan vakiinnuttaminen.³¹⁹ Standardiin kuuluvat patentit ovat lisäksi erityisen merkittäviä ja patentin joutuminen pois alan teknisestä ydinrakenteesta voi merkitä patentin arvon olennaista alenemista.³²⁰ Liian interventionistinen lähestymistapa voi kuitenkin heikentää patentinhaltijan kannustimia, sillä patentinhaltija ei tällöin voi riittävän hyvin turvautua oikeussuojakeinoihinsa tai saada riittävää palkkiota innovaatioistaan.³²¹

Kannustinten asettaminen vastakkain muiden arvojen kanssa ei välttämättä ota riittävällä tavalla huomioon erilaisten lisensoinnista kieltäytymisen muotojen vaikutuksia alamarkkinoilla toimivien yritysten asemaan.³²² Esimerkiksi immateriaalioikeuksien strategisella käytöllä kilpailijoita vastaan voi olla vaikutuksia dynaamiseen kilpailuun³²³ ja toisaalta myös markkinamekanismin toiminnalla voidaan nähdä olevan yhteys innovointikannustimiin.³²⁴ Siten kieltotuomion perusteettomaan käyttöön puuttumisessa voikin olla kyse enemmän markkinamekanismista huolehtimisesta kuin sen toimintaan

³¹⁷ Ks. esim. Geradin 2013, s. 1145

³¹⁸ Mylly 2002, s. 389

³¹⁹ Ks. esim. Mylly 2009, s. 564

³²⁰ Uotila 2009, s. 264-265

³²¹ Zhang 2012, s. 242

³²² Mylly 2009, s. 614

³²³ Mackenrodt 2008, s.91-92

³²⁴ Kolstad 2008, s. 3-26

puuttumisesta: Yksittäisen intervention kannalta dynaamisen tehokkuuden hyvinvointivaikutuksia voi olla vaikea arvioida, mutta dynaamiseen kilpailun vaikuttavia tekijöitä voidaan arvioida paremmin tarkastelemalla markkinatilannetta kyseisillä relevanteilla markkinoilla sekä keskittymällä niihin tekijöihin, jotka lisäävät yritysten innovointia.³²⁵ Vaikutukset dynaamiseen kilpailuun voivat näkyä erityisesti pienempien markkinatoimijoiden kannustimissa, sillä niillä ei ole riittävästi resursseja essentiaalipatenttien ristiinlisensointisopimuksiin. Samalla myös tällaisten yritysten potentiaalinen markkinoilletulo voi estyä, sillä mittavat oikeudenkäynnit ja potentiaalisesti kohtuuttomat rojalTIMaksut suhteessa lopputuotteen katteeseen voivat vaikuttaa markkinoilletulon kannustimia heikentävästi.³²⁶

FRAND-sitoumuksen antaessaan patentinhaltija ei useinkaan tiedä, onko sitoumuksen antaminen hänen kannaltaan järkevää.³²⁷ Myöskään muut markkinoilla toimijat eivät tiedä, tulisiko heidän kehittää vaihtoehtoinen standardi nykyisen kilpailijaksi. Kilpailun vallitessa osapuolten ei tarvitsekaan tietää, riittävää on päätöksenteon sopeuttaminen saatuihin positiivisiin ja negatiivisiin signaaleihin.³²⁸ Siksi FRAND-sitoumukset edellyttävät niiden luottamuksen vaalimista, mutta toisaalta myös riittävän vapauden säilyttämistä ja *ex post* intervention välttämistä. Markkinamekanismin toimintaan ei tule puuttua, mutta kilpailuoikeuden tehtävänä on kuitenkin tuon markkinamekanismin toiminnan varmistaminen.

FRAND-sitoumusten kilpailuoikeudellinen ulottuvuus voidaan tiivistää heijastumaksi kilpailuoikeuden kantavista periaatteista: sitoumusten varaan rakentuu markkinoiden toimivuus useilla standardeista riippuvaisilla teollisuudenaloilla, erityisesti ICT-alalla. FRAND-sitoumukset tuovat mahdollistavat sopimusvapauden säilyttämisen osana yritysten välisen yhteistyön kilpailuoikeudellista sääntelyä. Osapuolilla on vapaus määritellä korvaustaso tai ristiinlisensointisopimusten laajuus haluamallaan tavalla. Tämä kuitenkin edellyttää muiden toimijoiden legitiimien odotusten huomioon ottamista. FRAND-sitoumuksen perusteella patentinhaltijalla voi olla mahdollisuus valtaan, mutta myös vastuu tuosta vallasta. Markkinoiden toimivuus edellyttää muiden yksilöiden huomioon ottamista, eikä patentinhaltijan omaisuudensuoja tai oikeus kielletuomioon voi

³²⁵ Drexl 2008, s.40

³²⁶ Mylly 2009, s. 304

³²⁷ Mylly 2009

³²⁸ Kuoppamäki 2003, s. 41

nauttia tässä mielessä absoluuttista suojaa. Jos essentiaalipatentteihin ja kieltotuomioon suhtaudutaan kilpailuoikeuden näkökulmasta korostetun arvoneutraalisti, voidaan argumentoida, ettei mahdollisuutta kieltotuomioon saa käyttää markkinoiden toimintaa rajoittavasti. Toisaalta patentinhaltijan yksinoikeutta ei myöskään tule turhaan tai liikaa rajoittaa. Näkökulmasta riippuen komission omaksumaa linjaa voidaan pitää joko oikeana tai vääränä. On kuitenkin selvää, että FRAND-sitoumusten ongelmallisuus piilee niiden tulkinnallisuudessa ja kenties standardointijärjestöjen omaksumien käyttäytymismallien avulla ongelmatilanteisiin olisikin mahdollista puuttua paremmin eri osapuolten intressit tehokkaasti huomioon ottaen.³²⁹

³²⁹ Ks. esim. Lee 2006, s.1-34

6 Lopuksi

FRAND-sitoumuksien luonteesta on käyty kirjallisuudessa monimuotoista keskustelua. Käsitusten eroavaisuus selittyy eri lähtökohdilla. Taloustieteen avulla mallinnettaessa tarkastelu keskittyy usein haitallisen markkinavoiman havaitsemiseen. Lopputulos on tällöin kiinni asetetuista premiseistä ja niiden ilmenemisestä osana todellisia neuvotteluita tai patentinloukkausta koskevan oikeudenkäynnin eri vaiheiden huomioon ottamista. Puhtaasti sopimusoikeudellinen näkökulma taas painottaa FRAND-sitoumuksia yksityisten järjestelyiden muotona. Toisaalta FRAND-sitoumukset ovat myös osa standardointisopimusten kilpailuoikeudellisen hyväksyttävyyden arviointia, joten sitoumukset ja niiden noudattaminen voidaan nähdä myös kilpailuoikeudellisena asiana. Komission omaksuman linjan perusteella FRAND-sitoumukset näyttävät olevan ensisijaisesti yksityisten sopimusjärjestelyiden muoto, johon kuitenkin sisältyy patentinhaltijaa velvoittava kilpailuoikeudellinen vastuu.

Kilpailuoikeuden perusteella patentinhaltijan tulisi pidättäytyä hyödyntämästä standardoinnin mahdollisesti luomaa markkinavoimaa. Tämä voi tarkoittaa rojaltien kohtuuttomuutta tai muutoin kohtuuttomia sopimusehtoja. Komission omaksuman linjan perusteella FRAND-sitoumuksen antaneen patentinhaltijan tulee lisäksi pidättäytyä hakemasta kieltotuomiota tilanteissa, joissa lisenssiin pyrkivä taho osoittaa käyttäytymisellään halukkuutensa lisenssisopimuksen solmimiseksi. FRAND-sitoumusten piiriin kuuluvaa patenttia koskevat väärinkäytöt on samalla erotettavissa nykyisestä oikeuskäytännöstä, vaikkakin väärinkäytön muotona kieltotuomion epäasiallinen käyttö on lähellä tulkinnallista lisensoinnista kieltäytymistä patentin muodostaessa monissa tapauksissa olennaisen fasiliteetin.

Todellisuudessa jaottelu väärinkäytön ja hyväksyttävän oikeussuojakeinon on kuitenkin vaikeaa. Komissio pyrkimyksenä on ollut luoda tasapaino teknologian kehittäjien ja standardin täytäntöönpanijoiden välille. On kuitenkin huomattava, että EU:n tuomioistuimelle tehty, vielä ratkaisematta oleva essentiaalipatenttien väärinkäytön edellytysten arviointia koskeva ennakkoratkaisupyyntö voi muuttaa FRAND-sitoumuksiin ja 102 SEUT artiklan soveltamisedellytyksiin liittyvää oikeustilaa EU:n kilpailuoikeuden kannalta. Toistaiseksi kansallisten tuomioistuinten on kuitenkin otettava huomioon tämä komission omaksuma linja.

Essentiaalipatentteja ei voi käsitellä kuin mitä tahansa patentteja, sillä horisontaalisen yhteistyön muotona standardointi edellyttää kilpailuoikeudellista sääntelyä. Standardointi voi merkittävä tavalla vaikuttaa teknologioiden väliseen kilpailuun. Toisaalta kyse ei ole vain yritysten välisestä yhteistyöstä ja sen seurauksista, vaan laajemmasta ilmiöstä: koko yhteiskuntamme rakentuu tällaisten standardien päälle. *Mylly* esittääkin, että essentiaalipatenttien väärinkäyttöä tulisi tarkastella toiminnan vaikutuksilla viestinnän monimuotoisuuteen ja elinkeinovapauteen. Esimerkiksi viestinnän kannalta merkittäviä standardeja tulisi suojata väärinkäytöksiltä, sillä taloudellinen toiminta ja samalla myös kilpailu informaatioyhteiskunnassa rakentuu niiden päälle.³³⁰ Tällöin tarkasteluun kytkeytyvät mukaan myös sananvapauden tapaiset demokraattiset tavoitteet ja niiden edistäminen.³³¹

Omaksumassaan linjassa komissio näyttää tehneen eron lisensoinnista kieltäytymistä koskevaan oikeuskäytäntöön. Tätä komission linjaa voidaan kritisoida siitä, että se ei vastaa nykyistä EU:n tuomioistuinkäytäntöä.³³² Kuten *Rahnasto* toteaa, immateriaalioikeuksia koskevat kilpailuoikeudelliset doktriinit ovat alttiita kritiikille, jos oikeudelliset päätelmät perustetaan yksin niiden varaan ilman kyseisen tapauksen olosuhteiden huomioonottamista.³³³ Vaikka doktriinit tuovatkin tiettyä varmuutta, voidaan standardointia kuvailla tyypilliseksi verkostotalouden ilmiöksi, johon muodollinen immateriaalioikeuksien käyttö, kilpailuoikeudelliset doktriinit tai normatiivinen talousteoria soveltuvat huonosti.³³⁴

Tasapainotilan löytäminen on muutoinkin vaikeaa, sillä taloustieteilijöiden kesken ei vallitse täyttä yhteisymmärrystä siitä, mikä immateriaalioikeuksien ja kilpailupolitiikan välinen suhde tulisi olla. Toiset haluavat suojella kannustimia, kun taas toiset puoltavat kilpailun merkitystä. Erityisesti uuden talouden alalla dynaamisella tehokkuudella on merkittävä rooli, sillä liian interventionistisen politiikan katsotaan vähentävän innovaatioon ja kehitystyöhön liittyviä kannustimia. Tätä lähestymistapaa on usein selitetty *Schumpeterin* luovan tuhon teorian avulla, yritysten jatkuvana kamppailuna markkinoilla kilpailuetujen saavuttamiseksi ja toisaalta kilpailuetujen nopeasta

³³⁰ *Mylly* 2009, s. 611

³³¹ *Mylly* 2009, s. 609

³³² *Petit* 2013, passim. Ks. myös. Case No COMP/M.6381 – Google/Motorola Mobility, kohta 59

³³³ *Rahnasto* 2003, s. 13

³³⁴ *Ibid.* s. 198

murenemisesta uusien innovaatioiden syrjäyttäessä markkinoita aiemmin hallinneet innovaatiot.³³⁵ Chicagolaisen koulukunnan oppeihin nojaava kilpailupoliittinen tarkastelunäkökulma painottaakin tätä markkinoiden itseohjautuvuuden merkitystä, monopolistisen vallan väliaikaisuutta ja jopa tarpeellisuutta sekä väärin päätösten (*false positive*) haitallisia seurauksia dynaamisen tehokkuuden kannalta.³³⁶

Tutustumani aineiston perusteella post-Chicagolaiset näkemykset ovat vahvasti läsnä essentiaalipatenttien käyttöä ja FRAND-sitoumuksia koskevassa keskustelussa. Vaikka tehokkuusargumenttien ja dynaamisen tehokkuuden merkitys onkin suuri, ei FRAND-sitoumusten ja essentiaalipatenttien käytön kilpailuoikeudellisessa tarkastelussa voida välttämättä pysähtyä vain yksittäiseen tehokkuusargumenttiin. Ensinnäkin, markkinoiden toimivuus edellyttää toimivaa ja tehokasta kilpailua. Kilpailua on suojeltava. EU:n kilpailuoikeudessa tämän voidaan katsoa tarkoittavan myös laatukilpailua ja siten hyödyllisen suoritekilpailun erottamista haitallisesta kilpailijan poissulkemisesta. Lisäksi voidaan myös kysyä, onko FRAND-sitoumusten taustalla vain markkinatoimijoiden sopimusvapauteen ja tehokkuuteen perustuva tavoite, vai edustavatko sitoumukset myös EU:n kilpailuoikeudellisen sääntelyn taustalta löytyviä periaatteita ja arvoja?

Historiallisesti EU:n kilpailuoikeuden juuret ovat löydettävissä erityisesti saksalaisesta ordoliberalismista. Kilpailupoliittisena suuntauksena ordoliberalismiin on yhdistettävissä markkinoiden vapauden ja kilpailuprosessin toimivuuden varmistavien pelisääntöjen luominen. Ordoliberalismi näkee monopolisoitumisen sosiaalisena ilmiönä, jota voidaan säännellä ja tarvittaessa estää riittävän institutionaalisen viitekehyksen avulla. Ordoliberalismin voidaan myös yhdistää ajatus kilpailuoikeudesta yksityisen taloudellisen vallan käyttöä rajoittavana järjestelmänä sekä avoimuus ja pääsy markkinoille. Vaikka vanhemmassa EU:n tuomioistuinkäytännössä nämä ordoliberalistiset juuret ovatkin vahvasti nähtävissä, on komissio viime aikoina siirtänyt painopistettä enemmän kohti tehokkuusperusteista arviointia.³³⁷ Mylly näkee tämän osittaisena siirtymisenä kohti Chicagon koulukunnan opetuksia heijastelemaan lähestymistapaa. Samalla lähestymistavan viesti on jossain määrin sekava, sillä esimerkiksi standardointia koskeva kilpailuoikeudellinen sääntely ja FRAND-

³³⁵ Ks. esim. Drexl 2008, erityisesti s. 40-43

³³⁶ Mylly 2009, s. 411-412

³³⁷ Mylly 2009, s. 414-126

sitoumukset on mahdollista nähdä poikkeuksena tästä puhtaasta tehokkuustarkastelusta.³³⁸

Viimeisten vuosikymmenten aikana informaatiota koskeva valta on siirtynyt yksityisten tahojen hallintaan, sillä viestinnän ja taloudellisen toiminnan kannalta keskeiset resurssit, kuten standardit, perustuvat pitkälti immateriaalioikeuksien suojattuun teknologiaan. Kilpailuoikeuden soveltamisella on mahdollista vaikuttaa näiden immateriaalioikeuksilla suojattujen resurssien avoimuuteen sekä tällaisten resurssien päälle syntyneiden taloudellisten toimintojen monimuotoisuuteen.³³⁹ EU:n kilpailuoikeuden ordoliberalistiset juuret huomioon ottaen tämä digitaalisen diversiteetin ja markkinoille pääsyn turvaamisen ei välttämättä ole liian kaukaa haettua.³⁴⁰

FRAND-sitoumusten kilpailuoikeudellisesta luonteesta kirjallisuudessa käyty keskustelu tuo hyvin esiin mahdollisuuden havaita erilaisia lähtökohtia ja näkemyksiä, jotka ovat palautettavissa aina eri koulukuntien välisiin näkemyseroihin. FRAND-sitoumukset ja niiden perusteella syntyvät lisenssisopimukset voidaan ensinnäkin nähdä yksityisten toimijoiden välisinä sopimussuhteina, joita ei tulisi, etenkin haitallista markkinavoimaa koskevien riittävien todisteiden puuttuessa, turhaan säännellä tai niiden käyttöön puuttua kilpailuoikeudellisen intervention keinoin. Toisaalta sitoumukset voidaan nähdä myös pelisääntöinä, joiden perusteella voidaan ensinnäkin varmistaa markkinoiden toimivuus, mutta toisaalta myös ehkäistä taloudellisen vallan keskittymisen haitallisia seurauksia varmistamalla, että kaikilla kolmansilla osapuolilla on pääsy standardiin oikeudenmukaisin, kohtuullisin ja syrjimättömin ehdoin. Pelisääntöjen noudattaminen edellyttää niiden vaalimista ja tarvittaessa täsmentämistä julkisen vallan toimesta, mikäli markkinatoimijat eivät itse siihen kykene.

EU:n kilpailuoikeuden historiallista taustaa ja sääntelyn taustalla olevia periaatteita vasten sekä erityisesti komission omaksuman linjan valossa tarkasteltuna on FRAND-sitoumusten kilpailuoikeudellinen ulottuvuus nähtävissä pikemminkin ordoliberalistisen arvomaailman ilmentymänä kuin vain viittauksena standardointijärjestöjen itsesääntelylliseen asemaan ja yksityisiin sopimusjärjestelyihin. FRAND-sitoumukset saavat todellisen muotonsa vasta yksityisten neuvotteluiden tuloksena ja niissä on siten

³³⁸ Mylly 2009, s. 414-126

³³⁹ *Ibid.* 2009, s. 13

³⁴⁰ Tenhunen 2007, erityisesti s. 156-157

pitkälti kyse yksityisoikeudellisesta sopimussuhteesta. Samalla patentinhaltijan on otettava huomioon FRAND-sitoumusten vahva kilpailuoikeudellinen luonne: essentiaalipatentit voivat luoda valtaa ja siksi FRAND-sitoumukseen sisältyykin suuri vastuu tuosta vallasta ja vallankäytön haitallisista vaikutuksista toimivien markkinoiden kannalta. FRAND-sitoumukset ovat *heijastuma kilpailuoikeuden kantavista periaatteista*.