



Kilpailuvirastosta markkinavirastoksi

JUHANI JOKISEN JUHLAKIRJA

Toim. Martina Castrén



Juhani Jokinen on työskennellyt kilpailuasioiden parissa 1980-luvulta lähtien, ensin kilpailuasiamiehen toimistossa ja myöhemmin Kilpailuvirastossa sen perustamisvuodesta 1988 lähtien. Kilpailuvirastossa Jokinen toimi muun muassa monopoliryhmän johtajana ja ylijohantajana. Vuonna 2013 Jokinen nimitettiin Kilpailu- ja kuluttajaviraston pääjohtajan virkaan, josta hän jäi eläkkeelle syyskuussa 2018.

Kuva: Nina Kaverinen

Kilpailuvirastosta markkinavirastoksi

JUHANI JOKISEN JUHLAKIRJA

Toim. Martina Castrén

HELSINKI 2018

Julkaisija	Kilpailu- ja kuluttajavirasto
Toimittanut	Martina Castrén
ISBN	978-952-6684-48-2 (sid.) 978-952-6684-49-9 (pdf)
Taitto	Antti Hovila
Ulkoasu	Taina Ståhl
Paino	Oy Nord Print Ab, Helsinki 2018

Kirja on kokonaisuudessaan saatavilla osoitteessa:
kkv.fi/kilpailuvirastosta-markkinavirastoksi.

Sisältö

Lukijalle	5
Juhanille	11
OSA I: Ajankohtaisia kilpailuoikeudellisia ja -poliittisia kysymyksiä	15
Leena Lindberg: Yrityskauppa-avalvonta 20 vuotta	17
Olli Kauppi ja Sanna Syrjälä: Aineistot ja menetelmät modernissa yrityskauppa-avalvonnassa	43
Tom Björkroth: Rahasta, maksamisesta ja maksamisen markkinoista	63
Rainer Lindberg: Muodostaako kilpailu riskin pankkien vakavaraisuudelle? ...	89
Jarkko Vuorinen: Essentiaalipatentteja koskeva EU:n kilpailuoikeus ja -politiikka: pragmaattista reagointia muuttuneeseen toimintaympäristöön	111
Martina Castrén: Kilpailulain tulevat muutokset	131
Kalle Määttä: Kilpailuvaikutusten arviointi lainvalmistelun haasteena ...	153
Henrikki Oravainen: Yksi yhdestä -periaate tuottavuuden, kilpailukyvyn ja säädosvalmistelun laadun edistämiseksi	171

OSA II: Kilpailu- ja kuluttajaviraston laajeneva tehtäväkenttä	177
 Anu Rajas:	
Kilpailu- ja kuluttajapolitiikan tarkastelua markkinoiden toimivuuden näkökulmasta	179
 Antti Neimala:	
Suomalaisen kuluttajapolitiikan kehityskulkuja	197
 Tiina Astola:	
Katsaus EU:n yleiseen kuluttajansuojaan – oikeuksien määrittelystä täytäntöönpanoon	225
 Maarit Taurula ja Niina Ruuskanen:	
Kokemuksia julkisten hankintojen valvonnasta Kilpailu- ja kuluttajavirastossa	237
 Arttu Juuti, Peter Karlsson ja Mia Salonen:	
Julkinen valta markkinoilla – kilpailun edistämisestä kilpailuneutraliteettivalvontaan	263
 Peter Berglund:	
Kilpailuviranomaisen tietoteknisen tutkinnan valmiuksien kehittyminen	293
Tietoa kirjoittajista	312

Jarkko Vuorinen:

Essentiaalipatentteja koskeva EU:n kilpailuoikeus ja -politiikka: pragmaattista reagointia muuttuneeseen toimintaympäristöön

Johdanto

Tämän kirjoituksen¹ tarkoituksena on kuvata ja analysoida essentiaalipatentteja koskevaa EU:n kilpailuoikeutta ja -politiikkaa. Teema on ajankohtainen monestakin syystä. Essentiaalipatentteihin liittyvissä toimijoissa ja toimintaympäristössä on tapahtunut merkittävä muutos verraten lyhyessä ajassa, millä on ollut dramaattisia vaikutuksia alan kirjoitettuihin ja kirjoittamattomiin pelisääntöihin. Lisäksi essentiaalipatenttien lisensoinnissa ollaan siirtymässä uusiin alueisiin, kuten esineiden internetiin, jotka asettavat uusia haasteita lisensoinnille tulevaisuudessa.

Essentiaalipatenttien lisensointi ei ole ollut täysin kitkatonta, vaan uutta oikeuskäytäntöä on syntynyt esimerkiksi EUT:n Huawei-ratkaisun² ja komission Motorola-päätöksen³ muodossa. Komissio on viimeisten vuosien aikana julkaissut useita essentiaalipatentteihin ja niiden liiketoimintaympäristöön liittyviä tutkimusraportteja.⁴ Lisäksi komissio on vuoden 2017 lopulla julkaissut tiedonannon Euroopan Unionin lähestymistavasta essentiaalipatentteihin.⁵ Myös KKV on joutunut perehtymään essentiaalipatentteja koskeviin kysymyksiin.⁶

1 Kirjoittaja työskentelee erikoistutkijana Kilpailu- ja kuluttajaviraston kansainvälisessä yksikössä. Kirjoittaja on työtehtävissään perehtynyt essentiaalipatentteja koskeviin kilpailuoikeudellisiin kysymyksiin. Kirjoitus on omistettu 4.4.2018 kuolleen karjalaisen äitini muistolle.

2 Asia C-170/13. Huawei Technologies Co. Ltd vastaan ZTE Corp. ja ZTE Deutschland GmbH.

3 Case AT.39985. Motorola. April 29, 2014.

4 Ks. esim. *Thumm Nikolaus & Gibson Garry*: Patent Assertion Entities in Europe: Their impact on innovation and knowledge transfer in ICT markets. Publications Office of the European Union, 2016; *Régibeau, Pierre & De Coninck, Raphael & Zenger, Hans*: Transparency, Predictability and Efficiency of SSO-based Standardization and SEP Licensing: A Report for the European Commission. European Union, 2016; *Pentheroudakis, Chrysoula & Baron, Justus A. & Thumm, Nikolaus*: Licensing Terms of Standard Essential Patents: A Comprehensive Analysis of Cases. Publications Office of the European Union, 2017; *Pohlmann, Tim & Blind, Knut*: Landscaping study of standard essential patents in Europe, 2016.

5 Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle ja Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle. Euroopan unionin lähestymistapa essentiaalipatentteihin. COM(2017) 712 final, Bryssel 29.11.2017.

6 KKV on osallistunut EUT:n oikeustapauksen Huawei vs. ZTE suulliseen käsittelyyn. Lisäksi KKV on osallistunut Motorola ja Samsung -tapauksen käsittelyyn neuvoo-antavassa komiteassa. KKV on myös osallistunut TEM:n SEP expert groupiin ja antanut lausunnon eduskunnan talousvaliokunnalle komission tiedonannosta Euroopan unionin lähestymistavasta essentiaalipatentteihin.

Kirjoituksessa kuvataan edellä mainitut prosessit ja analysoidaan tehtyjä linjauksia. Kirjoituksen johtopäätös on, että komission strategia on ollut korostaa osapuolten vastuuta essentiaalipatenttien lisensioinnissa ja FRAND-ehtojen määrittelyssä. Strategia on ollut pragmaattinen ja kantaa on otettu pääosin vasta esiin tulleiden tapausten johdosta. Varsinaista lainsäädännöllistä ohjausta, jolla ratkaistaisiin avoimna olevia tulkintaongelmia, komissio ei juuri ole antanut.

Standardisoinnin, patentoinnin ja kilpailuoikeuden kolmiossa

Standardien, patenttien ja kilpailuoikeuden välillä on tärkeä yhteys. Standardien avulla mahdollistetaan teknologioiden yhteensopivuus, jolloin monimutkaisten teknologisten järjestelmien osat voivat toimia moitteetta yhdessä. Standardeilla voidaan myös määrätä teknologian vähimmäisvaatimuksista tai ominaisuuksista, kuten esimerkiksi teknisen laitteen turvallisuuden tasosta. Standardeilla pyritään mahdollistamaan teknologioiden käytön leviäminen. Standardisointi voi tapahtua tosiasiallisesti, eli määräävässä markkina-asemassa oleva yritys tekee teknistä spesifikaatiota koskevan valinnan, jota muiden markkinoilla toimivien yritysten on tosiasiallisesti pakko noudattaa. Toinen tapa muodostaa standardi on sopia siitä yhdessä teollisuusalan kesken standardisointijärjestöissä, jotka muodostavat alustan standardista käytäville neuvotteluille.⁷

Patenttijärjestelmän tavoitteena taas on, että innovaattoreilla olisi kannustimet innovoida ja hyödyntää taloudellisesti keksintöjään. Teknologian standardisointi edellyttää usein patentoidun teknologian ottamista osaksi standardia. Standardisointi voi siten tarkoittaa valintoja erilaisten patentoitujen teknologioiden välillä. Patentinhaltijat tyypillisesti haluavat patenttinsa osaksi standardia, sillä se usein mahdollistaa mittavien lisensiointitulojen saamisen.

Standardeilla ja niihin liittyvillä patenteilla on kilpailuun liittyviä vaikutuksia. Patentin tuottama markkinavoima kasvaa, kun patentin suojaama teknologia on valittu osaksi standardia. Kun korvaava kilpaillevaa teknologiaa ei ole, patentinhaltija voi olla monopoliasemassa ja neuvotteluasema lisensiointimaksuista käytävissä neuvotteluissa para-

⁷ Régibau, De Coninck & Zenger, s. 5–6.

nee verrattuna siihen, mitä se oli ennen standardisointia.⁸ Patentinhaltijat voivat esimerkiksi nostaa kieltokanteen patenttia loukkaavien tuotteiden vetämiseksi markkinoilta, jolloin teknologiaa käyttävällä yrityksellä ei ole välttämättä muuta vaihtoehtoa kuin hyväksyä sellaiseen lisensiointiehdot, joita ne eivät muussa tilanteessa olisi olleet valmiita hyväksymään. Kilpailuoikeudella varmistetaan, että edellä mainittu patenttitoiminta ja standardisointitoiminta tavoitteet ovat yhteensovitettavissa menettelyssä, joka kestää kilpailuoikeudellisen tarkastelun.

Patenttitoiminta, standardien ja kilpailuoikeuden leikkauspisteessä ovat essentiaalipatentit ja niiden lisensiointi. Essentiaalipatentilla tarkoitetaan patenttia sellaiseen keksintöön, jonka käyttöön kaikilla samaa tuotetta valmistavilla yrityksillä on oltava mahdollisuus, koska standardit määrittävät, että tuotteissa on käytettävä kyseistä keksintöä.

Patenttien saamiseksi osaksi standardia on ehtonsa. Ensinnäkin standardisointijärjestöt määräävät tyypillisesti, että essentiaalipatenttien haltijoiden tulee ilmoittaa (deklaroida) standardin kannalta olennaiset patenttinsa. Patenttien ilmoittaminen standardin kannalta olennaiseksi perustuu oikeudenhaltijoiden omaan harkintaan, eivätkä standardisointijärjestöt tutki patentin olennaisuutta erikseen. Standardisointijärjestöt eivät myöskään tutki sitä, onko patentti kumottu tai onko sen suoja-aika jo kulunut umpeen. Pelkkä ilmoitus patentin olennaisuudesta standardin kannalta ei siis ole tae siitä, että kyseessä olisi tosiasiallisesti essentiaalipatentti. Tämän vuoksi essentiaalipatenteiksi ilmoitettujen patenttien lukumäärä on suurempi kuin mitä se todellisuudessa on.⁹

Toiseksi essentiaalipatentin haltijoiden tulee tyypillisesti ilmoittaa, suostuvatko ne lisensioimaan essentiaalipatenttinsa oikeudenmukaisin, kohtuullisin ja syrjimättömin ehdoin. Ehdoista käytetään nimitystä FRAND-ehdot (fair, reasonable and non-discriminatory). FRAND-ehdoilla pyritään varmistamaan essentiaalipatenttien kitkaton lisensiointi. Mikäli essentiaalipatentin haltija ei suostu lisensioimaan patentejaan FRAND-ehdoista, standardisointijärjestöt tyypillisesti jättävät kyseisen teknologian standardin ulkopuolelle.

FRAND-ehdoilla lisensioinnilla pyritään myös varmistamaan, että patentinhaltijoilla olisi kannustimia kehittää uusia teknologioita ja osallistua standardisointiin. Patentinhaltijat voivat nimittäin jättää teknologiansa standardin ulkopuolelle, jotta niillä olisi täysi vapaus päättää teknologioidensa lisensiointiehdoista. Standardin kannalta on luonnol-

⁸ Essentiaalipatentin haltijan muuttuneesta asemasta käytetään englanninkielistä nimitystä *hold up*. Ilmiön yleisyydestä ei ole olemassa kiistatonta empiiristä näyttöä. *Régibau, De Coninck & Zenger*, s. 11–12; *Pentheroudakis, Baron & Thumm*, s. 27.

⁹ *Pohlmann & Knut*, s. 10, 26.

lisesti huono asia, jos paras teknologia jää sen ulkopuolelle.¹⁰ Standardisointijärjestöt pyrkivät noudattamaan immateriaalioikeuspolitiikkaa, joka maksimoi standardin arvon.¹¹

FRANDin määritelmä on lyhyt ja ytimekäs: se on sopimus siitä, mitä patentinhaltija ja lisenssinottaja olisivat sopineet, ennen kuin standardi oli vahvistettu. Viimekädessä FRANDin sisällön määrittelee tuomioistuimien. Tämän yksinkertaisen määritelmän operationalisoiminen käytäntöön on kuitenkin osoittautunut sangen vaikeaksi. USA:n ja Euroopan tuomioistuimet eivät ole päässeet konsensukseen siitä, miten FRAND-ehdot tulisi määritellä.¹² Tähän on monia syitä. Esimerkiksi lisensiointimaksun FRANDin mukaisuutta ei voi määritellä abstraktisti, vaan se riippuu monista osapuolten suhteeseen vaikuttavista tekijöistä.¹³ FRAND-ehdot määrittelevät pikemminkin vaihteluvälin kuin täsmällisen hinnan.¹⁴

FRAND-sitoumus yhdistää standardisoinnin, essentiaalipatentit ja lisensioinnin kilpailuoikeuteen. FRAND-ehtojen tarkoituksena on rajoittaa essentiaalipatentin haltijoiden kilpailunvastaisia strategioita ja pienentää standardisointiin liittyviä kilpailuoikeudellisia riskejä. Essentiaalipatentteja koskevissa oikeudenkäynneissä potentiaalinen oikeudenloukkaaja voi vedota oikeuteensa saada lisensioida patentti FRAND-ehdoilla. Kilpailuoikeudellisesti essentiaalipatentin haltija saatetaan tietyissä tilanteissa määritellä määräävässä markkina-asemassa olevaksi patenttioikeutensa vuoksi. Jos essentiaalipatentin haltija sitoututtuaan FRAND-ehtoihin ei noudata niitä, kyseessä voi olla määräävän markkina-aseman väärinkäyttö.¹⁵

Toimintaympäristön ja toimijoiden muutos

Murtuva vanha maailma

Essentiaalipatenteilla on merkittävää markkina-arvoa, jonka vuoksi niitä uusitaan, niistä käydään kauppaa ja niistä riidellään. Monet internet-yhtiöt, kuten Google, Facebook ja Twitter, ovat aktiivisesti hankkineet essentiaalipatentteja. Väitetään, että Google osti Motorolan siksi,

¹⁰ Pentheroudakis, Baron & Thumm, s. 21–23.

¹¹ Pentheroudakis, Baron & Thumm, s. 160.

¹² Régibau, De Coninck & Zenger, s. 42–43.

¹³ Genadin, Damien: European Union Competition Law, Intellectual Property Law and Standardization (January 29, 2017). J. Contreras Ed., Cambridge Handbook on Technical Standardization Law (2017). Available at SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2907632, s. 4.

¹⁴ Pentheroudakis, Baron & Thumm, s. 159.

¹⁵ Pohlmann & Blind, s. 8.

että se pääsi sitä kautta käsiksi Motorolan patenttisalkkuun. Patenttisalkku mahdollisti Googlelle pääsyn älypuhelinmarkkinoille ja suojasi sitä mahdollisissa patenttioikeudenkäynneissä.¹⁶

Tutkimusten mukaan essentiaalipatentteja koskevat oikeudenkäynnit ovat olleet kasvussa 2000-luvulla.¹⁷ Lisenssinottajat ovat syyttäneet essentiaalipatenttien haltijoita kohtuuttomista lisensiointimaksuista, heikkolaatuista patenteista ja patenttien käyttöä koskevien kieltokeinojen perusteettomista nostamisista. Essentiaalipatenttien haltijat puolestaan väittävät teknologian käyttäjien haluavan hyödyntää teknologiaa maksutta ja käyvän lisensiointineuvotteluja vilpillisessä mielessä.¹⁸ Erimielisyyksiä on ollut lisensiointimaksujen tasosta, perusteista, laskentatavasta, lisenssin alasta (lisensioidaanko vain essentiaalipatentit vai myös muut patentit) jne. Essentiaalipatenttien lisensiointikäytäntöjä ja niihin liittyviä kilpailuongelmia ovat tutkineet useat kilpailuviranomaiset. Riidat ovat kalliita ja ne saattavat viivästyttää uusien teknologioiden käyttöönottamista. Hinnan siitä maksaa viimekädessä kuluttaja.¹⁹ Miten tähän on tultu?

Vastausta on etsittävä muutoksesta, joka on koskettanut toimintaympäristöä, toimijoita ja koko innovaatioprosessia. Ensimmäinen merkittävä muutos oli patenttitiheikköjen syntyminen.²⁰ Termillä on kuvattu tiettyjä korkean teknologioiden aloja, joissa lopputuotteiden valmistaminen edellytti lukuisten oikeudenhaltijoiden selvittämistä ja patenttioikeuksien lisensiointia. Tämä saattoi olla hankalaa, kallista ja aikaa vievää. Patenttien lukumäärän kasvu oli seurausta sekä teknologioiden monimutkaisuudesta että patenttistrategioiden kehityksestä. Patenttioikeuksia alettiin myöntää yhä pienempiin keksintöihin ja patenttisalkun koolla alkoi olla merkitystä yritysten välisessä kilpailussa. Tämä johti kiihtyvään patentointiin.

Omaisuusteoreetikot huomasivat kehityskulun ja alettiin puhua anticommons-tragediasta (the tragedy of the anticommons), josta voitaneen käyttää myös nimeä yksityisomaisuuden tragedia.²¹ Anticom-

¹⁶ Pohlmann & Blind, s. 31.

¹⁷ Pohlmann & Blind, s. 2.

¹⁸ Myös lisenssinottajilla on valtaa lisensiointineuvotteluita käytäessä. Potentiaaliset lisenssinottajat saattavat kieltäytyä maksamasta lisensiointimaksuja ennen kuin siitä saadaan oikeuden päätös. Kieltäytyminen tapahtuu usein epäsuorasti eli pitkillä lisensiointineuvotteluilla ja loputtomilla oikeudenkäynneillä. Ilmiötä kuvataan termillä 'hold-out'. Sen kielteisiä seurauksia ovat oikeudenhaltijoiden pienemmät kannustimet investoida uuteen teknologiaan ja kilpailuneutraaliteetin vääristymät lisenssimaksuja maksavien ja maksuista kieltäytyvien yritysten välillä. Régibau, De Coninck & Zenger, s. 20.

¹⁹ Komission tiedonanto essentiaalipatenteista, s. 2.

²⁰ Shapira, Carl: Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools, and Standard Setting s. 119–150. Kirjassa Innovation Policy and the Economy, Volume 1. Toimittaneet Adam B. Jaffe, Josh Lerner and Scott Stern. MIT Press 2001.

²¹ Heller, Michael A. & Eisenberg, Rebecca S.: Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research. Science 1998 May 1;280(5364), s. 698–701.

mons-tragedia on peilikuva paljon tunnetummasta ongelmasta, nimittäin yhteisomaisuuden tragediasta (the tragedy of the commons).²² Yhteisomaisuuden tragediassa on kyse siitä, että kenelläkään ei ole kielto-oikeutta yhteiseen resurssiin, kuten esimerkiksi yhteiseen laidunmaahan tai kalavesiin, jonka seurauksena resurssi on ylikäytetty. Anticommons-tragediassa taas kenelläkään ei ole yksinoikeutta resurssiin, mutta kaikilla on mahdollisuus estää muiden resurssin käyttö, jonka seurauksena resurssi on alikäytetty.

Anticommons-tragedian ensisijaisena sovellusalanä pidettiin bioteknologian, jossa oikeuksien hajautumisen lukuisille oikeudenhaltijoille sekä runsaan patentoinnin arveltiin hidastavan alan kehitystä. Edellä kuvatulla keskustelulla on myös yhteys lisensiointiin muilla aloilla. Täiväisiin asti karanteiden lisensiointimaksujen väitettiin muodostuvan lopputuotteiden kaupallistumisen esteeksi, jos jokainen tuotteen valmistamiseen välttämättä tarvittavan patentinhaltija pystyy monopolihinnoittelemaan patenttinsa. Kun jokainen patentinhaltija monopolihinnoittelee patenttinsa, kumulatiivinen hinta on suurempi, kuin jos yksi taho monopolihinnoittelisi patentit yhtenä kokonaisuutena.²³ Empiiristä varmuutta anticommons-tragedian olemassaolosta ei juuri ole pystytty esittämään.

Patenttitehikköjen synnyttämiä lisensiointiongelmia ajateltiin ratkoa patenttipooileilla, kuten jo 1900-luvun alusta asti oli tehty.²⁴ Patenttipoolien periaate on yksinkertainen: patenttipooliin kerätään tietyn tuotteen valmistamiseen tarvittavat välttämättömät patentit yhteen, ne hinnoitellaan yhteisesti ja lisensioidaan kaikille halukkaille. Patenttipoolit yksinkertaistavat lisensiointia ja alentavat transaktiokustannuksia. Vielä 2000-luvun alkupuolella patenttipoolien toiminnan suurimpana esteenä pidettiin niiden epäselvää kilpailuoikeudellista kohtelua, mutta komission teknologian siirtoa koskevat suuntaviivat²⁵ ja USA:n oikeusministeriön business mukavuuskirjeet²⁶ selkeyttivät tilannetta. Nykyisin patenttipoolien perustamiselle ei ole merkittäviä kilpailuoi-

22 *Garrett Hardin*: The Tragedy of the Commons. Science 13 Dec 1968. Vol. 162, Issue 3859, s. 1243–1248.

23 Ilmiöstä käytetään erilaisia nimiä: voidaan puhua Cournot'n komplementeista, 'double marginalisation' -ongelmasta ja erityisesti immateriaalioikeuksien lisensiointimaksuja koskevasta 'royalty stacking' -ongelmasta. Ilmiö koskee toisiaan täydentäviä tuotteita, jotka voivat olla myös immateriaalioikeuksia. *Régibau, De Coninck & Zenger*, s. 15.

24 Patenttipooileista ks. *Vuorinen, Jarkko*: Beyond Patent Pools: Patent Thickets, Transaction Costs, Self-Regulation and Competition. IPR university Center, 2013.

25 Komission tiedonanto. Suuntaviivat Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklan soveltamisesta teknologiansiirtosopimuksiin (EUVL C 89, 28.3.2014, s. 3–50).

26 Ks. esim. Letter from Joel I. Klein, Department of Justice, to Gerrard R. Beene (MPEG-2), June 26, 1997.

keudellisia esteitä, vaan niiden tehokkuutta edistävät vaikutukset tunnetaan hyvin.

Patenttipoolien menestys on kuitenkin ollut vähintäänkin vaihtelevaa. Audiovisuaalisen teknologian alalla toimii joitakin patenttipoolia, kun taas televiestintäteknologian alalla niiden merkitys on ollut vähäistä. Kaikkien merkittävien patentinhaltijoiden saaminen patenttipoolien jäseniksi on osoittautunut vaikeaksi, sillä yhteisistä lisensiointiehtoista on vaikea sopia monen toimijan kesken ja useat patentinhaltijat haluavat määrätä itsenäisesti lisensiointiehtoja. Patenttipoolien idea toimii parhaiten, kun kyseessä on pieni joukko homogeenisia patentinhaltijoita. Patenttipoolien yhden luukun lisensiointiperiaate toteutuu käytännössä kuitenkin vain harvoin. Vain pieni osa eli noin 9% essentiaalipatenteista lisensioidaan patenttipoolien kautta.²⁷ Tästä huolimatta komissio kannustaa patenttipoolien perustamiseen parantamalla niiden hallintatarjousten ja standardisointijärjestöjen teknisen tuen saatavuutta.²⁸

Patenttipoolien perustamisen kattavuutta on heikentänyt yksi patentinhaltijoiden ryhmä, joka 1990-luvun puolivälissä nimettiin patenttipeikoiksi. Patenttipeikoilla tarkoitettiin yhtiöitä, jotka eivät itse valmistaneet tuotteita ja siten käyttäneet patenteja, mutta joilla oli tuotteisiin liittyviä patenteja, joita ne saattoivat aggressiivisesti voimaan. Patenttipeikot vaativat tuotteiden valmistajien näkökulmasta katsottuna kohtuuttomia lisensiointimaksuja ja jos niihin ei suostuttu, patenttipeikot uhkasivat estää tuotteiden käytön nostamalla kieltokanteen. Tuotteiden valmistajat pitivät menettelyä kiristyksenä, sillä valmiiden tuotteiden markkinoilta vetämisestä seuraavat tappiot olisivat dramaattisia. Patenttipeikkojen toiminnalle ei nähty juuri pidäkkeitä, koska ne keskittyivät vain patenttien hallinnointiin, eivätkä tuotteiden valmistamiseen. Mikäli ne olisivat olleet myös tuotteiden valmistajia, niitä vastaan olisi ollut mahdollista käynnistää patenttisotia. Patenttipeikkoja pidettiin yleisesti patenttijärjestelmän häirikköinä.

Uudet toimijat ja vaatimukset

Liiketoimintamalli, jossa vain suppea joukko yrityksiä patentoi ja samalla käyttäjä itse niitä patenteja, alkoi murtua 2010-luvulle tultaessa. Tästä hyvä esimerkki on matkapuhelinala. Alalle tulleiden uusien toimijoiden seurauksena monien perinteisten matkapuhelinalan val-

²⁷ Pohlmann & Blind, s. 2, 36–37.

²⁸ Komission tiedonanto essentiaalipatenteista, s. 9.

mistajien markkinaosuus alkoi laskea dramaattisesti. Tultiin tilanteeseen, jossa monilla entisillä matkapuhelinvalmistajilla oli mittavaa tutkimus- ja tuotekehitystoimintaa sekä merkittäviä patenttisalkkuja, vaikka ne eivät itse enää valmistaneet matkapuhelimia. Kun aikaisemmin tutkimus- ja tuotekehitykseen käytetyt rahat pyrittiin saamaan takaisin sisällyttämällä ne omien tuotteiden hintoihin, niin nyt erilaisiin korkean teknologian tuotteisiin liittyvä patenttien lisensointi alettiin nähdä kannattavana itsenäisenä liiketoimintana. Lisensointimaksujen sisällyttämisestä tuotteiden hintoihin tuli jonkun muun kuin patentinhaltijan tehtävä.

Vähitellen muutos alkoi näkyä myös terminologiassa: patenttipeikkojen sijaan alettiin käyttää termiä 'Non-Practising Entities' (NPE) ja lopulta termiksi vakiintui 'Patent Assertion Entities' (PAE). Termille PAE ei ole vakiintunutta suomenkielistä vastinetta. Selvää kuitenkin on, että kaikkia yrityksiä, joilla on patenteja, mutta jotka eivät ole tuotteiden valmistajia, ei voida enää kutsua patenttipeikoiksi, joilla on kielteinen merkityssisältö. PAE:iden määrittely on edelleen haastavaa: jotkut keskittyvät vain patenttien omistamiseen ja voimaansaattamiseen, kun taas joillakin on itsenäistä tutkimus- ja tuotekehitystoimintaa. Yhteisenä piirteenä on kuitenkin se, että niiden tulot muodostuvat lisensointimaksuista ja oikeudenkäyntien kautta saaduista vahingonkorvauksista.²⁹ PAE:t hankkivat patenttinsa pääosin pieniltä ja konkurssiin menneiltä tai taloudellisissa vaikeuksissa olevilta yrityksiltä sekä yrityksiltä, jotka ovat päättäneet myydä osan patenttiportfolioistaan.³⁰ Tyypillisesti PAE:iden patentit liittyvät matkapuhelinalaan.

PAE:iden vaikutuksista innovaatioiden ja tiedon siirtämiseen on kahdenlaisia käsityksiä: yhtäältä ne voivat edistää innovaatioiden syntymistä mahdollistamalla innovaatioiden rahakkaan kaupallistamisen. Niiden on myös sanottu parantavan patenttimarkkinoiden likviditeettiä. Toisaalta taas on väitetty, että niiden aiheuttamat oikeudenkäynnit tai oikeudenkäynneillä uhkailu aiheuttavat lisäkustannuksia koko innovaatioekosysteemin tasolla. PAE:t kuitenkin turvautuvat oikeudenkäynteihin yleensä vasta viimeisenä keinona; tyypillisesti ensisijainen keino on lisensointimaksujen saaminen avoimesti julkaistujen lisensointiohjelmien kautta.³¹ PAE:iden käyttäytymistä selittää osaltaan niiden saama rahoitus, nimittäin niiden rahoituksen lähteinä voivat tyypillisesti olla esimerkiksi riskipääoma ja hedge-rahastot. Niiden vaikutus

²⁹ *Thumm & Gabison*, s. 15–16, 45.

³⁰ *Thumm & Gabison*, s. 19.

³¹ *Thumm & Gabison*, s. 11, 47.

tuksesta PAE:iden intressinä on pikemminkin saada pikavoittoja kuin sitoutua tuotteiden pitkäaikaiseen kehittämiseen ja kaupallistamiseen, jotka vievät aikaa.³²

Toistaiseksi PAE:ta on hillinnyt eurooppalaisen patenttijärjestelmän tiukempi patenttien myöntämismenettely. Eurooppalaisten patenttien on väitetty olevan laadultaan parempia kuin amerikkalaisten patenttien. Toisaalta on maalailtu myös tulevaisuuden uhkakuvia siitä, kun yhte-näispatentti on voimassa ja yhdistetty patenttituomioistuim aloittaa toimintansa. Yhdistetyn patenttituomioistuimen kautta voidaan määrätä kieltotuomioita suurella markkina-alueella, minkä on väitetty lisäävän patenttien aggressiivista voimaansaattamista myös Euroopassa.³³

Niin ikään merkittävä muutos oli se, että matkapuhelinmarkkinoille tulleet uudet toimijat alkoivat kyseenalaistaa perinteisten matkapuhelinvalmistajien essentiaalipatenttien pätevyys ja olennaisuuden. Lisäksi ne esittivät väitteitä, että perinteisten toimijoiden essentiaalipatenteista perimät lisensiointimaksut olisivat kohtuuttoman korkeita. Koska uusilla toimijoilla ei itsellään ollut patenttisalkkuja, alalle tyypillinen ristiinlisensiointi matkapuhelinvalmistajien kesken ei ollut enää mahdollista. Uusien toimijoiden strategiaksi tuli käyttää patenteja ja sopia lisensiointimaksuista vasta myöhemmin. Tällä pyrittiin osaltaan parantamaan neuvotteluasemaa ja alentamaan maksettavaksi tulevia lisensiointimaksuja. PAE:t taas voidaan nähdä osaltaan tämän strategian vastavoimana: niiden avulla pyritään maksimoimaan patenteista saatavat tulot.³⁴

Kehityksen seurauksena komission horisontaalisissa suuntaviivoissa³⁵ vuodelta 2011 tehtiin erottelu kolmesta pääasiallsta yritysryhmästä, joilla on erilaiset intressit standardien laatimisessa, kun on kyse standardeista, joihin liittyy teollis- ja tekijänoikeuksia. Ensimmäinen ryhmä muodostuu vain tuotantoketjun alkupään markkinoilla toimivista yrityksistä, jotka kehittävät ja markkinoivat teknologioita. Lisensioinnista saatavat tulot ovat usein niiden ainoa tulolähde ja sen vuoksi niiden pyrkimyksenä on saada mahdollisimman suuret lisensiointitulot.

Toinen ryhmä koostuu vain tuotantoketjun loppupään markkinoilla toimivista yrityksistä, jotka valmistavat muiden teknologioihin perustuvia tuotteita tai tarjoavat näihin perustuvia palveluja. Kyseisillä yrityksillä ei ole valmistamiensa tuotteiden teollis- ja tekijänoikeuksia. Lisen-

³² *Thumm & Gabison*, s. 18, 45–46.

³³ *Thumm & Gabison*, s. 53–54.

³⁴ *Thumm & Gabison*, s. 48.

³⁵ Komission tiedonanto. Suuntaviivat Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklan soveltamisesta horisontaalista yhteistyötä koskeviin sopimuksiin. 2011/C 11/01, kohta 267.

siointimaksut muodostavat niille ainoastaan kustannuserän, joten ne haluavat pieniä lisensiointimaksuja tai mieluiten välttää ne kokonaan.

Kolmannen ryhmän muodostavat vertikaalisesti integroituneet yritykset, jotka sekä kehittävät teknologiaa että myyvät tuotteita. Niiden kannustimet ovat kaksisuuntaiset. Ne voivat saada lisensiointituloa teollis- ja tekijänoikeuksistaan, mutta ne myös voivat joutua maksamaan lisensiointimaksuja muille yrityksille, joiden teollis- ja tekijänoikeudet ovat olennaisia standardin kannalta. Vertikaalisesti integroituneet yritykset pyrkivät usein lisensoimaan ristiin omia olennaisia teollis- ja tekijänoikeuksiaan muiden yritysten olennaisia teollis- ja tekijänoikeuksia vastaan.

Uudet toimijat ja strategiat muuttivat koko innovaatioprosessin. Aikaisemmin innovaatioprosessi ideasta tuotteeksi tapahtui yrityksen sisällä. Muiden kehittämiin teknologioihin ei juuri luotettu, eikä ydinliiketoiminnan ulkopuolella syntyneitä innovaatioita, jotka eivät sopineet jo olemassa oleviin malleihin, juuri osattu hyödyntää. Nykyisin uusien ideoiden syntyminen ja uusien liiketoimintamahdollisuuksien löytäminen edellyttävät verkostoitumista ja ulkoisten lähteiden hyödyntämistä yrityksen sisäisen tutkimus- ja tuotekehitystoiminnan rinnalla. Muuttunutta innovaatioprosessia on kuvattu termillä avoin innovaatio, jossa uusia ideoita, teknologioita ja tuotteita etsitään yritysrajojen ulkopuolelta. Nämä kehityskulut merkitsevät yrityksen rajapinnan avaamista eli käytännössä yhteistyön lisäämistä sekä toisten yritysten että julkisten organisaatioiden, kuten yliopistojen kanssa. Kilpailua ei voita se yritys, jolla itsellään on parhaat ideat, vaan yritys, joka pystyy luomaan parhaan mahdollisen yhdistelmän yritysten sisällä ja ulkopuolella luoduista ideoista.³⁶

Edellä kuvattu kehityskulku on merkinnyt muutosta immateriaalioikeusstrategioihin. Perinteisesti innovaatioita suojaavia immateriaalioikeuksia on käytetty passiivisesti suojaamaan yrityksen omia tuotteita, jotta kilpailijat eivät voisi hyötyä yrityksen innovaatioista. Nykyisin immateriaalioikeuksilla on aktiivinen rooli yrityksissä eli immateriaalioikeuksia voidaan lisensoida tai myydä yrityksen ulkopuolelle. Teknologioiden kehittäminen ulkopuolisille on toimiva liiketoimintamalli; yritykset voivat tehdä merkittäviä voittoja sillä, että muut yritykset käyttävät niiden immateriaalioikeuksia. Esimerkiksi Nokian tuloksesta huomattava osa muodostui sen patenttisalkusta saaduista lisensioin-

36 Avoimesta innovaatiosta ks. *Törkkeli, Marko, Hilmola, Olli-Pekka, Salmi, Pekka, Viskari, Sari, Käki, Hannu, Ahonen, Mikko & Inkinen, Sam*: Avoin innovaatio: Liiketoiminnan seitinohuet yhteistyökentteet. Lappeenranta 2007, s. 26–28.

tituloista.³⁷ Lisäksi teknologian kaupallistaminen tapahtuu merkittävässä määrin ulkoisten kanavien kautta. Tätä varten on syntynyt patentti-brokereita ja innovaatioiden markkinapaikkoja, joissa on mahdollista käydä kauppaa patenteista. Yritykset voivat etsiä niistä ulkoisia ideoita hyödynnettäväksi, kun taas innovaattorit voivat löytää sitä kautta markkinoita keksinnöilleen.

Yhteenvetona voidaan todeta, että muuttuneet toimijat ja toimintaympäristö merkitsivät konflikteja, joissa määriteltiin kirjoittamattomia ja kirjoitettuja pelisääntöjä uudelleen. Komission vaikeaksi tehtäväksi muodostui se, puuttuako pelisääntöjen laatimiseen ja jos, niin miten ja missä vaiheessa.

Essentiaalipatenttien EU-kilpailuoikeudelliset reunaehdot

Komission näkemys FRAND-ehdoista

Standardisoinnin yhteys immateriaalioikeuksiin ja kilpailuun ilmeni EU-oikeudessa melko myöhään. Komissio käsitteli standardisoinnin, immateriaalioikeuksien ja kilpailuoikeuden rajapintoja 1990-luvulla, jolloin se antoi kommunikaation immateriaalioikeuksista ja standardeista.³⁸ Yleisissä periaatteissa todettiin jo tuolloin, että standardisointijärjestöjen tulee varmistaa kaikille pääsy standardiin kohtuullisin ja syrjimättömin ehdoin.³⁹

Ensimmäiset komission nostamat ja standardeja sekä patenteja käsittelevät kilpailunrajoitus selvitykset käynnistyivät vasta 2000-luvulla. *Rambus*-tapauksessa⁴⁰ yhtiön epäiltiin syyllistyneen patenttiväijäytykseen (patent ambush) eli Rambus jätti ilmoittamatta standardia laadittaessa, että sillä oli standardiin liittyviä patenteja. Lisäksi selvitettiin, oliko Rambus esittänyt kohtuuttomia lisensiointimaksuvaatimuksia SEUT 102 artiklan vastaisesti. Tapaus ratkaistiin sitoumuspäätöksellä, jossa Rambusin vaatimia lisensiointimaksuja pienennettiin.⁴¹

³⁷ <https://m.kauppalehti.fi/uutiset/nokian-suri-patentit-kolmoskvartaalin-kohokohta/gfiYXDF>, viitattu 8.3.2018.

³⁸ Communication from the Commission. Intellectual Property Rights and Standardization. COM(92) 445 final, October 27, 1992.

³⁹ Ibid., kohta 6.2.1.

⁴⁰ Press release: Commission confirms sending a Statement of Objections to Rambus. MEMO/07/330. Brussels, August 23, 2007.

⁴¹ Case COMP/38.636. Commission decision. Rambus 9.12.2009.

Toinen lisensiointimaksujen kohtuuttomuutta koskeva komission oikeustapaus oli *Qualcomm*⁴². Siinä kuusi yhtiötä jätti komissiolle valituksen siitä, ettei Qualcomm noudattanut essentiaalipatenttien lisensioinnissa FRAND-ehtoja ja että sen menettely oli kilpailulainsäädännön vastaista. Valittajat kuitenkin peruuttivat valituksensa ja sen perusteella komissio päätti tutkimuksensa.⁴³ Tapaukset *Rambus* ja *Qualcomm* eivät edenneet lopulliseen päätökseen asti, joten varsinaista ohjaavaa oikeuskäytäntöä ei koskaan syntynyt.

Sittemmin komissio on arvioinut FRAND-ehtojen mukaisuutta *Google/Motorola*⁴⁴ ja *Microsoft/Nokia*⁴⁵ -yrityskauppojen yhteydessä. Niistä erityisesti jälkimmäisessä tapauksessa pelättiin, että Nokian luopuessa matkapuhelinliiketoiminnasta se alkaisi voimaansaattaa patenttejaan aggressiivisesti ja sen toiminta alkaisi muistuttaa edellä kuvattuja PAE:ita. Komissio kuitenkin totesi, että Nokian mahdollinen myöhempi lisensiointikäyttäytyminen jää tapaukseen sovellettavan sulautuma-asetuksen soveltamisalan ulkopuolelle.⁴⁶

Komissio on käsitellyt FRAND-ehtoja myös horisontaalisissa suuntaviivoissa. Niiden mukaan FRAND-sitoumuksella pyritään siihen, että teollis- ja tekijänoikeuksilla suojattu standardiin sisällytetty teknologia on standardin käyttäjien käytettävissä oikeudenmukaisin, kohtuullisin ja syrjimättömin ehdoin. FRAND-sitoumuksilla pyritään estämään teollis- ja tekijänoikeuksien haltijoita vaikeuttamasta standardin täytäntönpäono lisensioinnista kieltäytymisellä tai pyytämällä kohtuuttomia tai syrjiviä lisensiointimaksuja sen jälkeen, kun toimiala on sitoutunut standardiin.⁴⁷

Komission mukaan FRAND-ehtojen täyttymisestä vastaavat lisensioinnin osapuolet. Standardisointijärjestön toiminta voi olla artiklan 101 mukaista, vaikka se ei tarkastaisi standardisointiin osallistuvien lisensiointiehtoja.⁴⁸ Konfliktitilanteissa, kun arvioidaan FRAND-ehtojen epäoikeudenmukaisuutta tai kohtuuttomuutta, arviointiperusteena tulisi olla maksujen kohtuullisuus teollis- ja tekijänoikeudelliseen arvoon nähden. Pelkkään kustannukseen perustuva arviointi ei välttämättä ole perusteltua, sillä tietyn patentin tai patenttiryhmän kehittämiseen liittyviä kustannuksia on vaikea arvioida. Lisenssimaksujen vertailu

42 Press release: Commission initiates formal proceedings against Qualcomm. MEMO/07/389. Brussels, October 1, 2007.

43 Press release: Commission closes formal proceedings against Qualcomm. MEMO/09/516. Brussels, November 24, 2009.

44 Case No COMP/M.6381. Google / Motorola Mobility. February 13, 2012.

45 Case No COMP/M.7047. Microsoft / Nokia. December 4, 2013.

46 Ibid., kohta 224.

47 Komission horisontaaliset suuntaviivat, kohta 287.

48 Komission horisontaaliset suuntaviivat, kohta 288.

ennen toimialan sitoutumista standardiin ja standardiin sitoutumisen jälkeen saattaa olla toimivaa, jos vertailu voidaan tehdä johdonmukaisella ja luotettavalla tavalla.⁴⁹ Riippumattomien asiantuntijoiden käyttäminen teollis- ja tekijänoikeussalkun objektiivisesta merkityksestä ja olennaisuudesta standardin kannalta saattaa olla perusteltua. Samoista teollis- ja tekijänoikeuksista muista vastaavissa standardeissa perityt lisensiointimaksut voivat myös antaa viitteitä FRAND-ehtojen mukaisista lisensiointimaksuista.⁵⁰

Kuten edeltä on voinut havaita, FRAND-ehtojen sisältöä, kuten termejä 'kohtuullinen' ja 'syöjämätön' ei määritellä horisontaalisissa suuntaviivoissa, vaan tämä tehtävä kuuluu lähtökohtaisesti osapuolille. Lisensiointimaksujen kohtuullista tasoa ei siis juuri määritellä.

Horisontaalisista suuntaviivoista huolimatta essentiaalipatenttien lisensioinnissa ilmennyt kitka sai komission palaamaan aiheeseen ja julkaisemaan tiedonannon essentiaalipatenteista vuoden 2017 lopulla. Tiedonannossa pyritään määrittelemään avainperiaatteet, joilla varmistetaan tasapainoinen, sujuva ja ennakoitava kehys essentiaalipatenteille. Tiedonannon julkaisemisen toisena perusteena on esineiden internetiin liittyvät syyt. Esineiden internetistä on ennustettu muodostuvan lähivuosina miljardiluokan liiketoiminta. Ilman standardeja ja niiden mahdollistamaa yhteentoimivuutta esineiden internetin täyttää potentiaalia ei pystytä hyödyntämään. Esineiden internetin sovellukset, kuten älykodin koneet ja verkottuneet autot, merkitsevät essentiaalipatenttien lisensiointia uusilla alueilla, jotka poikkeavat perinteisestä ICT- ja viestintätekniikasta, joissa niitä on tähän asti tyypillisesti lisensioitu. Mahdolliset patenttiriidat voivat viivästyttää uusien teknologioiden käyttöönottoa kuluttajien vahingoksi, jonka vuoksi essentiaalipatenttien lisensioinnin helppoutta ja ennakoitavuutta tarvitaan.⁵¹ Uhkana on, että esineiden internet tulee laajentamaan tähän asti ensisijaisesti vain matkapuhelin-alaa koskevat lisensiointiongelmien monille muille sektoreille. Esineiden internet tulee joka tapauksessa merkitsemään sitä, että yhä useamman alan on osallistuttava standardisointiin ja lisensiointiin.⁵²

Komissio on käsitellyt tiedonannossaan FRAND-ehtojen yleisperiaatteita. Lisensiointineuvottelujen lähtökohtana tulisi olla vilpittömässä mielessä käytävät neuvottelut. FRAND-ehtojen määrittelyyn ei ole yhtä kaikkiiin tilanteisiin soveltuvaa ratkaisua, vaan oikeudenmukaisuuden ja

⁴⁹ Komission horisontaaliset suuntaviivat, kohta 289.

⁵⁰ Komission horisontaaliset suuntaviivat, kohta 290.

⁵¹ Komission tiedonanto essentiaalipatenteista, s. 1–2.

⁵² *Régibau, De Coninck & Zenger*, s. 81.

kohtuullisuuden sisältö vaihtelevat toimialoittain; se voi myös muuttua ajan kuluessa.⁵³

Komissio ei juuri esitä uusia horisontaalisista suuntaviivoista poikkeavia tulkintoja FRAND-ehtojen sisältöön. Joitakin uusia täsmennyksiä kuitenkin on, nimittäin komissio korostaa, että FRAND-arvon määrittämisessä tulisi ottaa huomioon patentoidun tekniikan lisäarvo. Siinä ei kuitenkaan saisi näkyä tuotteen menestys markkinoilla, koska se ei komission mukaan liity patentoituun tekniikkaan.⁵⁴ Tiedonannossa otetaan huomioon myös double marginalisation -ongelma (royalty stacking).⁵⁵ Sen ratkaisemiseksi yksittäistä essentiaalipatenttia ei pidä tarkastella muista patenteista erillisenä FRAND-ehdon täyttävän lisenssimaksun suuruutta määrittäessä.⁵⁶

Komission ei määrittele tiedonannossaan kovin selkeästi FRANDin sisältöä. FRANDin määrittelyn hyödyllisyyttä on kuitenkin peräänkukuteltu, sillä se edesauttaisi sekä osapuolia että tuomioistumia ongelmatapauksissa. Käytännössä tämä voisi tapahtua esimerkiksi määrittelemällä se, mikä menettely tai lisensiointimaksu ei ainakaan ole FRANDin mukainen. Kilpailuviranomaiset ovat avainasemassa, kun arvioidaan FRANDin mukaista menettelyä.⁵⁷

Komissio perustellusti korostaa sovittelun ja välimiesmenettelyn merkitystä ongelmatapauksen ratkaisussa. Sovittelun ja välimiesmenettelyn avulla FRANDia koskevissa riidoissa saatetaan päästä ratkaisuun nopeasti ja pienin kustannuksin. Vaihtoehtoisen riitojenratkaisun koko potentiaalia ei ehkä ole hyödynnetty täysimääräisesti. Tähän on luvassa helpotusta, sillä yhdistetyn patenttituomioistuimen yhteyteen on kaavailtu erityistä välimies- ja sovittelukeskusta, jossa toimisi alaan erikoituneita tuomareita.⁵⁸ Aloite vaikuttaa perustellulta.

FRANDin määrittelemiseksi ei ole yhteistä arkistoa annetuista ratkaisuksista, joten osapuolet saattavat joutua tekemään turhaa ja päällekkäistä työtä määrittelyssä. Komissio pyrkii puutumaan tähän ja aikoo perustaa asiantuntijaryhmän kokoamaan yhteen alan käytäntöjä FRAND-lisensioinnista.⁵⁹ Aloite on tervetullut ja helpottaa FRANDin määrittelyä.

⁵³ Komission tiedonanto essentiaalipatenteista, s. 7.

⁵⁴ Komission tiedonanto essentiaalipatenteista, s. 8.

⁵⁵ Määrittelystä ks. viite 23.

⁵⁶ Komission tiedonanto essentiaalipatenteista, s. 8.

⁵⁷ *Pentheroudakis, Baron & Thumm*, s. 15.

⁵⁸ Komission tiedonanto essentiaalipatenteista, s. 13.

⁵⁹ Komission tiedonanto essentiaalipatenteista, s. 9.

FRAND-ehdot ja kieltokanteiden nostaminen

Joskus lisensiointineuvottelut FRANDin sisällöstä voivat epäonnistua, jolloin voidaan turvautua essentiaalipatenttien oikeuksien täytäntöönpanoon. Viimeisten vuosien aikana keskustelua on käyty essentiaalipatenttien haltijoiden oikeudesta nostaa kieltokanne essentiaalipatentin loukkaustapauksessa niitä kohtaan, jotka eivät ole halukkaita lisensioimaan FRAND-ehtoihin perustuen. Kieltokanteen hyväksyttävyydestä on esitetty kahdenlaisia arvioita. Ensinnäkin on pelätty, että kieltokanteen nostamista koskevat rajoitukset heikentäisivät essentiaalipatentin haltijoiden asemaa, jonka välittömänä seurauksena olisi patenttien arvon lasku ja alikompensaatio. Toisaalta on esiintynyt myös tilanteita, joissa käyttäjiä on yritetty pakottaa hyväksymään FRAND-ehtojen vastaisia lisensiointiehtoja uhkaamalla kielokanteella, jolla on ankara seuraus, tuotteiden vetäminen pois markkinoilta. Oikeudenhaltijoiden ja käyttäjien väliseen tasapainoon tulisi pyrkiä, jotta kummallakaan osapuolella ei olisi niskalenkkiä toisesta lisensiointineuvottelusta käytäessä. Kieltokanteiden nostamisen edellytykset ja rajoitukset ovat tässä keskiössä, sillä ne ratkaisevat osapuolten neuvotteluasemat.

Kilpailuoikeudellisesti kiinnostavin kysymys on, voiko kieltokanteen nostaminen potentiaalista lisenssinottajaa vastaan olla SEUT 102 artiklan vastaista. Komissiolla on ollut kaksi tähän liittyvää oikeustapausta, *Samsung*⁶⁰ ja *Motorola*⁶¹. *Samsung*-tapaus ratkaistiin sitoumuksella. Samsung sitoutui siihen, että se ei nosta kieltokannetta lisensiointiohjelmaan sitoutuneita lisenssinottajia vastaan. Lisensiointiohjelman mukaiset neuvottelut voivat kestää 12 kuukautta, jonka jälkeen FRANDin sisällön määrittelee kolmas osapuoli, kuten tuomioistuin tai välimiehet.⁶²

Motorola-tapauksessa komissio antoi päätöksen. Sen mukaan Motorola syyllistyi määrävän markkina-aseman väärinkäyttöön nostaessaan kieltokanteen Applea vastaan, vaikka Apple oli halukas lisensioimaan essentiaalipatentit ja sitoutumaan FRANDin määrittelyyn tuomioistuimessa. Päätöksessä ei määrätty sakkoja Motorolalle epäselvän oikeustilan vuoksi.

Kieltokanteen nostamista tarkasteltiin myös EUT:n oikeustapauksessa *Huawei vs. ZTE*⁶³. EUT:n mukaan FRAND-ehtoihin sitoutuminen luo kolmansille perusteltuja odotuksia lisensioinnista kyseisin ehdoin. Mikäli essentiaalipatentin haltija kieltäytyy tästä, kyse on lähtö-

60 Case AT.39939. Samsung, April 29, 2014.

61 Case AT. 39985 Motorola. April 29, 2014.

62 Samsung, s. 17–20.

63 Asia C170/13. Huawei Technologies Co. Ltd vastaan ZTE Corp. ja ZTE Deutschland GmbH.

kohtaisesti SEUT 102 artiklassa tarkoitettusta väärinkäytöstä.⁶⁴ Vaikka essentiaalipatenttien käyttäjän on saatava käyttöönsä varten etukäteen lisenssi, essentiaalipatentin haltija ei voi SEUT 102 artiklaa rikkomatta nostaa kieltokannetta, jossa vaaditaan tuotteiden vetämistä pois markkinoilta, ellei potentiaalista lisenssinottajaa ole ennakolta varoitettu oikeudenloukkauksesta, eikä tätä ole ennakolta kuultu.⁶⁵ Essentiaalipatentin haltijan on myös ilmoitettava loukattu patentti ja loukkaamisen tapa sekä tehtävä konkreettinen, kirjallinen ja FRAND-ehtojen mukainen lisensiointitarjous, joka sisältää lisenssimaksun suuruuden ja sen laskentatapaa koskevat perusteet.⁶⁶

Huawei-ratkaisu on tasapainoinen, sillä siinä asetettiin velvollisuuksia myös väitetyille oikeudenloukkaajille. Niiden tulee vastata tarjoukseen vilpittömässä mielessä, viivyttelämättä ja noudattaen alan kaupallisesti tunnustettuja käytäntöjä.⁶⁷ Mikäli väitetty oikeudenloukkaaja ei hyväksy tarjousta, se voi vedota kieltokanteen väärinkäyttöön vain, jos se tekee essentiaalipatentin haltijalle konkreettisen FRAND-ehtojen mukaisen vastatarjouksen.⁶⁸ Mikäli essentiaalipatentin teoriaa käytetään ennen lisensiointisopimuksen tekemistä, väitetty oikeudenhaltija on velvollinen asettamaan vakuuden alan kaupallisten sääntöjen mukaisesti vastatarjouksen hylkäämishetkestä lukien.⁶⁹

On mahdollista, että essentiaalipatenttien haltijat saattavat vastatarjouksessaan rajata lisensioinnin koskemaan vain joitakin yksittäisiä patenteja. Komission tiedonannossa täsmennetään, että tällöin vastatarjous ei kuitenkaan ole FRAND-ehtojen mukainen, vaan vastatarjouksen pitää koskea kaikkia essentiaalipatenteja, joita lisenssiottaja tarvitsee. Essentiaalipatenttien lisensioimisen yhteydessä voidaan tarjota myös muita patenteja, mutta oikeudenhaltijat eivät voi vaatia lisenssin ottajia lisensioimaan näitä patenteja.⁷⁰

Apua standardisointijärjestöistä?

Essentiaalipatentteihin liittyvät lisensiointivelvoitteet vaihtelevat standardisointijärjestöstä toiseen. Jotkut standardisointijärjestöt eivät juuri aseta ehtoja lisensioinnille. Enemmistö essentiaalipatenteista kuitenkin

⁶⁴ Huawei, kohta 53.

⁶⁵ Huawei, kohdat 58 ja 60.

⁶⁶ Huawei, kohdat 61 ja 63.

⁶⁷ Huawei, kohta 65.

⁶⁸ Huawei, kohta 66.

⁶⁹ Huawei, kohta 67.

⁷⁰ Komission tiedonanto essentiaalipatenteista, s. 12.

deklaroidaan FRAND-ehtojen puitteissa.⁷¹ Sen sijaan vain pieni osa standardin kannalta olennaisiksi deklaroiduista patenteista on tosiasiallisesti olennaisia. Joidenkin tutkimusten mukaan vain noin 20–28 % patenttiperheistä oli tosiasiallisesti olennaisia. Koska patenttien olennaisuutta ei vahvisteta julkisesti, essentiaalipatenttien suuri deklaroitu määrä uhkaa standardin käyttäjien oikeusvarmuutta ja voi johtaa oikeudenkäynteihin.⁷²

Patentinhaltijoilla on kannustimet essentiaalipatenttien ylideklarointiin. Tämä johtuu kahdesta syystä: Ensinnäkin lisensiointimaksujen määrä kasvaa tyypillisesti lisensioitavien patenttien lukumäärän kasvaessa. Toiseksi ylideklarointia selittää ainakin osittain kilpailuoikeuden kielteinen suhtautuminen patenttiväijytykseen (patent ambush). Patenttiväijytyksellä tarkoitetaan tilannetta, jossa patentinhaltija paljastaa standardin kannalta olennaiset patenttinsa vasta sen jälkeen, kun standardista on jo sovittu.⁷³

Essentiaalipatentin haltijoiden ja lisenssinottajien väliset lisensiointineuvottelut käydään standardisointijärjestöjen ulkopuolella. Tästä huolimatta komission lähtökohtana on, että standardisointijärjestöt ovat avainasemassa essentiaalipatentteihin liittyvien ongelmien ratkaisemisessa. Komission mukaan essentiaalipatenteista saa tietoa ainoastaan standardisointijärjestöjen ylläpitämistä ilmoitustietokannoista, joiden avoimuudessa voi olla puutteita. Erityisesti pienet yritykset ja start up -yritykset kärsivät ennakoitavuuden puutteesta, mikä vaikeuttaa riskienhallintaa. Standardisointijärjestöjen tietokannoissa voi olla kymmeniä tuhansia patenteja yhtä standardia kohti. Sen määrittelemisen, onko kyseessä essentiaalipatentti, perustuu patentinhaltijan itsearviointiin. Patentin olennaisuutta standardin kannalta ei valvota ja olennaisuus saattaa myös muuttua aikaisemmin ilmoitetusta standardin hyväksymismenettelyn kuluessa.⁷⁴ Aiheettomat ilmoitukset ovat ongelma, sillä kirjatut ilmoitukset luovat tosiasiallisen oletuksen patentin olennaisuudesta standardin kannalta. Pk- ja start up -yrityksille tämä merkitsee huomattavaa taakkaa, sillä niiden tulee tarkastaa lukuisten essentiaalipatenttien olennaisuus.⁷⁵

⁷¹ *Pohlmann & Blind*, s. 2.

⁷² *Pohlmann & Blind* (s. 48) viittaavat seuraaviin tutkimuksiin koskien standardiin liittyvien patenttien puutteellista olennaisuutta: D. J., & Myers, R. A. 2005; 3G Cellular standards and patents. Proceedings from 2005 IEEE Wireless Communications and Networking Conference. Fairfield Resources Intl. 2007, Analysis of Patents Declared as Essential to GSM as of June 6, 2007; Fairfield Resources Intl. 2008.

⁷³ *Régibau, De Coninck & Zenger*, s. 12–13, 32.

⁷⁴ Komission tiedonanto essentiaalipatenteista, s. 3.

⁷⁵ Komission tiedonanto essentiaalipatenteista, s. 5.

Komission mukaan essentiaalipatenttien lisensiointikehystä tulee tukea siten, että standardisointijärjestöt tarjoaisivat yksityiskohtaista tietoa essentiaalipatenteista. Tämä edellyttää tietokantojen laadun ja sisällön parantamista. Tiedon tulisi olla patentinhaltijoiden, patenttien käyttäjien ja kolmansien osapuolten saatavilla helposti. Ilmoitettujen tietojen tulisi olla saatavilla niihin liittyvien standardisointihankkeiden perusteella. Tietokannoissa tulisi olla linkkejä patenttivirastojen tietokantoihin, jotta patentin tilaa, omistajuutta ja siirtymistä koskevat tiedot voidaan saada päivitettyinä. Ilmoitusvelvollisuutta tulee myös tiukentaa standardisointijärjestöjen säännöissä, jotta ilmoitukset eivät olisi puutteellisia.⁷⁶

Komissio katsoo, että olennaisuutta koskevien väitteiden valvontaa tulisi tiukentaa. Tiukennus voisi tapahtua riippumattomien ja riittävät tekniset valmiudet omaavien asiantuntijoiden tekemänä valvontana. Essentiaalipatenttien haltijoiden tulisi myös itsenäisesti tarkastaa ilmoitustensa paikkansapitävyys lopullisen standardin hyväksymisen yhteydessä ja patentin lopullisen myöntämispäätöksen yhteydessä. Ilmoituksen tulisi olla riittävän informatiivisia, jotta mahdollinen patentinloukkaus olisi tunnistettavissa. Käytännössä tulisi viitata standardin kohtaan, joka koskee essentiaalipatenttia sekä patenttiperheeseen. Ilmoituksessa tulisi myös mainita essentiaalipatentin haltijan yhteystiedot. Standardisointijärjestöjen tulisi tarjota mahdollisuus raportoida essentiaalipatentteja koskevan riita-asian viitenumero ja lopullisten päätösten sisältö, kuten patentin olennaisuus ja pätevyys.⁷⁷ Komission ehdotus noudattelee Pohlmannin ja Blindin raporttia, jossa myös esitettiin essentiaalipatenttien olennaisuuden tarkastamista.⁷⁸

Koska standardisointijärjestöjen käytössä oleva ilmoitusjärjestelmä ei ole suunniteltu tulevaan essentiaalipatenttien lisensiointiin, ehdotetuista muutoksista saattaa aiheutua niille kustannuksia. Komission mukaan nämä kustannukset olisivat kuitenkin hallittavissa ja niitä kompensoisi se, että lisensiointineuvotteluihin liittyvät kokonaiskustannukset laskisivat.⁷⁹ Lisäksi standardisointijärjestöille esitettyjen toimenpiteiden käyttöönotto tapahtuisi vähitellen ja soveltuisi aluksi vain uusiin ja merkittäviin standardeihin, kuten 5G-teknologiaan. Aluksi voitaisiin esimerkiksi kannustaa sidosryhmiä kohti parempaa avoimuutta serti-

⁷⁶ Komission tiedonanto essentiaalipatenteista, s. 4.

⁷⁷ Komission tiedonanto essentiaalipatenteista, s. 5.

⁷⁸ Raportissa ehdotetaan keskitetyn riippumattoman tahon perustamista, jolla olisi riittävä tekninen osaaminen ja pääsy standardisointia ja patentointia koskeviin dokumentteihin. Patenttivirastot voisivat esimerkiksi tarkastaa essentiaalipatentin olennaisuuden myöntäessään patentin tai heti standardin julkaisemisen jälkeen. *Pohlmann & Blind* s. 3.

⁷⁹ Komission tiedonanto essentiaalipatenteista, s. 4.

fioinneilla, joka ilmaisisi, että niiden ilmoittamat essentiaalipatenttialkut täyttävät avoimuusvaatimukset.⁸⁰

Johtopäätökset

Komission strategiana näyttäisi olevan, että se uskoo osapuolten pysyvän lähtökohtaisesti ratkaisemaan essentiaalipatenttien lisensiointiin liittyvät ongelmat, erityisesti FRANDin sisällön, keskenään ilman ulkopuolista puuttumista.⁸¹ FRANDin sisällöstä kuitenkin vallitsee yhä merkittäviä erimielisyyksiä oikeudenhaltijoiden ja käyttäjien välillä. Esimerkiksi siitä, voiko lisensiointimaksun määrätä tuotteen loppuhinnan perusteella vai tulisiko se laskea aina samansuuruisena komponenttiperusteisesti, ei ole yksimielisyyttä.⁸²

Komission valitsema lähestymistapa on pragmaattinen: se vaikuttaa siirtävän vastuuta ongelmien ratkaisemisesta osapuolille ja standardisointijärjestöille sen itse pysytellessä taustalla. Valittu strategia merkitsee, että FRANDin sisältö määräytyy konfliktien ja niitä seuraavien oikeudenkäyntien tuloksena tuomioistuimissa ja välimiesmenettelyissä, eikä oikeuspoliittisen päätöksentekijän, kuten komission, toimesta. Strategia ei ole täysin ongelmaton.

Komission linjaukselle voidaan kuitenkin esittää myös perusteluja. FRANDin määrittely ilman konkreettista tapausta on haastavaa, joidenkin mielestä jopa mahdotonta. Komissio on toiminut aktiivisesti *Motorola* ja *Huawei* -tapauksissa, joissa FRAND-lisensiointia koskevaan neuvottelukäyttäytymiseen jouduttiin ottamaan kantaa konkreettisessa tilanteessa. FRANDin määrittely pala ja tapaus kerrallaan on riskittävämpi tapa edetä kuin abstraktien periaatteiden määritteleminen säädöksessä.

Lisäksi on muistettava, että standardisointi ja siihen liittyvä essentiaalipatenttien lisensiointi on ollut pääosin sujuvaa, eikä tarvitse julkisen vallan syvällistä puuttumista. FRAND ei ole rikki, eikä se tarvitse täysremonttia, vaan pikemminkin sen tulisi paremmin heijastaa nykyisten

⁸⁰ Komission tiedonanto essentiaalipatenteista, s. 6.

⁸¹ Ks. myös *Newman, Matthew*: EU seeks to remain 'neutral' in fight over patent-standards licensing. mLex 29.11.2017.

⁸² Qualcomm, Nokia ja Ericsson olivat lobanneet komissiota hyväksymään lisensiointimallin, jossa lisensiointimaksun suuruus voitaisiin määritellä lopputuotteen hinnan perusteella. Älypuhelinvalmistajat, kuten Samsung ja Apple, vastustivat tätä ajatusta. Niiden lisensiointimallissa mikä tahansa komponenttien valmistaja saisi lisenssin samoin ehdoin. Komissio jätti tiedonannossaan tämän kysymyksen auki todeten, ettei ole yhtä kaikkiiin tilanteisiin sopivaa lisensiointimallia. Newman, Matthew: New EU patent policy draws praise from Qualcomm. mLex 7.12.2017.

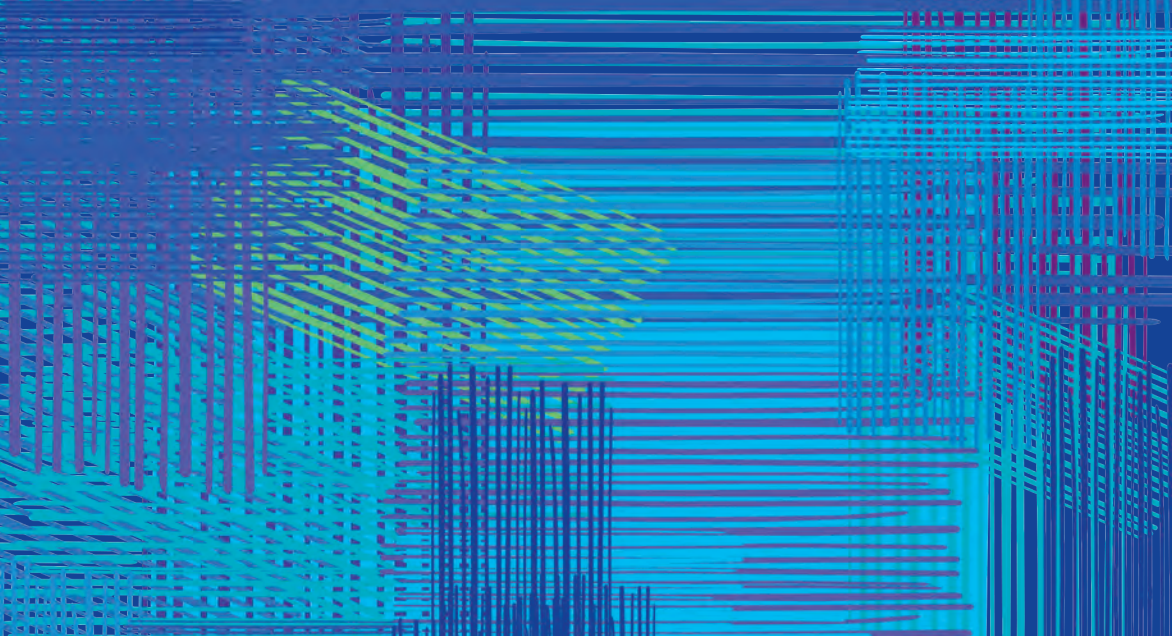
muuttuneiden markkinoiden monimuotoisuutta ja dynamiikkaa sekä laajentunutta toimijajoukkoa.⁸³

Komissio on toistaiseksi pystynyt tasapainoilemaan käyttäjien ja oikeudenhaltijoiden välillä hyvin. Se tuskin silti pystyy loputtomiin asti miellyttämään yhtä aikaa kaikkia, vaan joutuu ennemmin tai myöhemmin määrittelemään kantansa ja valitsemaan puolensa – vaikka se sitten tapahtuisi yksittäisten oikeustapausten kautta. Työtä FRANDin määrittelemiseksi on vielä edessä.

83 Ks. myös Pentheroudakis, Baron & Thumm, s. 164.

Tietoa kirjoittajista

Tiina Astola	OTL, VT, pääjohtaja, Euroopan komissio (DG Just)
Peter Berglund	MSc, BBA, järjestelmäasiantuntija KKV
Tom Björkroth	VTT , dosentti (oikeustaloustiede) & Forskningsledare, Åbo Akademi
Martina Castrén	OTM, KTM, erikoistutkija KKV
Arttu Juuti	OTK, apulaisjohtaja KKV
Peter Karlsson	OTK, erikoistutkija KKV
Olli Kauppi	KTT, pääekonomisti KKV
Leena Lindberg	OTK, KTM, MA, osakas Asianajotoimisto Krogerus Oy
Rainer Lindberg	VTM, MA, OTM, apulaisjohtaja KKV
Timo Mattila	DI, VTM, ylijohtaja KKV
Kalle Määttä	OTT, kilpailuasianneuvos KKV
Antti Neimala	OTK, VT, osastopäällikkö TEM
Henrikki Oravainen	VTM, kehityspäällikkö KKV
Märt Ots	MSc, PhD (energy economics), General Director Konkurentsiamet
Anu Rajjas	MMT, dosentti (kuluttajaekonomia), tutkimuspäällikkö KKV
Niina Ruuskanen	HTM, erikoistutkija KKV
Mia Salonen	KTM, tutkimuspäällikkö KKV
Dan Sjöblom	Jur kand, General Director Post- och telestyrelsen
Sanna Syrjälä	OTK, MA, tutkimuspäällikkö KKV
Maarit Taurula	OTK, tutkimuspäällikkö KKV
Pekka Timonen	OTT, kansliapäällikkö OM
Jarkko Vuorinen	OTT, VTK, LL.M, VT, erikoistutkija KKV



KKV Kilpailu- ja
kuluttajavirasto

