

Standardointi ja FRAND-lisenssit kilpailuoikeuden näkökulmasta

HELSINGIN YLIOPISTO, TURUN YLIOPISTO

Oikeustieteellinen tiedekunta

Kauppaoikeuden syventävät opinnot, syksy 2008

Patenttioikeus ja globaalit markkinat

Juuli Broms, 012851878

Soila Miettinen, 012623721

Marko Tuomela, 71639

SISÄLTÖ

SISÄLTÖ.....	I
--------------	---

LÄHTEET.....	II
--------------	----

LYHENTEET.....	VI
----------------	----

1. YLEISTÄ STANDARDOINNISTA JA FRAND-EHDOISTA..... 1

1.1 Johdanto.....	1
1.2 Määritelmä.....	1
1.3 Miten standardeja syntyy?.....	3
1.3.1 <i>Standardoimisjärjestöjä</i>	3
1.3.2 <i>Standardien luokittelu syntytavan mukaan</i>	5
1.4 Standardien hyödyt ja haitat.....	7
1.5 Standardointi ja FRAND-ehdot.....	9

2. KARTELLIKIELLON YHTYMÄKOHDISTA STANDARDOINTIYHTEISTYÖHÖN JA FRAND-LISENTOINTIIN 12

2.1 Johdanto.....	12
2.2 Standardointiyhteistyön hyväksyttävyyden 81 artiklan kannalta.....	14
2.2.1 <i>Aluksi</i>	14
2.2.2 <i>81(1) Artiklan kieltämät sopimukset</i>	17
2.2.3 <i>Standardien on oltava avoimia</i>	19
2.3 EY 81(3) legaalipoikkeus ja hyödyllisten sopimusten salliminen.....	21
2.3.1 <i>Poikkeusedellytykset</i>	21
2.3.2 <i>Tapaus: X/Open Group</i>	24
2.4 Eräistä kilpailuongelmista.....	26
2.4.1 <i>Lisensointivelvoitteet kilpailuongelmana</i>	26
2.4.2 <i>Non-disclosure ja lisensoinnista kieltäytyminen – yksipuolista toimintaa?</i>	27
2.4.3 <i>Kilpailijan teknologian poissulkeminen</i>	29

3. STANDARDOINTI, FRAND-EHDOT JA 82 ARTIKLA 31

3.1 Johdanto.....	31
3.2 Määrävän markkina-aseman väärinkäyttö.....	32
3.2.1 <i>Määrävän markkina-aseman toteaminen</i>	32
3.2.2 <i>Väärinkäyttö</i>	35
3.2.3 <i>Yhdysvaltojen antitrust-oikeuden markkinoiden monopolisoinnin kieltäminen</i>	35
3.3 Määrävän markkina-aseman väärinkäyttö standardointiprosessissa.....	36
3.3.1 <i>Lisensoinnista kieltäytyminen</i>	36
3.3.2 <i>Kobtuuttomat lisenssimaksut</i>	37
3.3.3 <i>FRAND-velvoite ja 82 artikla</i>	38
3.4 Lopuksi.....	42

LÄHTEET

Lainsäädäntö

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 98/34/EY, annettu 22 päivänä kesäkuuta 2998, teknisiä standardeja ja määräyksiä koskevien tietojen toimittamisessa noudatettavasta menettelystä.

Komission asetus N:o 2659/2000, annettu 29.päivänä lokakuuta 2000, perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan soveltamisesta tutkimus- ja kehityssopimusten ryhmiin.

Virallislähteet

Commission Press Release IP/06/139, 09/02/2006: "Commission closes investigation following changes to Philips CD-Recordable Disc Patent Licensing". Saatavissa:

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/139&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

Commission Press Release MEMO/07/330, 23/8/2007: "Commission confirms sending a Statement of Objections to Rambus". Saatavissa: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/07/330&form>

Commission Press Release MEMO/07/389, 1/10/2007: "Commission initiates formal proceedings against Qualcomm". Saatavissa:

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/07/389&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

European Commission, DG Competition. XXVth Report on Competition Policy 1995. Part Two. Report on the application of the competition rules in the European Union.

DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, December 2005.

HE 11/2004. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi kilpailunrajoituksista annetun lain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta.

IEC CENELEC Agreement (1996), agreement on common planing of new work and parallel voting.

International Organization for Standardization (ISO), European Committee for Standardization (CEN). Agreement on technical cooperation between ISO and CEN (Vienna Agreement).

Komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta, EYVL [1997] C372/5.

Komission tiedonanto – Suuntaviivat EY:n perustamissopimuksen 81 artiklan soveltamisesta horisontaalista yhteistyötä koskeviin sopimuksiin, EYVL [2001] C3/02.

Komission tiedonanto – Suuntaviivat EY:n perustamissopimuksen 81 artiklan soveltamisesta teknologiansiirtosopimuksiin, EYVL [2004] C101.

Oikeuskirjallisuus

Alkio, Mikko – Wik, Christian (2004). Kilpailuoikeus. Helsinki. Talemtrum.

Anderman, Steven D. – Kallaugher, John (2006). Technology Transfer and the new EU Competition Rules. Oxford. Oxford University Press.

Bellamy, Christopher – Child, Graham D. (2001). European Community Law of Competition. Fifth edition. London. Sweet & Maxwell.

Dolmans, Maurits (2002). Standards for Standards. Saatavissa: <http://www.ftc.gov/opp/intellect/020522dolmans.pdf>. (Viittauspäivä 13.11.2008.)

Geradin, Damien – Rago, Miguel (2007). Can Standard-Setting lead to exploitative abuse? A dissonant view on patent hold-up, royalty stacking and the meaning of FRAND. European Competition Journal, June 2007.

Geradin, Damien (2006). Standardization and Technological Innovation: Some Reflections on Ex-ante Licensing, FRAND, and the Proper Means to Reward Innovators. TILEC Discussion Paper No. 2006-017. Howrey LLP; Tilburg University – Tilburg Law and Economics Center (TILEC).

Glader, Marcus – Larsen, Sune Chabert (2006). Article 82: Excessive pricing. An outline of the legal principles relating to excessive pricing and their future application in the field of IP rights and industry standards. Competition Law Insight, 4 July 2006.

Honkasalo, Harri (2002). Standardien ja patentoinnin riippuvuudesta. IPRInfo 1/2002.

Kukkonen, Sampo (2003). Competition Law Analysis on Consortium Standard Setting in the Context of KnowledgeBased Economy. Pro gradu. Saatavissa: Edilex.

Kuoppamäki, Petri (2003). Markkinavoiman sääntely EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa. Jyväskylän Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja.

Kuoppamäki, Petri (2006). Uusi kilpailuoikeus. Helsinki. WSOY.

Marshall, Nel – Jenkins, Helen – Niels, Gunnar (2008). The Price of Intellectual Property: What is FRAND? Global Competition Review. Saatavissa: <http://www.globalcompetitionreview.com/hce2008/intellectualproperty.cfm>. (Viittauspäivä 13.11.2008.)

Mentula, Arttu (2002). Kartellit EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa. Helsinki.

Miller, Joseph Scott (2006). Standard Setting, Patents, and Access Lock-in: RAND licensing and the Theory of the Firm. *Indiana Law Review*, Vol. 40, 2006.

Mylly, Tuomas (2002). Standardit, immateriaalioikeus ja kilpailuoikeus: ei standardiratkaisuja. IPRInfo 2/2002, 5-8.

Petrtsi, Eliza G. (2005). The Case of Unilateral Patent Ambush Under EC Competition Rules. World Competition 28(1), 25-42.

Swann, Peter (2000). The Economics of Standardization. Final Report for Standards and Technical Regulations Directorate Department of Trade and Industry. Manchester. Manchester Business School, University of Manchester. Saatavissa: <http://www.berr.gov.uk/files/file11312.pdf>. (Viittauspäivä 29.10.2008.)

Vesala, Juba (2008). Breaches of Licensing Commitments. IPRInfo 1/2008, 18-19.

Willingmyre, George T (1996). Consortia of Consensus? Current Issues in Industrial Standards Policy, October 1996. GTW Associates.

Whish, Richard (2003): Competition Law, 5th edition. Lontoo.

Puheet

Magdalena Brenning (DG Comp): Competition & Intellectual Property Policy Implications of Late or no IPR Disclosure in Collective Standard-Setting. DG COMP, European Commission. Brussels, 17 June 2002. Saatavissa: http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2002_037_en.pdf (viittauspäivä 13.11.2008).

Oikeustapaukset

Euroopan Yhteisöjen tuomioistuin:

Asia 85/76, *Hoffman-La Roche* [1979] ECR 461.

Asia 322/81, *Michelin* [1983] ECR 3461.

Asia 24/67, *Parke Davis* [1968] ECR 55.

Asia 6/73, *Commercial Solvents* [1974] ECR 227.

Asia C-27/76, *United Brands* [1978] ECR 207.

Asia 238/87 *Volvo v. Veng* [1988] ECR 6211.

Yhdistetyt asiat C-241 ja 242/91P *RTE v. komissio* [1995] ECR I-743 ("*Magill*").

Asia C-418/01 *IMS Health* [2004] ECR I-5039.

Euroopan Yhteisöjen tuomioistuin

Asia T201/04, *Microsoft* [2007] ECR II-3601.

Komission päätökset:

Komission päätös, *Microsoft/W2000*. COMP/37.792, 18.3.2004.

Komission päätös, *Philips VCR*. 78/156/EEC, OJ L 047, 18.2.1978, 42-47.

Komission päätös, *Pre-Insulated Pipe Cartel*. 1999/60/EC, OJ L 024, 30.1.1999, 1-7.

Komission päätös, *X/Open Group*. 87/69/EEC, OJ L 035, 6.2.1987, 36-43.

Yhdysvallat:

Federal Trade Commission. *Rambus Inc*, Docket No. 9302, Opinion of the Commission, 2 August 2006.

US Court of Appeals for 3rd Circuit, 4 Sept 2007. *Broadcom v. Qualcomm*, 501 F.3d 297, 23.

Internetsivustot

<http://www.etsi.org/WebSite/Standards/WhatIsAStandard.aspx>. (Viittauspäivä 28.10.2008.)

www.iso.org, <http://www.iso.org/iso/about.htm>. (Viittauspäivä 4.11.2008.)

www.sfs.fi, <http://www.sfs.fi/standardointi/maailmankartta/>. (Viittauspäivä 4.11.2008.)

<http://www.sfs.fi/files/vries2006pdf>, HENK DE VRIES SFS-TIEDOTUS 38 VSK 2/2006 7. (Viittauspäivä 28.10.2008.)

<http://www.eetimes.com/showArticle.jhtml?articleID=172901450>. (Viittauspäivä 12.11.2008.)

LYHENTEET

ECR	European Court Reports
ETSI	European Telecommunications Standards Institute
EY	Euroopan yhteisön perustamissopimuksen konsolidoitu toisinto EYVL nro C 325, 24. joulukuuta 2002
EYVL	Euroopan yhteisöjen virallinen lehti
FTC	Federal Trade Commission
HE	Hallituksen esitys
HSV	Suuntaviivat EY:n perustamissopimuksen 81 artiklan soveltamisesta horisontaalista yhteistyötä koskeviin sopimuksiin
KilpRajL	Laki kilpailunrajoituksista (27.5.1992/480)
TSSV	Suuntaviivat EY:n perustamissopimuksen 81 artiklan soveltamisesta teknologiansiirtosopimuksiin

1. YLEISTÄ STANDARDOINNISTA JA FRAND-EHDOISTA

1.1 Johdanto

Yhteisesti sovitulla tai laajan levinneisyyden johdosta syntyneillä standardeilla on jatkuvasti kasvava merkitys erityisesti korkean teknologian aloilla. Kuluttajien ei tarvitse ottaa tarkasti selvää uusien tuotteiden ominaisuuksista, vaan he voivat luottaa siihen, että erilaiset tuotteet toimivat vaivattomasti yhdessä. Myös yrityksillä standardit tuovat tehokkuushyötyjä, vaikka toisaalta standardin hallinta voi tuoda joillekin yrityksille markkinoiden tehokasta kilpailua vääristävää huomattavaa markkinavoimaa.

Tämän esityksen ensimmäisessä kuvailevammassa ja esitykselle taustaa antavassa osassa käsitellään standardointia yleensä ja sitä, miten standardit syntyvät. Osion ensimmäisessä alaluvussa määritellään standardin käsite, jonka jälkeen tutustutaan standardien syntytapoihin ja siihen perustuvaan standardien luokitteluun. Neljännessä alaluvussa pohditaan standardien ja standardoimistyön mahdollisia hyötyjä ja haittoja, jonka jälkeen käsitellään standardoinnin vaikutusta lisensointiin ja lisenssiehtoihin FRAND-ehtojen myötä.

1.2 Määritelmä

Standardi on määritelmä siitä, miten tuote tai prosessi tulisi tehdä. Standardi antaa teknisiä suuntaviivoja ja vahvistaa tietyt asiat, jotka tuotteen tai prosessin tulee pitää sisällään. Standardi voi pitää sisällään eri tekijöitä kuten fyysinen koko ja muoto, rakenne, yhteentoimivuus, yhteensopivuus, turvallisuustasoja, suoritus, yhdenmukaisuus, materiaalien ominaisuudet, testausmenetelmät. Yksinkertaisina esimerkkeinä voidaan mainita esimerkiksi maakoodien standardit (FI, SE jne.) tai paperikokojen kansainvälinen standardi (A4 ym.). EU:n direktiivin 98/34/EC mukaan standardi on¹:

¹ Vrt. Kuitenkin horisontaalisesta yhteistyöstä annettuihin suuntaviivoihin, joissa omaksuttu standardin käsite on tätä laajempi. Ks. K. 159 ja siihen liittyvä loppuviite 47.

”tekninen määritelmä, jonka on hyväksynyt standardointielin jatkuvaan tai toistuvaan käyttöön, jonka noudattaminen ei ole vapaaehtoista ja, joka kuuluu joihinkin seuraaviin: kansainvälinen standardi: standardi, jonka on hyväksynyt kansainvälinen standardointiorganisaatio; Eurooppalainen standardi: standardi, jonka eurooppalainen standardointiorganisaatio on omaksunut; Kansallinen standardi: standardi, jonka kansallinen standardointielin on omaksunut ja antanut yleiseen käyttöön.”²

Esimerkkinä kansainvälisestä standardista on ISO-standardi. ISO eli International Organization for Standardization on kansainvälinen standardoimisorganisaatio. ISO/IEC:n ohjeessa 2:1996 mukaan

”Standardi on konsensukseen perustuva, tunnustetun elimen hyväksymä normatiivinen asiakirja, joka esittää yleistä ja toistuvaa käyttöä varten sääntöjä, ohjeita tai ominaispiirteitä toiminnoille tai niiden tuloksille optimaalisen järjestyksen saavuttamiseksi tietyssä tilanteessa.”³

EY:n direktiivin mukainen alueellinen standardisoimisorganisaatio on European Telecommunications Standards Institute (ETSI). ETSI:n määritelmän mukaan standardit ovat tuotteiden ja prosessien tarkkoja määritelmiä, jotka vaativat jatkuvaa käyttöä. Standardit ovat siis ennen kaikkea joukko ohjeita, jotka ovat määritelty laadun takaamiseksi.⁴

Kansalliset standardointielimet toimivat jäsenvaltioiden kansallisen lainsäädännön alla ja nämä elimet edustavat kyseistä jäsenmaata eurooppalaisissa ja kansainvälisissä standardisointielimissä. Esimerkkinä kansallisesta standardoimisorganisaatiosta voidaan mainita Suomen standardoimisliitto ry (SFS). SFS:n mukaan standardoimisjärjestöjen piirissä tehtävä standardointi on yhteisten sääntöjen laatimista helpottamaan viranomaisten, elinkeinoelämän ja kuluttajien elämää. Standardeilla pyritään lisäämään tuotteiden yhteensopivuutta ja turvallisuutta, suojellaan ympäristöä ja helpotetaan kotimaista ja kansainvälistä kauppaa.

Voidaan todeta, että standardista on siis olemassa useita määritelmiä, joiden perusteella standardeilla on ainakin seuraavia ominaisuuksia. Standardi on kirjallinen julkaisu, joka on kaikkien saatavilla. Standardi on standardoinnista huolehtivan viranomaisen, järjestön tai muun

² EY direktiivi 98/34 1(4) artikla.

³ ISO/IEC:n ohje 2:1996.

tunnustetun elimen hyväksymä. Standardit valmistellaan yhteistyössä avoimissa työryhmissä, joihin kutsutaan mukaan viranomaisten, teollisuuden, käyttäjien ja kuluttajien edustajia, ja valmistelussa pyritään konsensukseen. Standardi on tarkoitettu yleiseen ja toistuvaan käyttöön.

1.3 Miten standardeja syntyy?

Standardisointia harjoitetaan lähes joka maassa. Useimmissa teollisuusmaissa se on yksityisten organisaatioiden eli standardisoimisjärjestöjen vastuulla. Kehitysmaissa standardisoinnista vastaavat yleensä valtion viranomaiset. Kansainvälinen standardisointi on alusta lähtien perustunut vapaaehtoisuuteen.⁵

Standardisoinnin pääpaino oli pitkään kansallisella ja yritystasolla. Kansallisia, muista maista eroavia teknisiä määräyksiä, käytettiin osin myös tietoisesti suojaamaan omaa teollisuutta ulkomaiselta kilpailulta. Vasta 1960-luvulla standardisoinnin painopiste alkoi vähitellen siirtymään kansainväliselle tasolle.⁶

Standardeja syntyy monella eri tavalla ja monen eri tahon toimesta. Tekniset yhteensopivuusstandardit saattavat olla markkinoilla muotoutuneita tai erityisessä standardointimenettelyssä sovittuja, lainsäädännössä vahvistettuja tai sopimuksenvaraisia, avoimia tai suljettuja. Standardeja muodostetaan erilaisissa standardointijärjestöissä, mutta kuten sanottu, myös julkinen valta voi osallistua standardointiin lainsäädännön avulla joko suoraan tai välillisesti määrittelemällä tuotteiden ominaisuuksia koskevia standardeja kuten veden laatu tai liikennemerkit. Tämän lisäksi standardeja syntyy myös yritysten muodostamissa konsortioissa sekä ilman erityisten järjestöjen tai konsortioiden myötävaikutusta.

1.3.1 *Standardoimisjärjestöjä*

Maailmanlaajuisesti toimivista standardisointijärjestöistä keskeisin ja laaja-alaisin on ISO (International Organization for Standardization). ISO:n jäseniä ovat 157 maan kansalliset standardisointijärjestöt, joiden joukossa ovat kaikki teollisuusmaat ja useimmat sellaiset

⁴ <http://www.etsi.org/WebSite/Standards/WhatIsAStandard.aspx>, 28.10.2008.

⁵ <http://www.sfs.fi/standardisointi/maailmankartta/>.

⁶ <http://www.sfs.fi/standardisointi/maailmankartta/>.

kehitysmaat, joissa on merkittävää teollisuutta. SFS on ISO:n kansallinen jäsen. ISO:n tärkein yhteistyökumppani on sähköalan kansainvälinen standardisointijärjestö IEC (International Electrotechnical Commission), jossa on jäseniä noin kuudestakymmenestä maasta. SESKO on IEC:n kansallinen jäsen.⁷

Eurooppalaisesta standardisoinnista vastaavat CEN, CENELEC ja ETSI. Näistä laaja-alaisin on CEN, jonka toimialaan kuuluvat muun muassa rakennusala, koneenrakennus, terveydenhuolto, terveys- ja turvallisuus työpaikoilla, lämmitys ja ilmastointi, kuljetus ja pakkaaminen sekä tietotekniikka. CENELEC vastaa sähköalan eurooppalaisesta standardisoinnista ja ETSI telealan standardisoinnista.

ISO ja CEN ovat solmineet laajan yhteistyösopimuksen Wienissä 1991. Wienin sopimuksella pyritään vähentämään päällekkäistä työtä standardien laadinnassa. Sopimuksen mukaan CEN selvittää jokaisesta uudesta työkohteestaan, voidaanko työ tehdä ISO:n kanssa yhdessä. Ehdotus tehdään tällöin joko CENin (CEN Lead) tai ISO:n (ISO Lead) johdolla. Tästä päätetään aina tapauskohtaisesti.⁸ IEC ja CENELEC ovat sopineet yhteistyöstä vastaavalla tavalla (Dresdenin sopimus).⁹

Kansainvälisiä standardeja ovat ISO:n julkaisemat ISO-standardit ja IEC:n julkaisemat IEC-standardit. Näiden standardien kansallinen voimaan saattaminen on väljempää verrattuna EN-standardeihin. ISO- ja IEC-standardit voidaan vahvistaa sellaisenaan kansalliseksi standardiksi, mutta on myös mahdollista laatia esikuvasta poikkeava kansallinen standardi. Sen sijaan velvollisuutta saattaa kansallisesti voimaan kansainvälisesti hyväksytyä standardia ei ole.

Telealan kansainvälisten standardien valmistelussa on keskeisessä asemassa kansainvälinen teleliikenneliitto ITU (International Telecommunication Union), joka on YK:n alainen erityisjärjestö. ITU laatii suosituksia, jotka tarvittaessa julkaistaan ISO-standardeina.

Suomen standardoimisliiton SFS:n jäsenet edustavat lähinnä teollisuutta, kauppaa, valtionhallintoa ja kuntasektoria. SFS hoitaa keskeiset standardisointiin liittyvät hallinnolliset tehtävät ja huolehtii

⁷ www.iso.org, <http://www.iso.org/iso/about.htm>.

⁸ International Organization for Standardization (ISO) European Committee for Standardization (CEN) Agreement on technical cooperation between ISO and CEN (Vienna Agreement).

⁹ IEC CENELEC Agreement (1996), agreement on common planning of new work and parallel voting.

kansallista standardisointijärjestelmän ylläpidosta. Siten SFS ohjaa ja koordinoi standardien valmistelua kansallisella tasolla, vahvistaa kansalliset SFS-standardit, edustaa Suomea alansa kansainvälisissä ja eurooppalaisissa järjestöissä, pitää yllä standardikokoelmaa ja standardeihin liittyviä tietojärjestelmiä sekä palvelee muulla tavoin standardien tarvitsijoita.¹⁰

1.3.2 *Standardien luokittelu syntyvän mukaan*

Standardit voidaan jaotella syntyvän mukaan De jure -standardeiksi eli standardointiorganisaatioiden kehittämiksi tai De facto -standardeiksi eli yritysmaailmassa muotoutuneiksi tai kehitetyiksi standardeiksi. De facto -standardit voidaan vielä edelleen jakaa kahtia niihin, jotka on määritelty yritysten muodostamissa konsortioissa ja niihin, jotka ovat muotoutuneet tietyillä markkinoilla ilman yritysten tai muiden yhteenliittymien myötävaikutusta.

De jure -standardit. De jure -standardit ovat EY:n 98/34/EC direktiivin mukaisia standardeja, jotka kehitetään standardointijärjestöissä. Standardointiorganisaatioiden menettelytavat ja käytännöt takaavat sen, että standardit kehitetään avoimessa ympäristössä. Jokaisella osallistuvalla jäsenellä on mahdollisuus ottaa osaa standardin alaan ja ottaa osaa sen kehittämiseen ja hyväksymisprosessiin. Nämä menettelytavat mahdollistavat sen, että kaikista sopivin teknologia hyväksytään standardiksi. Samalla kun yritykset kilpailevat siitä, että niiden teknologia valittaisiin standardiksi, tasapaino saadaan aikaan standardointiorganisaation prosessien avulla ja paras teknologia valitaan.¹¹

Direktiivin antaman määritelmän mukaan muissa kuin standardointiorganisaatioissa syntyneet standardit eivät ole standardeja. Standardit voidaan jaotella de jure -standardeiksi ja de facto -standardeiksi niiden erilaisen syntyvän mukaisesti. De jure -standardeilla tarkoitetaan direktiivin mukaisesti syntyneitä standardeja ja de facto -standardeilla viitataan muulla tavalla syntyneisiin standardeihin. Ero näiden kahden standardin välillä saa alkunsa standardeja asettavien organisaatioiden julkisesta tunnustamisesta. Nämä organisaatiot kunnioittavat ja seuraavat asetettuja peruseriaatteita ja niille perustuvia erityisiä menetelmiä, joka erottaa de jure -standardit vapaaehtoisesti asetetuista teknisistä eritelmistä. De jure -standardeilla on täten erityinen legitimitetti.

De facto -standardit. Kuten edellä jo mainittiinkin, direktiivin ulkopuolelle asettuvia standardeja voidaan kutsua de facto -standardeiksi. Direktiivin 98/34 1(9) artiklan mukaan teknisellä määräyksellä tarkoitetaan teknistä eritelmaa tai muuta vaatimusta, mukaan lukien sovellettavat hallinnolliset määräykset, jonka noudattaminen on oikeudellisesti tai tosiasiallisesti pakollista ja joka koskee kaupan pitämistä tai käytettäessä sitä jäsenvaltiossa tai kyseisen jäsenvaltion merkittävässä osassa, sekä jäsenvaltioiden lakeja, asetuksia ja hallinnollisia määräyksiä, joissa kielletään tuotteen valmistus, tuonti, kaupan pitäminen tai käyttö, sanotun kuitenkin rajoittamatta 10 artiklan säännösten soveltamista. Direktiivissä on lueteltu mitkä ovat erityisesti sellaisia teknisiä määräyksiä, joita noudatetaan tosiasiallisesti. Näitä ovat jäsenvaltion lait, asetukset ja hallinnolliset määräykset, jotka koskevat joko teknisiä eritelmiä tai muita vaatimuksia taikka ammatillisia sääntöjä tai menettelyohjeita, joissa itsessään viitataan teknisiin eritelmiin tai muihin vaatimuksiin ja joiden noudattaminen luo oletuksen näissä laeissa, asetuksissa ja hallinnollisissa määräyksissä vahvistettujen vaatimusten mukaisuudesta, vapaaehtoiset sopimukset, joissa viranomaisen on osapuolena ja joiden tarkoituksena on yleisen edun nimissä teknisten eritelmien tai muiden vaatimusten noudattaminen, lukuun ottamatta julkisia hankintoja koskevia sopimuksia, tekniset eritelmät tai muut vaatimukset, jotka liittyvät verotus- tai rahoitustoimenpiteisiin, jotka vaikuttavat tuotteiden kulutukseen rohkaisemalla näiden teknisten eritelmien tai muiden vaatimusten noudattamista; tämä ei koske kansallisiin sosiaaliturvajärjestelmiin liittyviä teknisiä eritelmiä tai muita vaatimuksia. Mukaan luetaan tekniset määräykset, jotka jäsenvaltioiden nimeämät viranomaiset ovat vahvistaneet ja jotka esitetään komission 5 artiklassa tarkoitetun komitean yhteydessä ennen 1 päivää heinäkuuta 1995 laatimassa luettelossa.

Keskeiseksi standardointimuodoksi ovat nousseet yritysten muodostamat väliaikaiset yhteenliittymät, konsortiot. Usein yritysten muodostamista määritelmistä tulee de facto -standardeja, jos niissä on ollut mukana alan keskeisimmät yritykset.¹² Näihin yritysten muodostamiin standardeihin liittyy usein kilpailuoikeudellisia riskitekijöitä, koska se ei ole yhtä avointa kuin virallisten organisaatioiden.¹³ Konsortioissa muodostuneet standardit eivät ole käyneet läpi samaa standardointiprosessia kuin standardointielimissä muodostetut standardit, jotka heijastavat yleistä konsensusta prosessiin osallistuneiden eri intressitahojen välillä ollen

¹⁰ www.sfs.fi.

¹¹ Geradin 2006, 2.

¹² Mylly 2002.

avointa ja julkista. Yritysten konsortioiden muodostamat standardit eivät ole ”konsensusstandardeja” mutta tällainen standardit ovat erittäin tärkeitä nopeasti kehittyvällä teknologialalla kuten tietoteknologia.¹⁴

Standardeja voi syntyä myös markkinoilla ilman virallisten standardointielimien tai konsortioiden myötävaikutusta. Standardeja muodostuu usein yritysten välisen kilpailun lopputuloksena luonnostaan niin, että tietty asia omaksutaan markkinoilla standardiksi. Tällainen on esimerkiksi Microsoftin Windows-käyttöjärjestelmä, hotellien tähtiluokitukset. Markkinoille pääsy ensimmäisenä antaa teknologialle usein hyvät mahdollisuuden kehittyä tällaiseksi de facto standardiksi teknologian hyvyden, markkinoinnin ja muiden vastaavien tekijöiden ohella. Tällöin alan johtavalla yrityksellä on luonnollisesti etulyöntiasema seuraavan de facto teknologiastandardin määrittämisessä.

Formaalit standardisointielimet eivät aina pysty vastaamaan teknologian nopeaan kehitystahtiin. Tuotteiden ja teknologioiden elinkaari ovat melko lyhyitä, jolloin yhtiöillä, jotka kehittävät niitä ei ole varaa pitkäaikaisiin menettelyihin, jotka tarvitaan muodollisten standardointielinten standardointiprosessiin. Voisi ajatella, että tällaisessa toimintaympäristössä standardit jäisivätkin ainoastaan de facto -tasolle. Voisi ajatella de jure -standardit olisivat parhaimmillaan koskien muun muassa turvallisuutta ja ympäristöä, joissa julkinen sääntely on tärkeämpää.¹⁵

1.4 Standardien hyödyt ja haitat

Standardoinnilla on olemassa sekä hyödyllisiä että haitallisia seurauksia.¹⁶ ISO:n mukaan standardit tekevät tuotekehityksestä, valmistuksesta ja hankkimisesta tehokkaampaa ja turvallisempaa. Standardointi johtaa usein myös kovempaan hintakilpailuun tuotteiden muodostuessa teknisiltä ominaisuuksiltaan samankaltaisiksi.¹⁷ Tämä johtaa siten kuluttajille halvempiin hintoihin. Standardit antavat valtionjohdolle teknisen tason terveelliselle, turvalliselle ja ympäristöystävälliselle tuotteille ja prosesseille sekä standardit toimivat myös kuluttajien suojana.

¹³ Mylly 2002.

¹⁴ Willingmyre 1996.

¹⁵ Willingmyre 1996.

Yksi standardoinnin tärkeistä päämääristä on vahvan, avoimen ja hyvin organisoidun teknologisen infrastruktuurin syntyminen ylläpitäminen, joka toimii innovaatiojohtoisen kasvun perustana. Usein kysytään, toimiiko standardoimistyö enemmän innovaation hidastajana vai edistäjänä. Nämä molemmat toiminnot voidaan kuitenkin nähdä toimivan limittäin. Standardisointi voi toimia hidasteena, mutta samalla se luo tulevalle innovaatiolle pohjan. Hyvin suunnitellut standardit auttavat vähentämään epätoivottavia lopputuloksia. Standardisointi ei ole ainoastaan normien luomista tietylle teknologialle tietyillä markkinoilla vaan se toimii myös luovuuden edistäjänä.¹⁸

Standardoinnilla kyetään myös välttämään investointeja innovaatioon, joka johtaisi yhteen sopimattomiin lopputuloksiin. Standardointi mahdollistaa niin ikään yhteensopivien tuotteiden verkostojen nopeamman muodostumisen, mikä yleensä hyödyttää kuluttajia.¹⁹ Standardien voidaan katsoa edistävän liiketoimintaa, kansainvälisten standardien laaja käyttö tarkoittaa sitä, että tavarantoimittajat voivat kehittää ja tarjota tuotteita ja palveluja, joiden ominaisuuksilla on laaja kansainvälinen hyväksyntä tietyllä sektorilla. Täten liiketoiminta, joka käyttää kansainvälisiä standardeja on kilpailukykyinen monilla eri markkinoilla maailmassa.²⁰ Tällöin valmistajien ei tarvitse vakuuttaa esim. kuluttajaa koko standardin paremmuudesta suhteessa kilpaileviin standardeihin. Avoin standardi saattaa alentaa kynnystä investoida tutkimukseen ja tuotekehitykseen, kun standardin omaksuneet kuluttajat hankkivat varmemmin uusia, innovatiivisia tuotteita koko standardin vaihtamiseen liittyvän kustannusriskin puuttuessa. Avoin standardi saattaa siten lisätä innovaatiotoimintaa ja helpottaa alalle pääsyä. Standardit voivat vähentää yritysten kohtaamia riskejä. Standardit auttavat markkinoiden kehittämisessä uuteen teknologiaan perustuvalla palvelulla tai tuotteella.²¹

Kaupan alan viranomaisille, kansainväliset standardit luovat ”tasaisen pelikentän” kaikille tietyn markkina-alueen kilpailijoille. Poikkeavien kansallisten ja alueellisten standardien olemassaolo voi luoda kaupan teknisiä esteitä. Kansainväliset standardit ovat tekninen keino, jonka avulla poliittiset kauppasopimukset voidaan ottaa käytäntöön. Kaupan teknisten esteiden poistaminen edellyttää muun muassa, että tuotteille asetetut tekniset vaatimukset eivät poikkea toisistaan eri

16 Mylly 2002.

17 Mylly 2002.

18 Swann 2002, 5.

19 Mylly 2002.

20 www.iso.org.

maissa. Kansainvälisillä standardeilla voidaan yhdenmukaistaa tuotteita ja palveluja koskevia vaatimuksia ja siten vähentää kansainvälisen kaupan esteitä sekä myös helpottaa teknologian siirtoa maasta toiseen. Lisäksi liiketoiminnan hajauttaminen eri maihin, kansainvälinen verkostoituminen sekä kansainväliset kuljetukset ja viestintä edellyttävät standardisointia toimiakseen tehokkaasti.

Kehitysmaille kansainväliset standardit, jotka heijastavat kansainvälistä konsensusta vallitsevasta teknologisesta kehitystasosta, on tärkeä lähde tekniselle know-how'lle. Määrittelemällä tuotteilta ja palveluilta vaadittavia ominaisuuksia, kansainväliset standardit antavat kehitysmaille lähtökohdan oikeiden päätösten tueksi niiden päättäessä vähäisten varojensa investoinnista.²²

Toisaalta edellä mainittuihin standardoinnin hyödyllisiin piirteisiin sisältyy myös kääntöpuolensa: standardointi voi supistaa tutkimus- ja tuotekehitysinvestointeja standardin ulkopuoliseen innovaatioon ja vähentää kilpailua tuotteiden ominaisuuksilla. Jos standardi ei ole avoin, se saattaa muodostua alalle pääsyn esteeksi. Mikäli tuotteet ovat hyvin pitkälle standardoituja ja siten ominaisuuksiltaan samankaltaisia, standardia noudattavien kilpailijoiden hinnoittelustrategiatkin muuttuvat läpinäkyvämmiksi, mikä lisää hintayhteistyön riskiä. Yritysten osallistuminen standardointiyhteistyöhön luo käytännön mahdollisuuksia muullekin kilpailevien yritysten väliselle kielletylle yhteistyölle.²³ Standardissa ratkaisu esitetään tarkoituksella, että sitä käytetään jatkuvasti. Siksi standardissa on jotain ”staattista”, koska ratkaisu ”jäädyytetään” tietyksi ajaksi, kunnes kehitys tekee tarpeelliseksi toisen ratkaisun valitsemisen: vanha standardi väistyy uuden tieltä. Tänä ”jäädyytysaikana” uudet ratkaisut standardin ongelmaan ovat kiellettyjä. Tässä mielessä standardisointi estää innovaatiot.²⁴

1.5 Standardointi ja FRAND-ehdot

Jos markkinoilla omaksutun standardin toteuttaminen loukkaa välttämättä jotakin patenttia, patentinhaltijan markkinavoima teknologiamarkkinoilla voi lisääntyä huomattavasti. Tällaisen markkinavoiman hyödyntäminen voi nostaa standardoitujen tuotteiden hintoja, rajoittaa uusien

21 Swann 2002, 5.

22 www.iso.org.

23 Mylly 2002.

24 <http://www.sfs.fi/files/vries2006.pdf>.

tuotteiden kehittämistä ja estää muutenkin standardoinnin hyötyjen toteutumista. Standardointijärjestöjen toimintaan liittyy usein em. ongelmien välttämiseksi sääntöjä, joiden mukaan standardin toteuttamiseksi välttämättömistä patenteista tulee ilmoittaa standardoinnin aikana ja sellaiset patentit tulee lisensoida reiluin, kohtuullisin ja syrjimättömin ehdoin standardin toteuttaville yrityksille. Tyypillisesti standardointiorganisaatiot vaativat jäseniltään sitoutumista tiettyihin IPR-sääntöihin.(esim. ETSI yms.). Kun tietty tekninen ratkaisu on omaksuttu standardiksi, voi olla teknisesti mahdotonta tuottaa standardinmukainen tuote käyttämättä siihen sisältyviä immateriaalioikeuksia tätä patenttioikeutta tai tekijänoikeutta kutsutaan standardin kannalta välttämättömäksi (eng. essential).²⁵

Standardointiorganisaatio vaatii jäsentensä sitoutuvan antamaan omistamansa IPR:t toisten jäsenten käyttöön kohtuullisin korvauksin mitään osapuolta syrjimättä siltä osin kuin kyseessä olevan standardin implementointi tätä vaatii.²⁶

FRAND (lyhenne sanoista fair, reasonable and non-discriminatory ja samassa tarkoituksessa käytetään myös RAND-termiä). FRAND-ehdoille ei ole olemassa universaalisti hyväksyttävää tulkintaa liittyen patentinhaltijoiden perimiin lisenssimaksuihin.(Marshall). Standardiyhteisöt eivät ole olleet kovin halukkaita antamaan ohjeita FRAND:n tulkittamiseen, joten se on jäänyt suurelta osin patentinhaltijoiden tulkinnan varaan. Se on suunniteltu antamaan kohtuullinen hyvitys teknologian kehittäjälle säilyttäen kannustimen uusiin innovaatioihin ja kehitykseen, samalla kuitenkin estäen sen, että teknologiaomistajat kohtuuttomasti hyötyvät siitä ylimääräisestä arvosta, jonka he saavat siitä, että heidän tuotteensa on sisällytetty standardiin ja sen kilpailun poistamiseksi, jonka muuten olisi välttämättä edessä.²⁷

FRAND-ehtojen taustalla ovat horisontaalista yhteistyötä koskevat kilpailusäännöt, kuten EY:n perustamissopimuksen 81 artikla ja suuntaviivat sen soveltamisesta horisontaalista yhteistyötä koskeviin sopimuksiin.²⁸ Edellä luetelluissa virallisissa standardointielimissä syntyvät standardit ovat yleensä ongelmattomimpia kilpailuoikeuden soveltumisen kannalta, koska sekä menettely että lopputulos ovat yleensä avoimia kaikille halukkaille ja mukana olevat yritykset joutuvat

²⁵ Marshall 2006.

²⁶ Honkasalo 2002.

²⁷ Marshall 2006.

²⁸ Komission tiedonanto 2001/C3/02.

lisensoimaan standardin täytäntöönpanossa välttämättömät essentiaalipatenttinsa ”on fair, reasonable and non-discriminatory terms” tai vastaavilla ehdoilla.²⁹

Lisenssineuvottelut käydään standardointiorganisaatioiden ulkopuolella. Esimerkiksi ETSI tekee selväksi, että lisenssineuvottelut eivät ole osa standardiprosesseja ja kokee roolinsa olevan enemmänkin tekninen kuin kaupallinen. ”Reasonable” ja ”non-discriminatory” tulee määritellä kaupallisessa ympäristössä.³⁰ Neuvottelujen osapuolille jää siis vastuu siitä, että EY:n perustamissopimuksen 81 artikla ja sen soveltamista koskevat suuntaviivat otetaan huomioon lisenssiehdoista sovittaessa.

²⁹ Miller 2005.

³⁰ Geradin 2006, 4.

2. KARTELLIKIELLON YHTYMÄKOHDISTA STANDARDINTIYHTEISTYÖHÖN JA FRAND-LISENTOINTIIN

2.1 Johdanto

Tässä pääluvussa keskitytään niihin rajoituksiin ja vaatimuksiin, joita Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 81 artiklan ilmaisema kartellikielto asettaa standardoinnille ja standardeihin sisältyvien essentiaalisten immateriaalioikeuksien lisensoinnille. Siinä missä seuraavassa pääjaksossa käsiteltävä määräävän markkina-aseman väärinkäytön kiello koskee yrityksen yksipuolista toimintaa, pyritään kartellikiellon avulla puuttumaan yritysten välisiin kilpailua rajoittaviin sopimuksiin ja muihin menettelyihin.

Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 81(1) artiklan (jäljempänä EY 81(1)) kieltämiä ovat sellaiset yritysten väliset sopimukset, yritysten yhteenliittymien päätökset sekä yritysten yhdenmukaistetut menettelytavat, jotka ovat omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan ja joiden tarkoituksena tai seurauksena on kilpailun rajoittuminen tai vääristyminen yhteismarkkinoilla. Standardinlaadinnan tuottamat hyödyt tunnustetaan yleisesti,³¹ ja viranomaisten suhtautuminen standardointiin – myös, kun yhteistyöhön osallistuu keskenään kilpailevia yrityksiä – on yleensä ollut sallivaa³². Standardointiin liittyy kuitenkin useita kilpailuoikeudellisia huolenaiheita³³. EY 81 artiklan kannalta olennaista on, että standardointiin osallistuu yrityksiä, jotka kilpailevat samoilla markkinoilla. Yhteisön kilpailuoikeus on aina otettava huomioon, kun on kyse kilpailijoiden välisestä yhteistyöstä. Horisontaalisen yhteistyön vahingolliset vaikutukset on presumoitu lain tasolla³⁴.

Standardointi ja lisensointi kohtaavat ainakin kahdella eri alueella. Yksi tällainen yhtymäkohta ilmenee standardointiin osallistuville yrityksille asetettavissa vaatimuksissa, joiden mukaan standardin täytäntöönpanemiseksi välttämättömät immateriaalioikeudet on asetettava saataville

³¹Ks. esim. Anderman – Kallaugher 2006, 246, Kuoppamäki 2006, 197 ja Mylly 2002, 5.

³²Ks. Mylly 2002, 5; komission suuntaviivat EY:n perustamissopimuksen 81 artiklan soveltamisesta horisontaaliseen yhteistyöhön, k. 169.

³³Ks. ongelmien ryhmittelystä esim. Dolmans 2002, 6–7.

³⁴Kuoppamäki 2006, 76 ja Kuoppamäki 2003, 439.

FRAND-ehdoin. Toinen tärkeä päällekkäisyys liittyy essentiaalisten immateriaalioikeuksien ilmoittamista (disclosure) koskeviin vaatimuksiin, joita standardointimenettelyihin osallistuvilta voidaan vaatia.³⁵

1970-luvulla komission käsittelyyn tuli kaksi tapausta, joissa oli kyse siitä, että valmistajat pyrkivät käyttämään standardeja ja immateriaalioikeuksia yhdessä asettaakseen kilpailijoiden markkinoille pääsulle esteitä. Komissio omaksui Andermanin ja Kallaugherin mukaan tässä yhteydessä kannan, jonka mukaan EY 81 artiklan kannalta standardien ja ristiinlisensoinnin tai patenttipoolien yhdistäminen ei ole kilpailua rajoittavaa, kunhan kilpailijoiden oli mahdollista saada lisenssi oikeudenmukaisilla, kohtuullisilla ja syrjimättömillä ehdoilla ("on fair, reasonable and non-discriminatory terms").³⁶ Kun EY 81 artikla soveltuu tiettyyn standardointimenettelyyn, edellytetään kolmansilla olevan pääsy standardiin. FRAND-lisensointi on keino estää se, että standardista muodostuisi markkinoille pääsyn este (barrier to entry) kolmansia osapuolia kohtaan.³⁷

Yhteisten standardien hyväksyminen voi olla toivottavaa tietyissä tilanteissa. Monet teknisiä standardeja koskevista sopimukset eivät loukkaa EY 81(1) artiklaa lainkaan, ja useat artiklan piiriin kuuluvistakin sopimuksista tyydyttävät 81(3) artiklan poikkeusedellytykset.³⁸ Horisontaalisesta yhteistyöstä annettujen suuntaviivojen (jälj. HSV) selvästi sallimien ja selvästi kieltämien standardointisopimusten välimaastoon kuuluvia sopimuksia on arvioitava tapauskohtaisesti sen selvittämiseksi, sisältykö niihin mahdollisia kilpailua rajoittavia elementtejä ja ovatko nämä rajoitukset merkittävämpiä kuin standardoinnilla saavutetut hyödyt³⁹. EY 81 (2) artiklassa säädetyn pätemättömyysseuraamuksen merkitystä standardoinnissa ei tilan puutteen vuoksi tulla käsittelemään tämän työn puitteissa.

³⁵Ks. Anderman – Kallaugher 2006, 253.

³⁶Ks. Anderman – Kallaugher 2006, 247, missä viitataan tapauksiin IGR (komission 14. kertomus kilpailupolitiikasta, 1984, k. 94 ja IGR Stereo Television (komission 11. kertomus kilpailupolitiikasta, 1981, k. 92).

³⁷Anderman – Kallaugher 2006, 253.

³⁸Bellamy – Child 2001, 261. Standardin hyväksymisen on oltava 81(3) artiklan kannalta hyväksyttävää, jos EY 81(1) soveltuu.

³⁹Alkio – Wik 2004, 216.

Standardointiyhteistyö tai patenttipoolin perustaminen ei saa sulkea kilpailua pois. Myös poolin on lisensoitava essentiaaliset teknologiat FRAND-ehdoin, kun se hallitsee standardin kannalta välttämättömiä immateriaalioikeuksia⁴⁰.

”Standardisoinnin ehtona on, että sikäli kuin standardiin liittyy essentiaaleja patenteja, ne lisensoidaan kaikille halukkaille kohtuullisin ja tasapuolisin ehdoin. Usein tätä tarkoitusta varten perustetaan erillinen patenttipooli. Periaatteena on, että kaikkien standardisointiin osallistuvien yritysten on ilmoitettava mahdolliset essentiaalit patentit joita heillä suunnitellun standardin osalta on.”⁴¹

2.2 Standardointiyhteistyön hyväksyttävyyden 81 artiklan kannalta

2.2.1 *Aluksi*

EY 81 artiklan soveltaminen edellyttää, että kyse on yrityksestä tai yrityksen yhteenliittymästä. Nämä ovat käsitteinä laajoja, eikä esimerkiksi oikeushenkilöllisyyttä edellytetä. Yritysten yhteenliittymänä voidaan pitää esimerkiksi toimialayhdistystä, jonka puitteissa standardeja laaditaan. Vaikka toimialayhdistysten puitteissa harjoitetaan tietysti pääsääntöisesti legitiimiä toimintaa, kuten yhteistyötä alan standardien laadinnassa, on kartellikiellon kattamaa toimintaa kuitenkin varsin usein harjoitettu juuri toimialayhdistyksen piirissä.⁴² EY:n kilpailuoikeutta voidaan soveltaa vain ns. kauppavaikutuskriteerin täytyessä. Riittävää on, että standardintisopimuksella voi olla välitön tai välillinen, aktuaalinen tai potentiaalinen vaikutus jäsenvaltioiden välisen kaupan rakenteeseen.⁴³

EY 81 artiklan soveltamiseksi on aina määriteltävä merkitykselliset maantieteelliset markkinat ja tuotemarkkinat. Horisontaalisten suuntaviivojen mukaan standardoinnin vaikutukset näkyvät kolmilla mahdollisilla tuotemarkkinoilla: 1) tuotemarkkinoilla, joita standardit koskevat, 2)

⁴⁰Ks. komission suuntaviivat EY:n perustamisopimuksen 81 artiklan soveltamisesta teknologiansiirtosopimuksiin (C 101 27/04/2004, jäljempänä TSSV), k. 167.

⁴¹Kuoppamäki 2006, 197.

⁴²Kuoppamäki 2006, 83. Esimerkiksi ETSI:n kilpailuoikeuden noudattamisohjelmassa todetaan, että vaikka ETSI on virallinen standardointielin, on se samanaikaisesti myös 81(1) artiklan mukainen yritysten yhteenliittymä. Lisäksi kaikki ETSI:n jäsenet ovat 81(1) artiklassa tarkoitettuja yrityksiä. (ETSI Guidelines for Antitrust Compliance, 25. tammikuuta 2007, s. 5, saatavissa:

http://www.etsi.org/website/document/legal/etsi_guidelines_for_antitrust_compliance.pdf).

⁴³Ks. esim. Kuoppamäki 2003, 475 ja komission ratkaisu asiassa X/Open Group (selostettu jäljempänä), k. 40: Jäsenet aikoivat tarjota määritelmän mukaisia tuotteita kaikissa silloisissa EY:n jäsenvaltioissa, ja saattoivat siten suoraan vaikuttaa jäsenten tuotteita koskeviin kauppavirtoihin ja välillisesti kolmansien jäsenten kanssa kilpailevien toimittajien tuotteiden kauppaan. Jäsenvaltioiden väliseen kauppaan vaikutettiin tuntuva määrin.

standardointipalvelujen markkinoilla (jos asiaan liittyy standardointilaitoksia tai -sopimuksia) ja 3) testauksen ja varmentamisen markkinoilla (soveltuvissa tapauksissa). Toisaalta Andermanin ja Kallaugherin mukaan standardoinnista voi seurata kilpailulle vahingollisia vaikutuksia standardoiduilla tuotemarkkinoilla tai teknologiamarkkinoilla. Ensiksi mainittu voi johtua siitä, että standardointijärjestely helpottaa kolluusiota markkinoilla. Tämä voi johtua markkinoiden suuremmasta läpinäkyvyydestä, joka tekee hintojen vertaamisen helpommaksi, taikka markkinoiden keskittymisestä, joka johtuu siitä, että standardi poistaa olemassa olevia tai estää mahdollisia kilpailijoita tulevista markkinoille. Teknologiamarkkinoilla vaarana on epätoivottujen teknologioiden sulkeminen pois markkinoilta. Samalla standardin ulkopuolisiin innovaatioihin kohdistuvat tutkimus- ja kehitysinvestoinnit vähenevät.⁴⁴ Ks. markkinoiden määrittämisestä tarkemmin jäljempänä alaluvussa 3.2.1.

Kartellikielto soveltuu, kun kilpailun rajoittuminen on tuntuva (appreciable). Tästä syystä vähämerkitykselliset kilpailunrajoitukset jäävät sääntelyn ulkopuolelle. EY 81(1) artiklan piiriin kuulumattomia voivat olla sellaiset standardit, jotka kattavat vain vähäisen osan merkityksellisiä markkinoita eivätkä sisällä tuntuvia rajoituksia. Tällaisilla standardointisopimuksilla ei ole merkittävää vaikutusta kilpailuun eivätkä ne siten kuulu 81(1) artiklan piiriin.⁴⁵ Vähämerkityksellisetkään kilpailunrajoitukset eivät jää 81(1) artiklan ulkopuolelle, mikäli ne sisältävät vakavia kilpailunrajoituksia⁴⁶. Standardointisopimusten kannalta osapuolten yhteinen markkinavoima ei ole keskeinen kriteeri kilpailua rajoittavien vaikutusten arvioinnissa, koska standardointisopimusten hyödyt voivat yleensä toteutua nimenomaan silloin, kun suuri osa markkinoista perustuu standardiin⁴⁷. Lisäksi HSV 24 kohdassa todetaan, ettei 81(1) artiklan alaan kuulu yhteistyö sellaisten kilpailevien yritysten välillä, jotka eivät yksinään pystyisi hoitamaan yhteistyön piiriin kuuluvaa hanketta tai toimintaa⁴⁸.

⁴⁴Ks. Anderman – Kallaugher 2006, 251; Kuoppamäki 2006, 197: teknologisen kilpailun mahdollinen väheneminen standardoinnin seurauksena; HSV k. 22: standardointisopimusten kielteiset vaikutukset kohdistuvat tyypillisesti innovaatiotoimintaan ja tuotevalikoimaan, ja niistä voi seurata myös markkinoiden sulkemiseen liittyviä ongelmia; Mylly 2002, 5; Dolmans 2002, 10.

⁴⁵HSV k. 164 ja Bellamy – Child 2001, s. 262.

⁴⁶Kuoppamäki 2006, 79, Alkio – Wik 2004, 101. Ks myös HSV k. 25: kyse on sopimuksista, joilla vahvistetaan hintoja, jaetaan markkinoita tai rajoitetaan tuotantoa. Tällaisten rajoitusten vahingollisesta vaikutuksesta ei myöskään ole tarpeen esittää näyttöä, vaan ne oletetaan 81(1) artiklan vastaisiksi.

⁴⁷Alkio – Wik 2004, s. 216, HSV k. 169.

⁴⁸Ks. myös Kukkonen 2003, 64.

Komissio on horisontaalisia sopimuksia koskevista suuntaviivoista pyrkinyt asettamaan standardointia koskevan arviointikehikon, ja suhtautuu niihin pääasiassa myönteisesti⁴⁹. Suuntaviivoissa tarkoitettujen standardien ensisijaisina tarkoituksena on määrittellä tekniset tai laadulliset vaatimukset, joita nykyisten tai tulevien tuotteiden, tuotantoprosessien tai -menetelmien on mahdollisesti vastattava. Standardilla tarkoitetaan suuntaviivojen mukaan sekä tunnustettujen eurooppalaisten tai kansallisten standardointielinten hyväksymiä standardeja että erilaisten konsortioiden, foorumeiden tai yksittäisten yritysten välisinä sopimuksina tai hyväksytyinä käytäntöinä syntyneitä standardeja.⁵⁰ Jälkimmäisiin viitattaessa puhutaan yleisesti de facto -standardeista. (Ks. tarkemmin erilaisista standardeista edellä jaksossa 1.3.2.) Vaikka standardin noudattaminen perustuisi kansallisen viranomaisen tai lain vaatimuksiin, ei tämä estä yhteisön kilpailuoikeuden soveltamista⁵¹.

Anderman ja Kallaugher kritisoivat horisontaalista yhteistyötä koskevia suuntaviivoja siitä, ettei niissä kiinnitetä riittävästi huomiota siihen, että standardointielimillä on mahdollisuus vaatia standardin kannalta relevanttien immateriaalioikeuksien ilmoittamista ennen standardin sisällöstä päättämistä⁵². FRAND-lisensoinnin kannaltahan tämä on kuitenkin aivan olennainen ilmiö. Esimerkiksi ETSI:n IPR Policyn⁵³ mukaan jäsenten on ryhdyttävä kohtuullisiin toimenpiteisiin essentiaalisten immateriaalioikeuksien ilmoittamiseksi osallistuessaan standardinlaadintaan (k. 4.1). Kohdan 6.1 mukaan ETSI tulee pyytämään tietoonsa tulleen essentiaalisen immateriaalioikeuden haltijaa ilmoittamaan olevansa valmis lisensoimaan tuon oikeuden peruuttamattomasti oikeudenmukaisilla, kohtuullisilla ja syrjimättömillä ehdoilla. Brenningin mukaan standardointielimet ovatkin paremmassa asemassa huolehtimaan menettelyn kilpailuoikeudenmukaisuudesta kuin komissio. Tämä johtuu käytännöllisistä ja oikeudellisista syistä.⁵⁴

⁴⁹ Anderman – Kallaugher 2006, 247, Dolmans 2002, 5 ja HSV k. 169.

⁵⁰ HSV k. 159 ja HSV lv. 47.

⁵¹ Anderman – Kallaugher 2006, 246 av. 15.

⁵² Anderman – Kallaugher 2006, 248.

⁵³ ETSI IPR Policy (Annex 6 of the Rules of Procedure), maaliskuu 2007, saatavissa: http://www.etsi.org/WebSite/document/Legal/ETSI_IPR-Policy.pdf.

⁵⁴ Brenning 2002, 1–2. Myös Andermanin ja Kallaugherin mukaan yksityisesti asetettavat FRAND-velvoitteet voivat olla paikallaan standardoinnissa 81 artiklan epävarman soveltuvuuden takia (2006, 256).

2.2.2 81(1) Artiklan kieltämät sopimukset

EY 81(1) artiklan *vastaisia* ovat Andermanin ja Kallaugherin mukaan standardointisopimukset, jos ne

- 1) antavat osapuolille tuotantoa tai innovaatioita koskevan yhteisen määräysvallan,
- 2) rajoittavat osapuolten mahdollisuuksia kilpailla tuotteiden ominaisuuksilla ja
- 3) vaikuttavat kolmansiin osapuoliin erityisesti syrjinnän, poissulkemisen tai maantieteellisten markkinoiden rajaamisen kautta.⁵⁵

Toisaalta Dolmansin mukaan – horisontaalisten suuntaviivojen kohtaa 163 mukaillen – EY 81 artikla *ei* tavallisesti *sovella*, mikäli standardi (1) perustuu syrjimättömään, avoimeen ja läpinäkyvään menettelyyn, (2) ei pakota valmistajia noudattamaan standardia⁵⁶, tai (jos noudattaminen on pakollista) on osa laajempaa tuotteiden yhteensopivuuden varmistamiseksi tehtyä sopimusta⁵⁷, (3) ei estä yhteensopimattomien tuotteiden valmistamista (4) eikä sisällä kollektiivista boikotointia koskevia sopimuskohtia tai sellaisenaan kiellettyjä kilpailunrajoituksia. Näiden ehtojen täytyessä EY 81(3) artiklan asettamien ehtojen täyttämistä voidaan vaatia vain, kun standardi on niin menestyksellinen, että kilpailua poistavia vaikutuksia ilmenee jopa ilman rajoittavia sopimusehtoja.⁵⁸

EY 81(1) artiklan mukaisessa arvioinnissa otetaan siten huomioon osapuolten vapaus kehittää vaihtoehtoisia standardeja ja tuotteita, jotka eivät ole standardin mukaisia (HSV k. 167). Vaikka tuotteiden ominaisuuksilla kilpaileminen heikentyisikin standardoinnin seurauksena, saattaa siitä samalla seurata hintakilpailun tehostumista⁵⁹. Standardin tarpeettoman laaja ulottuvuus (ylistandardisointi) voi kuitenkin vaikuttaa vahingollisesti tuotteiden ominaisuuksilla käytävään kilpailuun. Tällöin kilpailua voidaan käydä vain hinnalla, toissijaisilla ominaisuuksilla ja imagolla. Standardointiin osallistuvilla yrityksillä tulee olla oikeus osallistua myös kilpailevaan toimintaan, sillä muussa tapauksessa menettely voi merkitä EY 81(1) artiklan vastaista tuotannon ja

⁵⁵ Anderman – Kallaugher 2006, 248. Tämä kolmiosainen testi perustuu horisontaalisten suuntaviivojen kohtaan 166, missä kylläkin todetaan, että nämä ehdot täyttävät sopimukset *voivat* kuulua 81 artiklan alaan.

⁵⁶ Ks. Philips VCR (OJ L 47 18.2.1978, s. 42–47) ja Dolmans 2002, 10–11.

⁵⁷ HSV:n mukaan tällaisia ovat tavallisesti tunnustettujen standardointilaitosten antamat standardit, jotka perustuvat syrjimättömyyteen sekä avoimiin ja läpinäkyviin menettelyihin (k. 163).

⁵⁸ Dolmans 2002, 25.

⁵⁹ Kukkonen 2003, 56.

hankintalähteiden rajoittamista⁶⁰. Standardin päätarkoitus voi ylittyä, jos jollekin laitokselle annetaan yksinoikeus testata tuotteen standardinmukaisuus⁶¹.

HSV 165 kohdan mukaan EY 81(1) artiklan soveltamisalaan kuuluvat lähes aina sopimukset, joissa standardeja käytetään osana laajempaa rajoittavaa sopimusta, jolla pyritään sulkemaan todelliset tai mahdolliset kilpailijat markkinoilta. Erityisen epäilyttäviä ovat sopimukset, jotka sisältävät vakavia kilpailunrajoituksia eli joilla jaetaan markkinoita tai määrätään hintoja. Tällaisten standardointisopimusten todellisena tarkoituksena ei ole teknisen tai taloudellisen kehityksen edistäminen vaan ainoastaan kilpailun rajoittaminen.⁶²

Suuntaviivoissa luodaan eräänlainen turvasatama tunnustetuissa standardointielimissä tapahtuvalle standardien laadinnalle, edellyttäen että osallistuminen on syrjimätöntä ja menettely avointa ja läpinäkyvää (HSV k. 163)⁶³. Poikkeuksen on tarkoitus kuitenkin ulottua myös ad hoc -standardointielinten toimintaan, sikäli kun nämä toimivat vastaavalla tavoin. Vaikka itse standardin laadinta jäisikin tällä perusteella EY 81(1) artiklan ulkopuolelle, sama ei välttämättä koske muita rajoituksia, joita elin tai jäsenet saattavat asettaa.⁶⁴

Tunnustettujen standardointielinten laatimia standardeja ongelmallisempia voivat olla erilaiset de facto -standardit. Tällöin tosiasiallinen teollisuusstandardi on syntynyt esimerkiksi yritysten muodostaman konsortion toimesta, taikka tietynlainen tuotespesifikaatio on syystä taikka toisesta vakiintunut markkinoilla noudatettavaksi.⁶⁵ Esimerkiksi patenttipooli voi luoda standardin tai

⁶⁰ Mylly 2002, 6.

⁶¹ Mentula 2002, 307; HSV 167.

⁶² Ks. Kukkonen 2003, 56–57.

⁶³ Anderman – Kallaugher, 248. Ks. myös Mylly s. 6: ”Virallisissa standardointielimissä syntyvät standardit ovat yleensä ongelmattomimpia kilpailuoikeuden soveltamisen kannalta, koska sekä menettely että lopputulos ovat yleensä avoimia kaikille halukkaille, ja mukana olevat yritykset joutuvat lisensoimaan – – essentiaalipatenttinsa [FRAND-] tai vastaavilla ehdoilla.” Suuntaviivoissa edellytetään lisäksi, ettei standardointisopimus sisällä velvoitetta noudattaa standardia tai ovat osa tuotteiden yhteensopivuuden varmistamiseksi tehtyä laajempaa sopimusta. Ks. myös Alkio – Wik 2004, 215.

⁶⁴ Anderman – Kallaugher, 248. Toisaalta Kukkosen mukaan yksityisten konsortioiden laatimat standardit jäisivät EY 81(1) artiklan ulkopuolelle ainoastaan erityisissä olosuhteissa, joissa ”a consortium were to mimic the operation and organization of a formal standards body to the greatest detail” (s. 68). Kukkosen näkemystä on pidettävä liian ahtaana jo suuntaviivoissa käytetyn sanamuodon takia, jonka mukaan 163 kohdassa sanottu soveltuu *tanallisesti* tunnustettujen standardointilaitosten antamiin standardeihin (kursiivi tässä). Kukkosen tulkinnan mukaan kohta soveltuisi lähestulkoon ainoastaan tällaisiin standardeihin.

⁶⁵ Ks. esim. Mylly 2002, 6.

vahvistaa sitä,⁶⁶ taikka tosiasiallinen standardi voi syntyä T&K-järjestelyn tuottaman uuden teknologian myötä⁶⁷.

2.2.3 *Standardien on oltava avoimia*

EY 81 artikla edellyttää FRAND-ehtoja ainoastaan sen varmistamiseksi, ettei kolmansia osapuolia suljeta pois ja siten vahingoiteta kilpailua⁶⁸. Ellei standardi ole avoin, se saattaa muodostua alalle pääsyn esteeksi⁶⁹. Kilpailun kannalta voi olla yhdenmukaista, suljetaanko kilpailijat pois a) pitämällä standardin sisältö salaisena (ts. spesifikaatiot tai määritelmät eivät ole kilpailijoiden saatavilla) vai b) kieltäytymällä lisensoimasta standardiin sisältyviä essentiaalisia immateriaalioikeuksia⁷⁰. Olisi siten ratkaistava kaksi erillistä ongelmaa, joista ensimmäinen on standardispesifikaatioiden saatavuus ja toinen essentiaalisten immateriaalioikeuksien käyttöoikeus⁷¹. Ensimmäistä ongelmaa ei syntyne tunnustettujen standardointielimien laatimien standardien suhteen. Tilanne voi olla toinen, mikäli tuotespesifikaatio on ainoastaan de facto -teollisuusstandardi. Jälkimmäinen ongelma eli teknologioiden käyttöoikeus pyritään ratkaisemaan vaatimalla näiden oikeuksien lisensointia kohtuullisin ja syrjimättömin ehdoin.

Jottei kilpailua poistettaisi, on standardien laatimisen oltava avointa ja yhteistyön tulosten oltava kaikkien kilpailijoiden saatavilla. Kilpailu teknologiamarkkinoilla tapahtuu ennen standardin hyväksymistä, jolloin yritykset kilpailevat siitä, kenen tekninen ratkaisu otetaan osaksi standardia. Tästä syystä on tärkeää, että lähtökohtaisesti kaikilla standardoitavilla tuotemarkkinoilla toimivilla kilpailijoilla on mahdollisuus osallistua standardin laatimiseen (ks. HSV k. 172). Standardi ei saa muodostua alalle pääsyn esteeksi, jonka avulla estetään kilpailijoiden pääsy markkinoille.

⁶⁶ Esim. Alkio – Wik 2004, 398 ja TSSV k. 167. Philipsin CD-R -levyjen lisensointia koskevan menettelyn päättymisestä annetussa lehdistötiedotteessa komissio toteaa: ”The Commission intends to continue to closely monitor existing or new technology pools, in particular those that support or establish a *de facto* or a *de jure* industry standard in order to ensure that they comply with Community competition rules.” (RAPID press releases, ref. IP/06/139, date 09/02/2006. Saatavissa: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/139&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>).

⁶⁷ Anderman – Kallaughner 2006, 246, av. 10.

⁶⁸ Anderman – Kallaughner 2006, 255, av. 43.

⁶⁹ Mylly 2002, 5.

⁷⁰ Ks. myös horisontaalista yhteistyötä koskevien suuntaviivojen k. 174, missä todetaan, että yhteisessä määräävässä asemassa olevan yritysyhdyksen laatiman yksityisen standardin tulisi olla mahdollisimman avoin ja oltava ulkopuolisten käytettävissä tasapuolisin, kohtuullisin ja syrjimättömin ehdoin. Sanamuodon puolesta käytettävissä oleminen kattaa sekä spesifikaatioiden julkisuuden että teknologialisenssien saatavuuden.

Essentiaaliset immateriaalioikeudet on lisensoitava kolmansille, ja kolmansien on myös saatava tietoonsa standardin sisältämät määritelmät: painoarvoa asetetaan myös sille, että standardin laatimiseen osallistuvat saavat jo standardin laatimisen aikana arvokasta tietoa ja kokemusta standardin sisällöstä ja saattavat siten saada etulyöntiaseman suhteessa kilpailijoihin, ellei yhteistyön tuloksia julkisteta mahdollisimman pian⁷².

Jaetussa määräävässä markkina-asemassa olevien yritysten laatima standardi voi johtaa koko toimialaa koskevan standardiin. Tällöin on varmistuttava erityisesti siitä, että standardi on ulkopuolisten käytettävissä tasapuolisina, kohtuullisina ja syrjimättöminä ehdoin.⁷³ Muussa tapauksessa vaarana on, että standardin avulla asetetaan markkinoille tulon esteitä ja poistetaan kilpailijoita markkinoilta. Vastaavasti horisontaalisia sopimuksia koskevissa suuntaviivoissa tunnustetaan se, että jos yksityinen organisaatio tai yritysryhmä laatii oman standardinsa tai yrityskohtaisesta teknologiasta tulee käytännössä standardi, kilpailu häviää jos ulkopuolisilta estetään kyseisen standardin käyttö (HSV k. 175). Standardointisopimuksia koskevassa arvioinnissa määräävänä tekijänä on kolmansien pääsy standardiin. Näin siksi, että standardointisopimukset saattavat edistää markkinoiden sulkemista kilpailijoilta asettamalla markkinoille tulon esteitä. Yksittäistapauksellisen arvioinnin kohteena on, millaisia markkinoille tulon esteitä standardointijärjestelyn ulkopuolelle jääneet yritykset kohtaavat. Ellei tällaisia esteitä ole, ei 81 artiklan tulisi soveltua.⁷⁴

Tässä yhteydessä tehokkain keino lopettaa kilpailunormien rikkominen voi olla sen immateriaalioikeuden lisensoiminen, jota rikkova yritys hallitsee (kun on kyse tuon kielto-oikeuden väärinkäytöstä). EY 81 artiklan kannalta standardointiorganisaation vaatimia FRAND-ehdoja voidaan pitää ex ante -oikeuskeinona, sillä sitoumus asettaa antajansa käyttäytymiselle ehtoja, joita muutenkin olisi noudatettava sen varmistamiseksi, ettei 81 artiklaa loukata standardoinnin tai poolijärjestelyn yhteydessä.⁷⁵

⁷¹Ks. myös Dolmans 2002, 7 ja 13: ”Standards organization should therefore publish this information and often make it available on their website, or by references to other publicly available sources. Similarly, technology contributors are required to make their technology available to all who wish to implement the standard.”

⁷²Ks. tästä jäljempänä tapauksen X/Open Group yhteydessä.

⁷³HSV k. 174 ja Mentula 2002, 310.

⁷⁴Kukkonen 2003, 68 ja HSV k. 168.

⁷⁵Ks. Anderman – Kallaugher 2006, 281.

Tämän työn puitteissa pyritään jättämään patenttipoolit pääasiassa käsittelyn ulkopuolelle. Koska standardeihin ja patenttipooleihin liittyvät kilpailuongelmat eivät kuitenkaan ole aina erillisiä, on muutamien huomioiden esittäminen ollut paikallaan. Esimerkiksi teknologiansiirtosopimuksia koskevissa suuntaviivoissa komissio toteaa seuraavaa:

Kahden tai useamman osapuolen väliset järjestelyt, joilla nämä toteuttavat ristiinlisensoinnin ja sitoutuvat olemaan lisensoimatta kolmansille, antavat erityistä aiheutta huoleen silloin, kun ristiinlisensoinnin tuloksena oleva teknologiapaketti muodostaa tosiasiasa teollisuusstandardin, jota kolmannet tarvitsevat voidakseen kilpailla markkinoilla tehokkaasti. Tällöin sopimus muodostaa vain osapuolten käytössä olevan suljetun standardin. Komissio soveltaa tämäntyyppisten järjestelyjen arvioinnissa samoja periaatteita kuin teknologiapoolien arvioinnissa.⁷⁶

Tämä merkitsee, ettei de facto -standardeja ja patenttipoolia koskeva arviointi eroa välttämättä toisistaan. Kilpailuoikeudellisen arvioinnin kohteena on mahdollisuus kilpailun poistamiseen markkinoilta. On myös huomattava, että poolien muodostaminen on käytännössä tavallista standardeihin sisältyvän teknologian lisensoimiseksi, ja että toisaalta de facto -standardi voi syntyä myös teknologiapoolin perustamisen myötä. Patenttipoolilla ja standardointielimillä voikin olla samanlaisia funktioita markkinoilla. Alkio ja Wik toteavat, että patenttipoolin perustaminen johtaa kartelliin, koska kyseessä on kilpailijoiden tai ainakin potentiaalisten kilpailijoiden yhteisen teknologian lisensointi. Näin ollen ne ovat EY 81(1) artiklan vastaisia ja niitä on aina arvioitava 81(3) artiklan edellytysten mukaan.⁷⁷

2.3 EY 81(3) legaalipoikkeus ja hyödyllisten sopimusten salliminen

2.3.1 Poikkeusedellytykset

EY 81(1) artiklan kuvaaman kartellikiellon tunnusmerkistö täyttyy suhteellisen helposti. Tällöin näyttötaakka siirtyy osallisille yrityksille, joiden on kyettävä osoittamaan yhteistyön tehokkuushyödyt: standardin laatimiseen, käyttöön tai saantiin liittyvien rajoitusten tulee merkitä

⁷⁶TSSV k. 167.

⁷⁷Ks. Miller 2006, s. 362, av. 47 ja Alkio – Wik 2004, s. 398–399.

taloudellista hyötyä.⁷⁸ Vuodesta 2004 lähtien EY 81(3) artiklassa säädetty poikkeusetu on ollut suoraan sovellettavissa, eikä poikkeuslupia ole enää voitu myöntää⁷⁹.

Kilpailua rajoittava sopimus on sallittu, mikäli EY 81(3) artiklassa säädetty ehdot täyttyvät. Sopimuksen tulee osaltaan (1) tehostaa tuotantoa tai tuotteiden jakelua taikka edistää teknistä tai taloudellista kehitystä (2) jättäen kuluttajille kohtuullisen osuuden näin saatavasta hyödystä, kuitenkin (3) asettamatta asianomaisille yrityksille rajoituksia, jotka eivät ole välttämättömiä mainittujen tavoitteiden toteuttamiseksi taikka (4) antamatta näille yrityksille mahdollisuutta poistaa kilpailua merkittävältä osalta kysymyksessä olevia tuotteita.⁸⁰ Standardoinnin kannalta näitä kriteerejä avataan horisontaalisiin sopimuksiin sovellettavissa suuntaviivoissa (k. 169–175).

Osa sopimuksista voi saada myös poikkeusedun T&K-sopimuksia koskevan ryhmäpoikkeusasetuksen nojalla⁸¹. Mikäli osapuolista vähintään kaksi on kilpailevia yrityksiä, poikkeusta voidaan soveltaa vain, jos osapuolten yhteenlaskettu markkinaosuus sopimuksen tekohetkellä ei ylitä 25:tä prosenttia (TKRPA 4(2)). RPA:n edellytysten täytyessä ei osallisilla yrityksillä ole velvoitetta lisensoida kolmansille. Sen sijaan edellytetään, että tutkimuksen ja kehityksen tulosten on oltava kaikkien osapuolten käytössä jatkotutkimusta ja hyödyntämistä varten (TKRPA 3(2) art.).⁸²

Andermanin ja Kallaugherin mukaan standardointimenettelylle asetettavien vaatimusten (osallistumismahdollisuuksien, päätöksenteon läpinäkyvyyden ja ulkopuolisten pääsyyllä siihen)⁸³ perusteena on se, ettei standardoinnin tuottama taloudellinen hyöty muuten ylitä kilpailulle aiheutuvaa vahinkoa.⁸⁴ Myös riittävän suuren osan toimialasta on osallistuttava standardin laatimiseen avoimella tavalla (HSV k. 169). Mikäli ryhmä on liian pieni luomaan verkostovaikutusta standardin menestymiseksi, eivät standardoinnin hyödyt välttämättä ylitä riskiä kielletystä tietojenvaihdosta tai muusta spill-over -vaikutuksesta. Lisäksi standardointimenettelyyn osallistuvat yritykset saavat jo standardoinnin aikana tietoa ja kokemusta standardin sisällöstä ja pystyvät vaikuttamaan siihen, mihin suuntaan standardi kehittyy. Kilpailijat voivat jäädä

⁷⁸ Kuoppamäki 2003, s. 439, HSV k. 169.

⁷⁹ Ks. neuvoston asetus 1/2003, annettu 16 päivänä joulukuuta 2002, 1(2) artikla ja Kuoppamäki 2006, s. 89.

⁸⁰ Ks. tarkemmin esim. Dolmans 2002, s. 3 ja Kuoppamäki 2003, s. 496–498.

⁸¹ Komission asetus 2659/2000, annettu 29 päivänä marraskuuta 2000, perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan soveltamisesta tutkimus- ja kehityssopimusten ryhmiin (jälj. TKRPA). Ks. myös Dolmans 2002 s. 3, jonka mukaan ym. asetuksen 2(4) artikla on riittävän laaja kattamaan monet standardisointiohjelmat. Toisaalta HSV 173 kohdassa todetaan, että yleisesti ottaen standardin laatiminen on erotettava selvästi tähän liittyvästä mahdollisesta T&K-toiminnasta ja standardin kaupallisesta hyödyntämisestä.

⁸² Ks. myös Dolmans 2002, s. 13 ja 23.

⁸³ Ks. HSV k. 174.

⁸⁴ Anderman – Kallaugher 2006, s. 252.

huonompaan asemaan, jos jäsenet saavat etulyöntiaseman standardin toteuttamisessa (*lead start* tai *lead time*).⁸⁵

Dolmansin mukaan, mikäli essentiaalisen immateriaalioikeuden haltija on standardointielimen jäsen, edellyttää EY 81 artiklan 3 kohdan poikkeuksen saaminen lisensointivalmiutta. Jotta poikkeusluvan saamisen edellytyksiä olisi mielekäästä arvioida, on standardointisopimuksen kuuluttava EY 81(1) artiklan soveltamisalaan, esimerkiksi antamalla osapuolille yhteisen määräysvallan tuotannon tai innovaatioiden suhteen ja rajoittamalla niiden mahdollisuuksia kilpailla tuotteiden ominaisuuksilla. Sopimuksen on myös vaikutettava kolmansiin osapuoliin, kuten standardoitujen tuotteiden toimittajiin tai ostajiin. (HSV k. 166.) EY 81(3) artiklan edellytys siitä, ettei kilpailua poisteta, ei yleensä toteudu, ellei lisensoija myönnetä kolmansille⁸⁶. Standardin laatijoiden olisi poikkeuksesta hyötyäkseen spesifikaatioiden julkaisemisen lisäksi myös lisensoitava päällekkäiset (blocking) teknologiat FRAND-ehdoilla, ellei sitten kyetä näyttämään, että poikkeuksen edellytykset täyttyvät muutenkin, esimerkiksi että kehitys tehostuu rajoituksen avulla enemmän.⁸⁷ EY 81(3) edellytykset eivät voi täytyä, mikäli yritys kieltäytyy sittemmin lisensoimasta essentiaalipatenttinsa⁸⁸.

Lisäksi, mikäli standardointisopimus on tehty yhteisessä määräävässä asemassa olevien yritysten välillä, ja vaikkei sopimukseen sisältyisikään kilpailua rajoittavia pürteitä, voidaan lisensointia edellyttää EY 81(3) artiklan perusteella standardin ollessa niin menestyksellinen, että kilpailua poistavia vaikutuksia ilmenee siitä huolimatta, ettei sopimukseen sisälly rajoittavia ehtoja.⁸⁹ HSV 174 kohdan mukaan yhteisessä määräävässä markkina-asemassa olevien yritysten yksityisesti laatimien standardien on oltava ulkopuolisen käytettävissä tasapuolisin kohtuullisin ja syrjimättömin ehdoin. Tämä kattaa sekä spesifikaatioiden julkisuuden että teknologialisenssien saatavuuden, kuten aiemmin on todettu (ks. jakso 2.2.3).

⁸⁵Dolmans 2002 s. 7. Spill-over -vaikutuksella tarkoitetaan esimerkiksi sitä, että järjestely luo puitteita muulle kielletylle yhteistyölle, josta järjestelyssä ei ole alun perin ollut kyse. Lead time -edusta oli kyse esimerkiksi tapauksessa X/Open Group (ks. jäljempänä). Komission arviointiin vaikutti merkittävästi se, että osapuolet aikoivat asettaa yhteistyön tulokset saataville niin pian kuin mahdollista.

⁸⁶Dolmans 2002, s. 23.

⁸⁷Dolmans 2002, s. 24.

⁸⁸Dolmans 2002, s. 23.

⁸⁹Dolmans 2002, s. 23–25; vrt. HSV k. 163 ja 174. Dolmansin mukaan kyseeseen tulee vielä kolmas peruste, jonka perusteella lisenssien on oltava saatavilla: ”in exceptional circumstances under Article 82 EC, a compulsory license can be imposed on members or non-members alike, if a refusal to license results in an abuse of dominance.” (s. 23). Ks. tästä perusteesta ryhmytön jälkimmäisessä osiossa.

2.3.2 *Tapaus: X/Open Group*

Tapauksessa *X/Open Group*⁹⁰ arvioitiin poikkeusluvan myöntämisen edellytyksiä. Osapuolten päätarkoituksena oli sopia avoimesta teollisuusstandardista, joka tekisi mahdolliseksi yhteensopivien ohjelmistojen lukumäärän kasvattamisen. Markkinoilla oli useita erilaisia Unix-käyttöjärjestelmän variantteja, jotka eivät olleet yhteensopivia eri valmistajien laitteistojen kanssa. Yhdelle järjestelmälle kirjoitettua ohjelmaa ei voitu käyttää ilman muutoksia toisen valmistajan järjestelmässä. Itse Unix-käyttöjärjestelmä tarjosi hyvän siirrettävyyden ja laitteistoriippumattoman alustan ohjelmille, mutta lukuisat eri käyttöjärjestelmäversiot haittasivat näiden ominaisuuksien hyödyntämistä. Tästä syystä haluttiin valita yksi jo olemassa olleista ratkaisuista yhteiseksi sovellusympäristöksi.⁹¹

Osapuolet aikoivat jakaa teknistä tietoa Unix-käyttöjärjestelmästä ja tietoja Euroopan ohjelmistomarkkinoista, ei kuitenkaan markkinointia koskevia tietoja (k. 17)⁹². Komission mukaan tietojenvaihto oli luonnollinen osa järjestelyä, sillä standardin laatiminen ei ollut mahdollista ilman sitä (k. 36). Kilpailijoiden väliseen tiedonvaihtoon liittyy aina riski siitä, että samalla luodaan otollisempia olosuhteita kolluusion esiintymiselle markkinoilla. Tapauksen standardointisopimukseen liittyneet välityssopimus ja salassapitosopimus eivät olleet ongelmallisia, sillä niiden tarkoituksena tai vaikutuksena ei ollut kilpailun rajoittuminen (k 39).

Ilmoitettu järjestely kuului EY 81(1) artiklan alaan. Komissio katsoi vaaraksi ulkopuolisten yritysten syrjinnän, sillä näillä ei ollut mahdollisuutta vaikuttaa yhteistyön tulosten syntymiseen. Komissio suhtautui kriittisesti ryhmän jäsenten valintaa koskeviin sopimuskohtiin ja mahdollisuuksiin syrjiä jäseneksi haluavia yrityksiä.⁹³ Osallistumiselle asetettavat rajoitukset ovat

⁹⁰87/69/EEC: Commission Decision of 15 December 1986 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/31.458 - X/Open Group), OJ L 035, 06/02/1987 s. 36–43.

⁹¹X/Open Group, k. 3–5, 9 ja 10.

⁹²Ks. myös Dolmans 2002, s. 9, missä hän toteaa teknisen informaation ja markkinatietojen vaihdosta, ettei tiedonvaihto välttämättä tule vaikuttamaan kilpailuun, kunhan se ei koske hintoja, asiakkaita, markkina-asemaa, tuotantosuunnitelmia tai muuta osapuolten tuotteita koskevaa arkaluontoista markkinatietoa.

⁹³X/Open Group, k. 34 ja 41. Ks. Myös Mylly 2002, 6: kilpailijan poissulkeminen standardointimenettelystä voi muodostua kilpailuoikeuden vastaiseksi, erityisesti kun konsortion toimintaan osallistumisen kriteerit eivät ole tarkkarajaisia. Tapauksessa komissio kuvaili jäsenten ilmoittamia valintaperusteita seuraavasti:

“According to the Group Agreement, the members will consider for membership particularly those applicants who are major manufacturers in the European information technology industry, with their own established expertise concerning Unix operating systems in such industry, and who are committed to the objectives of the Group. – – to ensure the ability of an applicant to dedicate resources to the Group, they expect the information technology revenue of the applicant to be in excess of US \$ 500 million and that the applicant must demonstrate willingness to contri-

mahdollisia, mikäli rajoituksille voidaan esittää hyväksyttävä perustelu ja valintakriteerejä noudatetaan objektiivisesti. Osallistumisen standardin laatimiseen tulisi olla avointa kaikille, mutta tästä voidaan poiketa osapuolten osoittaessa osallistumisesta seuraavan selvää tehottomuutta. Tapauksessa ryhmän oli toimintakykynsä varmistamiseksi oikeus rajoittaa osallistumista, sillä muuten ryhmän tavoitteita ei oltaisi käytännöllisistä ja logistisista vaikeuksista johtuen voitu saavuttaa. Rajoitukset olivat välttämättömiä EY 81(3) artiklan tarkoittamalla tavalla.⁹⁴

Ryhmän hyväksymä sovellusympäristöomäritelmä oli julkaistu ja yleisön saatavilla. Ryhmän oli tarkoitus laatia ja ylläpitää ohjelmistoluettelo sopivista sovelluksista, johon otettaisiin mukaan myös ryhmän jäsenten sovellusten kanssa kilpailevat tuotteet. Tämä merkitsi, että kolmansilla oli avoin pääsy standardisoinnin lopputuloksiin. Kuluttajat hyötyisivät järjestelystä, sillä ohjelmistojen määrä olisi merkittävästi laajempi ja vähemmässä määrin tietokonejärjestelmien rajoittama. Osallisilla yrityksillä ei ollut velvoitetta noudattaa standardia, joka oli lisäksi avoin ja julkistettu, eikä siten ollut todennäköistä, että se rajoittaisi kilpailua. Komissio asetti erityistä painoa sille, että ryhmän oli tarkoitus asettaa yhteistyön tulokset saataville niin pian ja niin laajasti kuin mahdollista.⁹⁵ Tulosten nopea julkaiseminen vähentää sitä kilpailullista haittaa, joka aiheutuu siitä, että yhteistyöhön osallistuvat yritykset saavat yhteistyön jo kuluessa tietoa ja kokemusta standardin sisällöstä. Nykyisin horisontaalista yhteistyötä koskeviin suuntaviivoihin on kirjattu komission myönteinen suhtautuminen sopimuksiin, jotka parantavat tarjontaolosuhteita. Tällöinkin markkinoille haluavien on kuitenkin saatava tarvittavat tiedot standardin soveltamisesta.⁹⁶

bute to standards and guidelines as well as an existing commitment to established standards. – – the members are aware that applicants who do not fulfil the criteria may nonetheless have special attributes which will significantly contribute to achievement of Group objectives and that they should therefore be accepted as members.” (Kohdat 12–14.)

⁹⁴X/Open Group, k. 45; HSV k. 172; ks. myös Mylly 2002, 7.

⁹⁵X/Open Group, k. 19-20, 30, 32, 42 ja 44; ks. myös Kukkonen 2003, 75.

⁹⁶HSV k. 169.

2.4 Eräistä kilpailuongelmista

2.4.1 *Lisensointivelvoitteet kilpailuongelmana*

Standardoinnissa on taattava (edellä esitetyin edellytyksin) kolmansille avoin pääsy standardointiyhteistyön tuloksiin. Standardin käyttämiseksi tarpeellinen informaatio on oltava halukkaiden markkinoille tulijoiden saatavilla, samoin kuin essentiaalisia teknologioita suojaavien immateriaalioikeuksienkin⁹⁷. Olennaista onkin, millaisiin toimiin standardointielimet voivat ryhtyä näiden edellytysten toteuttamiseksi ja mahdollisten väärinkäytösten välttämiseksi. Varsin tavallista on, että standardointielimen sääntöihin sisältyy essentiaalisten immateriaalioikeuksien ilmoittamista ja FRAND-lisensointia koskevia velvoitteita⁹⁸.

FRAND-sitoumus ei ole välttämättä myöskään täysin ongelmaton kartelli kiellon kannalta. Dolmansin mukaan EY 81 artikla ei salli standardointijärjestön pakottaa jäseniä lisensoimaan vastoin tahtoaan.⁹⁹ Andermanin ja Kallaugherin mukaan EY 81 artiklan kannalta ongelmattomana on vaatia standardointimenettelyyn osallistuvia ilmoittamaan hallitsemistaan relevanteista immateriaalioikeuksista. Heidän mukaansa tehokkaampaa olisi vaatia essentiaalisten immateriaalioikeuksien lisensointia FRAND-ehdoin, eikä tämänkään pitäisi olla ongelmallista 81 artiklan näkökulmasta, sillä lisensointia edellytettäisiin jo muutoinkin 81 artiklan soveltuessa standardointisopimukseen.¹⁰⁰ Patenttipoolitilanteessa lisensoinnin ehdoksi saa kuitenkin asettaa sen, että lisenssinsaaaja lisensoi oman essentiaalipatenttinsa poolin jäsenille¹⁰¹.

Esimerkkinä kilpailuoikeudellisesti ongelmallisesta FRAND-sitoumuksesta mainitaan usein ETSI:n väliaikainen IPR-politiikka vuodelta 1993. Sen mukaan standardiin sisällytettäviin IPR:iin sovellettiin ns. licensing-by-default -menetelmää, jonka mukaan immateriaalioikeuden haltijan tuli tietyn ajanjakson kuluessa nimenomaisesti ilmoittaa ne IPR:t, joita yritys ei halunnut osaksi standardia. Tämä poikkesi merkittävästi muiden standardointiorganisaatioiden noudattamista

⁹⁷Ks. Dolmans 2002, 13–23.

⁹⁸Ks. eri standardointiorganisaatioiden immateriaalioikeuspolitiikoista esim. Lemley, Mark. A (2002): Intellectual Property Rights and Standard Setting Organizations, erit. 140–145. UC Berkeley Public Law and Legal Theory Research Paper Series, saatavissa: http://ssrn.com/abstract_id=310122.

⁹⁹Ks. Dolmans 2002, 14. Dolmansin mukaan sääntö, joka edellyttäisi lisensointia merkitsisi kollektiivista boikottia. Anderman ja Kallaugher eivät hyväksy tätä kritiikittä (2006, 256–257).

¹⁰⁰Anderman – Kallaugher 2006, 256.

¹⁰¹Anderman – Kallaugher 2006, 266.

menettelyistä, joiden mukaan jäsenen täytyi ilmoittaa hyväksyvänsä teknologiansa sisällyttämisen standardiin. Myllyn mukaan ETSI:n IPR-politiikka merkitsi käytännössä essentiaalipatenttien maailmanlaajuisia pakkolisensointia. Komissiolle silloisten 85 ja 86 artiklojen rikkomisesta tehty kantelu peruutettiin, kun ETSI luopui uudesta IPR-ohjelmastaan.¹⁰²

Ongelmallista yllä olevassa tapauksessa näyttää olevan se, että jäsenet joutuivat potentiaalisesti lisensoimaan kaikki – mahdollisesti tuntemattomat – nykyiset ja tulevat immateriaalioikeutensa, joiden käsittämät teknologiat sisältyisivät standardiin. Samanaikaisesti ETSI:n ulkopuolelle jättäytyminen lisensoinnilta välttymiseksi olisi asettanut yrityksen kilpailullisesti jäseniä huonompaan asemaan.¹⁰³ Lisäksi Anderman ja Kallaugher huomauttavat, että ETSI:n tapauksessa pakkolisensointi FRAND-ehdoin olisi kilpailunvastaista siksi, että standardointielimellä oli erityisiä oikeudellisia velvollisuuksia relevanttia tuotetta koskevien standardien suhteen. Mahdollinen ristiriita kirjoittajien yllä esitettyjen mielipiteiden väliltä hiipuu, kun nämä kaksi ongelmaa poistetaan. Ellei standardiin valittavien teknologioiden ja IPR:ien osalta noudatettaisi licensing-by-default -järjestelmää, eikä erityisiä lakiin perustuvia standardointivelvollisuuksia olisi, ehkei 81 artiklaa loukattaisi. Joka tapauksessa standardointiorganisaatioiden tulisi välttää jäsenyysehtoja, jotka asettavat yleisiä velvollisuuksia lisensoida immateriaalioikeuksia sellaisia standardeja varten, joita oikeudenhaltija ei kannata¹⁰⁴. Andermanin ja Kallaugherin mukaan ETSI:n tyyppisessä ympäristössä lisensointivelvoitteiden asettamiseen olisi kuitenkin sopivampaa puuttua 82 artiklan perusteella¹⁰⁵.

2.4.2 *Non-disclosure ja lisensoinnista kieltäytyminen – yksipuolista toimintaa?*

Miten olisi arvioitava tilannetta, jossa yritys salaa standardin laatimisvaiheessa kyseisen standardin kannalta välttämättömän immateriaalioikeuden olemassaolon, tai standardin hyväksymisen taikka de facto -standardin vakiintumisen jälkeen kieltäytyy lisensoimasta essentiaalipatenttiaan FRAND-ehdoin?

¹⁰²Ks. XXVth Report on Competition Policy 1995 pt. 2 s. 131–132; EYVL N:o C 76 (ETSI:n väliaikainen IPR-ohjelma), 28.3.1995, 5–7; Anderman – Kallaugher 2006, s. 256–257; Mylly 2002, 6 ja 8; Dolmans 2002, 14.

¹⁰³Dolmans 2002, 14–15.

¹⁰⁴Dolmans 2002, 9.

¹⁰⁵Anderman – Kallaugher 2006, s. 257. Koska ETSI on ainoa Euroopan talousalueen laajuinen telekommunikaatiolaitteiden ja -palvelujen alan standardointijärjestö (ks. Dolmans 2002, s. 9 av. 39), lienee sillä vahva asema standardointipalvelujen markkinoilla näillä aloilla.

EY 81 artiklaa voidaan soveltaa, kun kyse on vähintään kahden yrityksen välisestä sopimuksesta, kun taas 82 artikla säätelee määrävässä markkina-asemassa olevan yrityksen yksipuolista käyttäytymistä. Tämä on tietysti selkeä lähtökohta, mutta tietyissä oloissa yksipuolista toimintaa lähenevä menettelykin voidaan katsoa 81 artiklan vastaiseksi. Artiklaa on sovellettu esimerkiksi jakelua koskeviin vertikaalisiin määräyksiin, toimituksista kieltäytymisiin ja toimitusrajoituksiin.¹⁰⁶ EY 81 artiklan piiriin voisi tavanomaisesti kuulua ainakin immateriaalioikeuksien haltijoiden välinen sopimus siitä, ettei noita oikeuksia lisensoida kolmansille (sikäli kun tästä aiheutuu vahinkoa kilpailulle)¹⁰⁷. Jotta EY 81 artiklalla voisi olla merkitystä ensimmäisessä kappaleessa esitettyjen toimien arvioinnissa, täytyy yrityksen vähintäänkin osallistua standardointiyhteistyöhön¹⁰⁸. Täysin standardointielimen ulkopuolisen yrityksen (ei-jäsenen) toimiin ei kartellikiellolla voi olla vaikutusta.

Joka tapauksessa voidaan hyvin perustein väittää, että non-disclosure- tai patenttiväijytystapauksissa olisi kyse on yksipuolisesta toiminnasta, johon EY 81 artiklaa ei voitaisi soveltaa. EY 81 artiklaa voidaan sen sijaan käyttää asettamaan vaatimuksia menettelylle, jossa standardiin sisällytettävistä teknologioista päätetään. Nämä vaatimukset kohdistuvat jäsenyyteen, menettelyn läpinäkyvyyteen ja standardin avoimuuteen.¹⁰⁹ Asettamalla EY 81 artiklasta juontuvia vaatimuksia itse standardoimisprosessille voidaan pyrkiä estämään patenttiväijytyksiä¹¹⁰. Lisensoinnista kieltäytyminen, tai se ettei menettely ole omiaan estämään patenttiväijytyksiä, voisi merkitä sitä, että standardisopimus tulee rikkomaan 81(1) artiklaa, taikka etteivät 81(3) artiklassa säädetyt poikkeusedellytykset täyty. EY 81 artiklan muutoin soveltuessa FRAND-lisensointivelvollisen laiminlyönti lisensoida näillä ehdoin johtaa standardointisopimuksen 81 artiklan vastaisuuteen. 81 artiklasta seuraa suora velvollisuus lisensoida FRAND-ehdoilla sillä perusteella, että muuten kilpailijoita suljetaan pois markkinoilta ja siten rajoitetaan kilpailua (ellei

¹⁰⁶Ks. Alkio – Wik 2004, 91–94; Tällaista tulkintaa kuitenkin rajaa olennaisesti yhteisön tuomioistuimen tuomiossa Bayer/Adalat esitetty tulkinta (C-2/01, k. 141): ”Pelkästään se, että sinänsä neutraali sopimus ja yksipuolisesti määrätty kilpailunrajoitustoimenpide ovat olemassa samanaikaisesti, ei merkitse kyseisessä määräyksessä kiellettyä sopimusta. Näin ollen pelkästään se, että valmistajan toteuttama toimenpide, jolla pyritään rajoittamaan kilpailua tai jolla on tällainen vaikutus, on osa viimeksi mainitun ja sen tukkuliikkeiden välisiä pitkäaikaisia sopimussuhteita, ei voi olla riittävä peruste katsoa, että tällainen sopimus on olemassa.”

¹⁰⁷Bellamy – Child 2001, 235.

¹⁰⁸Ks. Dolmans 2002, 23.

¹⁰⁹Anderman – Kallaugher 2006, s. 252; HSV k. 163.

¹¹⁰Ks. myös komission lehdistötiedote IP/05/1565, 12.12.2005: ”Commission welcomes changes in ETSI IPR rules to prevent ‘patent ambush.’” Näin estetään sitä, että yksi yritys pystyisi hallitsemaan standardia ja asettamaan markkinoille pääsylle keinotekoisia esteitä.

näin tapahdu, ei FRAND-lisensoinnillekaan ole kilpailuoikeudellisia perusteita 81 artiklan nojalla).¹¹¹

EY 81 artikla asettaa siten etukäteisiä vaatimuksia standardointiorganisaatioiden toiminnassa noudatettavalle menettelylle: menettelyn on oltava avointa ja immateriaalioikeuksien on tultava ilmoitetuksi ennen standardin hyväksymistä, jottei kilpailun poistamista mahdollisteta. Oletettavaa on, että kartellikiellon vastaiseksi katsottaisiin kahden tai useamman yrityksen yhteistoiminta essentiaalisen patentin olemassaolon salaaminen, josta nämä kaikki ovat tietoisia¹¹². Kilpailuoikeudellisesti ongelmallisena voitaneen pitää myös menettelyä, jossa standardointielin jättäisi vaatimatta immateriaalioikeuden haltijalta lupausa lisensoida FRAND-ehdoilla, kun on aihetta pitää jotain tämän hallitsemaa patenttia välttämättömänä standardin vaatimukset toteuttavien tuotteiden valmistamiseksi. Toisessa kontekstissa Mylly toteaa, että konsortion tai standardointielimen omista menettelysäännöistä poikkeamista voidaan pitää indisiona kilpailuoikeuden vastaisesta menettelystä¹¹³.

2.4.3 *Kilpailevan teknologian poissulkeminen*

Standardia laadittaessa houkutusena voi olla kilpailevan teknologian poissulkeminen. Standardointivaiheessa käytettävissä voi olla useita teknologioita, joita kaikkia ei voida sisällyttää standardiin. Luonteensa mukaisesti standardit eivät kata kaikkia mahdollisia eritelmiä tai teknologioita. Kuluttajien tai talouden yleisen edun takia voi olla välttämätöntä valita vain yksi tekninen ratkaisu, mutta tämä valinta on tehtävä syrjimättömällä tavalla. HSV 171 kohdan mukaan ihanteellisin vaihtoehto olisi, ettei standardi suosi tiettyä teknologiaa. Tähän voidaan pyrkiä määrittelemällä standardissa ennen kaikkea vaadittava toiminta (function) eikä niinkään tietty ratkaisu (design)¹¹⁴.

¹¹¹Ks. Anderman – Kallaugher 2006, 255.

¹¹²Dolmans 2002, 18: The very fact that the parties saw a need to hide the patent suggests that disclosure would have influenced the direction of the standards development.

¹¹³Mylly 2002, 7. Kyse oli kuitenkin osallistumisrajoituksia ja jäsenten valintaperusteita koskevasta menettelystä. Ei liene kuitenkaan syytä suhtautua toisin teknologian valikoitumiseen osaksi standardia.

¹¹⁴Ks. Dolmans, 11–12: suosimalla ensin mainittua jätetään enemmän tilaa erilaisille tuotteille eikä estetä kehitystä.

Pre-insulated pipe cartel -tapauksessa¹¹⁵ oli kyse esieristettyjen kaukolämmitysputkien alan kartellista. Osalliset yritykset pyrkivät toimialajärjestön puitteissa sulkemaan pois markkinoilta kilpailevan yrityksen, jonka tuote edusti kehittyneempää teknologiaa (k. 4). Kartelli käytti mm. normeja ja standardeja estämään tai viivästyttämään uuden, hintoja alentavan tekniikan käyttöönottoa (k. 147). Komissio katsoi kartellin jäsenten rikkoneen EY 81 artiklaa sopimalla yhdenmukaistetuista toimintatavoista ja niitä toteuttamalla toimineen kartellin suojaamiseksi ainoan sen ulkopuolisen merkittävän toimijan kilpailulta ja tämän kilpailijan kaupallisen toiminnan estämiseksi, sen liiketoiminnan vahingoittamiseksi tai sen poistamiseksi kokonaan markkinoilta (1 art.).

Edellä esitetyssä tapauksessa olennaista oli paremman teknisen ratkaisun syrjäyttäminen markkinoilta. Kilpailuviranomaisilla ei kuitenkaan ole välttämättä edellytyksiä eri teknologioiden välisen paremmuuden jälkikäteiseen arvioimiseen¹¹⁶. Tämän argumentin painavuus vaihtelee tietysti teollisuusaloittain: erilaisten kaukolämmitysputkityyppien ominaisuuksista voi olla huomattavasti helpompi esittää näyttöä kuin vertailla esimerkiksi erilaisten 3G-matkaviestintäteknologioiden keskinäistä paremmuutta.

Kilpailuviranomaiset voivat kuitenkin puuttua siihen menettelyyn, jonka perusteella teknologiat valikoituvat osaksi standardia. Teknologian valintaa koskeville perusteluille ei tulisi asettaa korkeita vaatimuksia, mikäli menettely on ollut asianmukaista.¹¹⁷ Andermanin ja Kallaugherin mukaan osapuolten intressit saada aikaan onnistunut alemman tuotantoportaan tuote varmistavat sen, että kaupallisesti paras teknologia tulee valituksi¹¹⁸. Tämä argumentti tuo esille sen, miksi on niin tärkeää että standardointimenettely on avointa ja siihen osallistuu huomattava osa toimialan yrityksistä:¹¹⁹ näin varmistetaan se, että mahdollisimman monen yrityksen ja markkinatoimijan intressit pääsevät vaikuttamaan teknologian valintaan ja siten väärinkäytösten todennäköisyys pienenee.

¹¹⁵1999/60/EC: Commission Decision of 21 October 1998 relating to a proceeding under Article 85 of the EC Treaty (Case No IV/35.691/E-4: Pre-Insulated Pipe Cartel), OJ L 24, 30/01/1999 P. 1–7.

¹¹⁶Mylly 2002, 8. Ks myös Brenning 2002, s. 2: ”– the Commission does not have the technical expertise to determine whether any chosen technology is the best one. It is therefore likely to focus on procedure instead of substance. The presumption being that procedural requirements guarantee the best result on substance.” Andermanin ja Kallaugherin mukaan (2006, s. 252 av 32) paras teknologia voi olla se, jolla on kaupallisesti parhaat mahdollisuudet menestyä markkinoilla, eikä välttämättä laadultaan paras teknologia. Heidän mukaansa on vaikea nähdä, kuinka tuomioistuimien voisi tältä kannalta määrittää parhaan teknologian.

¹¹⁷Mylly 2002, 8.

¹¹⁸Anderman – Kallaugher 2006, 252 av 32.

¹¹⁹HSV k. 169; Dolmans 2002, 12.

3. STANDARDOINTI, FRAND-EHDOT JA 82 ARTIKLA

3.1 Johdanto

Yrityksen toiminta standardointiyhteistyössä voi olla kiellettyä myös määräävän markkina-aseman väärinkäytön kiellon perusteella. Standardin syntymisen myötä standardille välttämättömien patenttioikeuksien haltijoille voi syntyä sellainen määräävä asema markkinoilla, jota niillä on kannustin käyttää omaksi hyödykseen muita alalla toimivia yrityksiä vastaan. Erityisesti aiemmin laajasti käsiteltyjen FRAND-sitoumusten laiminlyönnit, eli käytännössä patenttioikeuden lisensoinnista kieltäytyminen ja kohtuuttomat rojaltivaatimukset, voivat muodostaa määräävän markkina-aseman väärinkäytön ja olla siten kiellettyjä. Tässä kolmannessa ja viimeisessä pääluvussa tarkastellaan standardointiprosessissa tapahtuneiden menettelyjen ja erityisesti FRAND-sitoumusten laiminlyöntien arviointia määräävän markkina-aseman väärinkäyttökiellon näkökulmasta. Kyse on siis siitä, että patenttioikeuksia omaava yritys ennen standardin vahvistamista sitoutuu myöhempään lisensointiin FRAND-ehdoin, mutta standardin tultua hyväksytyksi ja käyttöön otetuksi laiminlyö tämän sitoumuksen noudattamisen. Jos muut yritykset ovat jo ehtineet sitoutua ja investoida standardiin, ne ovat ns. lock in –tilanteessa ja niille voi olla edullisempaa maksaa korkeatkin lisenssivaatimukset kuin pyrkiä luomaan uusi, vaihtoehtoiseen teknologiaan perustuva standardi. Kilpailuoikeudelliselle puuttumiselle on siten vahvoja perusteita.

Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö on kielletty EY:n perustamissopimuksen 82 artiklassa ja kotimaisen kilpailunrajoituslain 6 §:ssä. Eroistaan huolimatta säännökset ovat materiaalisesti samansisältöiset, joten niitä voidaan jatkossa käsitellä yhdessä viittaamalla vain 82 artiklaan. KilpRajL 6 §:ää tulee tulkita 82 artiklan soveltamiskäytännön mukaisesti¹²⁰. Lisäksi myös kotimaisten kilpailuviranomaisten tulee suoraan soveltaa 82 artiklaa, jos epäilty kilpailunrajoitus on omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan (ns. kauppavaikutuskriteeri, KilpRajL 1 a §). Määräävän markkina-aseman väärinkäytön kiellon tarkoituksena on turvata tehokas kilpailu markkinoilla estämällä yrityksen mahdollisuus vaikuttaa markkinaolosuhteisiin kuluttajien

¹²⁰ HE 11/2004, 35.

kannalta haitallisella tavalla, esimerkiksi sulkemalla kilpailijoitaan ulos markkinoilta. Kun yrityksen katsotaan olevan markkinoilla määräävässä asemassa, sen toiminnalle voidaan asettaa velvoitteita, jotka eivät muiden yritysten kohdalla olisi mahdollisia. EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa määräävän aseman omaaminen ei siis sinänsä ole kiellettyä, vaan ainoastaan sen käyttäminen tavalla, jota ei voida markkinoiden toiminnan ja kilpailullisuuden kannalta pitää hyväksyttävänä¹²¹.

Pääluvun toisessa aluvussa tarkastellaan 82 artiklan rakennetta ja sisältöä: merkityksellisten markkinoiden määrittelyä, määräävän markkina-aseman olemassaoloa ja väärinkäytön ominaispiirteitä. Kolmannessa aluvussa näitä käsitteitä ja määritelmiä sovelletaan standardointiprosessiin ja käsitellään tällaisessa toiminnassa tyypillisesti esiintyviä väärinkäytön muotoja ja niiden arviointia 82 artiklan perusteella. Tarkastelun kohteeksi otetaan myös muutamia oikeustapauksia, jotka ovat pääosin peräisin Yhdysvalloista. Neljännessä ja viimeisessä aluvussa pyritään kokoamaan asioita yhteen ja esittämään johtopäätöksiä.

3.2 Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö

3.2.1 *Määräävän markkina-aseman toteaminen*

EY:n tuomioistuin määritteli määräävän markkina-aseman tunnusmerkit tapauksessa *Hoffman-La Roche*. Tämän määritelmän mukaan määräävällä asemalla tarkoitetaan yrityksen sellaista taloudellista valta-asemaa, jonka turvin se voi estää tehokkaan kilpailun esiintymisen merkityksellisillä markkinoilla käyttäytymällä pitkälti itsenäisesti ja riippumattomasti suhteessa kilpailijoihin, asiakkaisiin ja viime kädessä kuluttajiin¹²². EY:n tuomioistuimen linjauksen mukaan yrityksen määräävän aseman toteaminen ei sellaisenaan ole kyseisen yrityksen kannalta syytös, vaan se merkitsee ainoastaan, että kyseisellä yrityksellä on erityinen velvollisuus olla toiminnallaan rajoittamatta toimivaa kilpailua yhteismarkkinoilla¹²³. KilpRajL 3 §:n mukaan määräävä markkina-asema katsotaan olevan yhdellä tai useammalla elinkeinonharjoittajalla taikka elinkeinonharjoittajien yhteenliittymällä, jolla koko maassa tai tietyllä alueella on yksinoikeus tai muu sellainen määräävä asema tietyillä hyödykemarkkinoilla, että se merkittävästi ohjaa

¹²¹ Yhdysvaltojen kilpailuoikeudessa kiellettyä sitä vastoin on markkinoiden monopolisointi tai sen yritys. Aiheita on käsitelty lyhyesti jäljempänä aluvussa 3.2.3.

¹²² Asia 85/76, *Hoffman-La Roche*, [1979] ECR 461.

hyödykkeen hintatasoa tai toimitusehtoja taikka vastaavalla muulla tavalla vaikuttaa kilpailuolosuhteisiin tietyllä tuotanto- tai jakeluportaalla.¹²⁴

Immateriaalioikeuksien hyödyntämisestä mahdollisesti seuraavaan määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön sovelletaan 82 artiklaa samoin kuin muihinkin väärinkäytön muotoihin. EY:n tuomioistuimen ratkaisukäytännön mukaan pelkkä immateriaalioikeuden olemassaolo ei voi täyttää väärinkäytön tunnusmerkkejä, mutta oikeuden hyväksikäyttö tietyllä tavalla voi johtaa 82 artiklan soveltumiseen. On kuitenkin huomattava, ettei eksklusiivisen immateriaalioikeuden olemassaoloa tule samaistaa määräävän aseman kanssa. Patenttioikeus takaa haltijalleen rajallisen yksinoikeuden, mutta ei vielä olennaista markkinavoimaa. Ratkaisevaa määräävän markkina-aseman arvioinnin kannalta on oikeuden suhteellinen merkitys verrattuna muihin immateriaalioikeuksiin samoilla markkinoilla. Ainoastaan kuluttajien tarpeiden ja kilpailijoiden toimintaedellytysten kannalta hyvin keskeinen immateriaalioikeus voi siinä määrin mahdollistaa markkinoiden hallinnan, että yrityksen katsotaan olevan määräävässä asemassa.¹²⁵

Määräävän markkina-aseman olemassaolon havaitsemiseksi on arvioitava tutkinnan kohteena olevan yrityksen markkinavoimaa, josta indikoi yleensä markkinaosuus. Niiden laskemisessa määrityksellisten markkinoiden määrittelyllä on keskeinen rooli. Luonnollisesti ennen kuin voidaan edetä markkinaosuuksien arviointiin, on rajattava ne tuotteet ja se maantieteellinen alue, joiden piirissä tämä arviointi tehdään. Markkinoiden selkeä määrittely on siten tärkeä ja välttämätön esivaihe tutkittaessa sitä, onko yritys todella sellaisessa määräävässä asemassa, joka asettaa sen toiminnalle erityisvaatimuksia. Markkinamäärittelyllä voikin olla hyvin olennainen merkitys koko kilpailuasian ratkaisun kannalta. Usein riippuu nimenomaan merkityksellisten markkinoiden laajuudesta, katsotaanko yrityksen olevan määräävässä markkina-asemassa. Jos näin ei ole, yrityksen toiminnalle ei voida asettaa muista yrityksistä poikkeavia vaatimuksia.¹²⁶

Markkinoiden määrittelyssä on kaksi ulottuvuutta, tuotemarkkinat ja maantieteelliset markkinat. Lopulliset merkitykselliset markkinat saadaan yhdistämällä nämä erikseen määritellyt markkinat. Samoille tuotemarkkinoille kuuluvat kaikki tuotteet ja palvelut, joita kuluttaja pitää keskenään

¹²³ Asia 322/81, Michelin, [1983] ECR 3461.

¹²⁴ Alkio – Wik 2004, 272–273.

¹²⁵ Kuoppamäki 2003, 831.

¹²⁶ Alkio – Wik 2004, 57–60.

vaihdettavissa tai korvattavissa olevina niiden ominaisuuksien, hintojen ja käyttötarkoituksen vuoksi. Tällaisia tuotteita, jotka ovat kuluttajien kannalta toisiaan korvaavia, kutsutaan substituuteiksi. Tuotteiden keskinäistä vaihdettavuutta voidaan testata määrittämällä niiden ristijousto¹²⁷. Komissio on myös käyttänyt markkinamäärittelyssään ns. SSNIP-testiä (*small but significant and non-transitory increase in price*). Sen mukaan jos suurin osa tuotteen X kuluttajista vaihtaisi käyttämään tuotetta Y tuotteen X 5-10 prosentin hinnankorotuksen seurauksena, tuotteet kuuluvat samoille markkinoille.¹²⁸

Maantieteellisillä markkinoilla tarkoitetaan sitä fyysistä toimintaympäristöä, jossa yritys toimii. Merkitykselliset maantieteelliset markkinat muodostuvat sellaisesta alueesta, jolla yritykset kilpailevat keskenään ja jolla kilpailuolosuhteet ovat objektiivisesti samanlaiset kaikille toimijoille. Näiden markkinoiden tulee myös olla erotettavissa vierekkäisistä maantieteellisistä alueista erityisesti kilpailuolosuhteiden huomattavan erilaisuuden perusteella. Maantieteelliset markkinat määritellään tavallisesti yritysten markkinaosuuksien jakautumista koskevien yleisluontoisten tietojen sekä hinnoittelua ja hintaeroja koskevien tietojen perusteella.¹²⁹

Korkean teknologian markkinoiden, joilla standardeja laajamittaisesti syntyy ja luodaan, ominaispiirteet tuovat erityisiä haasteita markkinoiden määrittelyyn. Kun kyse on standardeista, ensisijaiset relevantit markkinat muodostuvat lisensoinnin kohteena olevasta teknologiasta ja sen substituuteista. Näillä tarkoitetaan sellaisia muita teknologioita, jotka ominaisuuksiensa, hintansa ja tarkoitettun käytön puolesta ovat lisenssinsaajalle standardiin sisällytettyä teknologiaa korvaavia. Olennaista on siis, missä määrin muut yritykset voisivat vaihtaa standardiin sisällytetyn teknologian näihin muihin teknologioihin. Ensi silmäyksellä määrittely ei siis näyttäisi juurikaan eroavan perinteisestä tavasta määritellä relevantit markkinat. Standardisoinnin erityispiirteet aiheuttavat kuitenkin ongelmia määrittelylle. Ensiksi standardiin sisältyy usein lukuisia patenttioikeudella suojattuja keksintöjä, joihin kaikkiin tarvitaan lisenssi kyseisillä markkinoilla toimimista varten. Toiseksi nämä standardin näkökulmasta toisiaan täydentävät oikeuden voivat olla useiden eri yritysten hallinnassa, jolloin lisenssi tarvitaan kaikilta näiltä patentinhaltijoilta. Kolmanneksi näiden standardille olennaisten keksintöjen patentinhaltijat kohtaavat useita

¹²⁷ Tuotteiden X ja Y ristijousto ilmaisee prosentteina, kuinka paljon tuotteen Y kysyntä muuttuu, kun tuotteen X hinta muuttuu.

¹²⁸ Komission tiedonanto merkityksellisistä markkinoista, kohta 16 ja Alkio – Wik (2004), 61.

¹²⁹ Komission tiedonanto merkityksellisistä markkinoista, kohta 8.

vertikaalisia, horisontaalisia ja dynaamisia rajoitteita, joilla on olennainen merkitys markkinamäärittelylle ja määräävän markkina-aseman toteamiselle.¹³⁰

3.2.2 *Väärinkäyttö*

Väärinkäytöksi katsottavaa yrityksen menettelyä voidaan pitää EY:n kilpailuoikeudessa kiellettynä vasta, kun yrityksen on ensin todettu olevan kyseisillä relevanteilla markkinoilla määräävässä asemassa. 82 artikla sisältää kiellettyjä väärinkäytön muotoja koskevan luettelon, joka ei kuitenkaan ole tyhjentävä. Väärinkäyttöä on siten erityisesti kohtuuttomien osto- tai myyntihintojen taikka muiden kohtuuttomien kauppaehtojen suora tai välillinen määrääminen sekä tuotannon, markkinoiden tai teknisen kehityksen rajoittaminen kuluttajien vahingoksi. Väärinkäytön käsite on objektiivinen, eli ei ole tarpeen osoittaa, että yrityksen tarkoituksena on ollut käyttää väärin määräävää markkina-asemaansa. Määräävässä asemassa oleva yritys saa siis kilpailla hyvän liiketavan mukaisin pelisäännöin, mutta se ei saa käyttää asemaansa tavalla, joka oleellisesti heikentää muiden markkinaosapuolten mahdollisuuksia toimia markkinoilla. Väärinkäytön muotoja voidaan edelleen luokitella kilpailijoita poissulkeviin (*exclusionary abuse*) ja kilpailijoiden toimintaa vahingoittaviin (*exploitative abuse*) menettelyihin.¹³¹

3.2.3 *Yhdysvaltojen antitrust-oikeuden markkinoiden monopolisoinnin kieltö*

Koska myöhemmin käsitellään joitakin yhdysvaltalaisia oikeustapauksia, on syytä kiinnittää lyhyesti huomioita eroihin EY:n ja Yhdysvaltojen määräävää markkina-asemaa koskevassa sääntelyssä. Itse asiassa puhe määräävästä markkina-asemasta on Yhdysvaltojen kilpailuoikeuden osalta hieman harhaanjohtavaa, sillä sääntely rakentuu täysin erilaiselle perustalle. Tärkeimmät kilpailuoikeudelliset säädökset ovat Sherman Act ja Federal Trade Commission (FTC) Act. Sherman Act 2 §:n mukaan yrityksen toiminta, jolla se monopolisoi tai yrittää monopolisoida markkinat, on kiellettyä. Monopoliasema sellaisenaan ei kuitenkaan ole kielletty, vaan lainkohdan soveltaminen edellyttää aina tietynlaista toimintaa, jolla yritys pyrkii sulkemaan muut yritykset pois markkinoilta. Monopoliaseman väärinkäytön osoittamista ei kuitenkaan edellytetä. FTC Act 5 §

¹³⁰ Geradin – Rato 2007, 144–146.

¹³¹ Alkio – Wik 2004, 275–277.

puolestaan sisältää laajan yleislausekkeen, jossa kielletään ”epärehellisten kilpailukeinojen” käyttäminen markkinoilla.¹³²

3.3 Määrävän markkina-aseman väärinkäyttö standardointiprosessissa

3.3.1 *Lisensoinnista kieltäytyminen*

Patenttioikeuden, kuten muidenkin immateriaalioikeuksien, ydinsisältönä on oikeus kieltää muilta tätä oikeutta loukkaava käyttö. Näin ollen hyvin vahvana pääsääntönä on se, että yrityksillä on vapaus päättää siitä, haluavatko ne lisenoida oikeuttaan muille yrityksille vai säilyttää täydellisen yksinoikeuden itsellään. Jo tapauksessa *Volvo v. Veng* EY:n tuomioistuin totesi, ettei lisensoinnista kieltäytyminen itsessään voi muodostaa määrävän markkina-aseman väärinkäyttöä¹³³. Vain tietyissä hyvin poikkeuksellisissa tilanteissa voidaan katsoa, että yrityksellä on määrävän markkina-asemansa vuoksi velvollisuus lisenoida immateriaalioikeutensa ja että siitä kieltäytyminen muodostuu 82 artiklan rikkomukseksi.

Lisensoinnista kieltäytyminen voidaan nähdä yleisemmän toimituksista kieltäytymisen alakategoriana. Tapauksessa *Commercial Solvents*, johon ei liittynyt immateriaalioikeuksia, EY:n tuomioistuin linjasi, että toimituksista kieltäytyminen voidaan katsoa määrävän markkina-aseman väärinkäytöksi vain, jos määrävässä asemassa oleva yritys kieltäytyy raaka-ainetoimituksista kilpailevalle yritykselle ja yrityksen tarkoituksena on siten eliminoida kyseisen kilpailijan taholta tulevan kilpailu.¹³⁴ Erityisiin olosuhteisiin liittyviä kriteerejä, joiden perusteella lisensoinnista kieltäytyminen voi olla vastoin 82 artiklaa, EY:n tuomioistuin kehitti edelleen tapauksissa *Magill* ja *IMS Health*. Tämän näkemyksen mukaan kolmen kumulatiivisen edellytyksen tulee täytyä, jotta 82 artiklaa voitaisiin soveltaa. Ensinnäkin lisensoinnista kieltäytymisen tulee ehkäistä uuden tuotteen syntyminen, jolle selvästi olisi kysyntää, toiseksi kieltäytymisen tulee olla perusteetonta ja kolmanneksi sen tulee kokonaan poistaa kilpailu alamarkkinoilta (*downstream market*). Lisäksi *Magill*-tapauksen mukaan, mikäli oikeudenhaltija itse valmistaa kyseistä tuotetta,

¹³² Toisaalta monopolisoinnin kieltö eroaa 82 artiklasta myös siinä mielessä, että sitä sovellettaessa markkinaosuuskynnys on korkeampi. 82 artiklan soveltamiseen voi tietyissä olosuhteissa riittää jopa 20–40 prosentin markkinaosuus, kun taas Yhdysvalloissa tämä kynnysarvo voi olla jopa 80–90 prosenttia. Ks. Whish 2003, 181–182.

¹³³ Asia 238/87, *Volvo v. Veng* ja DG Competition Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 67.

lisensointivelvollisuus voi syntyä vain, jos oikeudenhaltija ei selvästi pysty tuotannollaan vastaamaan vallitsevaan kulutuskysyntään.¹³⁵

Mielenkiintoisen jatkon tapauksissa *Magill* ja *IMS Health* määritellyille edellytyksille tarjoaa *Microsoft*-tapaus, jossa komissio teki päätöksen maaliskuussa 2004. Komission mukaan *Microsoft* on käyttänyt väärin määräävää markkina-asemaansa, kun se ei ole toimittanut kilpailijoilleen ohjelmistojensa rajapintatietoja, jotka ovat välttämättömiä käyttöjärjestelmän kanssa yhteensopivien ohjelmistojen valmistamiseksi. Näin *Microsoft* on pyrkinyt estämään kilpailijoiden toiminnan *Windows*-yhteensopivien ohjelmistojen markkinoilla. *Microsoft* siis toimii itse samoilla markkinoilla, joiden sulkemisesta kilpailulta sitä syytetään. Huomionarvoista päätöksessä on, että komissio torjui *Microsoftin* väitteen, jonka mukaan 82 artiklaa ei voitu soveltaa tapaukseen puuttuvien *Magill*-edellytysten vuoksi. Tämä viittaa selkeästi siihen, että tätä edellytysten luetteloa ei voida pitää tyhjentävänä kuvauksena kielletystä lisensoinnista kieltäytymisestä. Euroopan yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin piti komission päätöksen pääosiltaan voimassa.¹³⁶

3.3.2 *Kohtuuttomat lisenssimaksut*

Kohtuuton hinnoittelu, johon kategoriaan myös kohtuuton lisenssihinnoittelu kuuluu, on nimenomaisesti kielletty 82 artiklassa. Sen mukaan väärinkäyttöksi katsotaan kohtuuttomien ostotai myyntihintojen määrääminen. Kohtuuttomuuden määrittelemiseksi on EY:n tuomioistuimen mukaan olennaista selvittää, onko tuotteen taloudellinen arvo oikeassa suhteessa siitä määräävässä asemassa olevan yrityksen perimään hintaan. On siis arvioitava, mikä on yrityksen lisensoinnista saama voittomarginaali. Lähtökohta arvioinnissa on tuotantokustannusten määrittäminen.¹³⁷ Hinnoittelun kohtuuttomuuden arvioinnissa voidaan käyttää apuna esimerkiksi hintavertailuja kilpailijoiden välillä, maantieteellisiä hintaeroja, hinnoittelun eroavaisuuksia vastaavilla mutta kilpailullisilla markkinoilla sekä hintojen kehitystä pidemmällä aikavälillä mitattuna¹³⁸.

¹³⁴ Asia 6/73, *Commercial Solvents*.

¹³⁵ Asia C-418/01 *IMS Health*, yhdistetyt asiat C-241 ja 242/91P *RTE v. komissio* ja *Alkio – Wik* 2004, 374–375.

¹³⁶ *Alkio – Wik* 2004, 383, *Anderman – Kallaughner* 2006), 287, komission päätös *Microsoft/W2000*, COMP/37.792 ja ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen päätös asiassa T201/04.

¹³⁷ *Alkio – Wik* 2004, 283-284 ja asia 27/76, *United Brands*. On huomattava, että kun kyseessä on patenttioikeudella suojattu innovaatio, tällaisten tuotantokustannusten määrittäminen on erityisen vaikeaa, ellei jopa mahdotonta.

¹³⁸ *Glader – Larsen* 2006, 2-3.

Kun yrityksen myymä tuote on suojattu patenttioikeudella tai muodostuu lisenssistä, sen kohtuullisen taloudellisen arvon määrittäminen on vaikeampaa. Patentin ydinsisältöön kuuluu mahdollisuus periä tuotteesta kilpailullisia markkinoita korkeampia hintoja keksinnön kehittämiseen investoitujen varojen kompensoimiseksi. Juuri nämä patenttien hyödyntämisen kautta syntyvät kannustimet ovat välttämättömiä uusien teknologioiden ja tuotteiden syntymiselle. EY:n tuomioistuin on nimenomaisesti todennut, ettei patentoimattoman tuotteen hintaa korkeamman hinnan periminen patentoidusta tuotteesta välttämättä muodosta väärinkäyttöä.¹³⁹ Maantieteellisten hintavertailujen suorittaminen on vaikeaa, sillä teknologiamarkkinoilla relevantit markkinat ovat usein EU:n laajuiset, elleivät jopa maailmanlaajuiset.¹⁴⁰

Kilpailuviranomaiset ovat perinteisesti olleet haluttomia puuttumaan yritysten toimintaan, jos kyse on puhtaasti hintatasoa koskevista väärinkäytösepäilyistä. Tämä on ymmärrettävää, sillä kannanoton tulisi samalla sisältää käsitys siitä, mikä on ”oikea ja kohtuullinen” hintataso kyseisillä markkinoilla, eikä tällaisen arvion tekeminen useinkaan ole helppoa. Useilla erityistoimialoilla, kuten telekommunikaatioalalla, hinnoittelua säätelee erityislainsäädäntö. Lisäksi puuttumista voidaan kritisoida taloustieteellisinkin perustein, sillä markkinoilletulon esteiden ollessa vähäisiä korkea hintataso houkuttelee uusia yrityksiä markkinoille, jolloin tarjonta lisääntyy ja hintataso vastaavasti laskee. EY:n kilpailuviranomaisten käytännössä kohtuutonta hinnoittelua koskevat tapaukset ovat pääasiassa liittyneet unionin sisämarkkinapolitiisiin pyrkimyksiin.¹⁴¹

3.3.3 *FRAND-velvoite ja 82 artikla*

Standardointiyhteistyössä käytettyihin sitoumuksiin lisensoida standardiin sisällytettyä teknologiaa FRAND-ehdoin ja määräävän markkina-aseman väärinkäytön arviointiin liittyy mielenkiintoisia erityiskysymyksiä. EY:n tuomioistuinten oikeuskäytännön vielä puuttuessa oikeuskäytännössä on käyty vilkasta keskustelua siitä, mikä merkitys FRAND-ehtojes sisällöllä on 82 artiklan mukaisessa arvioinnissa. Annetun FRAND-sitoumuksen rikkominen voi ilman muuta muodostaa sopimusoikeusrikkomuksen, mutta millä edellytyksillä tällaista menettelyä voidaan pitää määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä? Erimielisyyttä on ollut erityisesti siitä, asettavatko FRAND-sitoumus ja 82 artiklaan perustuva velvollisuus pidättäytyä markkinoita ja kilpailijoita

¹³⁹ Glader – Larsen 2006, 3 ja asia 24/67, *Parke Davis*.

¹⁴⁰ Anderman – Kallaugher 2006, 273.

¹⁴¹ Geradin – Rato 2007, 151.

vahingoittavista toimenpiteistä käytännössä yrityksille edes samansuuntaisia velvoitteita, vai olisiko niiden mukaiset arvioinnit pidettävä täysin erillään toisistaan.

Gladerin ja Larsenin näkemyksen mukaan FRAND-sitoumukset on standardointiyhteistyössä otettu käyttöön juuri siksi, etteivät olennaisten patenttien oikeudenhaltijat pystyisi väärinkäyttämään niille standardin vahvistamisen jälkeen syntyvää markkinavoimaa. Ne ovat elintärkeitä sen varmistamisessa, ettei tällainen yritys pysty heikentämään markkinoilla esiintyvää kilpailua esimerkiksi vaatimalla lisenssistä kohtuuttomia rojaltimaksuja. Gladerin ja Larsenin mukaan kilpailuoikeus edellyttää, että standardit ovat kaikille avoimia FRAND-ehtojen käyttämisen kautta, jolloin hyöty standardoinnista siirtyy suoraan kuluttajille. Ongelmia aiheutuu siitä, ettei FRAND-ehtoja käytävillä standardointijärjestöillä välttämättä ole käytössään tarpeellisia välineitä, joilla ne voisivat puuttua tällaisten sitoumusten rikkomiseen. Tästä syystä kilpailuoikeudellinen puuttuminen nimenomaan määräävän markkina-aseman väärinkäytön perusteella on heidän mukaansa välttämätöntä, olettaen että kyse varmasti on määräävän aseman olemassaolosta. Glader ja Larsen ehdottavat, että 82 artiklan soveltumisen arvioinnissa tulisi ottaa huomioon, että määräävä markkina-asema on saavutettu FRAND-sitoumuksen johdosta. Tällöin kohtuuttomaksi voitaisiin katsoa rojaltivaatimus, joka ei mahdollista tehokkaasti toimivan lisenssinsaajan kohtuullista voittomarginaalia standardoitujen tuotteiden markkinoilla.¹⁴²

Sen sijaan Geradin ja Rato ovat sitä mieltä, ettei FRAND-sitoumuksella ole minkäänlaisia liittymäkohtia kilpailuoikeudelliseen 82 artiklan mukaiseen arviointiin. He kritisoivat Gladerin ja Larsenin analyysia voimakkaasti ensinnäkin siksi, että määräävän markkina-aseman edellytysten katsotaan täyttyvän liian helposti. Geradin ja Rato ottavat huomioon yritysten kohtaamat vertikaaliset ja horisontaaliset rajoitukset, jotka usein tarkoittavat sitä, ettei patentinhaltija välttämättä standardin hyväksymisen jälkeenkään ole määräävässä asemassa. Kirjoittajien mukaan markkinaehtoisesti lisenssinantajan ja –saajien välillä käydyt neuvottelut lisenssirojalteista osoittavat sen, että patentinhaltija menettelee antamansa FRAND-sitoumuksen mukaisesti. Heidän mukaansa EY:n kilpailuoikeuden normit eivät edellytä, että standardiin sisällytetyn teknologian lisensointi tapahtuu FRAND-ehdoin, vaan kyse on ainoastaan sopimusoikeudellisesta velvoitteesta. Lisäksi Geradin ja Rato katsovat, että jos FRAND-sitoumus on samansisältöinen kuin 82 artiklaan sisältyvä yritys joka tapauksessa sitova velvollisuus pidättäytyä kilpailua

¹⁴² Glader – Larsen 2006, 4-5.

vahingoittavista menettelyistä, siihen vetoamista ei tarvita. Jos FRAND-sitoumus taas menee 82 artiklaa pidemmälle, sillä ei ole merkitystä 82 artiklan mukaisessa määräävän markkina-aseman väärinkäytön arvioinnissa.¹⁴³

Qualcomm. Yhdysvalloissa käsitellyssä tapauksessa kilpailija Broadcom syytti Qualcomm'ia siitä, että se oli monopolisoinut WCDMA-teknologian (wideband code-division multiple access) markkinat laiminlyömällä FRAND-sitoumuksensa noudattamisen. Qualcomm on mikrosiruvalmistaja ja se omaa lisäksi useita patenteja kyseiseen teknologiaan, joka on olennainen osa 3G-puhelinteknologiaa. Tapausta käsitelleen valitustuomioistuimen mukaan kyseessä on kielletty markkinoiden monopolisoiminen, kun yhteisymmärrykseen perustuvassa yksityisessä standardointiyhteistyössä toimiva yritys tietoisesti antaa harhaanjohtavan sitoumuksen, jonka pohjalta sitoumukseen luottavat standardointijärjestön jäsenet implementoivat kyseisen teknologian standardiin ja tämä sitoumuksen ennen standardin vahvistamista antanut yritys myöhemmin laiminlyö sitoumuksen noudattamisen. Oikeuden päätös rinnastaa harhaanjohtavan lisensointisitoumuksen ja sen rikkomisen ns. patenttiväijytykseen, jonka tunnusmerkit FTC määritteli *Rambus*-ratkaisussa ja joka on kielletty markkinoiden monopolisointina.¹⁴⁴

Qualcomm'in toiminta on tällä hetkellä myös EY:n kilpailuviranomaisten arvioitavana. Vuonna 2005 kuusi johtavaa matkapuhelin- ja mikrosiruvalmistajaa, Ericsson, Nokia, Texas Instruments, Broadcom, NEC ja Panasonic pyysivät komissiota tutkimaan Qualcomm'in CDMA- ja WCDMA-standardeihin sisältyvien patenttien lisensointiin liittyvää toimintaa. Valittajien mukaan Qualcomm ei täytä standardointijärjestöille antamaa lupaustaan lisensoida teknologiaansa FRAND-ehdoin. Valittajien mukaan FRAND-ehtoien taustalla olevan taloudellisen periaatteen mukaan olennaisten patenttien oikeudenhaltijoiden ei tulisi voida käyttää standardin syntymisen johdosta syntynyttä markkinavoimaansa väärin. Lisäksi valittajat katsovat, että FRAND-sitoumuksen ylittävät rojaltit voivat johtaa siihen, että loppuasiakkaat maksavat 3G-teknologian tuotteista huomattavasti suuremman hinnan, millä on negatiivisia vaikutuksia teknologian tulevaan kehitykseen ja uuden 4G-teknologian markkinoille saattamiseen. Komissio on nimenomaisesti todennut, että arvioitaessa määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä

¹⁴³ Geradin – Rato 2007, 159.

¹⁴⁴ Vesala 2007, 18 ja US Court of Appeals for 3rd Circuit, 4 Sept 2007, *Broadcom v. Qualcomm*, 501 F.3d 297, 23.

standardoinnissa olennainen merkitys voi olla sillä, katsotaanko Qualcomm'in rikkovan sen antamaa FRAND-velvoitetta.¹⁴⁵

Qualcomm on julkisuudessa torjunut väitteet toteamalla, että se on lisensoinut teknologiaansa laajasti ja että viisi kuudesta valittajasta on sen lisenssinsaaajien joukossa. Kyse on sen mukaan vain valittajien halusta neuvotella lisenssiehdot uudelleen. Qualcomm'in mukaan sen myöntämät alennukset ja lisenssihinnoittelu eivät ole kilpailunormien vastaisia eivätkä pyri markkinoiden sulkemiseen vaan ovat ainoastaan osa laillista hintakilpailua, joka hyödyttää niin valmistajia, operaattoreita kuin kuluttajia.¹⁴⁶ Komission ja myös mahdollisesti EY-tuomioistuimen päätöstä asiassa odotetaan suurella mielenkiinnolla.

Rambus. Toinen mielenkiintoinen standardoinnissa tapahtuneita väärinkäytöksiä tarkasteleva tapaus koskee Rambus'ta. Tapauksen pääpaino on ns. patenttiväijytyksen arvioinnissa, jolla tarkoitetaan muiden standardointijärjestön jäsenten harhaanjohtamista salaamalla olennaiset patenttioikeudet ja vireillä olevat patenttihakemukset ennen standardin hyväksymistä. Tapauksen käsittely on Yhdysvalloissa edelleen kesken, mutta vuonna 2006 FTC julkaisi kantansa, jonka mukaan Rambus laittomasti monopolisoi neljän DRAM-sirujen (*dynamic random access memory*) standardiin sisältyvän teknologian markkinat ja näin ollen rikkoi Sherman Actin 2 §:ä sekä FTC Actin 5 §:ä.¹⁴⁷

Tapauksessa Rambus oli 90-luvun aikana osallistunut standardointijärjestö JEDEC:in (Joint Electron Device Engineering Council) toimintaan sen kehittäessä DRAM-muistiin liittyviä standardeja. FTC:n tutkimusten mukaan Rambus tuolloin johti muita JEDEC:in jäseniä harhaan, kun se ei ilmoittanut niille patenteista ja patenttihakemuksista, joita sillä oli kehitettävään standardiin implementoitaviin teknologioihin. Rambus oli myös nimenomaisesti harhauttanut jäseniä antamalla ymmärtää, ettei se ollut aikeissakaan hakea tällaisia patenteja. FTC:n mukaan Rambus lisäksi täydensi patenttihakemuksiaan tiedoilla, jotka se oli hankkinut osallistumalla JEDEC:in kokouksiin, varmistaakseen, että myönnettävät patentit kattaisivat mahdollisimman suuren osan standardista. Myöhemmin Rambus vetosi patenteihinsa muita valmistajia kohtaan,

¹⁴⁵ Commission, MEMO/07/389.

¹⁴⁶ EE Times, 28.10.2006, <http://www.eetimes.com/showArticle.jhtml?articleID=172901450>.

¹⁴⁷ Rambus Inc, Docket No. 9302, Opinion of the Commission.

jotka noudattivat hyväksytyjä standardeja, ja vaati näitä lopettamaan kyseisten tuotteiden valmistamisen.¹⁴⁸

FTC:n mukaan Rambus oli toiminnallaan tarkoituksellisesti johtanut JEDEC:in jäseniä harhaan edistämällä uskoa siihen, ettei sillä ollut sellaisia patenteja eikä käsiteltävänä olevia patenttihakemuksia, joita se voisi käyttää standardin omaksuneita toimittajia vastaan. Kyseisissä olosuhteissa JEDEC:in jäsenet perustellusti luottivat Rambus'in toiminnallaan antamaan mielikuvaan ja ottivat käyttöön DRAM-standardit. FTC totesi, että tieto Rambus'in patenteista ja patenttihakemuksista olisi ollut muiden jäsenten kannalta merkittävän olennaista standardointiprosessin ollessa käynnissä. Kun muut jäsenet saivat tiedon näistä patenttioikeuksista vasta standardin omaksumisen ja siihen investoimisen jälkeen, ne ovat olleet lock in –tilanteessa ja Rambus on näin ollen syyllistynyt kiellettyyn markkinoiden monopolisointiin.¹⁴⁹

Myös Rambus-tapauksen käsittely seuraa EU:ssa muutaman vuoden viiveellä. Elokuussa 2007 komissio toimitti Rambus'ille väitetiedoksiannon (statement of objections), jonka mukaan komission alustava kanta on, että Rambus on käyttänyt väärin määräävää markkina-asemaansa vaatimalla kohtuuttomia rojalteja tietyistä DRAM-teknologiaan liittyvistä lisensseistä. Komission alustavan näkemyksen mukaan kyse on ollut Rambus'in tarkoituksellisesta harhaanjohtavasta toiminnasta standardointiyhteistyössä, ja 82 artiklan rikkominen on aktualisoitunut Rambus'in vaatiessa lisensseistä kohtuuttomia rojalteja. Komission mukaan ilman Rambus'in harhaanjohtavaa toimintaa se ei olisi pystynyt asettamaan lisenssihintojaan niin korkealle.¹⁵⁰

3.4 Lopuksi

EY:n oikeuskäytännön vielä puuttuessa on siis mahdotonta vastata kysymykseen siitä, millainen merkitys FRAND-sitoumuksella ja FRAND-ehtojen sisällöllä on 82 artiklan mukaisessa määräävän markkina-aseman väärinkäytön arvioinnissa. Oikeuskirjallisuudessa on esitetty perusteltuja mielipiteitä molempiin suuntiin. Toisaalta komission esittämä nimenomainen

¹⁴⁸ Petritsi 2005, 27 ja Rambus Inc, Docket No. 9302, Opinion of the Commission. On kuitenkin huomattava, etteivät JEDEC:in säännöt tuolloin sisältäneet velvollisuutta oleellisten patenttien ilmoittamiseen *ex ante*, ja että Rambus myöhemmin kokonaan jättäytyi pois JEDEC:in toiminnasta.

¹⁴⁹ Rambus Inc, Docket No. 9302, Opinion of the Commission.

¹⁵⁰ Commission, MEMO/07/330.

toteamus siitä, että 82 artiklan soveltumisen arvioinnissa FRAND-sitoumuksen noudattamiselle voidaan antaa ratkaiseva merkitys, viittaa komission myönteiseen suhtautumiseen. Luultavasti niitä voitaisiin siis käyttää ainakin suuntaa-antavina osoituksina siitä, millaisia lisensointiehtoja standardin syntymisen jälkeen voidaan pitää markkinoiden tehokkaan toiminnan kannalta hyväksyttävänä. Tätä näkemystä puoltaa se, FRAND-sitoumusten ja kilpailuoikeudellisen puuttumisen tavoitteet ovat yhdensuuntaiset. Ongelmia voi tuoda se seikka, ettei FRAND-ehtoja useinkaan voida eksplisiittisesti määritellä ennen standardin syntymistä. Näin ollen standardointiyhteistyön osapuolillekin ehtojen täsmällinen sisältö voi olla hyvin epäselvä. Selvää on myös, ettei kilpailuoikeudellista puuttumista tulisi voida käyttää yritysten keskinäiseen välienselvittelyyn, jos kyse on vain pyrkimyksestä muuttaa lisensointiehtoja omalta kannalta edullisempaan suuntaan.