

TAMPEREEN YLIOPISTO

Johtamiskorkeakoulu

Antti Näkyvä

Lisensointitoimintaa harjoittavat yritykset ja markkinavoiman väärinkäyttö

Pro gradu-tutkielma

Yritysjuridiikka

Tampere 2015

TIIVISTELMÄ

Tampereen yliopisto
Johtamiskorkeakoulu

Näkyvä, Antti: Lisensointitoimintaa harjoittavat yritykset ja markkinavoiman väärinkäyttö
Pro gradu –tutkielma: VIII + 65 s.

Yritysjuridiikka
Toukokuu 2015

Tutkielmassa selvitetään missä tilanteissa patenttien asettamiseen ja lisensointiin erikoistuneiden yritysten toimintaan on mahdollista puuttua määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä. Tutkimuskysymykset on rajattu koskemaan tilanteita, joissa patentin omistava yritys pyrkii hyödyntämään erityisesti teknologisesta lukittumisesta syntyvää markkinavoimaa. Patentinhaltija kykenee tällöin perimään ylisuuren rojaltin suhteessa patentoidun teknologian tuottamaan lisäarvoon. Tutkielman toissijaisena tavoitteena on arvioida kilpailuoikeudellisen intervention mielekkyyttä patentinhaltijalle syntyvän markkinavoiman kontrollointikeinona. Tutkielmassa etsitään vastauksia asetettuihin kysymyksiin tulkitsemalla ja jäsentämällä Euroopan Unionin oikeutta sekä oikeuskäytäntöä. Taloustiede toimii oikeustieteellisen tarkastelun taustalla kilpailuoikeuden systematiikkaa ja tavoitteita tulkitsevassa ja perustelevassa roolissa.

Kilpailuoikeuden ja patenttioikeuden väliset jännitteet ovat osaltaan lisääntyneet aineettoman omaisuuden merkityksen kasvaessa. Patenttien merkitys on siirtynyt perinteisestä imitoinnin suojasta strategiseksi työkaluksi, jolla on mahdollista vaikuttaa kilpailijoiden ja markkinoiden toimintaan. Patenttien määrän merkittävä kasvu on ollut osaltaan edistämässä uudenlaisten patenttien hallintointiin ja asettamiseen erikoistuneiden yritysten syntymistä. Kyseisille yrityksille on ominaista, että ne hankkivat patenteja ja pyrkivät maksimoimaan patenteista saatavat tuotot aggressiivisella asettamisella valmistustoimintaa harjoittavia yrityksiä kohtaan. Patenteihin erikoistuneet yritykset parantavat osaltaan patenttien likviditeettiä sekä tarjoavat pienille toimijoille suuremmat resurssit markkinoiden valvontaan patentinloukkausten varalta. Käytännössä kyseisiin yrityksiin on yhdistetty markkinoille haitallisia käytäntöjä kuten esimerkiksi teknologisen lukittumisen sekä suurten oikeudenkäyntikulujen hyväksikäyttämistä ylisuurten rojaltien saamiseksi. Riskinä on tällöin se, että patenttien asettamiseen erikoistuneet yritykset todellisuudessa hidastavat teknologista kehitystä ja aiheuttavat tehostomuutta markkinoilla.

Yritysten toiminnan ei voida nähdä olevan kilpailuoikeudellisen intervention ulottumattomissa. Oikeuskäytännön valossa patentin käyttämiseen voidaan puuttua kuitenkin vain erittäin poikkeuksellisissa tapauksissa, koska väärinkäytön toteaminen edellyttää kannanottoa patentin arvoon ja lisenssin hinnoitteluun. Väärinkäytön toteaminen edellyttää lähtökohtaisesti merkittävää poikkeamista patentin taloudellisesta arvosta ja hinnoittelun ilmeistä kohtuuttomuutta. Tämän johdosta patenttien asettamiseen erikoistuneiden yritysten toimintaan on mahdollista puuttua ääritilanteissa, joissa yrityksellä voidaan nähdä olevan selkeä kokonaisvaltainen strategia ylihinnan perimiseen. Väärinkäyttövalvonnan systematiikka aiheuttaa myös sen, että lukittumisesta syntyvän markkinavoiman väärinkäyttöön ei ole aina mahdollista puuttua. Väärinkäytön toteaminen edellyttää aina esiasteena määräävän markkina-aseman toteamisen, joka riippuu tapauskohtaisista olosuhteista. Yhteenvedon voidaan todeta, että patenttien asettamiseen erikoistuneiden yritysten toimiin on mahdollista puuttua määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä vain poikkeustapauksissa. Kilpailuoikeudellinen sääntely ei tarjoa systemaattista ratkaisua yritysten markkinoille haitallisiin käytäntöihin.

I Sisällysluettelo	I
II Lähteet.....	V
III Oikeustapaukset ja komission päätökset	V
1 Johdanto.....	1
1.1 Tausta ja tavoitteet	1
1.2 Rajaus.....	3
1.3 Metodi ja lähdemateriaali	4
1.4 Tutkielman rakenne	5
2 Kilpailuoikeus ja immateriaalioikeudet yhteiskunnassa	7
2.1 Kilpailuoikeuden merkitys markkinataloudessa	7
2.1.1 Kilpailu ja markkinatalous	7
2.2.2 Kilpailuteoriat ja taloustiede	9
2.2 Patenttioikeus ja sen suhde kilpailuoikeuteen	12
2.2.1 Patenttijärjestelmän merkitys yhteiskunnan hyvinvoinnin kasvattajana.....	12
2.2.2 Patenti strategisena kilpailun välineenä	15
2.3 Immateriaalioikeuksien lisensointiin erikoistuneet yritykset	18
2.3.1 Liiketoimintamalli ja sen mahdolliset hyödyt.....	18
2.3.2 Negatiiviset vaikutukset markkinoiden toimintaan.....	20
3 Määrävän markkina-aseman väärinkäyttö EU:n kilpailuoikeuden mukaan.....	24
3.1 Yksipuolisen markkinavoiman sääntely	24
3.1.1 Markkinavoima ja sen mittaaminen	24
3.1.2 PAE-yritysten muodostamat haasteet väärinkäyttövalvonnalle EU:ssa.....	27
3.2 Määrävän markkina-aseman toteaminen EU:n kilpailuoikeudessa	31
3.2.1 Relevanttien markkinoiden määrittäminen	31
3.2.2 Markkinavoiman määrittäminen relevanteilla markkinoilla.....	33
3.3 Määrävän markkina-aseman väärinkäyttö	37
3.3.1 Väärinkäytön toteaminen	37
3.3.2 Erityiset väärinkäyttötyypit	40
4 Erityisten väärinkäyttötyyppien soveltuminen PAE-yritysten käytäntöihin	43
4.1 Lisensoinnista kieltäytyminen määrävän markkina-aseman väärinkäyttönä.....	43
4.1.1 Toimituksesta kieltäytyminen erityisenä väärinkäyttötyyppinä.....	43
4.1.3 Väärinkäyttömuodon soveltuminen PAE-yrityksiin	47
4.2 Perusteeton oikeudenkäynti määrävän markkina-aseman väärinkäyttönä.....	49

IV

4.2.1 Perusteeton oikeudenkäynti erityisenä väärinkäyttötyyppinä.....	49
4.2.2 Soveltuminen PAE-yrityksiin oikeuskäytännön valossa.....	52
4.3 Ylihinnoittelu määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä.....	53
4.3.1 Ylihinnoittelu erityisenä väärinkäyttötyyppinä.....	53
5 Kokoavia näkökohtia.....	59
5.1 Yhteenveto	59
5.2 Johtopäätökset.....	62

II Lähteet

Alkio, Mikko – Wik, Christian: Kilpailuoikeus. Helsinki 2009.

Cseres, Katalin Judit: Competition law and consumer protection. Kluwer Law International 2005.

Jones, Alison – Sufrin Brenda: EC competition law. Oxford University Press 2008, second edition.

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

Kuoppamäki, Petri: Markkinavoiman sääntely EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja N:o 293, Helsinki 2003.

Kuoppamäki, Petri: Uusi Kilpailuoikeus. Helsinki 2012.

Mylly, Tuomas: Mikä on olennaista kilpailuoikeuden opissa olennaisista toimintaedellytyksistä? Teoksessa Helander, Petri – Lavapuro, Juha – Tuomas, Mylly (toim.): Yritys Eurooppalaisessa oikeusyhteisössä. Turku 2002.

Mylly, Tuomas: Intellectual Property and European Economic Constitutional Law: The Trouble with Private Informational Power. IPR University Centerin julkaisuja 4. Vaajakoski 2009.

Neppel, Clara – Rutz, Berthold – Carmichael, Guy – Karachalios, Konstantinos – Elahi, Shirin – McGinley, Ciaran: The Future of IP in Europe. Teoksessa Shimanami, Ryo: The Future of the Patent System. Edward Elgar Publishing Limited 2012.

O'Donoghue, Robert – Padilla, A. Jorge: The Law and Economics of Article 82 EC. Hart Publishing 2006.

Oinonen, Mika: Does EU Merger Control Discriminate against Small Market Companies?: Diagnosing the Argument with Conclusion. Kluwer Law International 2010.

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

Uotila, Timo-Jaakko: Patentti strategisena kilpailun välineenä. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja N:o 293, Helsinki 2009.

Virtanen, Martti: Market dominance-related competition policy: An Eclectic Theory and Analyses of Policy Evolution. Turun kauppakorkeakoulun julkaisuja, Sarja A-1:1998, Turku 1998.

Virtanen, Pertti: Määrävän markkina-aseman kontrollointi. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja N:o 228, Jyväskylä 2001.

Artikkelit

American Intellectual Property Law Association: 2011 Report of the Economic Survey (2012). Osoitteesta:

<http://www.aipla.org/learningcenter/library/books/econsurvey/2011/Pages/default.aspx> (22.4.2015).

Bessen, James – Ford, Jennifer – Meurer, Michael J: The Private and Social Cost of Patent Trolls. Boston University School of Law Working Paper No. 11-45 2011. Osoitteesta:

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1930272 (23.4.2015)

Federal Trade Commission: The Evolving IP Marketplace: Aligning Patent Notice and Remedies with Competition. A Report of the Federal Trade Commission 2011. Osoitteesta:

<https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/evolving-ip-marketplace-aligning-patent-notice-and-remedies-competition-report-federal-trade/110307patentreport.pdf> (23.4.2015) - FTC-raportti

Gagnon, Paul: The business model of patent assertion entities in IT: unilateral restraints of competition or business as usual? Journal of Antitrust Enforcement 2013. Osoitteesta:

<http://antitrust.oxfordjournals.org/content/early/2013/06/10/jaenfo.jnt005> (25.10.2013).

Lemley, Mark A. – Shapiro, Carl: Patent Holdup and Royalty Stacking. Texas Law Review 2007. Osoitteesta: <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/stacking.pdf> (22.4.2015).

Love, Brian: An Empirical Study of Patent Litigation Timing: Could A Patent Term Reduction Decimate Trolls Without Harming Innovators? University of Pennsylvania Law Review 2013, Vol. 161 (SSRN Working Paper Series 2011). Osoitteesta:

<http://ssrn.com/abstract=1917709> (22.4.2015).

Morton, Fiona Scott – Shapiro, Carl: Strategic Patent Acquisitions. 2013. Osoitteesta:

<http://faculty.som.yale.edu/fionascottmorton/documents/FSMCSStrategicPatentAcquisitions.pdf> (22.4.2015).

Rubinfeld, Daniel L. – Maness, Robert: The Strategic Use of Patents: Implications for Antitrust. 2004.

Schwartz, David L – Kesan, Jay P.: Analyzing the Role of Non-Practicing Entities in the Patent System. Cornell Law Review, Vol. 99, Issue 2, s. 425-456, 2014. Osoitteesta:

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2117421 (22.4.2015).

Yeh, Brian T.: An Overview of the “Patent Trolls” Debate. Congressional Research Service 2013. Osoitteesta: <http://fas.org/sgp/crs/misc/R42668.pdf> (22.4.2015).

Virallislähteet

Komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoluiden kannalta. Virallinen lehti nro C 372, 9.12.1997, s. 5-13.

Komission tiedonanto - Ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen. Virallinen lehti nro C 45, 24.2.2009, s. 7-20.

III Oikeustapaukset ja komission päätökset

Asia 78/70, Deutsche Grammophon v. Metro.

Asia 6/72, Europemballage ja Continental Can v. komissio.

Yhdistetyt asiat 6/73 ja 7/73 Istituto Chemioterapico Italiano SpA ja Commercial Solvents Corpora-tion v komissio.

Asia 40/73 Suiker Unie v komissio.

Asia 26/75, General Motors v komissio.

Asia 27/76 United Brands Company ja United Brands Continentaal BV v komissio.

Asia 85/76 Hoffmann-La Roche & Co AG v. komissio.

Asia 22/78 Hugin Kassenregisterier AB v komissio.

Asia 322/81 Nederlandche Banden-Industrie Michelin v komissio.

Asia 228/84 British Leyland v komissio.

Asia C-62/86 AKZO Chemie BV v komissio.

Asia 238/87 AB Volvo v Erik Veng (UK) Ltd.

Yhdistetyt asiat C-241/91 P ja C-242/91 P Radio Telefis Eireann (RTE) ja Independent Television Pub-lications Ltd (ITP) v komissio.

Asia C-323/93 Société Civile Agricole du Centre d'Insémination de la Crespelle v komissio.

Asia C-333/94 P Tetra Pak v komissio.

Asia C-7/97 Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint ym.

Asia C-38/98 Régie Nationale des Usines Renault SA v. Maxicar SpA ja Orazio Formento.

Asia C-418/01 IMS Health GmbH & Co. OHG v NDC Health GmbH & Co. KG.

Asia C-202/07 P France Télécom SA v komissio.

Asia T-41/96 Bayer AG v komissio.

Asia T-111/96 ITT Promedia.

Asia T-203/01 Michelin v komissio.

VIII

Asia T-201/04 Microsoft v komissio.

Komission päätös BBI/Boosey & Hawkes 1987/500/EEC.

Komission päätös Eurofix-Bauco v Hilti L 1988/65/19 EEC.

Komission päätös Decca Navigator Systems 1989/113 EEC.

Komission päätös Sea Containers v Stena Sealink 94/19/EC.

Komission päätös IMS Health 2003/741/EC.

Komission päätös Scandlines Sverige v. Port of Helsingborg, COMP/A.36.568/D3.

1 Johdanto

1.1 Tausta ja tavoitteet

Immateriaalioikeuden ja kilpailuoikeuden vastakkainasettelu on viimeisen kymmenen vuoden aikana saanut osakseen varsin paljon keskustelua. Keskustelua on herättänyt erityisesti niin sanotut ”patenttitrollit”¹. Kyseiset yritykset hankkivat patenteja ja valvovat aktiivisesti markkinoita mahdollisten patenttiloukkausten varalta. Voidaan puhua niin sanotuista immateriaalioikeuksien lisensointiin keskittyneistä yrityksistä (PAE-yritys)². PAE-yritykset eroavat liiketoimintamalliltaan valmistustoimintaa harjoittavista yrityksistä siinä, että ne saavat tulonsa pääasiassa patenttien voimaansaattamisesta sekä lisensointituloista. Yritykset eivät käytä patentoituja teknologioita itse. Tarkasteltaessa liiketoimintamallia teoreettisella tasolla, voidaan nähdä monia positiivisia puolia sekä mahdollisuuksia kehittää patenttimarkkinoista tehokkaammat. Esimerkiksi pienillä toimijoilla ei ole välttämättä resursseja valvoa patentoidun teknologian oikeudetonta käyttöä. Yhteistyö PAE-yritysten kanssa voi mahdollistaa tällöin tehokkaamman valvonnan, minkä seurauksena myös pienten toimijoiden on todennäköisempää saada heille kuuluva korvaus teknologian käytöstä.

PAE-yritysten toimintamalleihin on kuitenkin yhdistetty useita negatiivisia ilmiöitä kuten patenttiansat sekä perusteettomilla oikeudenkäynneillä painostaminen³. Yritysten toimet ovat olleet laajan tutkinnan kohteena erityisesti Yhdysvalloissa, jossa maan keskeisin kulluttajien oikeuksia sekä kilpailuasioita valvova viranomainen FTC (Federal Trade Commission) sekä useat tutkijat ovat todenneet, että PAE-yritysten toiminnasta aiheutuvat haitat näyttäisivät olevan selkeästi suuremmat kuin väitetyt hyödyt⁴. PAE-yritykset keskittyvät patenttien hankkimiseen sekä patenttien voimaansaattamiseen sellaisia yrityksiä vastaan, jotka ovat ottaneet kyseisen teknologian jo käyttöön⁵. Riskinä on erityisesti se, että PAE-yritykselle syntyy teknologisesta lukittumisesta tarpeeksi markkinavoimaa, jonka avulla

¹ Patenttitrollilla tai patenttipeikolla viitataan patentin omistavan yrityksen tapaan esittää patenttia koskeva vaatimus vasta, kun mahdolliseen loukkaukseen syyllistynyt yritys on jo ottanut teknologian käyttöön tai markkinoi tuotetta. Vaatimuksen esittävän yrityksen katsotaan tällöin toimivan kuin sillan alla vaanivan peikon, joka vaatii tullin sillalle astuvalta.

² Katso käsitteen tarkemmasta määrittelystä tutkielman luku 2.3.1 sekä Cagnon 2013, s. 3: PAE-yritys viittaa selkeämmin yritykseen, jonka liiketoiminta käsittää patenttien hankkimisen ja aggressiivisen voimaansaattamisen.

³ Cagnon 2013, s. 2.

⁴ Bessen – Ford – Meurer 2011, s. 25-26. Katso hyötyjen ja haittojen arvioinnista lisäksi FTC-raportti 2011, s. 50-72.

⁵ FTC-raportti 2011, s. 50-51.

yrityksen on mahdollista saada ylisuuria lisensointituloja. Ongelmaa ei ole kyetty toistaiseksi poistamaan immateriaalioikeuden sisäisin keinoin esimerkiksi ottamalla osapuolten asemat huomioon lisenssimaksun kohtuullisuutta arvioitaessa⁶. Tämän vuoksi mielenkiintoisen vaihtoehdon muodostaa kilpailuoikeudellinen keinovalikoima, jonka avulla on mahdollista puuttua kilpailulle haitalliseen markkinavoiman väärinkäyttöön.

Tutkielman kysymyksenasettelun kannalta on mielekästä tuoda esiin myös patenttijärjestelmän systematiikka kansainvälisessä kontekstissa. Kansainvälisistä sopimuksista huolimatta patentit ovat yhä kansallisia yksinoikeuksia. Systematiikka on keskeisessä osassa siinä, miksi tutkittavat PAE-yritykset ovat toimineet erityisesti Yhdysvalloissa. Yhteisöpatenttisopimuksesta huolimatta EU:n alueella ei ole yhtä yhtenäistä patenttia, vaan kyseessä on vain EU-maiden yhteistyö patenttihakemusten käsittelyssä⁷. Patenttijärjestelmiä ei ole harmonisoitu EU:n alueella, minkä vuoksi EU:n laajuinen toiminta edellyttää PAE-yrityksiltä monimutkaisempaa oikeudenkäyntistrategiaa ja vaatii enemmän resursseja suhteessa Yhdysvalloissa toimimiseen⁸. PAE-yritysten toiminnan arvioiminen EU:n kilpailuoikeuden näkökulmasta on kuitenkin ajankohtaista, koska EU:n alueella on järjestelmällisesti pyritty muodostamaan EU:n laajuinen yhtenäinen yhteisöpatentti⁹. Tällöin Euroopan patenttijärjestelmän hajanaisuus poistuisi merkittävilta osin ja muodostaisi kustannustehokkaamman toimintakentän.

Edellä mainitusta johtuen tutkielmassa tarkastellaan aihetta Euroopan Unionin kilpailuoikeuden näkökulmasta. EU:n alueella keskeinen puuttumiskeino yritysten yksipuolisiin toimiin on määräävän markkina-aseman väärinkäyttö. Euroopan Unionin Komission päätöksissä sekä EU:n tuomioistuinten oikeuskäytännössä on muodostunut erilaisia määräävän markkina-aseman väärinkäytön kriteerejä erityisesti immateriaalioikeuksia koskevissa tapauksissa. Komissio on pyrkinyt vuosituhannen vaihteen jälkeen siihen, että yritysten toimia arvioitaisiin niiden vaikutusten perusteella, eikä väärinkäyttöä todettaisi tapahtuneeksi pelkästään toiminnan muodon perusteella. Muodostuneet kriteerit ovat kuitenkin vakiinnuttaneet asemansa oikeuskäytännön perusteella, mikä saattaa aiheuttaa ei-toivottuja seurauksia tapauksissa, joissa on kyse PAE-yrityksistä. Riskinä on, että markkinoiden tehokkuutta vähentävään toimintaan ei ole mahdollista puuttua kilpailuoikeudellisin keinoin jos

⁶ Neppel et al. 2012, s. 122-124.

⁷ Oesch – Pihlajamaa – Sunila 2014, s. 32.

⁸ Gagnon 2013, s. 12.

⁹ Oesch – Pihlajamaa – Sunila 2014, s. 32-33.

muodostuneita kriteerejä ei kyseenalaisteta tai mikäli kriteerit muodostavat ennakkolehtävän toiminnan seurauksista. Tutkielman tavoitteena on siis selvittää missä tilanteissa määräävän markkina-aseman väärinkäytön kieltä soveltuu PAE-yritysten haitalliseen markkinavoiman käyttöön. Tavoitteena on myös antaa yleiskuva siitä, onko edellä mainittuun toimintaan mielekästä puuttua kilpailuoikeudellisin keinoin vai tulisiko ratkaisua hakea esimerkiksi immateriaalioikeuden sisäisin keinoin esimerkiksi painottamalla oikeutta vahingonkorvaukseen kieltä-oikeuden sijaan.

1.2 Rajaus

Tutkielman aihe kattaa kaksi keskeistä oikeudenalaa, joita leimaa tietyntaiteinen vastakkainasettelu. Kilpailuoikeuden ja immateriaalioikeuden vastakkainasettelu on edelleen varsin vahva, vaikka valtaosa alan asiantuntijoista tunnustaa sen, että oikeudenaloilla on sama päämäärä periaatteellisella tasolla¹⁰. Aihetta ei voi tarkastella täysin ilman molempien oikeudenalojen huomioon ottamista. Pääpaino tutkielmassa on kuitenkin kilpailuoikeudellisessa tarkastelussa. Edellä esitettyjä kysymyksiä olisi mahdollista analysoida myös puhtaasti immateriaalioikeuden sisäisenä ongelmana tai esimerkiksi sopimattoman menettelyn näkökulmasta, jolloin olisi mahdollista tarkastella lakia sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa (22.12.1978/1061, SopMenL). Kilpailuoikeudellinen näkökulma on kuitenkin mielenkiintoinen erityisesti siksi, että aika-ajoin kilpailuoikeuden on katsottu toimivan eräänlaisena vastapainona immateriaalioikeuksien suomille yksinoikeuksille. Tästä syystä immateriaalioikeuden tarkastelu rajataan minimiin ja tarkastellaan lähinnä patenttioikeuden tavoitteita suhteessa kilpailuoikeuteen sekä patenttioikeuden taustalla vaikuttavia erilaisia patentin taloudelliseen hyödyntämiseen liittyviä käyttötapoja.

Tutkimuskysymys on varsin globaali, joten kansallisen kilpailulainsäädännön tutkiminen ei ole tarkoituksenmukaista. Kansallinen kilpailulaki (12.8.2011/948) on harmonisoitu EU-tason säädösten kanssa, joten tutkielman rajaaminen kansalliseen lakiin olisi mielekästä vain, jos tarkoituksena olisi analysoida pienten markkinoiden erityispiirteitä. Tämän vuoksi tarkastelun kohteena on EU:n kilpailuoikeus, tarkemmin SEUT (Sopimus Euroopan Unionin toiminnasta) 102 artikla. Yhdysvalloissa muodostuneesta oikeuskäytännöstä sekä kansainvälisestä tutkimuksesta pyritään tuomaan esiin erilaisia näkökulmia sekä niitä tukevia perusteluja. Tarkempaa analyysia ei kuitenkaan Yhdysvaltojen oikeuskäytännöstä tehdä,

¹⁰ Jones 2008, s. 777-779.

koska oikeusjärjestykset sekä kilpailuoikeudelliset sääntelykeinot muodostavat varsin erilaisen lähestymistavan yksipuolisen markkinavoiman kontrollointiin.

Edellisessä luvussa esille tuodut PAE-yritysten toimintamallit ovat yksipuolisia toimia, joten kilpailuoikeudellinen tarkastelu rajataan koskemaan määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä. PAE-yritykset voivat aiheuttaa kilpailulle haittaa myös erilaisin sopimusjärjestelyin, mutta tutkielman laajuuden vuoksi kysymyksenasettelu on rajattu mahdollisimman kapea-alaiseksi. Määräävän markkina-aseman väärinkäyttötyyppejä on kirjallisuudessa ja oikeuskäytännössä muodostunut lukuisia määriä. Tästä syystä lähempään tarkasteluun on otettu vain kysymyksenasettelun kannalta keskeisimmät eli toimituksesta kieltäytyminen, perusteettomat oikeudenkäynnit sekä monopolihinnoittelu. Kyseiset väärinkäyttötyypit muodostavat tarpeeksi suuren kontaktipinnan PAE-yritysten toimintaan, jotta niiden tarkempi analyysi on mielekästä.

1.3 Metodi ja lähdemateriaali

Edellä asetettuihin kysymyksiin on tarkoitus hakea vastauksia tulkitsemalla sekä systematisoimalla oikeusnormeja ja oikeuskäytäntöä. Lähtökohtana on tutkia ja analysoida EU:n tuomioistuinten oikeuskäytännöstä ilmeneviä kriteerejä määräävän markkina-aseman väärinkäytölle. Näkökulma on oikeustieteellinen ja oikeuskäytäntöä tulkitseva. Taloustiede vaikuttaa kuitenkin tutkielmassa kilpailuoikeuden taustalla, kilpailuoikeudellisia periaatteita ja käsitteitä tulkitsevassa ja tukevassa roolissa. Taloustieteen keinoin on mahdollista tunnistaa erilaisia systemaattisia ongelmakohtia ja haasteita käytännön soveltamistilanteissa. Taloustieteellistä tarkastelua ei rajata minkään tietyn koulukunnan kilpailuteoriaan tai näkemyksiin kilpailupolitiikan ja -oikeuden tavoitteista. Tästä syystä taloustiedettä ja eri kilpailuteorioita käsitellään eklektisesti¹¹. Taloustieteen eri koulukunnilla on erilaisia käsityksiä markkinavoiman haitallisuudesta sekä valtion roolista markkinoiden valvojana. Yksikään kilpailuteoria ei ole kyennyt tarjoamaan kattavaa ratkaisua haitallisen markkinavoiman valvontaan, mutta jokaisella teoriolla on kuitenkin omat vahvuutensa sekä heik-

¹¹ Kuoppamäki 2003, s. 11-12 sekä Virtanen 1998. Kuoppamäki on väitöskirjassaan päätenyt käsittelemään markkinavoiman sääntelyä eklektisesti ottamalla eri koulukuntien näkemyserot tasapuolisesti huomioon. Tällöin tarkastelu keskittyy perusteltujen kilpailuoikeudellisten ratkaisujen etsimiseen sen sijaan, että tutkimuskysymyksiin etsittäisiin vastauksia tietyn koulukunnan näkemysten perusteella. Kilpailuteorioiden eri koulukuntien käsitykset esimerkiksi kilpailuoikeuden tavoitteista ja sääntelyn tarpeellisuudesta eroavat merkittävästi toisistaan. Eklektinen näkökulma pyrkii ottamaan huomioon koulukuntien vahvuudet sekä heikkoudet, jotta asetettuihin kysymyksiin kyetään muodostamaan erityisesti lainkäyttäjän näkökulmasta perusteltuja vastauksia.

koutensa. Eklektisen lähestymistavan avulla eri kilpailuteorioista nostetaan esiin keskeiset argumentit ja näkökulmat, joiden avulla on mahdollista löytää perusteltuja vastauksia asetettuihin kysymyksiin.

Kilpailuoikeudellinen lainsäädäntö on perinteisesti hyvin yleiseen muotoon laadittua, mikä vuoksi erityisesti EU:n tuomioistuinten oikeuskäytännöllä on merkittävä rooli analysoitaessa vallitsevaa oikeustilaa. Tuomioistuimet eivät ole myöskään sidottuja komission erilaisiin suuntaviivoihin tai ohjeisiin. Tutkielman kannalta tärkein lähdemateriaali muodostuu komission päätöksistä sekä EU:n tuomioistuinten oikeuskäytännöstä. Muun lähdemateriaalin on tarkoitus toimia oikeuskäytäntöä tukevassa, kritisoiavassa, tulkitsevassa ja perusteleavassa roolissa. Tieteellinen kirjallisuus ja artikkelit tuovat esiin erityisesti nykyisen järjestelmän ongelmakohtia sekä muutostarpeita. Tällöin on mahdollista ottaa kantaa myös kilpailuoikeudellisen puuttumisen käytännöllisyyteen ja mielekkyyteen.

Yhdysvaltojen kilpailuoikeus on osa Common Law – järjestelmää, joten sen vertaaminen suoraan EU:n kilpailuoikeuteen ei ole mielekäästä ilman laajempaa oikeusjärjestysten vertailua. Oikeudenalan taustalla vaikuttavat taloustieteelliset perustelut sekä teoriat ovat kuitenkin käyttökelpoisia myös EU:n kilpailuoikeudessa, joten Yhdysvalloissa syntyneestä oikeuskäytännöstä sekä tutkimuksesta voidaan hakea taloustieteellisiä näkökulmia sekä perusteluita asetettuihin kysymyksiin. Tarkoituksena ei ole tällöin tehdä oikeusvertailevaa tutkimusta, vaan ainoastaan tuoda esiin taloustieteellisiä perusteita sekä näkökulmia PAE-yritysten toimintaan liittyviin ongelmiin.

1.4 Tutkielman rakenne

Tutkielma koostuu johdannosta, neljästä pääluvusta sekä yhteenvedosta. Ensimmäisenä esitellään tutkimusaiheen tausta, sen yhteiskunnallinen merkitys sekä tutkielman tavoitteet. Toisessa alaluvussa määritetään tutkimusaiheen rajaus, jonka jälkeen avataan tutkielman metodi sekä esitellään keskeinen lähdeaineisto. Johdantokappaleen lopuksi käydään läpi tutkielman rakenne sekä eri kappaleiden tarkoitus osana tutkielmaa.

Toinen luku on jaoteltu kilpailuoikeutta, patenttioikeutta sekä PAE-yrityksiä koskeviin alalukuihin. Tarkoituksena on aluksi luoda yleiskuva kilpailusta sekä sen merkityksestä yhteiskunnan hyvinvoinnille ja markkinatalouden toimivuudelle. Tämän jälkeen esitellään kilpailuoikeuden taustalla vaikuttavat keskeiset taloustieteelliset periaatteet sekä eri kilpailuteorioiden keskeisimmät erot. Lukijalle muodostuu tällöin käsitys taloustieteen merkityksestä kilpailuoikeuden soveltamisessa sekä erityisesti niistä keskeisimmistä poliittisista

valinnoista, jotka koskevat kilpailuoikeuden tavoitteiden määrittämistä. Patenttioikeutta käsittelevän luvun tarkoitus on perehdyttää patenttijärjestelmän merkitykseen yhteiskunnan hyvinvoinnin ja teknisen kehityksen kasvattamisessa. Lisäksi tuodaan esiin patenttioikeuden merkitys taloudellisena varallisuutena sekä patentin erilaiset strategiset käyttömahdollisuudet, jotka voivat olla ongelmallisia kilpailun toimivuuden kannalta. PAE-yrityksiä käsittelevän alaluvun tarkoitus on selventää PAE-yrityksen käsitettä, yrityksen liiketoimintamallia, sen merkitystä patenttijärjestelmälle sekä toiminnan haitallisia vaikutuksia kilpailulle.

Kolmas luku käsittelee yksipuolista markkinavoimaa sekä määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä EU:n kilpailuoikeudessa. Ensimmäisessä alaluvussa 3.1 käsitellään markkinavoimaa, sen mittaamista. Lisäksi käydään läpi PAE-yritysten muodostamat keskeiset haasteet yksipuolisen markkinavoiman kontrolloinnille EU:ssa. Tämän jälkeen alaluvussa 3.2 käydään läpi määräävän markkina-aseman toteaminen EU:n kilpailuoikeuden mukaan. Lopuksi systematisoidaan väärinkäytön käsitettä sekä käydään läpi eri väärinkäyttötyyppejä. Kolmannen luvun tarkoituksena on osaltaan määrittää ne oikeuskäytännössä muodostuneet väärinkäyttötyypit, joilla PAE-yritysten toimiin olisi mahdollista puuttua. Luvun tarkoitus on myös tuoda esiin niitä haasteita, joiden vuoksi kilpailuoikeudellisen intervention mielekkyyttä systemaattisena puuttumiskeinona PAE-yritysten markkinavoiman väärinkäyttöön voidaan pitää kyseenalaisena.

Neljäs luku muodostaa tutkielman keskeisimmän alueen, jonka tarkoituksena on löytää vastaukset asetettuihin kysymyksiin. Luvussa käydään läpi erityiset väärinkäyttömuodot, joiden avulla PAE-yritysten haitallisiin käytäntöihin olisi tämänhetkisen oikeuskäytännön valossa mahdollista puuttua. Ensimmäisenä tarkastellaan toimituksesta kieltäytymisen eri muotoja, minkä jälkeen perusteettomia oikeudenkäyntejä sekä monopolihinnoittelua. Neljännessä luvussa tuodaan esiin kilpailuoikeuden keskeiset soveltamisongelmat PAE-yritysten toimintaan. Viimeisessä luvussa kootaan sekä jäsennetään ne ongelmat, joita PAE-yritysten liiketoimintamalli aiheuttaa määräävän markkina-aseman väärinkäytön toteutamiselle. Tämän lisäksi analysoidaan sitä, onko mahdollisiin ylisuuriin lisenssimaksuihin mielekästä puuttua kilpailuoikeuden keinoin vai tulisiko ratkaisua hakea immateriaalioikeuden sisäisin keinoin.

2 Kilpailuoikeus ja immateriaalioikeudet yhteiskunnassa

2.1 Kilpailuoikeuden merkitys markkinataloudessa

2.1.1 Kilpailu ja markkinatalous

Markkinataloudessa yhteiskunnan resurssien käyttöön liittyvä päätäntävalta on pääosin hajautettu, jolloin yksittäisellä toimijalla ei ole valtaa vaikuttaa siihen mitä tuotetaan, kuinka paljon sekä mihin hintaan. Toisena vaihtoehtona voidaan nähdä suunnitelmatalous, jossa päätäntävalta tuotannosta on annettu yksittäiselle taholle, esimerkiksi valtiolle. Markkinataloudessa oletuksena on, että yhteiskunnan rajalliset resurssit tulevat tehokkaimmin käytetyksi silloin, kun yksittäisillä markkinatoimijoilla ei ole valtaa vaikuttaa tuotantopäätöksiin. Eräänlaisena todisteena tästä voidaan pitää Neuvostoliiton romahtamista, minkä jälkeen lähes kaikki suunnitelmataloutta harjoittavat maat ovat joutuneet sopeutumaan markkinatalouden lainalaisuuksiin.

Markkinataloutta pidetään tällä hetkellä tehokkaimpana vaihtoehtona järjestää yhteiskunnan resurssien hyödyntäminen, koska hajautetulla päätöksenteolla ja vapaalla kilpailulla oletetaan saavutettavan suurin tehokkuus. Markkinatalouden toimivuuden kannalta informaation merkitys on keskeistä¹². Suunnitelmataloudessa päättävällä elimellä ei ole lähtökohtaisesti kaikkea tarpeellista tietoa päätöksenteon tueksi, eivätkä muutokset yhteiskunnan tarpeissa tule esiin tarpeeksi nopeasti. Markkinataloudessa muutokset tarpeissa ilmenivät välittömämmin, koska jokainen kuluttaja tekee itsenäisen päätöksen siitä, mitä hän tarvitsee. Tällöin muuttuvat tarpeet vaikuttavat tuotantopäätöksiin nopeasti ja välittömästi. Markkinatalouden avulla saavutetaan suurempi tehokkuus kuitenkin vain, mikäli päätöksenteko pysyy hajautettuna eikä valtiollista elintä korvata pelkästään yksityisellä toimijalla¹³.

Tehokkuus perustuu hajautetun päätöksenteon synnyttämään kilpailuun. Koska yksittäinen yritys ei kykene vaikuttamaan hintaan, markkinoilla toimiva yritys joutuu sopeuttamaan tuotantonsa sen mukaan kuinka tehokkaasti yritys kykenee toimimaan. Tämän johdosta yritykset pyrkivät jatkuvasti tehostamaan toimintaansa sekä etsimään uusia tapoja hyödyntää resursseja entistä tehokkaammin. Näistä kahdesta päämäärästä muodostuu markkinatalouden tehokkuuden kaksi eri ulottuvuutta, staattinen tehokkuus sekä dynaaminen tehokkuus. Staattinen tehokkuus tarkoittaa resurssien hyödyntämistä mahdollisimman tehok-

¹² Kuoppamäki 2003, s. 108.

¹³ Kuoppamäki 2003, s. 108-109.

kaasti olemassa olevalla teknologialla. Staattista tehokkuutta ei voi parantaa loputtomiin, koska tietyllä teknologisella tasolla voidaan saavuttaa vain tietyn suuruinen tehokkuus. Dynaaminen tehokkuus tarkoittaa teknologista kehitystä, jonka avulla kyetään saavuttamaan suurempi tehokkuus suhteessa aikaisempaan teknologiseen tasoon. Dynaamisen tehokkuuden avulla yhteisunta kykenee kasvattamaan saavutettavissa olevan hyvinvoinnin määrää.¹⁴

Kilpailuoikeuden tavoitteiden pelkistäminen pelkästään yhteiskunnan resurssien tehokkaaseen käyttöön ei kuitenkaan ota huomioon kilpailun todellista merkitystä länsimaisessa demokraattisessa markkinataloudessa. Hajautettu päätöksenteko voi tukea yhteiskunnan tehokkuuden lisäksi myös muita länsimaiselle demokratialle keskeisiä periaatteita. Kansanvalta, yksilönvapaudet sekä oikeudenmukaisuus saavat osaltaan tukea markkinatalouden hajautetusta päätöksenteosta.¹⁵ Hyödyt riippuvat kuitenkin pitkälti poliittisista valinnoista, kuten esimerkiksi kilpailupolitiikalla tavoitellun tehokkuuden määrittämisestä sekä kilpailun suhteesta muihin yhteiskunnallisiin tavoitteisiin.¹⁶ Kilpailuoikeuden tavoitteiden määrittäminen on keskeistä, koska kilpailulainsäädäntö on erittäin yleiseen muotoon laadittua ja oikeudenalan perustelut tukeutuvat yleensä taloustieteestä johdettuihin ilmiöihin. Tavoitteiden määrittäminen vaikuttaa suoraan siihen, miten kilpailulainsäädäntöä tulkitaan.¹⁷

Kilpailuoikeuden tavoitteiden perustana voidaan pitää taloudellista tehokkuutta. Taloudellisen tehokkuuden määrittäminen pitää sisällään kuitenkin useita arvovalintoja. Taloudellista tehokkuutta voidaan mitata yhteiskunnan saavuttaman kokonaishyödyn, kuluttajien saavuttaman hyödyn tai esim. tuottajien saaman hyödyn määrässä¹⁸. EU:n kilpailuoikeudessa painotetaan kuluttajien saavuttamaa hyötyä taloudellisen tehokkuuden mittarina. Toiminta ei ole tällöin kilpailuoikeuden tavoitteiden mukaista, mikäli yrityksen toiminnan johdosta yhteiskunnan kokonaishyöty kasvaa, mutta kuluttajien saavuttama hyöty pienenee

¹⁴ Jones 2009, s. 7-8, jossa staattinen tehokkuus on jaettu vielä erikseen allokaatiiviseen sekä produktiiviseen tehokkuuteen. Allokatiivinen tehokkuus ilmentää sitä, mitä yhteiskunta tuottaa sekä kuinka paljon. Markkinataloudessa allokatiivinen tehokkuus toteutuu kuluttajien tarpeiden ja päätöksenteon myötä. Produktiivinen tehokkuus ilmentää hyödykkeinen mahdollisimman tehokasta tuottamista olemassa olevalla teknologialla. Produktiivinen tehokkuus maksimoituu kilpailun myötä, kun yritykset pyrkivät tuottamaan hyödykkeet mahdollisimman vähin kustannuksin.

¹⁵ Kuoppamäki 2003, s. 110-111 sekä Mylly 2009, s. 405.

¹⁶ Mylly 2009, s.399-463. Mylly on tarkastellut kirjassaan laajasti kilpailuoikeuden tavoitteita ja tavoitteiden suhteita muihin yhteiskunnallisiin päämääriin.

¹⁷ Mylly 2009, s. 399-400.

¹⁸ Mylly 2009, s. 408.

ja siirtyy samalla tuottajille¹⁹. Tavoitteiden määrittämisessä tulee ottaa huomioon myös tarkasteltava aikaperspektiivi. Tehokkuudet voivat ilmetä lyhyellä tai pitkällä aikavälillä, jolloin tulee ottaa kantaa siihen, painotetaanko lyhyen vai pitkän aikavälin hyötyjä. Osittain kyse on myös staattisen tehokkuuden sekä dynaamisen tehokkuuden välisestä punninnasta. Pitkällä aikavälillä kehitystä voi tapahtua vain dynaamisen tehokkuuden myötä. Pitkän aikavälin hyödyt ovat kuitenkin epävarmemmin arvioitavissa, kuin lyhyen aikavälin staattinen tehokkuus. Seuraavassa luvussa käsiteltävät keskeiset kilpailuteoriat tuovat esiin niitä keskeisiä tekijöitä, joita kilpailuoikeudellisten tavoitteiden asettamisessa ja kilpailuoikeudellisessa ratkaisutoiminnassa tulisi ottaa huomioon. Kilpailuteoriat eivät itsenäisesti kykene antamaan selkeitä vastauksia tai ratkaisuja, mutta tarjoavat erilaisia näkökulmia ja perusteita päätöksenteon tueksi.

2.2.2 Kilpailuteoriat ja taloustiede

Kilpailuoikeuden tavoitteita voidaan lähestyä tarkastelemalla eri kilpailuteorioita. Tarkastelun kohteena ovat eri koulukuntien käsitykset siitä, mikä on pohjimmiltaan kilpailun sekä kilpailuoikeuden tehtävä yhteiskunnassa. Toisaalta kilpailuoikeuden tavoitteita voidaan lähestyä myös tarkastelemalla tietyn oikeusjärjestyksen kilpailulainsäädäntöä ja sille asetettuja tavoitteita. Tutkielman kysymyksenasettelun kannalta tarkastelun kohteeksi nousee erityisesti EU:n kilpailuoikeus, jota käsitellään tarkemmin kappaleessa kolme. Eri kilpailuteoriat antavat käsityksen kilpailuoikeuden taustalla vaikuttavista taloustieteellisistä periaatteista, joiden avulla vallitsevan oikeustilan ongelmakohtia on mahdollista nostaa esiin. Tutkielman laajuuden sekä kysymyksenasettelun johdosta kilpailuteoreettinen tarkastelu rajataan eklektiseen lähestymistapaan²⁰ tuomalla esiin koulukuntien keskeiset erot.

Eräänlaisena kilpailuteoreettisena peruskivenä voidaan pitää täydellisen kilpailun mallia. Mallin avulla pyritään selittämään hinnanmuodostusta markkinoilla. Täydellisen kilpailun vallitessa yhteiskunnan resurssit allokoituvat optimaalisesti ja yhteiskunta saavuttaa mahdollisimman suuren tehokkuuden. Täydellisen kilpailun tuomia hyötyjä perustellaan täydellisen kilpailun toisen ääripään avulla. Monopolimalli kuvaa teoreettisella tasolla liian suuren markkinavoiman synnyttämää tehokkuustappiota. Monopoliyritykseen ei kohdistu kilpailun tuomaa painetta, vaan yritys tuottaa vähemmän korkeammalla hinnalla. Edellä mainitut mallit kuvaavat kuitenkin teoreettisia ääritilanteita, minkä vuoksi mallien nykyi-

¹⁹ Cseres 2005, s. 245. Cseres käsittelee kirjassaan laajasti kilpailuoikeuden ja kuluttajansuojan välistä yhteyttä sekä oikeudenalojen mahdollisia ristiriitaisuuksia EU:ssa.

²⁰ Kuoppamäki 2003, s 12.

nen merkitys perustuu lähinnä markkinavoiman haitallisuuden osoittamiseen.²¹ Koska täydellistä kilpailua on mahdoton saavuttaa, tavoitteeksi asetetaan yleensä toimiva kilpailu²². Toimivan kilpailun edellytyksenä on riittävän laaja tarjonta eri hyödykkeitä, riittävä määrä kilpailevia yrityksiä, riittävä määrä informaatiota sekä toimiva hintamekanismi²³. Toimivan kilpailun malli ottaa paremmin huomioon markkinoiden epätäydellisyyden, mutta ei kuitenkaan tarjoa selkeää vastausta siihen, milloin markkinat ovat tarpeeksi toimivat, milloin markkinoiden toimintaan tulisi puuttua tai millä keinoin²⁴.

Täydellisen kilpailun sekä toimivan kilpailun mallien pääpaino on staattisessa tarkastelussa, eivätkä ne juurikaan huomioi dynaamista tehokkuutta. Eräänlaisena vastareaktiona staattisiin teorioihin syntyi niin sanotut dynaamiset teoriat, joissa painotetaan kilpailun dynaamista merkitystä. Dynaamisuus merkitsee markkinarakenteiden muutoksia sekä teknistä kehitystä, jonka johdosta yritykset saavuttavat markkinajohtajuuden. Dynaamisten teorioiden keskeisin anti on, että yrityksen markkinavoimaa ei voi arvioida tarkastelemalla pelkästään staattista tilannetta. Huomioon tulee ottaa myös haitallisen markkinarakenteen pysyvyys.²⁵ Dynaamisten näkökohtien huomiointi on erityisen tärkeää teknologiapainotteilla aloilla, joissa markkinarakenteet voivat hetkellisesti muodostua hyvinkin keskittyneiksi. Jatkuva teknologinen kehitys takaa dynaamisilla markkinoilla sen, että suurenkin markkinavoiman omaavaan yritykseen kohdistuu kilpailun paine.

Eniten huomiota saaneet taloustieteen koulukunnat ovat Harvardin koulukunta sekä Chicaگون koulukunta. Ne ovat vaikuttaneet merkittävästi kilpailuoikeuden kehitykseen erityisesti Yhdysvalloissa. Harvardin koulukunta painottaa valtion vahvaa kilpailupolitiikkaa ja on kehittänyt SCP-mallin, jonka avulla markkinavoiman haitallisuutta arvioidaan markkinarakenteen, markkinakäyttäytymisen sekä markkinatulosten perusteella. Teorian mukaan tietystä markkinarakenteesta seuraa tietynlaista markkinakäyttäytymistä ja tiettyjä markkinatuloksia. Teorian vahvuus sekä heikkous ovat teorian strukturalistisuudessa. Teoria kykenee osoittamaan, että markkinaosuuden kasvaessa monopolivoittojen mahdollisuus kasvaa. Teorian avulla ei kyetä kuitenkaan tunnistamaan johtuuko hinnoittelu suuremmasta tehokkuudesta vai haitallisesta markkinavoiman käytöstä.²⁶ SCP-mallia käytetään kuitenkin

²¹ Katso lisää Neoklassisesta kilpailuteoriasta ja täydellisen kilpailun mallista Kuoppamäki 2003, s. 130-141.

²² Kuoppamäki 2003, s. 205.

²³ Kuoppamäki 2003, s. 145.

²⁴ Kuoppamäki 2003, s. 150.

²⁵ Kuoppamäki 2003, s. 151-155.

²⁶ Kuoppamäki 2003, s. 156-158 sekä Jones 2008, s. 22-23.

edelleen osana kilpailuoikeudellista arviointia, koska markkinoiden rakenne on merkittävä tekijä yritysten kyvyille käyttää markkinavoimaa. Toinen keskeinen anti Harvardilaisen koulukunnan tutkimuksessa ovat alallepääsyn esteet. Koulukunnan ajatuksena on, että markkinavoiman hyödyntäminen pitkällä aikavälillä edellyttää alalle pääsyn esteitä. Laajimman tulkinnan mukaan alalle tulon esteet ovat kaikki oikeudelliset sekä taloudelliset tekijät, jotka rajoittavat kilpailijoiden pääsyä markkinoille.²⁷

Chicagolainen koulukunta syntyi eräänlaisena vastavetona Harvardilaisen koulukunnan näkemyksille. Chicagolaisen koulukunnan näkemyksien mukaan markkinat osaavat selkeästi paremmin korjata mahdolliset vääristymät ja julkinen interventio markkinoiden toimintaan tulisi minimoida. Koulukunta perusti teoriansa pitkälti neoklassisen hintateorian pohjalle ja painotti kilpailupolitiikan tavoitteena pelkästään taloudellista tehokkuutta. Keskeisenä tehokkuuden muotona oli allokaatiivinen tehokkuus kuitenkin siten, ettei samalla heikennetä liikaa dynaamista tehokkuutta. Toisena erona Harvardilaiseen koulukuntaan oli suhtautuminen alalle pääsyn esteisiin. Chicagolaisen näkemyksen mukaan alalle pääsyn esteitä ovat pääasiassa julkisen vallan luomat esteet, koska markkinoilla olevan yrityksen oletetaan olevan jo tehokkaampi kuin alalle pyrkivän. Markkinoilla toimivan yrityksen katsotaan tällöin omalla tehokkuudellaan muodostavan näennäisiä alalle pääsyn esteitä, jotka eivät tosiasiallisesti aiheuta kilpailuoikeudellisia ongelmia.²⁸

Chicagolaisen koulukunnan menestyksen myötä kilpailupolitiikan keskeisimmäksi tavoitteeksi on muodostunut taloudellinen tehokkuus²⁹. Chicagolainen koulukunta ei kuitenkaan ottanut kantaa markkinavoiman synnyttämään tulonsiirtoon kuluttajilta yrityksille. Tätä voidaan pitää eräänlaisena vajavaisuutena, koska pelkästään päämääräksi asetetun tehokkuuden määrittäminen pitää sisällään arvovalinnan siitä, otetaanko tulonsiirrot huomioon vai ei. Chicagolaisen koulukunnan määritelmää tehokkuudesta ei siten voida pitää puhtaasti neutraalina käsitteenä. Myöhemmässä kilpailuteoreettisessa tutkimuksessa myös tulonsiirtojen merkitys on otettu yhä enenevässä määrin huomioon määritettäessä kilpailupolitiikan tavoitteita.³⁰ Post-Chicago-suuntauksen merkittävin muutos on ollut empiirisen aineis-

²⁷ Kuoppamäki 2003, s. 159.

²⁸ Kuoppamäki 2003, s. 164-177.

²⁹ Kuoppamäki 2003, s. 173.

³⁰ Jones 2008, s.29-30 sekä Kuoppamäki 2003, s. 174.

ton hyödyntäminen sekä markkinoiden epätäydellisyyksien parempi huomioon ottaminen³¹.

Eurooppalaisen kilpailupolitiikan muovautumiseen on vaikuttanut keskeisesti ordoliberalismi. Ordoliberalismi liittyy kilpailupolitiikan osaksi oikeusvaltion ja demokratian säilymistä. Kaiken keskiössä on päätöksenteon ja vallan hajauttaminen sekä demokratian ylläpitäminen. Ordoliberalismi tuo esiin kappaleessa 2.1 mainitun kilpailuoikeuden laajemman merkityksen markkinatalouden toimivuudelle. Kilpailuoikeuden avulla estetään taloudellisen päätäntävällän keskittyminen ja sen sekoittuminen poliittiseen päätöksentekoon. Kilpailuoikeuden keskeisenä funktiona on tällöin toimivan hintamekanismin luominen ja sen toiminnan varmistaminen. Hintamekanismin toimivuus vaatii myös muita talouspoliittisia keinoja. Ordoliberalismin mukaan markkinatalous, elinkeino- ja sopimusvapaus sekä kilpailu muodostavat yhtenäisen systeemin, joka vaatii kaikkia osia toimiakseen.³² Kilpailupolitiikalla on tällöin myös muita tavoitteita Chicagolaisen koulukunnan esittämän yhteiskunnan kokonaistehokkuuden lisäksi.

Edellä esiteltyjen koulukuntien keskeiset erot liittyvät kilpailuoikeuden ydintavoitteen määrittämiseen sekä valtion rooliin markkinahäiriöiden korjaamisessa. Kaikilla koulukunnilla on omat vahvuutensa sekä omat heikkoutensa, eikä yksikään ole kyennyt antamaan selkeää teoreettisesti vahvaa ja samanaikaisesti käytännössä toteutettavaa vaihtoehtoa. Tästä syystä tutkielmassa on valittu eklektinen näkökulma eri teorioihin ja eri teorioiden argumentteja pyritään hyödyntämään tulkittaessa Euroopan Unionin kilpailuoikeuden soveltamista PAE-yritysten lisensointikäytäntöihin.

2.2 Patenttioikeus ja sen suhde kilpailuoikeuteen

2.2.1 Patenttijärjestelmän merkitys yhteiskunnan hyvinvoinnin kasvattajana

Nykyisessä digitaalisessa yhteiskunnassa aineettoman omaisuuden merkitys kasvaa jatkuvasti. Aineettoman omaisuuden vaatimat investoinnit ovat usein erittäin suuria ja omaisuudelle on ominaista lähes olemattomat tuotantokustannukset ensimmäisen tuotantokappaleen jälkeen. Maailmanlaajuisten markkinoiden digitalisoituminen sekä tiedonjakelun helpottuminen merkitsee entistä suurempia haasteita yrityksille, jotka ovat investoineet aineettomaan omaisuuteen. Riskinä on erityisesti aineettomien oikeuksien luvaton käyttö, jolloin

³¹ Kuoppamäki 2003, s. 175-177.

³² Mylly 2009, s. 416-417 sekä Kuoppamäki 2003, s. 189-204.

yrittäjien voi olla mahdotonta kattaa jo tehty alkuinvestointi. Immateriaalioikeudet pyrkivät varmistamaan aineettomaan oikeuteen sisältyvän taloudellisen voittopotentialin kohdistumisen oikealle subjektille. Jotta yrityksillä säilyy kannustin investoida tuotekehitykseen sekä muihin aineettomiin pääomiin, tulee yrityksillä olla mahdollisuus hyödyntää kehitettyyn omaisuuteen liittyvä voittopotentiali. Aineettomien oikeuksien hyödyntämisen keskeisin ongelma liittyykin niin kutsuttuihin vapaamatkustajiin, jotka pyrkivät hyödyntämään kehitettyä teknologiaa investoimatta varoja sen kehittämiseen.

Patenttijärjestelmän tarkoituksena on yhteiskunnan teknologisen kehityksen turvaaminen. Patentin tarkoituksena on taata keksijälle tai tämän lailliselle seuraajalle ajallisesti rajoitettu yksinoikeus hyödyntää patentoitua teknologiaa ammattimaisesti. Patenttijärjestelmän tärkeä yhteiskunnallinen hyöty on, että teknologia tulee yleiseen tietoon. Näin myös muut voivat hyödyntää kehitettyä teknologiaa etsiessään entistä parempia ja tehokkaampia ratkaisuja, eikä muiden enää tarvitse käyttää resursseja saman teknologian uudelleen kehittämiseen. Yritysten kannalta patenttijärjestelmä kannustaa teknologiseen kehitykseen tarjoamalla rajallisen yksinoikeuden keksinnön hyödyntämiseen ammattimaisesti.³³ Yhteiskunnan kannalta teknologinen kehitys merkitsee dynaamisen tehokkuuden paranemista, jolloin yhteiskunnan saavutettavissa oleva tehokkuus ja hyvinvointi kasvavat.

Nykyisenkaltaisen patenttijärjestelmän juuret sijoittuvat 1700-luvulle, jolloin patenttijärjestelmässä alettiin siirtymään hallitsijoiden mielivaltaisesta myöntämisestä privilegeistä kohti järjestelmällisempää keksijänsuojaa. Patenttijärjestelmä saavutti pysyvän asemansa teollistuvissa valtioissa 1800-luvun alkuun mennessä, mutta järjestelmä oli tuolloin vielä korostetun kansallinen.³⁴ Patenttijärjestelmän laajempi yhteensovittaminen tapahtui vasta Pariisin konventiossa vuonna 1883. Konventiossa määriteltiin patenttioikeuksien osalta konventiotekstin osoittama minimisuoja sekä syrjäntäkielto. Pariisin konventio merkitsi merkittävää helpotusta kansainväliselle kaupalle, koska sopimus takasi tasavertaisen kohtelun kansallisuudesta tai kotipaikasta riippumatta.³⁵ Toinen merkittävä sopimus immateriaalioikeuden alalla on TRIPS-sopimus (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights). TRIPS-sopimus edellyttää sopimusvaltioita ylläpitämään Pariisin konventiossa sovitun minimisuojan sekä syrjäntäkiellon. Lisäksi sopimusvaltioiden tulee myöntää kaikkien sopimusvaltioiden kansalaisille sama etu, suosituimmuus, etuoikeus tai vapautus kuin, mikä

³³ Oesch – Pihlajamaa – Sunila 2014, s. 1-2.

³⁴ Oesch – Pihlajamaa – Sunila 2014, s. 23-25 sekä Uotila 2009, s. 26-27.

³⁵ Uotila 2009, s. 53.

on annettu jollekin sopimusvaltion kansalaiselle.³⁶ Kansainvälisten sopimusten myötä kansainvälisen sekä maailmanlaajuisen kaupan esteitä on merkittävästi poistettu, mikä on mahdollistanut nykyisenlaisen digitaalisen yhteiskunnan kehittymisen.

Patenttioikeutta voidaan pitää aineettoman oikeuden taloudelliseen hyödyntämiseen liittyvänä oikeutena. Patenttioikeuden keskiössä on oikeus kieltää toista käyttämästä patentoitua teknologiaa ammattimaisesti. Patenttilain (15.12.1967/550) 3 §:n mukaan ammattimainen hyödyntäminen pitää sisällään tuotteen valmistuksen, vaihdantaan saattamisen, käytön, maahantuonnin sekä hallussapidon. Lisäksi hyödyntämistä on menetelmän käyttö, tarjoaminen käytettäväksi sekä suojatulla menetelmällä valmistetun tuotteen tarjoaminen, käyttö tai vaihdantaan saattaminen. Ammattimaista käyttöä ei ole tuotteen valmistaminen itselle, vaan hyödyntämisen tulee liittyä ansiotoimintaan tai elinkeinonharjoittamiseen³⁷. Kielto-oikeuteen liittyy kaksi keskeistä ulottuvuutta. Oikeus kieltää toista käyttämästä patentoitua teknologiaa sekä oikeus vahingonkorvaukseen, mikäli patenttia loukkaava osapuoli ei ole toiminut vilpittömässä mielessä. Patentinhaltijan on mahdollista estää patentoidun teknologian käyttö kieltokanteen avulla. Tuomioistuin voi antaa myös väliaikaisen kiellon, jolloin mahdolliseen loukkaukseen syyllistynyt yritys ei saa käyttää patentoitua teknologiaa sakon uhalla. Kiellettuomio on merkittävä neuvotteluvoiman määrittäjä erityisesti tilanteissa, joissa vastaaja on jo lukittunut patentoituun teknologiaan. Toinen ulottuvuus on patentinhaltijan oikeus vahingonkorvaukseen, mikäli vastaajan todetaan syyllistyneen patentinloukkaukseen.³⁸ Vahingonkorvauksen lähtökohtana on yleensä kohtuullinen lisenssimaksu, joka korvaa saamatta jääneen voiton sekä aineettoman vahingon.³⁹

Patentti on vapaasti siirrettävissä joko kokonaan tai rajoitetummin. Patentinhaltija voi myydä tai luovuttaa patentin vastikkeetta, jolloin patenttiin liittyvät oikeudet siirtyvät luovutuksensaajalle. Yleisempää on kuitenkin tehdä osittaisluovutus eli lisenssi.⁴⁰ Tällöin patentinhaltija antaa luovutuksensaajalle käyttöoikeuden patentin suojaamaan keksintöön ja saa vastineeksi lisensointituloja eli rojalteja. Perinteisten hyödyntämistapojen lisäksi patenteja on alettu yhä enenevässä määrin käyttää myös strategisina kilpailuvälineinä. Tällöin yritys ei esimerkiksi käytä patentoitua teknologiaa, vaan pyrkii pelkästään estämään kilpailijaa hyödyntämästä kyseistä teknologiaa. Patenttioikeuden ja kilpailuoikeuden risti-

³⁶ Uotila 2009, s. 55-56.

³⁷ Oesch – Pihlajamaa – Sunila 2014, s. 111-112.

³⁸ Oesch – Pihlajamaa – Sunila 2014, s. 277-280.

³⁹ Oesch – Pihlajamaa – Sunila 2014, s. 322-333.

⁴⁰ Oesch – Pihlajamaa – Sunila 2014, s. 171-172.

riitatilanteet johtuvatkin usein patenttien strategisista käyttötavoista, koska pelkän kilpailijoiden toiminnan haittaamisen ei katsota kuuluvan yksinoikeuden tavoitteisiin⁴¹.

Patentin hakemisprosessia tai keksinnön patentoitavuuden kriteerejä ei ole tarkoituksenmukaista käydä tarkemmin läpi. Arvioitaessa kilpailuoikeudellisen intervention mahdollisuutta PAE-yritysten lisensointikäytäntöihin, patenttien oletetaan olevan päteviä, eikä niiden laadullisia kriteerejä kyseenalaisteta. Keskeistä on ymmärtää patenttien merkitys markkinataloudessa sekä patenttien taloudellisen hyödyntämisen eri mahdollisuudet. Tästä syystä seuraavassa luvussa keskitytään patenttien erilaisten strategisten käyttötapojen hahmottamiseen. Kilpailuoikeuden keinoin voidaan puuttua vain sellaisiin patenttien käyttötapoihin, jotka ovat haitallisia kilpailulle.

2.2.2 Patenti strategisena kilpailun välineenä

Patentin suoja-alan voidaan nähdä jakautuvan kahteen ulottuvuuteen, patentin tekniseen suoja-alaan sekä patentin taloudelliseen suoja-alaan⁴². Patenttivaatimus määrittää lähtökohtaisesti patentin teknisen suoja-alan. Patentille ei kuitenkaan määritetä tai vahvisteta ennalta mitään suoja-alaa, vaan se tarkentuu lopulta mahdollisten oikeudenkäyntien kautta. Tästä syystä myös patentin tekniseen suoja-alaan liittyy dynaamisia piirteitä.⁴³ Keskeistä on kuitenkin huomata, ettei tekninen suoja-ala voi jälkikäteen laajentua siitä, mitä patenttivaatimuksessa on viimekädessä esitetty. Taloudellinen suoja-ala määräytyy teknisen suoja-alan sekä patentin kaupallistamismahdollisuuksien yhteisvaikutuksesta. Patentin teknisen suoja-alan kattama osuus taustalla olevasta kokonaisvoittopotentiaalista muodostaa taloudellisen suoja-alan.⁴⁴ Patentin tekninen suoja-ala ei voi lähtökohtaisesti muuttua siitä, miksi se on patenttivaatimuksessa määritelty. Tästä syystä taloudelliseen suoja-alan laajuuteen vaikuttavat patentin kaupallistamismahdollisuudet.

Taloudellinen suoja-ala ja sen takan oleva voittopotentiaali voivat muuttua radikaalisti markkinamuutosten myötä⁴⁵. Teknisen kehityksen sekä digitalisoitumisen myötä markkinoiden toimintalogiikassa voidaan nähdä uusia piirteitä verrattuna perinteisiin talousteorioihin. Nykyiset korkean teknologian markkinat ovat usein erittäin dynaamisia ja markkinarakenteet voivat muuttua nopealla syklillä. Voidaan puhua myös niin sanotusta verkostota-

⁴¹ Kuoppamäki 2003, s. 839-840.

⁴² Uotila 2009, s. 99-101.

⁴³ Uotila 2009, s. 84-85.

⁴⁴ Uotila 2009, s. 110.

⁴⁵ Uotila 2009, s. 110.

loudesta. Verkostotaloudessa immateriaalioikeudet, informaation epäsymmetrisyys sekä verkostoilmiö synnyttävät markkinavoimaa.⁴⁶ Verkostotaloudessa syntyvää markkinavoimaa voidaan osittain verrata yhteiskunnan infrastruktuuripalveluja tuottavien toimijoiden monopolistiseen asemaan. Verkostoilmiössä hyödykkeen arvo kasvaa käyttäjämäärän kasvaessa. Verkostoilmiössä on tyypillistä usein myös niin sanottu tipping effect, jolloin johtavan aseman saavuttava toimija voittaa markkinat. Tämä tarkoittaa sitä, että eniten käyttäjiä saavuttavasta vaihtoehdosta tulee eräänlainen alan standardi. Vaikutusta voidaan verrata uuden tietoteknisen infrastruktuurin syntymiseen, jonka pohjalle muodostuu useita alamarkkinoita. Markkinoiden keikahtaminen merkitsee kilpailun lisääntymistä alamarkkinoilla, mutta samalla usein kilpailun vähentymistä infrastruktuurin tasolla.⁴⁷

Edellä esitetyssä verkostotaloutta demonstroivassa esimerkissä patentin käytötavalla voi olla merkittävä vaikutus markkinoiden voittamisen mahdollisuuksiin. Riskinä on erityisesti jo olemassa olevan markkinavoiman väärinkäyttö yhdistettynä patentin strategiseen hyödyntämiseen, jolloin kilpailuoikeudellista interventiota voidaan pitää perusteltuna⁴⁸. Patentti- ja kilpailuoikeuden kollisiotilanteet syntyvät pääosin juurikin erilaisista strategisista toimista, joilla markkinavoimaa hyväksikäyttäen pyritään vaikuttamaan patentin taloudellisen suoja-alan laajuuteen sekä muovaamaan patentin takana olevaa kokonaisvoittopotentiaalia.

Yksi tapa jäsentää patenttien strategisia käyttötapoja on jakaa ne viiteen luokkaan⁴⁹:

1. tuotekehityksen turvaaminen luomalla suoja jäljittelijöitä vastaan
2. tehokkuuden palkitseminen ja kannustaminen tuotekehitykseen
3. muiden markkinatoimijoiden strateginen ohjaaminen haluttuun suuntaan
4. strategisten alalle pääsyn esteiden muodostaminen kilpailijoiden poissulkemiseksi
5. patentin käyttö teknisenä apuvälineenä tai maskina paljaan kilpailunrajoituksen toteuttamisessa

Kohtaa 5. voidaan pitää aina kiellettynä ja kohtia 1. ja 2. aina sallittuina tapoina käyttää patenttia⁵⁰. Kohdan 4. tapauksessa yrityksen toimintaan tulisi lähtökohtaisesti puuttua, mutta vain mikäli yritys varaa itselleen johdannaismarkkinat tai kyseessä on ns. estopatent-

⁴⁶ Kuoppamäki 2003, s. 833.

⁴⁷ Kuoppamäki 2003, s. 834. Markkinoiden keikahtamisesta verkostotaloudessa katso myös Rahnasto 2003, s. 183-186.

⁴⁸ Rahnasto 2003, s.184.

⁴⁹ Kuoppamäki 2003, s. 839.

⁵⁰ Kuoppamäki 2003, s. 839.

tien⁵¹ käyttötilanne. Muussa tapauksessa kilpailuoikeudellisella interventiolla puututaan patentin luoman yksinoikeuden ydinsisältöön, eli oikeuteen patentin takana sijaitsevaan voittopotentiaaliin. Tällä voi olla merkittävä vaikutus yritysten haluun panostaa tuotekehitykseen ja erityisesti teknologian julkistamiseen patentoinnin kautta. Harmaan alueen muodostaa kohta 3⁵². Muiden markkinatoimijoiden strategisella ohjaamisella voi olla kilpailulle haitallisia vaikutuksia, jolloin siihen voidaan tapauskohtaisten olosuhteiden perusteella puuttua kilpailuoikeuden keinoin⁵³.

Euroopan Unionin tuomioistuin on oikeuskäytännössään selventänyt, että jäsenvaltioiden välisen kaupan esteet voivat olla sallittuja, mikäli on kyse immateriaalioikeuden suoman yksinoikeuden ydinsisällön turvaavista toimista. Kilpailuoikeudellinen interventio on mahdollista vain, mikäli toiminnan vaikutukset eivät ole perusteltuja ja toiminta liity yksinoikeuden ydinsisältöön.⁵⁴ Ydinsisällön määritelmästä ei ole kuitenkaan mitään selkeää yksimielisyyttä. Tärkeänä osana ydinsisältöä voidaan pitää ainakin suojaa luvatonta kopiointia vastaan, jolloin strategiseen kielto-oikeuden käyttöön on mahdollista puuttua kilpailuoikeuden keinoin.⁵⁵ Euroopassa yksipuoliset toimet oletetaan sallituiksi mikäli ne liittyvät immateriaalioikeuden ydinsisällön harjoittamiseen, eli patenttioikeuden suoman kielto-oikeuden käyttämiseen. Toiminnan kilpailuoikeudellista hyväksyttävyyttä arvioidaan suhteellisuustestillä, jonka avulla selvitetään onko toiminta oikeutettua.⁵⁶

⁵¹ Estopatentilla viitataan tässä yhteydessä tilanteeseen, jossa yritys patentoi teknologiaa estääkseen kilpaillevaa yritystä käyttämästä kyseistä teknologiaa tai ekvivalentteja teknologioita. Patentoiva yritys ei tällöin itse käytä patentoitua teknologiaa tuotantotoiminnassa, vaan tarkoituksena on pelkäämistään vaikeuttaa kilpailijan toimintaa.

⁵² Kuoppamäki 2003, s. 839.

⁵³ Rubinfeld – Maness 2004. Kirjoittajat analysoivat patenttien strategista käyttöä kilpailijoiden toimintamahdollisuuksien heikentämisessä. Artikkelissa keskitytään erityisesti kilpailijoiden kustannusten kasvattamiseen niputtamalla useita patenteja yhden lisenssin alle. Kilpailu kärsii tällöin alan hintojen nousemisella ja kilpailun vähentymisellä, mikäli alan muut toimijat joutuvat sisällyttämään tarpeettomien patenttien lisensointikustannukset tuotteiden hintoihin.

⁵⁴ Asia 78/70, Deutsche Grammophon v. Metro.

⁵⁵ Rahnasto 2003, s. 66-71. Rahnasto käsittelee Euroopan Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä muodostunutta yksinoikeuden ydinsisällön käsitettä ja ehdottaa, että yksinoikeuden ydinsisältö tulisi nähdä suojana kopiointia vastaan. Yksinoikeudesta saatava lisenssi- tai vahingonkorvaus on tällöin vain epäsuora seuraus suojasta kopiointia vastaan. Ydinsisältönä ei tulisi pitää pelkäämistään kielto-oikeutta tai oikeutta maksimoida yksinoikeudesta saatava taloudellinen hyöty.

⁵⁶ Rahnasto 2003, s. 70. Rahnasto esittää, että yksinoikeuden käyttö tulisi olettaa sallituksi vain, mikäli toimen tarkoituksena on lopettaa kopiointi ja toimen vaikutukset ulottuvat vain luvattoman kopioinnin loppumiseen.

Patenttien strateginen käyttö ja käytön kilpailuoikeudellinen arviointi on ajankohtaista erityisesti EU:n alueella, koska EU:ssa on edelleen pyrkimys yhteisön laajuisen patenttijärjestelmän luomiseen. Tällöin yritysten eri maiden patenttijärjestelmistä aiheutuvat kustannukset vähenevät ja patenttien voimaansaattaminen yksinkertaistuu. Yhteisöpatentin toteutuksessa yrityksillä on mahdollista saada yhteisön laajuinen patentti, johon liittyvät kiistat ratkaistaan erillisessä tuomioistuimessa⁵⁷. Yhteisöpatentti mahdollistaa tällöin myös PAE-yrityksille tehokkaamman toimintaympäristön, jolloin markkinoille sekä innovaatiolle aiheutuvat haitat mahdollisesti kasvavat.

2.3 Immateriaalioikeuksien lisensointiin erikoistuneet yritykset

2.3.1 Liiketoimintamalli ja sen mahdolliset hyödyt

Pelkästään lisensointitoimintaa harjoittavat yritykset (Patent assertion entity tai PAE) ovat varsin uusi ilmentys markkinatalouden historiassa. PAE-yritysten toiminta tuli yleiseen tietoisuuteen Yhdysvalloissa eräiden laajasti julkisuutta saaneiden oikeudenkäyntien myötä⁵⁸. Laajan julkisen keskustelun myötä PAE-yrityksille on syntynyt varsin negatiivinen maine ja yrityksistä käytetään usein nimitystä ”patenttitrolli”⁵⁹. Kyseinen nimi antaa kuitenkin turhan puolueellisen sekä negatiivisen kuvan laajasta joukosta toimijoita. Käsitteen valinta on merkityksellistä sen vuoksi, että esimerkiksi yksittäiset keksijät sekä yliopistot eivät useinkaan harjoita valmistustoimintaa, mutta niiden ei ole todettu toimivan kilpailulle haitallisesti⁶⁰. Terminologian valinnan tulisi kuitenkin olla mahdollisimman neutraali ja kattaa laajasta joukosta toimijoita vain tutkielman kannalta relevantit yritykset. Tämän vuoksi tutkielmassa on päädytty käyttämään termiä PAE-yritys (Patent Assertion Entity)⁶¹.

PAE-yritykset sekä valmistustoimintaa harjoittavat yritykset muodostavat eräänlaiset ääripäät. PAE-yritysten tyyppistä liiketoimintaa harjoittaa myös laaja joukko yrityksiä, jotka sijoittuvat valmistustoimintaa harjoittavien ja PAE-yritysten välimaastoon. Edellä mainitut yksityiset keksijät sekä yliopistot ym. vastaavat muodostavat oman joukon, jota ei ole syy-

⁵⁷ Oesch – Pihlajamaa – Sunila 2014, s. 31-33.

⁵⁸ Gagnon 2013, s. 2.

⁵⁹ Gagnon 2013, s. 3.

⁶⁰ Gagnon 2013, s. 3. Yksityisten keksijöiden tai yliopistojen toiminta ei yleensä käsitä opportunistisia ja kilpailulle mahdollisesti haitallisia toimintatapoja.

⁶¹ Kirjallisuudessa myös paljon käytetty NPE-termi (Non Practicing Entity) käsittää kaikki toimijat, jotka omistavat patentin, mutta eivät harjoita valmistustoimintaa. Termi on tämän vuoksi liian laaja käytettäväksi tutkielmassa käsiteltävistä yrityksistä.

tä sisällyttää tutkielmassa keskityttäviin PAE-yrityksiin. Osa yrityksistä harjoittaa myös tutkimustoimintaa ja tuotekehittelyä, mutta ei varsinaista valmistustoimintaa. Kyseisten yritysten toiminta vastaa PAE-yritysten liiketoimintamallia immateriaalioikeuksien hyödyntämisen osalta, mutta teknologian itsenäinen kehittäminen tuo oman ulottuvuutensa teknologiaa kehittävien yritysten tarkasteluun. Kolmannen keskeisen kategorian muodostaa valmistustoimintaa harjoittavien yritysten omistamat tai hallinnoimat PAE-yritykset, joiden avulla valmistustoimintaa harjoittavien yritysten on mahdollista harjoittaa aggressiivisempaa immateriaalioikeuspolitiikkaa. Eriyttämällä patentit erilliseen yhtiöön, valmistustoimintaa harjoittava yritys kykenee saavuttamaan niitä hyötyjä, jotka mahdollistavat PAE-yritysten suuremman neuvotteluvoiman. Erilaisten konsernirakenteiden sekä sopimusjärjestelyjen vuoksi on keskeistä tarkastella PAE-yritysten liiketoimintamallin mahdollistaman neuvotteluvoiman syntymekanismia, jotta markkinoille haitallisiin toimintatapoihin on mahdollista puuttua tehokkaasti ja systemaattisesti, harjoitetun toiminnan muodosta riippumatta.

PAE-yritysten ansaintalogiikka perustuu immateriaalioikeuksien hankkimiseen, voimaansaattamiseen ja lisensointiin. Yritysten toiminnan on mahdollistanut erityisesti informaatio ja kommunikaatioteknologian (ICT) nopea kehitys sekä nykyisenkaltainen patenttijärjestelmä. ICT-alan kehitys on kasvattanut patenttien määrää huomattavasti⁶². Tämä on mahdollistanut tarpeeksi suuren määrän tuotteita PAE-yrityksille, jotta ne kykenevät toimimaan kannattavasti. Patenttien suuri määrä on merkinnyt toisaalta myös sitä, että mahdollisten patentinloukkausten etukäteinen välttäminen on käynyt erittäin työlääksi ja osin jopa mahdottomaksi. PAE-yrityksiin liitetyt negatiiviset toimintatavat mahdollistuvatkin pitkälti ns. patenttitiheiköstä ja osittain päällekkäisistä patenteista⁶³. Toinen merkittävä tekijä on patenttijärjestelmä, jonka avulla omistus- ja käyttöoikeuden siirto on mahdollista. Myös kansainvälinen yhteistyö sekä kansainväliset sopimukset immateriaalioikeuksien alueella ovat poistaneet esteitä toiminnan laajentumiselle. Yhdenmukaistamalla aineettoman omaisuus-

⁶² Gagnon 2013, s. 6 sekä Yeh 2013, s. 2.

⁶³ Patenttitiheiköllä tarkoitetaan patenttien suurta määrää, jonka vuoksi yrityksen on miltei mahdotonta tutkia etukäteen loukkaako tuote jo olemassa olevaa patenttia. Ongelma vallitsee erityisesti ICT-alalla, jossa teknologia on monimutkaista ja uusi teknologia kehitetään pitkälti vanhan pohjalta. Uuden teknologian käyttö saattaa tällöin edellyttää vanhan teknologian lisensointia. Patenttitiheikön johdosta relevanttien patenttien etsiminen etukäteen voi kuitenkin olla taloudellisesti kannattamatonta.

den suojaa on saavutettu kustannustehokkuutta sekä oikeusvarmuutta rajat ylittävässä toiminnassa⁶⁴.

PAE-yritysten hyödyllisyyttä on perusteltu sillä, että ne ovat muodostuneet vastaamaan kysyntään toimivammista patenttimarkkinoista. Esimerkiksi pienten yritysten, yksityisten keksijöiden sekä yliopistojen esitetään hyötyvän toimivista PAE-yrityksistä, koska patenttien likviditeetti kasvaa huomattavasti⁶⁵. Patenttien sekä muun aineettoman omaisuuden merkitys yritysvarallisuutena korostuu jatkuvasti, jolloin niiden käyttötarve myös konkreettisenä pääomana kasvaa. Ongelmana on patentin taloudellisen arvon määrittäminen, koska patentin arvo perustuu pitkälti odotuksiin tulevista tuloista⁶⁶. Patenttien likviditeetin kasvaessa niitä on mahdollista entistä paremmin käyttää pienyrityksissä vakuuksina tai kattamaan jo syntyneitä tutkimuskustannuksia, jos patentoitua teknologiaa ei saada kaupallistettua⁶⁷. PAE-yritykset ovat myös itse esittäneet, että ne tarjoavat pienille toimijoille keinon tehokkaampaan valvontaan mahdollisten patentinloukkausten varalta⁶⁸. Käytännössä alkuperäiselle keksijälle siirtyvää hyötyä on kuitenkin pidetty varsin pienenä ja perustelua toiminnan hyödyllisyydestä liioiteltuina. Ongelmana on nähty erityisesti patenttien jälkikäteinen asettaminen valmistustoimintaa harjoittavia yrityksiä vastaan, jolla voi olla haitallisia vaikutuksia innovaatiotoimintaan. Myös PAE-yritysten toiminta innovaation edistäjänä on kyseenalaistettu siltä osin, että mikäli PAE-yritykset maksavat keksijöille patenteista ja asettavat tämän jälkeen patenteja valmistustoimintaa harjoittavia yrityksiä vastaan, keksijöille voi syntyä kannustin tuottaa mahdollisimman paljon patenteja. Seurauksena voi olla suuri määrä keksintöjä ja patenteja, mutta vähän todellisia innovaatioita, jotka kasvattaisivat yhteiskunnan dynaamista tehokkuutta.⁶⁹

2.3.2 Negatiiviset vaikutukset markkinoiden toimintaan

PAE-yritysten toiminnalla voi olla selkeästi positiivisia vaikutuksia patenttimarkkinoiden toimintaan. Yritykset ovat syntyneet osittain tarpeeseen luoda tehokkaammat patenttimarkkinat, joiden avulla valmistustoimintaa harjoittavien yritysten on mahdollista kustannustehokkaammin hankkia tarvitsemansa teknologia. PAE-yrityksiin liittyy todellisuudessa

⁶⁴ Oesch – Pihlajamaa – Sunila 2014, s. 33-34. WTO:n ja TRIPS-sopimuksen tavoitteita ovat vapaan maailmankaupan turvaaminen sekä immateriaalioikeuksien maailmanlaajuisen vahvan suojan toteuttaminen.

⁶⁵ Gagnon 2013, s. 6 sekä Yeh 2013, s. 2.

⁶⁶ Uotila 2009, s. 239-257. Uotila käsittelee patentin pääomaluonnetta mm. panttina sekä patentin taloudellisen arvon määrittämistä.

⁶⁷ FTC-raportti 2011, s. 70.

⁶⁸ Gagnon 2013, s. 13.

⁶⁹ FTC-raportti 2011, s. 68-69.

kuitenkin myös runsaasti markkinoiden toimintaan negatiivisesti vaikuttavia tekijöitä. Keskeisimpänä negatiivisena ilmiönä pidetään PAE-yritysten taktiikkaa asettaa patentteja vasta sen jälkeen, kun valmistava yritys on ottanut teknologian jo käyttöön. Patenttia mahdollisesti loukkaava yritys on tällöin lukittunut teknologiseen ratkaisuun, jolloin PAE-yritys kykenee perimään suuremman lisensointitulon, kuin etukäteen suoritettavissa lisensointineuvotteluissa⁷⁰. PAE-yrityksen neuvotteluvoimaa lisää edellä kuvatussa tilanteessa entisestään se, että mahdolliset oikeudenkäyntikustannukset ovat patenttioikeudenkäynneissä erittäin korkeita. Mahdolliseen patentin loukkaukseen syyllistyvälle yritykselle syntyy näin kannustin sitoutua selkeästi edullisempaan lisensointisopimukseen, kuin ottaa riski suurista oikeudenkäyntikustannuksista.

PAE-yritysten innovaatiolle ja kilpailulle haitalliset toimintatavat mahdollistavatkin käytännössä seuraavat erityisesti ICT-alalle ominaiset seikat:

- 1) Patenttitiheikkö
- 2) Epätäydellinen informaatio
- 3) Suuret transaktiokustannukset

Merkittävä tekijä on niin sanottu patenttitiheikkö, joka on muodostunut erityisesti ICT:n toimialalle⁷¹. Teknologian nopea kehitys sekä monimutkaisuus ovat synnyttäneet eräänlaisen patenttitulvan. ICT-toimialan patentteja leimaa myös se, että ne ovat suoja-alaltaan usein päällekkäisiä. Toisiaan lähellä olevat teknologiat tekevät etukäteisestä arvioinnista haastavaa, koska patentin suoja-ala määrittyy viimekädessä vasta oikeudenkäyntien myötä. Patentoidut teknologiat on usein kehitetty johdannaiskeksintöinä aiemmista patenteista, jolloin alan yritysten haasteena on tunnistaa kaikki valmistustoimintaan tarvittavat patentit. Patenttien suuresta määrästä sekä epäselvistä suoja-aloista johtuen patenttiloukkausten välttäminen on muodostunut erittäin haastavaksi. Mikäli yritys haluaa varmistua etukäteen, että tuote ei riko muiden patentteja, sen on uhrattava entistä suurempi määrä resursseja patenttitiheikön selvittämiseen. Epävarmuutta on lisäksi mahdoton poistaa täysin, koska patentin suoja-ala määrytyy viimekädessä vasta oikeudenkäynnissä. Etukäteistä varmuutta tuotteen asemasta alan teknologisessa kentässä on siten mahdoton saada.

⁷⁰ Neppel et al. 2012, s. 123 sekä Schwartz – Kesan 2014, s. 6. Schwartz ja Kesan tuovat esiin erityisesti sen, että PAE-yritykset pyrkivät muodostamaan merkittävän ja uskottavan uhan, jotta kohdeyritys maksaa ns. liian suuren rojaltin.

⁷¹ Gagnon 2013, s. 9-10.

Toinen keskeinen seikka muodostuu transaktiokustannuksista. PAE-yritykset hyötyvät suurista oikeudenkäyntikuluista, jotka toimivat eräänlaisena pelotteena erityisesti pienemmillä yrityksillä. Oikeudenkäynneillä uhkaaminen sekä oikeudenkäyntikustannuksia selvästi edullisemman lisenssin tarjoaminen mahdollistavat systemaattisen epätasapainoisen neuvotteluaseman hyödyntämisen. Monilla yrityksillä on kannustin välttää epävarmoja, pitkiä ja kalliita oikeudenkäyntejä, joiden aikana yrityksen on esimerkiksi mahdotonta markkinoida tuotetta kieltokanteen vuoksi. Kieltotuomio toimii merkittävänä pelotteena, koska loukkaukseen syyllistyvän yrityksen koko toiminta voi ääritilanteessa pysähtyä. Myös erittäin suuret oikeudenkäyntikulut voivat olla merkittävä rasite yrityksen tulevalle toiminnalle. Näiden syiden vuoksi mahdolliseen loukkaukseen syyllistyneellä yrityksellä on usein kannustin sopia asia mahdollisimman alhaisin kustannuksin. Lopullinen lisenssimaksu voi kuitenkin olla merkittävästi yli sen, mitä lisenssi olisi ilman lukittumiseffektin luomaa markkinavoimaa.

Epätäydellinen informaatio aiheutuu osittain transaktiokustannuksista sekä patenttitehkeistä. Markkinoilla ei käytännössä koskaan vallitse täydellinen kilpailu, jolloin yrityksillä olisi kaikki tarvittava tieto päätöksenteon tueksi. Informaation epätäydellisyys korostuu kuitenkin ICT-alalla, joka on erittäin dynaaminen. Nopean kehityksen sekä monimutkaisien teknologian yhteisvaikutuksesta alalla toimivat yritykset kykenevät entistä rajoitetummin ennaltaehkäisemään mahdollisia patentinloukkaustilanteita. Yritykset joutuvat tällöin saattamaan tuotteen markkinoille luottaen siihen, että tuote ei loukkaa toisen patenttia sekä mahdollinen patentinloukkaus voidaan sopia esimerkiksi ristiinlisensoimalla osapuolten patenteja. Valmistustoimintaa harjoittavilla yrityksillä on riskinä vastakanteet, mikäli yritys harjoittaa aggressiivista patenttien asettamista. PAE-yritykset eivät koe vastaavanlaista uhkaa vastapuolelta, koska PAE-yritys ei itse harjoita valmistustoimintaa. PAE-yritysten toimintaan ei kohdistu riskiä esimerkiksi alan huonosta kehityksestä, koska PAE-yrityksen tavoitteena on saada vain mahdollisimman suuri lisenssitulo. Valmistustoimintaa harjoittavat yritykset joutuvat tasapainoilemaan patenttien asettamisen ja alan toimintaedellytysten välillä.

Edellä mainituista tekijöistä johtuen markkinaympäristö on luonut otolliset olosuhteet PAE-yritysten toiminnan muodostumiselle ja ruokkinut erityisesti markkinoille haitallisia toimintatapoja. PAE-yritysten tavoitteena voidaan nähdä pyrkimys patentin takana olevan kokonaisvoittopotentialin maksimaaliseen hyödyntämiseen. Patentin takana olevan kokonaisvoittopotentiali koostuu itse patentin teknisen suoja-alan takana olevasta voittopotentialista.

tiaalista sekä teknisen suoja-alan ulkopuolisesta voittopotentialista⁷². PAE-yrityksen on mahdollista saada osuus patentin teknisen suoja-alan ulkopuolisesta voittopotentialista käyttämällä hyväksi patenttia loukanneen yrityksen lukittumista sekä korkeita oikeudenkäyntikustannuksia. PAE-yritykselle kohdentuu näin osuus tuotteeseen sisältyvien muiden patenttien tuomasta lisäarvosta sekä valmistavan yrityksen tuottamasta lisäarvosta. Systemaattinen epätasapainoisen neuvotteluvoiman hyväksikäyttö johtaa tällöin markkinoiden tehottomuuteen sekä teknisen kehityksen rajoittumiseen ylisuuren lisenssimaksun johdosta.

⁷² Katso tarkemmin patentin taloudellisen voittopotentialin jakautumisesta tuotannonalan teknisen kehityksen johdosta, Uotila 2009, s. 220-233.

3 Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö EU:n kilpailuoikeuden mukaan

3.1 Yksipuolisen markkinavoiman sääntely

3.1.1 Markkinavoima ja sen mittaaminen

Markkinavoima on taloudellista valtaa vaikuttaa markkinoiden toimintaan⁷³. Täydellistä kilpailua ei ole mahdollista saavuttaa käytännössä, vaan informaation epäsymmetrisyys sekä transaktiokustannukset aiheuttavat aina tietynasteista epätäydellisyyttä. Markkinatoimijoilla on käytännössä aina jonkin verran markkinavoimaa⁷⁴. Yrityksellä on käytössään loputon määrä keinoja, joilla yrittää vaikuttaa kilpailijoiden toimintaan sekä tuotteiden hintoihin⁷⁵. Keskeistä on tällöin kyetä mittaamaan markkinavoiman määrää, jotta voidaan arvioida yrityksen toimien mahdollisia kilpailulle haitallisia vaikutuksia⁷⁶. Markkinavoimaa ei itsessään voida määrittää haitalliseksi, koska sen on todettu toimivan erityisesti dynaamisen tehokkuuden ajurina⁷⁷. Markkinavoiman tavoittelu korostuu erityisesti nykyisessä verkostotaloudessa, jossa kilpailu käydään usein markkinoista. Kannustimena toimii tällöin markkinajohtajuuden saavuttaminen ja tietynasteisen markkinavoiman syntyminen. Asemaansa hyödyntämällä yrityksen on mahdollista kattaa mm. varsin suuria ja riskialttiita tuotekehittelykustannuksia. Markkinoiden dynaamisuus takaa usein kuitenkin sen, ettei markkinavoimasta muodostu pysyvää.

Markkinavoiman mittaamisesta tekee haastavaa sen eri ilmenemismuodot. Markkinavoiman käyttö voi ilmetä esimerkiksi hinnoittelun muodossa, kohtuuttomina sopimusehtoina sekä tuotteiden niputtamisena⁷⁸. Kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa markkinavoiman määrää tulisi kuitenkin arvioida yhteismitallisella asteikolla sen eri ilmenemismuodoista huolimatta. Taloustieteessä asia on ratkaistu käyttäen hyväksi erilaisia teoreettisia malleja

⁷³ Kuoppamäki 2003, s. 219.

⁷⁴ Kuoppamäki 2003, s. 228.

⁷⁵ Esimerkiksi tuotedifferointi, mainonta ja jakelukanavat mahdollistavat laaja-alaisen hinnoittelun.

⁷⁶ Virtanen 2001, s. 147.

⁷⁷ Virtanen 2001, s. 149

⁷⁸ Markkinavoiman arviointi tulee erottaa mahdollisen markkinavoiman väärinkäytön arvioinnista. Tietynlainen käyttäytyminen voi ilmentää markkinavoiman olemassaoloa, joskin tällöin kehäpäätelmän riski on suuri. Yrityksellä voi olla markkinavoimaa myös ilman, että yritys on käyttänyt markkinavoimaa hyödykseen. Määräävän markkina-aseman väärinkäytön arvioinnissa mielenkiinto kohdistuu kuitenkin vain tilanteisiin, joissa yritys on mahdollisesti käyttänyt markkinavoimaa, jolloin tietyt toimet voivat ilmentävää markkinavoiman olemassaoloa. Markkinavoiman toteaminen edellyttää tällöin kuitenkin myös muiden tekijöiden olemassaoloa kuten esim. suurta markkinaosuutta, ylivertaista teknologiaa tai alalle tulon esteitä.

kuten esimerkiksi täydellisen kilpailun mallia sekä siitä johdettua monopolimallia⁷⁹. Markkinavoiman määrää tarkastellaan taloustieteessä sekä kilpailuteorioissa yleensä hinnoittelun avulla⁸⁰. Monopoliasemassa oleva yritys omaa niin suuren markkinavoiman, että se kykenee käyttäytymään kilpailijoistaan ja asiakkaistaan riippumatta. Markkinavoiman avulla yritys pystyy perimään hyödykkeistä korkeampaa hintaa, kuin mitä kilpailullisilla markkinoilla olisi mahdollista. Monopoliyritys tuottaa vähemmän tuotteita korkeammalla hinnalla, minkä vuoksi kuluttajilta tapahtuu hyödynsiirtoa monopoliyritykselle ja osa kokonaishyödystä menetetään kokonaan.⁸¹

Toisin kuin monopoli, määräävässä markkina-asemassa oleva yritys ei pysty hinnoitteluun hyödykettä täysin kilpailijoista riippumatta. Määräävässä markkina-asemassa oleva yritys omaa kuitenkin niin suuren markkinavoiman, että se kykenee nostamaan hintoja kannattavasti yli kilpailullisen hintatason.⁸² Tilanteesta voidaan käyttää termiä hintavalta. Hintavaltaa omaava yritys tuottaa valtaosan markkinoiden hyödykkeistä, jolloin yrityksen hinnoittelupäätökset vaikuttavat sen kilpailijoiden hinnoitteluun sekä markkinoiden hintatasoon.⁸³ Keskeisimpänä keinona⁸⁴ todentaa hintavalta on tarkastella yrityksen kykyä korottaa hyödykkeen hintaa kannattavasti ilman, että myynnin väheneminen tekee hinnankorotuksesta kannattamattoman⁸⁵. Tarkastelu on osin puutteellista, koska huomioon ei oteta hintavaltaan johtaneita syitä tai vallan pysyvyyttä⁸⁶.

Kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa tulee ottaa huomioon kuitenkin markkinoiden dynaamisuus. Yrityksen kyky korottaa hintoja voi johtua myös monista muista tekijöistä, kuin kilpailulle haitallisesta markkinavoimasta. Tuotedifferointi, markkinajohtajuus, ylivertai-

⁷⁹ Monopolimallissa markkinavoiman katsotaan mahdollistavan sen, että yritys kykenee tuottamaan vähemmän tuotteita korkeammalla hinnalla. Tällöin syntyy niin sanottu tehokkuustappio sekä tulonsiirtoa kuluttajilta yritykselle. Monopolimalli kuvaa ääritilannetta, joten yrityksen omaaman markkinavoiman määrä määrittelee lopulta syntyvän tehokkuustappion sekä tulonsiirron suuruuden.

⁸⁰ Kuoppamäki 2003, s. 219.

⁸¹ Jones 2008, s. 8-10.

⁸² Kuoppamäki 2003, s. 248.

⁸³ Kuoppamäki 2003, s. 246.

⁸⁴ Hintojen ja kustannusten välinen suhde on myös mahdollinen analysoinnin kohde. Teknologiapainotteisilla aloilla tuotekehittelykustannukset eivät kuitenkaan enää anna viitteitä hyödykkeen markkina-arvosta. Immateriaalioikeuksien kohdalla menetelmä on entistä epätarkempi, koska esim. patentin takana oleva taloudellinen voittopotentiali voi muuttua merkittävästi ajan saatossa. Kustannusten ja hintojen välinen suhde ei tällöin anna luotettavaa tietoa hinnoittelun siitä, onko hinnoittelu yli kilpailullisten markkinoiden hintatason.

⁸⁵ Kuoppamäki 2003, s. 246.

⁸⁶ Kuoppamäki 2003, s. 250-252.

nen teknologia sekä immateriaalioikeudet voivat luoda tilapäistä markkinavoimaa. Markkinavoima toimii tällöin kannustimena myös kilpailijoiden toiminnan tehostumiseen sekä tuotekehitykseen. Markkinavoiman kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa tulee staattisen tilanteen lisäksi ottaa huomioon erilaiset dynaamiset näkökulmat. Merkittäviä dynaamisia tekijöitä ovat markkinavoimaan johtaneet syyt, kuten alalle tulon esteet, jotka voivat pitkittää muodostunutta markkinavoimaa.⁸⁷

Määräävän markkina-aseman olemassaoloa voidaan arvioida yrityksen käyttäytymisen perusteella, markkinarakenteen avulla sekä markkinatulosten perusteella⁸⁸. Yrityksen käyttäytymisen arvioiminen voi johtaa helposti kehäpäätelmään markkinavoiman olemassaolosta⁸⁹. Määräävä markkina-asema on objektiivinen tilanne, jossa yrityksellä on kyky vaikuttaa markkinoiden toimintaan. Tämän vuoksi pelkän markkinakäyttäytymisen arvioiminen ei ole riittävää. Yritykset voivat todellisuudessa toimia varsin epärationaalisesti talousteoreettisesta näkökulmasta. Tällöin on riskinä markkinavoiman toteaminen käyttäytymisen perusteella, vaikka yrityksellä ei todellisuudessa ole kykyä vaikuttaa markkinoiden toimintaan. Markkinavoiman määrää tulee tämän vuoksi mitata myös markkinarakennetta arvioimalla. Markkinarakenteen arvioinnissa painottuvat yrityksen markkinaosuus, alalle tulon esteet sekä markkinoiden historiallinen kehittyminen. Markkinatulokset voivat antaa viitteitä markkinavoiman olemassaolosta, mikäli alan toimija ansaitsee erittäin suuria voittoja. Suuret voitot eivät kuitenkaan itsessään ole merkki markkinavoiman olemassaolosta, minkä vuoksi kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa painotetaan usein markkinarakenteen analysointia.⁹⁰

Markkinoiden rakenteellisessa tarkastelussa markkinaosuudet muodostavat pohjan markkinavoiman määrittämiselle. Yli 50%:n markkinaosuutta on oikeuskäytännössä sekä taloustieteessä pidetty varsin vahvana merkinä määräävästä markkina-asemasta⁹¹. Markkinaosuuksista ei voida kuitenkaan suoraan johtaa määräävän markkina-aseman olemassaoloa, vaan alan erityispiirteet sekä dynaamiset näkökohdat tulee aina ottaa huomioon. Suurikin markkinaosuus voi olla hyvin lyhytaikainen, jos ala on erittäin dynaaminen ja nopeasti kehittyvä.⁹² Markkinaosuuksien merkitystä arvioidaan ottamalla huomioon markkinaolo-

⁸⁷ Virtanen 2001, s. 149-150.

⁸⁸ Kuoppamäki 2003, s. 638-639.

⁸⁹ Virtanen 2001, s. 151.

⁹⁰ Kuoppamäki 2003, s. 639.

⁹¹ Kuoppamäki 2003, s. 697-698.

⁹² Kuoppamäki 2003, s. 692-694.

suhteet sekä markkinoiden dynaamisuus. Potentiaalinen kilpailu sekä kysyntäjousto ovat keskeiset mittaamistavat, joilla otetaan dynaamiset tekijät huomioon.⁹³ Potentiaalinen kilpailu muodostaa yrityksille kilpailullisen paineen. Erilaiset alalle tulon esteet voivat kuitenkin poistaa potentiaalisen kilpailun ja ylläpitää syntyneitä markkinavoimaa. Alalle tulon esteet muodostavat merkittävimmän markkinavoimaa ylläpitävän tekijän, koska kuluttajat kärsivät välittömästi kilpailun estyessä. Yrityksen omaama suuri markkinavoima ei muodostu kilpailulle haitalliseksi, mikäli kilpailijat kykenevät laajentamaan toimintaansa tai siirtymään alalle.

3.1.2 PAE-yritysten muodostamat haasteet väärinkäyttövalvonnalle EU:ssa

Yksipuolista markkinavoimaa kontrolloidaan EU:ssa määräävän markkina-aseman väärinkäyttövalvonnalla. EU:n väärinkäyttövalvonnan avulla pyritään puuttumaan kilpailulle haitallisiin toimintatapoihin, eikä markkinavoiman katsota itsessään olevan haitallista⁹⁴. Lähtökohtana EU:ssa on se, että yrityksillä on mahdollisuus suorituskilpailuun markkinavoiman määrästä huolimatta. Suuri markkinavoima voidaan nähdä tällöin eräänlaisena ajurina, joka kannustaa yrityksiä tehostamaan toimintaansa sekä kehittämään entistä parempia teknologisia ratkaisuja⁹⁵. Näkökulma liittyy läheisesti kilpailuteorioihin, jotka käsittelevät kilpailua prosessina sekä painottavat kilpailun dynaamista puolta⁹⁶. Tilapäisen dominanssin saavuttaminen on merkittävässä asemassa erityisesti dynaamisilla aloilla, jotta yritykset kykenevät kattamaan tuotekehityksen investoinnit sekä saamaan riittävän kompensaa­tion riskistä. Kilpailuoikeudellisen intervention kohdistaminen kilpailulle haitallisiin toimiin aiheuttaa kuitenkin haasteita, kun tarkastellaan PAE-yritysten toimintaa.

Määräävän markkina-aseman toteaminen on edellytys sille, että yrityksen toimia voidaan arvioida väärinkäyttönä. Markkinavoiman mittaamisen esiasteena on relevanttien markki-

⁹³ Kuoppamäki 2003, s. 699.

⁹⁴ EU:ssa valittu määräävän markkina-aseman väärinkäytön kieltäminen on varsin erilainen lähestymistapa verrattuna Yhdysvaltoihin, jossa keinoksi on valittu monopolisointikielto. Yhdysvalloissa kiellettyä on vain pyrkimys monopolin saavuttamiseen, jolloin yritysten kilpailijoihin kohdistamat toimet eivät ole kiellettyjä, ellei yritys pyri toimillaan monopolisoimaan markkinoita. Tästä syystä PAE-yritysten toimintaan liittyvät kilpailuoikeudelliset kysymykset ovat osin erilaiset Yhdysvalloissa verrattuna EU:n kilpailuoikeuteen.

⁹⁵ Dominanssin saavuttaminen markkinoilla sekä ylisuuret voitot kannustavat yrityksiä tehostamaan toimintaansa sekä kehittämään yliverstaista teknologiaa. Saavutettu markkinavoima ei ole kuitenkaan pysyvää, koska kilpailevat yritykset kehittävät kilpailevaa teknologiaa, joka ajan myötä murentaa saavutetun dominanssin. Kilpailuoikeuden keinoin tulee tällöin puuttua suuren markkinavoiman omaavien yritysten toimiin, joiden tarkoituksena on kilpailun rajoittaminen sekä mahdollisiin alalle tulon esteisiin, jotka mahdollistavat markkinavoiman säilyttämisen.

⁹⁶ Ks. dynaamisista teorioista tarkemmin Oinonen 2010, s. 92-93 sekä Kuoppamäki 2003, s. 151-155.

noiden määrittely. Relevanttien markkinoiden avulla yrityksen kokemaa kilpailullista painetta kyetään arvioimaan. PAE-yritysten markkinavoima johtuu pitkälti tilapäisestä lukittumisesta tiettyyn teknologiseen ratkaisuun, jonka loukkaukseen syyllistynyt yritys on ottanut käyttöön tuotantotoiminnassaan. Patentoitu teknologia ei useinkaan ole välttämätön tai ainoa vaihtoehto, mutta jo tehdyn valinnan vuoksi yritys on lukittunut siihen. Lukittumisen vuoksi vaihtoehtoiset teknologiat voivat olla liiketaloudellisesti kannattamattomia, koska yritykselle on syntynyt jo merkittäviä uponneita kustannuksia. Vaihtoehtoiset teknologiat sisällytetään kuitenkin relevantteihin markkinoihin, mikäli ne tarjoavat vaihtoehdon käyttöön otetulle teknologialle. Riskinä on tällöin se, että kohteena olevalle teknologialle löytyy niin monta substituuttia, että PAE-yrityksen markkinaosuus jää erittäin pieneksi⁹⁷. Pieni markkinaosuus saattaa muodostaa olettaman siitä, ettei PAE-yritys omaa riittävää markkinavoimaa.

Markkinavoiman määrittäminen edellyttää kuitenkin myös muiden tekijöiden kuin markkinaosuuksien huomioon ottamista. Yksi keskeinen tekijä on esimerkiksi asiakkaiden lukittuminen, jolloin tosiasialliset mahdollisuudet käyttää korvaavia tuotteita vaikuttaa markkinavoiman määrään. Edellä kuvatussa tilanteessa teknologinen lukittuminen voidaan ottaa huomioon markkinavoimaa synnyttävänä tekijänä. Lukittumiseffektin keskeinen rooli määrävän markkina-aseman toteamisessa ei ole kuitenkaan toivottavaa, koska määrävän markkina-aseman voidaan katsoa syntyvän tällöin pelkän patentin hallinnan perusteella⁹⁸. Yhteisön oikeuskäytännössä on nimenomaisesti todettu, että määrävä markkina-asema ei synny pelkän immateriaalioikeuden omistuksen perusteella⁹⁹. Yrityksen tulee lähtökohtaisesti olla määrävässä markkina-asemassa ilman yksinoikeutta tai yksinoikeuden tulee olla välttämätön alalla toimimiseksi, jotta yksinoikeuden käyttöön voidaan puuttua kilpailuo-

⁹⁷ Ks. markkinaosuuksien merkityksestä markkinavoiman indikaattorina tarkemmin luku 3.2.2. Markkinaosuuksia pidetään yleensä alustavana indikaattorina markkinavoiman määrästä. EU:n komission lähtökohdista on myös ollut, että alle 40 % markkinaosuuden omaava yritys voi vain poikkeuksellisessa tilanteessa olla määrävässä markkina-asemassa.

⁹⁸ Immateriaalioikeuden tarkoitus on luoda yksinoikeus. Yksinoikeuden suoma mahdollisuus taloudelliseen hyödyntämiseen on katsottu olevan oikeutettu korvaus teknologian kehittymisestä ja yhteiskunnan dynaamisen tehokkuuden parantumisesta. Tällöin ei tulisi kilpailuoikeudellisin keinoin puuttua yksinoikeuden käyttöön, ellei yksinoikeutta käytetä sen tarkoituksen vastaisesti puhtaasti kilpailulle haitallisella tavalla. Patentin luoma kannustin innovointiin ja kehitetyn teknologian julkistamiseen voi vaarantua jos patentin käyttöön puututaan liian helposti.

⁹⁹ Asia 238/87 AB Volvo v Erik Veng (UK) Ltd, kohdat 8 ja 9.

keudellisin keinoin¹⁰⁰. PAE-yrityksen oikeutta puuttua patentin oikeudettomaan käyttöön kavennetaan merkittävästi, mikäli määräävä markkina-asema syntyy ääritapauksessa sen johdosta, että valmistustoimintaa harjoittava yritys käyttää patentoitua teknologiaa oikeudettomasti ja on lukittunut siihen.

Määräävän markkina-aseman toteaminen edellyttää nykyisen oikeuskäytännön mukaan riittävän suurta markkinavoimaa relevanteilla markkinoilla. PAE-yritysten tapauksessa relevantit markkinat muodostuvat kyseessä olevasta teknologiasta sekä vaihtoehtoisista teknologioista. PAE-yrityksen markkinavoiman määrä on kuitenkin hyvin tapauskohtaista ja riippuu pitkälti korvaavista teknologioista. Tämän vuoksi relevanttien markkinoiden määrittelystä sekä dominanssin toteamista aiheutuu epävarmuutta sen suhteen, voidaanko systemaattiseen lukittumisesta syntyvään markkinavoiman väärinkäyttöön puuttua tehokkaasti määräävän markkina-aseman väärinkäytön avulla. Kysymys on keskeinen pohdittaessa kilpailuoikeuden merkitystä puuttumiskeinona PAE-yritysten markkinoille haitallisiin toimiin. Määräävän markkina-aseman määrittelyn systematiikan käsittelyn avulla on mahdollista ymmärtää väärinkäytön edellytykset sekä väärinkäyttövalvonnan mielekkyys puuttumiskeinona PAE-yritysten toimintaan.

Tutkielman kysymyksenasettelun fokus on asetettu kuitenkin siihen, missä tilanteissa määräävässä markkina-asemassa olevan PAE-yrityksen toiminta voidaan katsoa väärinkäyttöksi. PAE-yritysten toiminta liittyy keskeisesti patentin ydinsisältöön, jonka käyttöön voidaan yhteisön tuomioistuimen mukaan puuttua vain poikkeuksellisissa tilanteissa¹⁰¹. Patenttijärjestelmän keskeisenä yhteiskunnallisena tehtävänä on aiemmin kuvatun mukaisesti, teknisen kehityksen edistäminen sekä yhteiskunnan dynaamisen tehokkuuden parantaminen. Patentin ydinsisältöön puuttumien kilpailuoikeudellisin keinoin merkitsee tällöin keskeisen innovaatiotoiminnan kannustimen heikentämistä.

PAE-yritysten muodostamat keskeiset haasteet EU:n väärinkäyttövalvonnalle voidaan jakaa tutkielman kysymyksenasettelun näkökulmasta kahteen ryhmään. Ensimmäinen ryhmä liittyy kilpailuoikeudellisen intervention mielekkyyteen PAE-yritysten haitallisten toimien kontrolloinnissa. Keskeiset haasteet ovat tällöin:

¹⁰⁰ Patenttijärjestelmä on omistajaneutraali, minkä vuoksi PAE-yritysten asettaminen eri asemaan ei olisi toivottavaa patenttmarkkinoiden kehittymisen näkökulmasta. Kilpailuoikeuden keinoin tulisi kyetä puuttumaan markkinavoiman väärinkäyttöön systemaattisesti, eikä asettaa yrityksiä eri asemaan sen mukaan, harjoittaako yritys valmistustoimintaa vai onko yritys keskittynyt patenttien lisensointiin.

¹⁰¹ Asia 78/70, Deutsche Grammophon v. Metro, s. 501, perusteluiden kohta 6.

- 1) Relevanttien markkinoiden määrittely
- 2) Määräävän markkina-aseman toteaminen

Relevanttien markkinoiden määrittely on objektiivinen analyysi korvaavista tuotteista sekä kilpailullisten olosuhteiden yhtäläisyydestä. PAE-yrityksille muodostuu markkinavoimaa pääasiassa patenttimarkkinoiden epätäydellisyydestä sekä loukkaukseen syyllistyvän yrityksen lukittumistilanteesta. Perinteiset markkinavoiman lähteet, kuten esimerkiksi suuret markkinaosuudet tai alan teknologinen johtajuus eivät enää ilmennä PAE-yritysten markkinavoimaa. Riskinä on, että määräävä markkina-asema todetaan systemaattisesti pelkääntään patentin hallinnan sekä lukittumisefektin johdosta. Tällöin patenttijärjestelmän toimivuus vaarantuu tai vaihtoehtoisesti PAE-yritysten toimintaedellytykset patenttimarkkinoilla asetetaan valmistustoimintaa harjoittavia yrityksiä heikompaan asemaan.

Toinen ryhmä liittyy siihen, missä tilanteissa PAE-yritysten toimiin on ylipäänsä mahdollista puuttua väärinkäyttövalvonnalla. Haasteita muodostaa seuraavat tekijät:

- 1) PAE-yritykset toimivat yksillä markkinoilla
- 2) PAE-yrityksillä on puhtaasti markkinavoimaa hyväksikäyttävä tavoite
- 3) Väärinkäyttö käsittää pitkälti patentin ydinsisältöön kuuluvan kielto-oikeuden

Määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä koskeva oikeuskäytäntö koostuu pääosin tapauksista, joissa valmistustoimintaa harjoittava yritys on toimillaan tavoitellut kilpailijoiden poissulkemista markkinoilta tai pyrkinyt ulottamaan markkinavoimaa toisille markkinoille. Tästä syystä PAE-yritysten liiketoimintamalli aiheuttaa epävarmuutta sen osalta, missä tilanteessa yritysten toimintaan voidaan puuttua määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä. PAE-yritykset toimivat vain yksillä markkinoilla ja niiden tavoitteena on saavuttaa mahdollisimman suuret lisensointitulot, jolloin monet oikeuskäytännössä muodostuneet väärinkäytön kriteerit eivät sovellu suoraan PAE-yritysten toimintaan. Tämän lisäksi PAE-yritysten toiminta käsittää patentin ydinsisältöön kuuluvan kielto-oikeuden käyttämisen, mihin on mahdollista oikeuskäytännön valossa puuttua vain poikkeuksellisissa tapauksissa.

3.2 Määräävän markkina-aseman toteaminen EU:n kilpailuoikeudessa

3.2.1 Relevanttien markkinoiden määrittäminen

Markkinarakenteen arviointi edellyttää relevanttien tuote- ja maantieteellisten markkinoiden määrittämistä¹⁰². Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö edellyttää rajattuja markkinoita, joilla yritys on käyttänyt markkinavoimaansa väärin. Ensimmäinen askel on relevanttien markkinoiden määrittäminen, jonka jälkeen yrityksen markkinavoiman määrää kyseisillä markkinoilla voidaan arvioida¹⁰³. Euroopan unionin tuomioistuin on johdonmukaisesti painottanut relevanttien markkinoiden määrittelyä edellytyksenä määräävän markkina-aseman toteamiselle¹⁰⁴. Myös Komissio on selventänyt relevanttien markkinoiden määrittelyä sekä määrittelyä merkitystä markkinavoiman arviointiin¹⁰⁵. Markkinoiden määrittelyyn avulla on mahdollista tarkastella markkinarakennetta, yrityksen kohtaamaa kilpailua, potentiaalisen kilpailun vaikutusta sekä mahdollisia alalle tulon esteitä¹⁰⁶. Relevantit markkinat koostuvat tuotemarkkinoista sekä maantieteellisistä markkinoista.

Relevantit tuotemarkkinat pitävät sisällään kaikki ne tuotteet, joita kuluttaja pitää substituuhteina hinnan, käyttötarkoituksen tai ominaisuuksien perusteella¹⁰⁷. Tuotteiden vastavuus määritetään kysyntäpuolen sekä tarjontapuolen korvaavuuden avulla. Kysyntäpuolen korvaavuus on keskeisin tekijä markkinoiden määrittelyssä, koska kuluttajien mahdollisuus vaihtaa kilpailevaan tuotteeseen luo välittömimmän kilpailullisen rajoitteen yrityksen toiminnalle.¹⁰⁸ Tuote B sisällytetään tuotemarkkinoihin, mikäli kuluttajat vaihtavat tuotteen A hinnankorotuksen johdosta tuotteeseen B ja samalla hinnankorotus muodostuu kannattamattomaksi tuotetta A valmistavalle yritykselle. Merkitystä on vain kuluttajien käsityksellä tuotteiden korvaavuudesta, koska kuluttajien siirtyminen toiseen tuotteeseen luo kilpailullisen paineen yritykselle. Kysyntäpuolen korvaavuutta voidaan tutkia suorasti tai epäsuoras-

¹⁰² Asia 6/72, Europemballage ja Continental Can (jatkossa Continental Can) v. Komissio ja asia 85/76, Hoffmann-La Roche & Co AG v. komissio (jatkossa Hoffmann-La Roche)

¹⁰³ O'Donoghue ja Padilla 2006, s.63 sekä Oinonen 2010, s. 155.

¹⁰⁴ Asiat Continental Can, Hoffmann-La Roche sekä United Brands.

¹⁰⁵ Komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määrittämisestä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta. Virallinen lehti nro C 372, 9.12.1997, s. 5-13 sekä Komission tiedonanto - Ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen. Virallinen lehti nro C 45, 24.2.2009, s. 7-20.

¹⁰⁶ O'Donoghue ja Padilla 2006, s.63-64 sekä Komission tiedonanto relevanttien markkinoiden määrittämisestä, kohta 2.

¹⁰⁷ Komission tiedonanto relevanttien markkinoiden määrittämisestä, kohta 7.

¹⁰⁸ Komission tiedonanto relevanttien markkinoiden määrittämisestä, kohdat 13 ja 14.

ti¹⁰⁹. Tutkimalla kuluttajien historiallista käyttäytymistä saadaan suoria viitteitä siitä, mitä tuotteita kuluttajat pitävät korvaavina.¹¹⁰ Mikäli historiallista tietoa ei ole saatavilla, kuluttajien käsityksiä voidaan arvioida epäsuorasti erilaisten markkina- ja tuoteanalyysien pohjalta¹¹¹.

Tarjontapuolen korvaavuudella tarkoitetaan kuluttajille tarjottavien vaihtoehtojen määrän nopeaa kasvamista hinnankorotuksen johdosta. Lähtötilanteessa kuluttajilla on valittavana esimerkiksi vain tuote A. Tuotteen A hinnankorotuksen johdosta alalle voi ilmestyä uutta kilpailevaa tarjontaa tuotteen C muodossa. Mikäli tuotteen A hinnankorotus muodostuu kannattamattomaksi kysynnän siirtyessä tuotteeseen C, tuotteet A ja C ovat tarjontapuolen substituutteja. Relevantteihin tuotemarkkinoihin kuuluvat tällöin tuotteet A ja C. Tarjontapuolen substituutti ei ole kuitenkaan sama asia, kuin potentiaalinen kilpailu. Tuote C on tarjontapuolen substituutti vain, mikäli tuotetta valmistava yritys kykenee, riittävän nopeasti sekä ilman merkittäviä lisäkustannuksia, siirtämään tuotantoaan tuotteen C valmistukseen.¹¹² Esimerkkinä tarjontapuolen substituuteista ovat erilaiset paperilaadut, joita voidaan valmistaa samasta paperikoneesta pienin muutoksin.

Edellä esitetyissä kysyntä- ja tarjontapuolen substituuteissa tarkastellaan vain suoraan korvattavissa olevia tuotteita. Yritykset voivat kohdata kilpailua myös epäsuorien substituuttien kautta¹¹³. Tilannetta voidaan havainnollistaa kolmen eri yrityksen avulla, joilla on jokaisella oma tuoteryhmänsä. Yritys A ja C omaavat tuoteryhmät, jotka ovat hyvin etäisiä substituutteja. Niiden rinnalla toimii kuitenkin yritys B, jonka tuoteryhmä kilpailee molempien yritysten kanssa. Tällöin A:n mahdollisuus nostaa tuoteryhmänsä hintaa riippuu B:n reaktiosta hinnankorotukseen. B kilpailee kuitenkin C:n kanssa, joten B:n toimintaa rajoittaa C:n reagointi mahdolliseen B:n tekemään hinnankorotukseen. Tästä seuraa se, että A:n tekemän hinnankorotuksen kannattavuuteen vaikuttaa välillisesti C:n reaktio, vaikka A:n ja C:n tuoteryhmät eivät ole suoria substituutteja.¹¹⁴ Substituuttien ketjuilla on entistä enemmän merkitystä nykyisessä verkostotaloudessa, jossa tuotedifferoinnilla sekä ydintoimintoihin keskittymällä yritykset muodostavat jatkuvasti monimutkaisempia yhteistyöverkostoja.

¹⁰⁹ Ks. kysyntäpuolen korvaavuuden mittaamisesta tarkemmin Oinonen 2010, s. 238-244.

¹¹⁰ O'Donoghue ja Padilla 2006, s. 69-70 sekä Oinonen 2010, s. 255-256.

¹¹¹ Komission tiedonanto relevanttien markkinoiden määrittämisestä, kohta 25.

¹¹² O'Donoghue ja Padilla 2006, s. 71-73.

¹¹³ Komission tiedonanto relevanttien markkinoiden määrittämisestä, kohta 57.

¹¹⁴ O'Donoghue ja Padilla 2006, s. 75-76.

Maantieteellisten markkinoiden määrittäminen muodostaa toisen osa-alueen relevanttien markkinoiden määrittelystä. Unionin tuomioistuin on vahvistanut tapauksessa *United Brands*¹¹⁵, että yrityksen käyttäytymisen arviointi edellyttää selkeän maantieteellisen markkina-alueen määrittämistä. Tuomioistuimen mukaan markkinoiden määrittämiseen vaikuttaa kilpailun homogeenisuus sekä tuotteen myynti- ja markkinointialue¹¹⁶. Komission tiedoksiannossa esitetyn määritelmän mukaan relevantit maantieteelliset markkinat pitävät sisällään alueen, jossa kilpailu on riittävän homogeenistä ja samalla alueen kilpailuolosuhteet eroavat selkeästi ulkopuolisista alueista¹¹⁷. Maantieteellisten markkinoiden määrittämiseen käytetään samoja keinoja, kuin tuotemarkkinoiden määrittämiseen. Maantieteellisten markkinoiden laajuuteen voivat vaikuttaa mm. erilaiset kustannukselliset syyt, oikeudelliset rajoitukset, tekniset mahdollisuudet sekä kuluttajien tottumukset¹¹⁸. Keskeisenä arvioinnin kohteena on kuluttajien kyky hankkia tuote muualta.

3.2.2 Markkinavoiman määrittäminen relevanteilla markkinoilla

Relevanttien markkinoiden määrittämisen jälkeen tulee määrittää yrityksen markkinavoiman määrä kyseisillä markkinoilla. Määräävän markkina-aseman toteaminen on edellytys mahdollisen väärinkäytön toteamiselle. Markkinarakenteen ja -olosuhteiden analysointi muodostavat keskeisen tarkastelun kohteen EU:n kilpailuoikeudessa. Markkinaosuuksien merkitys markkinarakenteen tarkastelussa on historiallisesti ollut merkittävässä asemassa EU:n tuomioistuinten oikeuskäytännössä. Markkinaosuuksien painottaminen on saanut varsin suurta kritiikkiä taloustieteilijöiden keskuudessa, koska markkinaosuuksien suuruudet riippuvat pitkälti relevanttien markkinoiden määrittämisestä. Riskinä on erityisesti se, että liian kapea-alaisen markkinamäärityksen johdosta yrityksillä katsotaan olevan systemaattisesti enemmän markkinavoimaa, kuin mitä niillä todellisuudessa on.¹¹⁹ Toinen ongelma liittyy markkinarakenteen staattisen tilanteen painottumiseen dynaamisen tarkastelun sijaan. Erityisesti nykyisen verkostotalouden korostuneen dynaamiset piirteet jäävät liian vähälle huomiolle, jos tarkastelu on korostuneen staattinen ja hetkellisiä markkinaosuuksia painottava.

Komissio on kuitenkin tunnustanut ongelman ja ilmaissut tiedonannossaan, että markkinavoiman arvioinnissa otetaan huomioon myös markkinaolosuhteet sekä markkinadynamiik-

¹¹⁵ Asia 27/76 *United Brands Company ja United Brands Continentaal BV v komissio*, kohta 11.

¹¹⁶ Asia 27/76 *United Brands Company ja United Brands Continentaal BV v komissio*, kohta 11.

¹¹⁷ Komission tiedonanto relevanttien markkinoiden määrittämisestä, kohta 8.

¹¹⁸ O'Donoghue ja Padilla 2006, s. 91-93 sekä Oinonen 2010, ss.265.

¹¹⁹ Jones 2008, s.405-406.

ka¹²⁰. Aikaisempien vuosien markkinaosuudet sekä niiden muutokset antavat kuitenkin hyödyllistä tietoa kilpailutilanteen arvioimiseksi¹²¹. Komissio painottaa edelleen markkinoiden rakenteellisen tarkastelun merkitystä osoituksena markkinarakenteesta sekä markkinoilla toimivien yritysten suhteellisista merkityksistä. Komission näkemyksen mukaan markkinaosuudet ovat selkein ja välittömin osoitus mahdollisen määräävän markkina-aseman olemassaolosta. Määräävä markkina-asema ei ole lähtökohtaisesti todennäköinen, jos yrityksen markkinaosuus on alle 40 %. Suuret yli 50 %:n markkinaosuudet viittaavat mahdolliseen määrävään markkina-aseman olemassaoloon, mutta markkinaolosuhteet sekä markkinadynamiikka muodostavat välttämättömän jatkoanalysoinnin kohteen.¹²² Tällöin Komissio ottaa huomioon kilpailijoiden laajentumisen esteet, alalle tulon esteet sekä asiakkaiden tasapainottavan neuvotteluvoiman.

Yritykselle voi aiheutua kilpailullista painetta nykyisten kilpailijoiden toiminnan laajentumisesta sekä alalle tulevista uusista yrityksistä. Laajentumisen tai alalle tulon on oltava kuitenkin todennäköistä, riittävän nopeaa sekä tarpeeksi merkittävää. Kilpailullinen uhka on todennäköistä, mikäli se on kilpailijalle kannattavaa. Keskeisiä tekijöitä ovat laajentumisen tai alalle tulon esteet, syntyvät kustannukset, alan yritysten todennäköiset reaktiot sekä epäonnistumisen todennäköisyys. Laajentumisen tai alalle tulon on oltava myös riittävän nopeaa ja laajaa, jotta toiminta muodostaa oikea-aikaisen ja haitalliset vaikutukset kumoavan uhkan arvioinnin kohteena olevalle yritykselle.¹²³ Komissio on maininnut esimerkkeinä erilaiset oikeudelliset esteet, yrityksen saavuttamat mittakaavaedut, yksinoikeudet, keskeiset infrastruktuurit ja teknologia¹²⁴. Esteet voivat syntyä markkinakehityksen tuloksena, valtion toiminnan johdosta tai yrityksen itsensä luomina. Alalle tulon esteet rajoittavat kuitenkin aina määrävässä markkina-asemassa olevan yrityksen kohtaamaa kilpailun painetta ja mahdollistavat markkinavoiman väärinkäytön.

Alalle tulon esteet voidaan jakaa neljään eri kategoriaan¹²⁵:

- 1) legaaliset alalle tulon esteet
- 2) absoluuttiset kustannusedut
- 3) suhteelliset kustannusedut

¹²⁰ Komission tiedonanto artiklan 102 soveltamisesta, kohdat 13, 15 ja 16.

¹²¹ Alkio 2009, s. 89-91.

¹²² Komission tiedonanto artiklan 102 soveltamisesta, kohdat 13-15.

¹²³ Komission tiedonanto artiklan 102 soveltamisesta, kohta 16.

¹²⁴ Komission tiedonanto artiklan 102 soveltamisesta, kohta 17.

¹²⁵ Kuoppamäki 2003, s. 702.

4) strateginen käyttäytyminen

Yritykset kohtaavat edellä mainittuja esteitä pyrkiessään integroitumaan uudelle alalle. Valtion myöntämä monopoli tai rajoitettu määrä toimilupia ovat esimerkiksi legaalisia esteitä. Potentiaalinen kilpailu ei rajoita tällöin markkinoilla toimivia yrityksiä, koska niiden asema on turvattu valtion myöntämällä yksinoikeudella. Absoluuttiset kustannusedut muodostuvat suurista alkuinvestoinneista. Suuren infrastruktuurin tai laajan jakeluverkoston luominen vaatii merkittäviä alkuinvestointeja, joiden kattaminen voi olla erittäin epävarmaa. Tällöin määräävässä markkina-asemassa olevaan yritykseen ei välttämättä kohdistu riittävää kilpailullista painetta potentiaalisten alalle tulijoiden suunnalta. Suhteelliset kustannusedut ovat alan kaikkien yritysten saatavilla, mutta alalla toimivilla yrityksillä on ensimmäisen toimija etu. Alalle pyrkivän yrityksen tulee tällöin investoida huomattavasti esimerkiksi tuotemerkin vahvistamiseen samojen kustannusetujen saavuttamiseksi.¹²⁶ Myös strateginen käyttäytyminen voidaan katsoa alallepääsyn esteeksi EU:n kilpailuoikeudessa¹²⁷. Määräävässä markkina-asemassa oleva yritys kykenee vaikeuttamaan kilpailijoiden alalle pääsyä erilaisin toimin, jotka nostavat kilpailijoiden kustannuksia¹²⁸. Yrityksen mittakaavaedut, vertikaalinen integraatio, avainasemien hallinta, markkinointi sekä asiakkaiden lukittuminen voivat toimia strategisina esteinä nostaen kilpailijan kustannuksia. Strateginen käyttäytyminen voi myös jo itsessään muodostua määräävän markkina-aseman väärinkäytöksi.

Edellä mainittujen esteiden lisäksi yrityksen käyttäytymistä voi rajoittaa asiakkaiden neuvotteluvoima. Asiakkaat omaavat tällöin neuvotteluaseman, joka estää yritystä hyödyntämästä suurtakin markkinaosuutta. Yhteisön tuomioistuin on edellyttänyt alalle tulon esteiden huomioonottamisen lisäksi asiakkaiden neuvotteluvoiman analysointia, arvioitaessa yrityksen markkinavoiman määrää. Neuvotteluvoima voi syntyä esimerkiksi asiakkaiden suuresta koosta, kaupallisesta merkittävydestä, kyvystä vaihtaa toimittajaa tai kyvystä integroitua vertikaalisesti. Neuvotteluvoiman tulee kuitenkin kattaa pääosa asiakaskunnas-

¹²⁶ Kuoppamäki 2003, s. 702.

¹²⁷ Kuoppamäki 2003, s. 702-703: Eri kilpailuteoriat ovat suhtautuneet hyvin eri tavoin alalle pääsyn esteisiin sekä niiden tuomiin mahdollisiin ongelmiin kilpailun toimivuudelle. Chicagon koulukunta on katsonut ainoastaan valtion luomien juridisten esteiden muodostavan kilpailulle haitallisia esteitä. Toisen ääripään muodostaa Harvardilainen koulukunta, jonka mukaan kaikki alalle pääsyä vaikeuttavat tekijät katsotaan alalle pääsyn esteiksi. Keskeinen näkemys ero liittyy tarkasteltavaan aikaperspektiiviin sekä markkinoiden kykyyn korjata häiriötila. Tarpeeksi pitkällä aikavälillä markkinat korjautuvat itseohjautuvasti, jolloin alalle pääsyn esteitä ovat vain valtion luomat esteet.

¹²⁸ Kuoppamäki 2003, s. 703.

ta, eikä vain tiettyä asiakasryhmää.¹²⁹ Asiakkaiden neuvotteluvoima muodostaa merkittävän tasapainottavan tekijän erityisesti vähittäiskaupan sekä lääketeollisuuden alalla¹³⁰.

Eräänlaisena toimivaltajakoon liittyvänä EU:n kilpailuoikeuden ominaispiirteenä voidaan mainita vielä markkina-aseman alueelliseen ulottuvuuteen liittyvä vaatimus. Määräävän markkina-aseman tulee muodostua oleelliselle osalle EU:n yhteismarkkinoita.¹³¹ Unionin tuomioistuin on ottanut kannan, jonka mukaan oleellisuutta ei tule arvioida pelkästään maantieteellisen laajuuden perusteella. Huomiota tulee kiinnittää tuotannon ja kulutuksen määrään sekä ostajien ja myyjien taloudellisiin toimintatapoihin ja mahdollisuuksiin.¹³² Oikeuskäytännössä on katsottu, että yksittäisen jäsenvaltion osa¹³³ sekä jopa yksittäinen infrastruktuuri¹³⁴ voi täyttää oleellisuusvaatimuksen.

Määräävän markkina-aseman väärinkäytön sääntely pitää sisällään useita käytännön ongelmia. Taloustieteen teorit tarjoavat perusteet sille, miksi suuren markkinavoiman käyttö voi olla haitallista yhteiskunnan tehokkuuden ja markkinatalouden toimivuuden kannalta. Taloustieteen keinoin ei ole kuitenkaan kyetty muodostamaan selkeää määräävän markkina-aseman määritelmää, joka olisi samalla käyttökelpoinen käytännön ratkaisutoiminnassa. Erityisen haastavaa määräävän markkina-aseman toteamisesta tekee relevanttien markkinoiden määrittämisen ja markkinavoiman mittaamisen riittävän selkeä erottaminen kehäpäätelmien välttämiseksi.

¹²⁹ Komission tiedonanto artiklan 102 soveltamisesta, kohta 18.

¹³⁰ O'Donoghue ja Padilla 2006, s. 131-134.

¹³¹ Jones 2008, s. 313 sekä Virtanen 2001, s. 480-483.

¹³² Asia 40/73 Suiker Unie v komissio, kohta 371.

¹³³ Asia 22/78 Hugin Kassenregisterier AB v komissio sekä asia C-323/93 Société Civile Agricole du Centre d'Insémination de la Crespelle v komissio.

¹³⁴ Komission päätös Sea Containers v Stena Sealink 94/19/EC

3.3 Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö

3.3.1 Väärinkäytön toteaminen

EU:ssa määräävän markkina-aseman väärinkäyttö on valittu kilpailuoikeudelliseksi puutumiskeinoksi yritysten yksipuolisiin toimiin. Suuren markkinavoiman hankkimista tai säilyttämistä ei ole itsessään säädetty kielletyksi¹³⁵. Kilpailupoliittisesti on katsottu, että keskeisimmät ongelmat liittyvät suuren markkinavoiman erilaisiin kilpailulle haitallisiin käytötapoihin. Edellisessä kappaleessa läpi käyty määräävän markkina-aseman toteaminen on vain edellytys yrityksen toimien kilpailuoikeudelliselle arvioinnille. Yrityksen on tullut todellisuudessa myös toimia kilpailulle haitallisella tavalla. Määräävän markkina-aseman väärinkäyttötavoista on jaottelu SEUT 102 artiklassa. Artiklan mukaan väärinkäyttöä voi erityisesti olla:

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

Unionin tuomioistuimen ilmaiseman kannan mukaan artiklassa mainitut väärinkäyttömuodot eivät muodosta tyhjentävää listaa. Oikeusvarmuuden kannalta näkökulma ei ole toivottava, mutta oikeuden kannan voidaan nähdä ilmaisevan tarvetta väärinkäyttömuotojen laaja-alaiseen tulkintaan. Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö, sen eri ilmenemismuodoista huolimatta, on kyetty tähänkin asti perustelemaan artiklassa mainittujen väärinkäyttömuotojen perusteella.¹³⁶

¹³⁵ Yrityskauppavalvonnan tarkoituksena on estää liian suuren markkinavoiman syntyminen sopimusjärjestelyin, joten yritysten sisäisen kehityksen myötä tapahtuneen kasvun katsotaan syntyvän todennäköisemmin kilpailijoita tehokkaamman toiminnan myötä.

¹³⁶ O'Donoghue ja Padilla 2006, s. 213-215.

Unionin tuomioistuimet ovat määrittäneet väärinkäytön käsitettä useassa oikeustapauksessa. Ehkä merkittävimmän määritelmän muodostaa tapauksen *Hoffmann-La Roche*¹³⁷ määritelmä:

”Väärinkäytön käsite on objektiivinen käsite, joka tarkoittaa määräävässä asemassa olevan yrityksen käyttäytymistä, joka on omiaan vaikuttamaan sellaisten markkinoiden rakenteeseen, joilla juuri kyseessä olevan yrityksen olemassaolon vuoksi kilpailuaste on jo heikentynyt, ja joka estää markkinoilla vielä voimassa olevan kilpailuasteen säilymisen ja tämän kilpailun kehittymisen sen vuoksi, että tämä yritys käyttää muita kuin niitä keinoja, joita taloudellisten toimijoiden liiketoimiin perustuvassa tuotteiden ja palvelujen tavallisessa kilpailussa käytetään.”

Keskeisenä näkökulmana tuomioistuimen määritelmässä on yrityksen oikeus normaaliin suorituskilpailuun. Myös tuomioistuinten ja komission myöhemmässä ratkaisukäytännössä on painotettu yritysten oikeutta normaaliin kilpailuun¹³⁸. Tarkoituksena ei ole tehottomampien kilpailijoiden suojeleminen, vaan markkinavoiman väärinkäytön estäminen. Rajanveto-ongelmaa normaalin suorituskilpailun ja markkinavoiman väärinkäytön välillä lisäsi unionin tuomioistuimen päätös tapauksessa *Michelin I*¹³⁹, jossa oli kyse Michelinin myöntämisestä tavoitealennuksista. Osana päätöstä tuomioistuin lausui, että huolimatta asemaan johtaneista syistä, ”yrityksellä on erityinen velvollisuus olla toiminnallaan rajoittamatta toimivaa ja vääristymätöntä kilpailua yhteismarkkinoilla”¹⁴⁰. Komission sekä tuomioistuinten oikeuskäytännössä muodostuneet määritelmät ovat oikeusvarmuuden kannalta varsin haastavia. Normaalin suorituskilpailun tai toimivan ja vääristymättömän kilpailun määrittäminen sekä määritelmien johdonmukainen käyttäminen ovat keskeisiä ongelmia tarkasteltaessa oikeuskäytäntöä.¹⁴¹

Määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen tavoitteet ovat keskeisessä osassa arvioidessa yrityksen toimintaa ja vaikutuksia kilpailulle. Tuomioistuinten oikeuskäytännössä on tunnustettu se, että yrityksellä voi olla objektiiviset syyt toiminnalle¹⁴². Toiminta voi olla välttämätöntä yrityksen ulkoisten tekijöiden vuoksi, puolustusreaktio kaupallisiin in-

¹³⁷ Asia 85/76 Hoffmann-La Roche & Co AG v. komissio.

¹³⁸ Asia C-62/86 AKZO Chemie BV v komissio sekä asia T-203/01 Michelin v komissio.

¹³⁹ Asia 322/81 Nederlandche Banden-Industrie Michelin v komissio.

¹⁴⁰ Asia T-203/01 Michelin v komissio, kohta 57.

¹⁴¹ O’Donoghue ja Padilla 2006, s. 176-177 sekä Jones 2008, s. 325-327.

¹⁴² 40/70 Sirena, 78/70 Deutsche Grammophon, 27/76 UBC, 78/43 Magill, C_163/99 Portugal

trasseihin kohdistuvaan uhkaan sekä oikeutettu tehokkuusperustein. Yrityksen kapasiteetti tai laadunvalvonta voi esimerkiksi oikeuttaa toimituksesta kieltäytymisen, koska ne muodostavat objektiivisen rajoitteen. Myös yrityksen kaupallisten intressien puolustaminen voi muodostaa objektiivisen syyn toiminnalle. Huomioon tulee kuitenkin ottaa oikeuskäytännössä muodostunut erityinen vastuu kilpailun säilyttämisestä, jolloin reaktion tulee olla suhteutettu uhkaan. Tehokkuusperuste muodostaa laaja-alaisimman puolustusväitteen.¹⁴³ Yrityksen tulee osoittaa, että toimi on alun perin tarkoitettu parantamaan tuotetta tai jakelua; edistämään teknistä tai taloudellista kehitystä tai parantamaan tehokkuutta jollakin muulla tavalla. Yrityksen tulee lisäksi näyttää, että toimi on välttämätön tavoitteiden aikaansaamiseksi, hyödyt ovat haittoja suuremmat, kuluttajille ei koidu toimien johdosta haittaa sekä kilpailu ei poistu merkittävältä osalta kyseisiä markkinoita.¹⁴⁴ Määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen oikeutusperusteiden ilmentäessä yrityksen hyväksyttäviiä tavoitteita, on mielekästä jakaa myös eri väärinkäyttömuodot tavoitteiden mukaisesti.

Artiklan 102 väärinkäyttömuodot voidaan jakaa kolmeen eri kategoriaan tavoitteiden perusteella: hyväksikäyttöön, poissulkemiseen sekä rankaisemiseen tähtääviin toimiin. Hyväksikäyttöön tähtäävät toimet koostuvat ylihinnittelusta ja vastaavista toimista, joilla määräävässä markkina-asemassa oleva yritys pyrkii suoraan hyödynsiirtoon kuluttajilta yritykselle. Markkinavoiman väärinkäyttöön ei tällöin liity kilpailijoiden toimintamahdollisuuksiin vaikuttamista. Määräävän markkina-aseman vuoksi kaikki kuluttajat eivät voi siirtyä kilpaileviin tuotteisiin, vaan joutuvat ostamaan tuotteen korkeampaan hintaan. Määräävässä markkina-asemassa oleva yritys ei kuitenkaan pyri toiminnallaan estämään asiakkaitaan siirtymästä kilpailijoiden tuotteisiin. Poissulkemiseen tähtäävät toimet muodostavat artiklan 102 soveltamisen keskeisimmän osa-alueen. Poissulkemisessa on kyse määräävän markkina-aseman säilyttämiseen tai vahvistamiseen tähtäävistä toimenpiteistä. Kuluttajat kärsivät hyvinvointitappion sen vuoksi, että kilpailun ohjaava vaikutus vähenee. Kilpailun vähenemisen johdosta yrityksen markkinavoima säilyy tai jopa kasvaa ja se kykenee hyväksikäyttämään asiakkaiden lukittumista korkeampien hintojen muodossa. Merkittävä osuus unionin oikeuskäytännöstä määräävän markkina-aseman väärinkäytön osalta koskee poissulkevia toimenpiteitä. Kolmas kategoria muodostuu kilpailijoiden tai asiakkaiden rankaisemiseen tähtäävistä toimenpiteistä. Oikeuskäytännössä on yleensä ollut kyse asiakkaisiin kohdistetuista toimenpiteistä, joiden avulla asioiminen kilpailijan kanssa on pyritty

¹⁴³ O'Donoghue ja Padilla 2006, s. 227-230 sekä Jones 2008, s. 331-338.

¹⁴⁴ Komission tiedonanto artiklan 102 soveltamisesta, kohdat 28-31.

estämään.¹⁴⁵ Todellisuudessa väärinkäytökset muodostavat usein kokonaisuuden, jossa on viitteitä useammasta tavoitteesta. Tämän vuoksi määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä tarkastellaan pääosin eri väärinkäyttötyyppien kautta.

Kuten määräävän markkina-aseman toteamisen osalta, niin myös väärinkäytön osalta edellytetään tietynasteista vaikutusta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Väärinkäytöllä tulee olla olennainen tai tuntuva vaikutus jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Kauppakriteerin tehtävä on määritellä sovelletaanko väärinkäyttöön kansallista kilpailulainsäädäntöä vai EU:n kilpailuoikeuden 102 artiklaa. Vuoden 2004 modernisoinnin jälkeen kauppakriteerin merkitys on vähentynyt, koska nykyään myös kansalliset tuomioistuimet ovat velvollisia soveltamaan 102 artiklaa. Kansallisen lainsäädännön ja 102 artiklan välillä voi olla kuitenkin eroja, koska SEUT 3(2) artikla antaa mahdollisuuden tiukempaan kansalliseen sääntelyyn.

3.3.2 Erityiset väärinkäyttötyypit

Määräävän markkina-aseman väärinkäyttötyyppejä ovat mm. saalistushinnoittelu, myyntijärjestelmät ja alennukset, diskriminointi, sidonta ja niputtaminen, kohtuuttomat hinnat ja sopimusehdot, toimituksesta kieltäytyminen, perusteettomat oikeudenkäynnit sekä tuotannon ja teknisen kehityksen rajoittaminen. Väärinkäyttötyypit eivät kategorisoidu eri väärinkäyttötavoitteiden perusteella, vaan näyttäytyvät konkreettisina väärinkäyttötoimina käytännön tilanteissa. Tästä huolimatta väärinkäytön tavoitteet muodostavat keskeisiltä osin ne perusteet, joilla toiminta voidaan katsoa määräävän markkina-aseman väärinkäytöksi. Toiminnalla tulee olla aina kilpailulle haitallisia markkinavaikutuksia, jotta toiminta täyttää määräävän markkina-aseman väärinkäytön kriteerit.

Pelkästään kilpailijoiden poissulkemiseen tähtäävät väärinkäyttötyypit ovat saalistushinnoittelu sekä myyntijärjestelmät ja alennukset. Saalistushinnoittelun avulla yritys pyrkii estämään kilpailijoiden alalle tulon tai laajentumisen markkinoilla. Hintakilpailu on pääsääntöisesti markkinoiden tehokkuutta lisäävää ja myös määräävässä markkina-asemassa olevalla yrityksellä on oikeus kilpailla oman tehokkuutensa perusteella¹⁴⁶. Tietyissä tilanteissa hinnan alentaminen voi kuitenkin olla haitallista kilpailulle sekä kuluttajille. Saalistushinnoittelulla tarkoitetaan pääsääntöisesti käyttäytymistä, jolla yritys uhraa lyhyen tähtäimen voittojaan alentamalla tuotteen hintaa ja pyrkii myöhemmin määräävän markkina-

¹⁴⁵ O'Donoghue ja Padilla 2006, s. 174-175 sekä Jones 2008, s. 316-322.

¹⁴⁶ Komission päätös Eurofix-Bauco v Hilti L 65/19 sekä komission päätös AKZO-Chemie 1985/374/1, pysytetty asiassa C-62/86 AKZO Chemie BV v komissio.

aseman turvin kattamaan syntyneet tappiot hinnankorotuksella. Rajanveto normaalin hintakilpailun ja saalistushinnoittelun välillä aiheuttaa merkittävimmät ongelmat käytännön soveltamistilanteissa.¹⁴⁷ Myös erilaisten yksinmyyntijärjestelyjen sekä alennusten tarkoituksena voi olla kilpailijan toiminnan vaikeuttaminen. Pääasiallinen keino on tällöin asiakkaiden sitouttaminen tai sitominen yritykseen, jotta yritys säilyttää määräävän asemansa. Toiminnan takan oleva logiikka on käytännössä sama kuin saalistushinnoittelussa. Yritys uhraa resurssejaan estääkseen kilpailijan alalle tulon tai laajentumisen.¹⁴⁸

Tutkielman tavoitteen näkökulmasta keskeiset väärinkäyttötyypit pitävät sisällään hyväksikäyttöön tähtäävän toiminnan. Diskriminointi sekä sidonta ja niputtaminen voivat pitää sisällään kilpailijoita poissulkevia toimenpiteitä sekä asiakkaiden hyväksikäyttöön tähtääviä toimenpiteitä. Asiakkaiden hyväksikäyttöön liittyvän diskriminoinnin avulla määräävässä asemassa oleva yritys pyrkii hyödyntämään asiakkaiden välisiä eroja tuotteen arvostamisessa. Asiakkaat omaavat erilaiset tarpeet, jolloin asiakkaat ovat valmiita maksamaan samasta tuotteesta eri hinnan. Yrityksellä täytyy olla kuitenkin mahdollisuus segmentoida asiakkaat maksuhalun perusteella sekä estää asiakkaiden keskinäinen kaupankäynti, jotta diskriminointi on käytännössä mahdollista. Hintadiskriminoinnin vaikutukset kuluttajien hyvinvointiin ovat kuitenkin erittäin monimutkaisia ja pitävät sisällään monia positiivisia elementtejä. Tämän vuoksi oikeuskäytäntö koskee tilanteita, joissa diskriminointi on ollut osa kilpailijoita poissulkevaa toimintaa¹⁴⁹.

Tuotteiden sidonnan ja niputtamisen tavoitteena voi myös olla asiakkaiden hyväksikäyttö. Väärinkäyttötyyppi kategorisoidaan yleensä kilpailijoita poissulkeväksi¹⁵⁰, mutta siihen liittyy myös puhtaan hyväksikäytön elementtejä. Esimerkiksi monopoliyritys A valmistaa tuotetta X ja Y. Monopoli voi olla valtiollisen sääntelyn tulos, perustua merkittävän infrastruktuurin hallintaan tai yksinoikeuteen. Tuotetta Y valmistaa useampi yritys, mutta tuotteen X valmistukseen A:lla on yksinoikeus. Tuotteet ovat toistensa komplementteja, jolloin A:lle voi syntyä kannustin myydä tuotteita vain yhdessä. A:n mahdollisuus ulottaa monopolista syntyvä markkinavoima kilpailuille Y:n markkinoille riippuu pitkälti monopolin vahvuudesta ja hyödykkeiden X ja Y välttämättömyydestä. Toiminnalla on myös kilpailua

¹⁴⁷ Katso saalistushinnoittelusta tarkemmin O'Donoghue ja Padilla 2006, s. 235-302.

¹⁴⁸ Katso myynti- sekä alennusjärjestelmistä tarkemmin O'Donoghue ja Padilla 2006, s. 351-406.

¹⁴⁹ O'Donoghue ja Padilla 2006, s. 554-555.

¹⁵⁰ O'Donoghue ja Padilla 2006, s. 477 sekä Jones 2008, s. 514.

poissulkeva vaikutus, mutta A:n näkökulmasta se kykenee käyttämään markkinavoimaansa hyväksi myös suhteessa markkinoiden Y kuluttajiin.

Edellä mainittujen väärinkäyttötyyppien avulla ei ole mahdollista puuttua johdannossa sekä kappaleessa 3.3 esiteltyihin kilpailuoikeudellisiin ongelmiin. Edellä avatut väärinkäyttötyypit koskevat pääosin kilpailijoita poissulkevia toimenpiteitä sekä markkinavoiman ulottamista toisille markkinoille. Hyväksikäyttöön tähtäävä diskriminointi muodostaa mahdollisen oman erillisen ongelman, eikä käsittele kysymystä mahdollisen ylihinnan perimisestä. Tutkielman kysymyksenasettelun kannalta keskeisimmät väärinkäyttötyypit ovat toimituksesta kieltäytyminen, perusteettomat oikeudenkäynnit, tuotannon ja teknisen kehityksen rajoittaminen sekä kohtuuttomat hinnat ja sopimusehdot. Edellä mainitut väärinkäyttötyypit liittyvät PAE-yrityksiin yhdistettyihin ongelmallisiin lisensointikäytäntöihin ja tarjoavat mahdollisuuden käytäntöjen kilpailuoikeudelliseen tarkasteluun nykyisen oikeuskäytännön valossa.

4 Erityisten väärinkäyttötyyppien soveltuminen PAE-yritysten käytäntöihin

4.1 Lisensoinnista kieltäytyminen määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä

4.1.1 Toimituksesta kieltäytyminen erityisenä väärinkäyttötyyppinä

EU:n ensimmäisen asteen tuomioistuimen päätöksestä tapauksessa *Bayer*¹⁵¹ ilmenee, että toimituksesta kieltäytyminen on kiellettyä vain, jos se muodostaa väärinkäytön. Määräävän markkina-aseman yrityksellä on siis lähtökohtaisesti sopimusvapauden luoma oikeus valita sopimusikumppaninsa¹⁵². Huomattavan markkinavoiman vuoksi yrityksellä on kuitenkin erityisvelvollisuus kilpailuprosessin ylläpitämiseksi¹⁵³. Edellä mainitusta erityisvelvoitteesta seuraa tällöin sopimusvapauden tietynasteinen rajoittuminen. Kilpailuoikeuden voidaan nähdä tällöin rajoittavan myös perusvapauksia, koska määräävässä markkina-asemassa olevalle toimijalle voi syntyä tietynasteinen sopimuksensolmimisvelvollisuus.

Toimituksesta kieltäytymisessä on yleensä kyse markkinoita sulkevasta väärinkäytöstä, jolla yritys pyrkii varaamaan päähyödykkeelle alisteiset markkinat itselleen. Yritys pyrkii ulottamaan markkinavoimansa vipuvaikutuksen avulla toissijaisille markkinoille, joilla toimiminen edellyttää määräävän markkina-aseman yrityksen hallussa olevaa tuotannontekijää. Toimituksesta kieltäytymisenä voidaan pitää myös muihin väärinkäyttömuotoihin perustuvia toimia, mikäli niillä on käytännössä sama vaikutus kuin toimituksesta kieltäytymisellä. Tällöin voidaan puhua niin sanotusta epäsuorasta tai rakenteellisesta toimituksesta kieltäytymisestä¹⁵⁴. Esimerkiksi erittäin korkean hinnan tai tavanomaisesta poikkeavien ehtojen asettaminen voi muodostua toimituksesta kieltäytymiseksi, vaikka yritys näennäisesti suostuisikin toimittamaan tuotannontekijän.

Merkittävimpiä tapauksia, joissa toimituksesta kieltäytymistä on pidetty väärinkäyttönä, on *Commercial Solvents*¹⁵⁵. Tapauksessa katsottiin väärinkäytöksi se, että raaka-ainevalmistaja kieltäytyi toimittamasta raaka-ainetta, jotta yritys pystyi itse aloittamaan toiminnan johdannaistuotemarkkinoilla. Yrityksellä oli määräävä markkina-asema raaka-ainemarkkinoilla, koska se oli ainoa toimittaja. Tuomioistuin katsoi, että yritys käytti väärin markkinavoimaansa integroitumalla alamarkkinoille ja samalla poistaen kilpailijoidensa mahdollisuuden toimia, kieltäytymällä toimittamasta raaka-ainetta. Tapauksessa *United*

¹⁵¹ Asia T-41/96, Bayer AG v komissio, kohta 80.

¹⁵² Ks. myös komission tiedonanto artiklan 102 soveltamisesta, kohta 75.

¹⁵³ Leivo s. 820.

¹⁵⁴ Leivo s. 823.

¹⁵⁵ Yhdistetyt asiat 6/73 ja 7/73 Instituto Chemioterapico Italiano SpA ja Commercial Solvents Corporation v komissio.

*Brands*¹⁵⁶ banaanien valmistaja keskeytti toimitukset jakelijalleen, koska tämä oli osallistunut kilpailevan banaanivalmistajan mainoskampanjaan. Tuomioistuin katsoi, että yrityksellä ei ollut objektiivisia syitä toimitusten keskeyttämiseen ja toimien olleen ylimitoitettuja suhteessa suojeltaviin intresseihin. Tuomioistuimen mukaan määräävässä markkina-asemassa olevalla yrityksellä on oikeus suojella kaupallisia intressejään, mutta toimien nimenomaisena tarkoituksena ei saa olla määräävän markkina-aseman vahvistaminen tai väärinkäyttö¹⁵⁷. Edellä mainituista tapauksista ilmenee se, että määräävässä markkina-asemassa olevalla yrityksellä on tietynasteinen tasapuolisuusvelvoite kilpailijoitaan ja asiakkaitaan kohtaan. Yrityksen toimilla tulee olla liiketaloudellisesti objektiiviset perusteet, eikä yritys saa hyödyntää markkinavoimaansa tavalla, joka vääristää tai poistaa kilpailua markkinoilta¹⁵⁸.

Väärinkäytön arvioinnissa tulee kuitenkin ottaa huomioon myös määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen kapasiteetti. Kapasiteetin jakaminen tai lisäkapasiteetin vaatiminen eivät ole kilpailuoikeudellisesti kestäviä ratkaisuja. Kapasiteetin jakaminen voi itse asiassa vähentää resurssien tehokasta käyttöä. Tällöin lopputulos ei ole toivottava yhteiskunnan tehokkuuden kannalta. Keinotekoinen kapasiteetin lisääminen ei ole myöskään yhteiskunnan kannalta toimiva vaihtoehto. Tällöin siirrytään kohti suunnitelmataloutta, koska markkinat eivät enää määrittäisi sopivaa tuotantomäärää.¹⁵⁹

Toimituksesta kieltäytymisen erityisenä muotona voidaan pitää tilanteita, joissa määräävän markkina-aseman yrityksellä on hallussaan niin sanottu avainasema tai pullonkaularesurssi. Kyseessä on Yhdysvaltojen antitrust-oikeudessa muodostunut *essential facilities* -doktriini, jota on lisääntyvässä määrin käytetty myös EU:n kilpailuoikeudessa¹⁶⁰. Opin soveltamisedellytykset ovat muotoutuneet EU:n tuomioistuinten oikeuskäytännössä 1990-luvun aikana. Opin keskeisenä ajatuksena on, että yrityksen hallussa oleva tuotannontekijä tai resurssi on välttämätön alamarkkinoilla toimimiseen. Yritykselle syntyy tällöin määräävä markkina-asema joko pelkästään resurssin hallitsemisen vuoksi, tai yhteisvaikutuksesta muiden markkinavoimaa lisäävien elementtien myötä. Oikeuskäytännössä erityisesti kaksi oikeustapausta, ovat muovanneet ja määrittäneet opin soveltamisedellytyksiä. Asioissa

¹⁵⁶ Asia 27/76 United Brands Company ja United Brands Continentaal BV v komissio.

¹⁵⁷ Ibid, kohta 189.

¹⁵⁸ Ks. myös Kuoppamäki 2003, ss. 761.

¹⁵⁹ Virtanen 2001, s. 555.

¹⁶⁰ Kuoppamäki 2012, s. 243.

*Magill*¹⁶¹ ja *Oscar Bronner*¹⁶² tuomioistuin määrittä seuraavat kriteerit, joiden tulee täytyä, jotta toimituksesta kieltäytymistä voidaan pitää määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä.

- 1) Pullonkaularesurssin tulee olla tosiasiallisesti korvaamaton
- 2) Kieltäytymistä ei voida objektiivisesti perustella
- 3) Kieltäytyminen saattaa poistaa kaiken kilpailun johdannaisilta markkinoilta¹⁶³

Edellä mainitut kriteerit ovat olleet keskeisessä asemassa arvioitaessa toimituksesta kieltäytymistä erityisesti immateriaalioikeustapauksissa. Seuraavaksi perehdytään tarkemmin oikeuskäytäntöön, joka liittyy immateriaalioikeuden lisensoinnista kieltäytymiseen määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä sekä avataan oikeuskäytännössä muodostuneita kriteereitä.

EU:n tuomioistuin totesi asiassa *Volvo*¹⁶⁴, että yritys ei syyllisty määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön pelkästään sen perusteella, että se kieltäytyy toimittamasta immateriaalioikeudella suojattua tuotetta¹⁶⁵. Tapauksessa Volvo kieltäytyi myöntämästä lisenssiä mallioikeuteensa, joka koski auton varaosia. Tuomioistuin kuitenkin linjasi, että kieltäytyminen voi olla väärinkäyttöä mikäli yrityksellä on määräävä markkina-asema ja yritys asettaa immateriaalioikeuden suojaaman hyödykkeen hinnan kohtuuttoman korkeaksi, yritys lopettaa hyödykkeiden valmistamisen vaikka hyödykkeille on vielä kysyntää tai yritys mielivaltaisesti kieltäytyy toimittamasta hyödykkeitä itsenäisille jakelijoille¹⁶⁶. Tuomioistuin toi perusteluissaan esiin sen, että kilpailuoikeudella ei ole tarkoitus puuttua immateriaalioikeuksien ydinsisältöön, eli suojan takana olevaan taloudelliseen voittopotentiaaliin ja sitä turvaavaan kielto-oikeuteen. Tuomioistuin kuitenkin huomioi jo kyseisessä tapauksessa, että poikkeuksellisissa olosuhteissa lisensoinnista kieltäytyminen voi muodostua määräävän markkina-aseman väärinkäytöksi.

¹⁶¹ Yhdistetyt asiat C-241/91 P ja C-242/91 P Radio Telefis Eireann (RTE) ja Independent Television Publications Ltd (ITP) v komissio.

¹⁶² Asia C-7/97 Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint ym.

¹⁶³ Ibid, kohta 41.

¹⁶⁴ Asia 238/87 AB Volvo v Erik Veng (UK) Ltd.

¹⁶⁵ Ibid, kohta 8.

¹⁶⁶ Ibid, kohta 9.

Asiassa *Magill*¹⁶⁷ tuomioistuin tarkensi kriteerejä, joiden perusteella lisensoinnista kieltäytymistä voidaan pitää määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä. Tapauksessa *Magill* pyrki julkaisemaan viikoittaista ohjelmalehteä, mutta televisioyhtiöt vetosivat immateriaalioikeuksiinsa ja vaativat ohjelmatietojensa käytön kieltä. Tuomioistuin katsoi, että jokaisella televisioyhtiöllä oli määräävä markkina-asema omien ohjelmatietojensa osalta, ja että televisioyhtiöt pyrkivät immateriaalioikeuksiinsa vedoten varaamaan itselleen johdannaiset markkinat, jotka muodostuivat viikoittaisista ohjelmalehdistä. Väärinkäytön toteaminen kiteytyi seuraaviin kolmeen kohtaan. Uusi tuote, jolle olisi mahdollista kulutuskysyntää, ei päässyt markkinoille, kieltäytyminen ei ollut objektiivisesti perusteltua ja kilpailu poistui johdannaisilta markkinoilta¹⁶⁸. Tapauksessa esiin tuodut kolme kriteeriä ovat sittemmin muodostaneet tuomioistuimen arvioinnin perustan.

Asiassa *Magill* tuomioistuin asetti yhdeksi väärinkäytön kriteeriksi sen, että toimituksesta kieltäytyminen estää uuden tuotteen markkinoille tulon. Lisäksi tuomioistuin totesi, että mahdollisella tuotteella tulee olla potentiaalista kulutuskysyntää. Tuomioistuin poikkesi perinteisestä toimituksesta kieltäytymisestä asettaessaan yhdeksi kriteeristä uuden tuotteen markkinoille tulon estymisen. Immateriaalioikeustapauksien arviointiin muodostui tällöin tiukemmat arviointikriteerit kuin muihin omistusoikeuksiin.

Asiassa *IMS Health*¹⁶⁹ tuomioistuin vahvisti aiemmin asettamansa kriteerit. Tapauksesta teki kuitenkin merkittävän komission tulkinta uuden tuotteen vaatimuksesta. Komissio tulkitsi aikaisemmin muodostuneita kriteerejä siten, että ne eivät olleet kumulatiivisia. Komissio katsoi päätöksessään, että toimituksesta kieltäytymistä voidaan pitää väärinkäyttönä, vaikka kieltäytyminen ei estäisi uuden tuotteen markkinoille tuloa¹⁷⁰. Tuomioistuin totesi kuitenkin, että kriteerit ovat kumulatiivisia¹⁷¹.

Asiassa *Microsoft*¹⁷² tuomioistuin laajensi uuden tuotteen määrittäystä. Tuomioistuin totesi, että väärinkäyttöä voi olla myös muu 102 artiklassa mainittu toiminta, joka aiheuttaa kuluttajille vahinkoa. Esimerkkeinä tuomioistuin luetteli tuotannon, markkinoiden sekä teknisen kehityksen rajoittamisen. Tuomioistuin käytännössä katsoi Microsoftin rajoittavan teknistä

¹⁶⁷ Yhdistetyt asiat C-241/91 P ja C-242/91 P *Radio Telefis Eireann (RTE) ja Independent Television Publications Ltd (ITP) v komissio*.

¹⁶⁸ *Ibid*, kohdat 54-56.

¹⁶⁹ Asia C-418/01 *IMS Health GmbH & Co. OHG v NDC Health GmbH & Co. KG*.

¹⁷⁰ Komission päätös *IMS Health 2003/741/EC*.

¹⁷¹ C-418/01 *IMS Health GmbH & Co. OHG v NDC Health GmbH & Co. KG*, annettu 29.4.2004, kohta 38.

¹⁷² Asia T-201/04 *Microsoft v komissio*.

kehitystä ja näin estävän hypoteettisen uuden tuotteen markkinoille pääsyn.¹⁷³ Tuomioistuimien perusti tuomionsa siis markkinavoiman väärinkäytölle, joka ilmeni teknologisen kehityksen rajoittumisena, mistä koituu haittaa kilpailun kuluttajille. Tapauksesta tehtävien johtopäätösten osalta on keskeistä huomata, että Microsoftin käyttöjärjestelmästä on muodostunut käytännössä alan standardi, johon kuluttajat ovat lukittuneet ja kilpailun toimivuus on riippuvaista kilpailijoiden pääsystä Microsoftin hallitsemaan infrastruktuuriin. Käyttöjärjestelmään pääsyn voidaan katsoa olevan keskeistä kilpailun toimivuuden kannalta, kun otetaan huomioon Microsoftin markkinavoima sekä markkinaosuus käyttöjärjestelmämarkkinoilla¹⁷⁴.

4.1.3 Väärinkäyttömuodon soveltuminen PAE-yrityksiin

Muodostunut oikeuskäytäntö koskee yrityksiä, jotka harjoittavat valmistustoimintaa johdannaisilla markkinoilla. Tilanteissa on kyse tapauksista, joissa yritys on pyrkinyt poistamaan kilpailun johdannaisilta markkinoilta.¹⁷⁵ Määräävässä markkina-asetuksessa olevan yrityksen tavoitteena on tällöin kilpailijoiden toiminnan vaikeuttaminen ja oman markkina-asetuksen turvaaminen tai kasvattaminen. PAE-yritykset toimivat kuitenkin vain yksillä markkinoilla, jolloin niiden toimintaa ei voida arvioida täysin samoin kriteerein. PAE-yrityksen tavoitteena on lähtökohtaisesti maksimoida lisensointitulot, jolloin yrityksellä ei ole kilpailijoita poissulkevaa tavoitetta. PAE-yritysten pyrkiessä lisensoimaan teknologiaa mahdollisimman monelle halukkaalle, toimintaan puuttuminen toimituksesta kieltäytymisenä on erityisen vaikeaa, koska yrityksen toimia voidaan arvioida lähtökohtaisesti vain rakenteellisena toimituksesta kieltäytymisenä. Tällöin viranomaisen tai oikeuden tulee ottaa kantaa siihen, mikä on patentista saatavan lisensointitulon ns. käypä markkinahinta.

Immateriaalioikeuden haltijalla katsotaan olevan oikeus maksimoida oikeudesta saatava hyöty. Tähän kuuluu myös ns. monopolihinnan periminen, koska sen katsotaan olevan korvausta tuotekehityksen kustannuksista, riskistä sekä yhteiskunnan dynaamisen tehokkuuden parantumisesta¹⁷⁶. Oikeuskäytännössä on tunnustettu se, että lisensoijalla on varsin laaja vapaus päättää haluamansa korvauksen suuruudesta¹⁷⁷, koska omaperäisen sekä teknologisesti paremman tuotteen markkinahintaa on miltei mahdotonta määrittää. Tämän vuoksi on erittäin hankalaa näyttää pyydetyn korvauksen olevan niin korkea, että kyseessä

¹⁷³ Asia T-201/04 Microsoft v komissio, kohdat 643 ja 647.

¹⁷⁴ Ks. avainaseman merkityksestä kilpailulle. Mylly 2002.

¹⁷⁵ Gagnon 2013, s.25.

¹⁷⁶ Jones 2008, s. 556.

¹⁷⁷ Asia C-38/98 Régie Nationale des Usines Renault SA v. Maxicar SpA ja Orazio Formento.

olisi rakenteellinen toimituksesta kieltäytyminen. Todennäköisesti toimintaan olisi mahdollista puuttua jo pelkkänä ylihinnitteluna, mikäli rakenteellisen toimituksesta kieltäytymisen toteaminen olisi käsillä. Oikeuskäytännössä muodostuneet kriteerit aiheuttavat lisäksi epävarmuutta siitä, olisiko PAE-yrityksen väitettyä ylihinnittelua edes mahdollista katsoa toimituksesta kieltäytymiseksi. EU:n tuomioistuimet ovat edellyttäneet, että resurssin tulee olla korvaamaton sekä kieltäytymisen seurauksena kilpailun tulee estyä johdannaisilla markkinoilla.

Kyseessä oleva patentoitu teknologia ei useinkaan ole korvaamaton teknologisenä ratkaisuna. Ongelmaksi muodostuukin lähinnä se, että yritys on ottanut teknologian jo käyttöön ja on mahdollisesti lukittunut siihen, tehtyjen investointien sekä uponneiden kustannusten johdosta. Patentoitu teknologinen ratkaisu on tällöin usein korvaamaton kyseiselle yritykselle taloudellisesti, koska teknologian korvaaminen tai kiertäminen on erittäin kallista ja aiheuttaisi pahimmillaan yrityksen poistumisen markkinoilta.¹⁷⁸ Ongelmaa korostaa se, että PAE-yritykset tekevät patenttiin kohdistuvia väitteitä usein vasta usean vuoden kuluttua siitä, kun yritys on ottanut teknologian käyttöön. Tutkimusten mukaan PAE-yritysten käyttäytyminen eroaa merkittävästi tuotantotoimintaa harjoittavista yrityksistä. Tuotantotoimintaa harjoittavan yrityksen patentti on keskimäärin ”hyllytetty” siinä vaiheessa, kun PAE-yritys esittää omistamastaan patentista ensimmäisen vaatimuksen¹⁷⁹. Aktiivisimmat PAE-yritykset tekevät patentista ensimmäisen väitteen keskimäärin seitsemän vuoden kuluttua patentin myöntämisestä¹⁸⁰.

PAE-yrityksen toimien seurauksena voi vain harvoissa tapauksissa olla kilpailun estyminen kokonaan johdannaisilla markkinoilla. PAE-yrityksen toimet kohdistuvat harvoin vain yhteen yritykseen. Useimmiten PAE-yritys esittää patentinloukkausväitteitä useampaa yritystä kohtaan, joista ainakin osa sopii kiistan. Mikäli oikeuskäytännössä muodostuneita kriteerejä sovelletaan tiukasti, voidaan katsoa, ettei kilpailu esty kokonaan johdannaisilla markkinoilla. Toimituksesta kieltäytymisen voidaan katsoa soveltuvan PAE-yrityksen toimiin vain erittäin poikkeuksellisissa olosuhteissa. Patentoidun teknologian tulee olla lähtökohtaisesti välttämätöntä alalla toimimiselle ja lisensointikorvauksen niin suuri, että koko

¹⁷⁸ Lemley ja Shapiro 2007, s. 1995.

¹⁷⁹ Love 2013, s. 1312.

¹⁸⁰ Michael Risch, Patent Troll Myths, 42 SETON HALL L. REV. 457, 490 (2012). raportissa Yeh: An Overview of the ”Patent Trolls” Debate, s. 5.

tuote poistuu markkinoilta. PAE-yrityksen vaatiman lisensointikorvauksen tulisi tällöin olla selkeästi myös kohtuuton suhteessa tuotteen taloudelliseen arvoon.

4.2 Perusteeton oikeudenkäynti määrävän markkina-aseman väärinkäyttönä

4.2.1 Perusteeton oikeudenkäynti erityisenä väärinkäyttötyyppinä

Länsimaisen yhteiskunnan keskeisiin periaatteisiin kuuluu oikeus päästä tuomioistuimeen. Kyseessä on yksi perusoikeuksista, jonka avulla yksityiset toimijat kykenevät valvomaan oikeuksiaan. Oikeudenkäynnit ovat kuitenkin varsin kalliita erityisesti yrityselämässä, mikä tarjoaa ääritapauksissa mahdollisuuden markkinavoiman väärinkäytölle. Tämä korostuu erityisesti tapauksissa, joissa on kyse immateriaalioikeuden loukkauksesta. Immateriaalioikeuksia koskevat oikeudenkäynnit ovat erittäin monimutkaisia, pitkäkestoisia sekä kalliita¹⁸¹. Immateriaalioikeuden taloudellisen hyödyntämisen ytimessä on kielto-oikeus, jonka avulla patentin omistaja kykenee estämään patentoidun teknologian oikeudettoman ammattimaisen käytön. Tästä syystä kanneoikeuteen puuttuminen on erittäin ongelmallista. Riskinä on koko patenttijärjestelmän toimimattomuus, mikäli puuttumiskynnys asetetaan liian alhaiselle tasolle. Perusteettomat oikeudenkäynnit, joiden tarkoituksena on vain kilpailijoiden häirintä tai painostus voivat kuitenkin muodostua määrävän markkina-aseman väärinkäytöksi, mutta vain erityisen poikkeuksellisissa tapauksissa.

EU tasolla oikeuskäytäntöä on muodostunut varsin niukasti. Väärinkäyttömuoto nousi esiin ensimmäisiä kertoja asiassa *BBI/Boosey & Hawkes*¹⁸². Tapauksessa oli kyse mm. siitä, oliko Boosey & Hawkes syyllistynyt perusteettomien tekijänoikeusloukkauskanteiden nostamiseen. BBI esitti komissiolle osoitetussa valituksessa, että nostetut kanteet olivat perusteettomia ja niiden ainoana tarkoituksena oli poistaa uusi kilpailija markkinoilta. Komissio ei kuitenkaan ottanut päätöksessään suoranaisesti kantaa perusteettomiin oikeudenkäynteihin, vaan tarkasteli asiassa vain toimituksesta kieltäytymistä määrävän markkina-aseman väärinkäyttönä¹⁸³. Oikeusprosessien nostaminen otettiin kuitenkin huomioon kokonaistarkastelussa, jonka perusteella komissio päätyi siihen että B&H syyllistyi määrävän markkina-aseman väärinkäyttöön kieltäytyessään toimittamasta soittimia sekä niiden varaosia

¹⁸¹ American Intellectual Property Law Associationin raportin mukaan keskimääräinen kanne, jossa on kyse 1-25 miljoonan dollarin panoksesta, maksaa 1,6 miljoonaa dollaria soviteltuna ja 2.8 miljoonaa tuomioistuiprozessina.

¹⁸² Komission päätös *BBI/Boosey & Hawkes* 1987/500/EEC.

¹⁸³ *Ibid*, kohdat 10 ja 11.

BBI:lle sekä sen emoyhtiöille. Tapauksen johdosta muodostui kuitenkin selväksi, että perusteettomat oikeudenkäynti voidaan katsoa määrävään markkina-aseman väärinkäytöksi.

*Asia ITT Promedia NV v Komissio*¹⁸⁴ on keskeisin tapaus, jossa on käsitelty perusteetonta oikeudenkäyntiä mahdollisena väärinkäyttönä. Tapauksessa komissio päätyi siihen, että kahden kriteerin on täytyttävä, jotta kanne voidaan katsoa perusteettomaksi ja näin määrävään markkina-aseman väärinkäytöksi. Komission mukaan kanteen tulee olla selkeästi perusteeton. Toiminta voidaan katsoa väärinkäytöksi vain, mikäli kanteen ei voida kohtuudella ajatellen olevan yrityksen pyrkimys käyttää sille kuuluvia oikeuksia. Tavoitteena tulee olla selkeästi vain kilpailijan häirintä tapahtuma-ajankohdan olosuhteet huomioon ottaen. Lisäksi kanteen tulee olla osa suunnitelmaa, jonka tarkoituksena on kilpailun eliminoiminen.¹⁸⁵

Komissio katsoi, että ensimmäinen kriteeri ei täyttynyt, koska Belgacom käytti kanneoikeuttaan vain puolustautuakseen ITT:n kanteita vastaan¹⁸⁶. Kanteiden ei voitu katsoa kuuluvan harkittuun suunnitelmaan kilpailun eliminoimiseksi, koska Belgacom esitti vaatimuksensa vain vastakanteen muodossa¹⁸⁷. ITT väitti myös, että komissio ei ollut tutkinut Belgacomien kanteeseen liittyvien sääntöjen yhdenmukaisuutta perustamissopimuksen kanssa. Komissio totesi kuitenkin, että kyseinen peruste koskee Belgian valtion toimia ja tähdensi, että Belgacomilla oli oikeus vedota kyseisiin oikeussääntöihin, koska toimivaltainen tuomioistuin ei ollut todennut niitä pätemättömiksi.¹⁸⁸

Tapauksesta tehtävien johtopäätösten merkitystä rajaa se, että ITT ei valituksessaan EU:n tuomioistuimelle kyseenalaistanut komission käyttämiä kriteerejä. Tämän vuoksi tuomioistuin otti kantaa vain siihen, miten komissio sovelsi kriteerejä¹⁸⁹. Tuomioistuin totesi, että oikeus tuomioistuinkäsittelyyn on keskeinen oikeusperiaate sekä perusoikeus. Tästä syystä kanneoikeuden käyttäminen voi muodostua väärinkäytöksi vain hyvin poikkeuksellisissa olosuhteissa ja väärinkäytön kriteerejä on tulkittava sekä sovellettava suppeasti.¹⁹⁰ Tarkas-

¹⁸⁴ Asia T-111/96 ITT Promedia.

¹⁸⁵ Ibid, kohta 30.

¹⁸⁶ Ibid, kohta 31.

¹⁸⁷ Ibid, kohta 34.

¹⁸⁸ Ibid, kohta 33.

¹⁸⁹ Ibid, kohta 58.

¹⁹⁰ Ibid, kohta 60 ja 61.

teluajankohdaksi on otettava kanteiden nostamishetken olosuhteet, jolloin merkitystä ei ole yritysten myöhemmillä toimenpiteillä tai olosuhteiden muutoksilla¹⁹¹.

Tuomioistuin tarkensi komission käyttämistä kahdesta kriteeristä vain ensimmäistä, jonka mukaan kannetta voidaan pitää väärinkäyttönä vain jos sitä voidaan pitää täysin perusteettomana ja vastapuolen ahdisteluna. Tuomioistuimen mukaan kyseistä kriteeriä sovellettaessa on kyse sen määrittämisestä, onko kanteella tarkoitus vedota niihin oikeuksiin, joita yritys voi kohtuudella pitää oikeuksinaan. Keskeistä on tällöin kanteen nostaneen yrityksen tarkoitus sekä kysymys siitä, mitä yritys voi kohtuudella pitää oikeutenaan. Kannetta voidaan pitää ahdisteluna vain, mikäli kanteella ei ole edellä mainittua tarkoitusta.¹⁹²

Asiassa *Racal Decca*¹⁹³ komissio katsoi kanteiden nostamisen määräävän markkina-aseman väärinkäytöksi osana muita toimia. Yrityksen sisäisen viestinnän perusteella oli ollut selvää, että mahdollisten kanteiden nostamista oli jo etukäteen pidetty varsin perusteettomina¹⁹⁴. Tämän vuoksi niiden katsottiin muodostuneen osaksi väärinkäyttöä. Väärinkäyttö ei muodostunut kuitenkaan täysin kanteiden nostamisesta, minkä vuoksi tapauksella ei ole yhtä suurta painoarvoa, kuin edellä mainitulla ITT:n tapauksella. *Racal Decca* toiminnan voidaan katsoa täyttävän ne väärinkäytön kriteerit, jotka komissio esitti myöhemmin tapauksessa ITT. *Racal Decca* piti jo omien selvitystensä perusteella kanteiden nostamista ilmeisen perusteettomina sekä toi julki sisäisessä viestinnässä niiden luonteen kilpailijan toiminnan häiritsemisessä. Myös ITT:n tapauksessa muodostunut toinen kriteeri täyttyi, koska *Racal Decca* toi sisäisessä viestinnässä esiin kilpailijoiden laajamittaisemman häirinnän¹⁹⁵. Eri toimet muodostivat tällöin laajemman suunnitelman kilpailijoiden toiminnan vaikeuttamiseksi.

Perusteettomien oikeudenkäyntien nostamisen voidaan katsoa olevan erittäin poikkeuksellinen väärinkäyttömuoto, mikäli siihen ei liity mitään laajempaa suunnitelmaa kilpailun eliminoimiseksi tai muita mahdollisia väärinkäytöksi luokiteltavia toimia. Komission soveltamien kriteerien mukaisesti kanteiden nostamisen tulee olla täysin perusteetonta sekä osa laajempaa suunnitelmaan kilpailun poistamiseksi. Komission asettamia kumulatiivisia ehtoja voidaan pitää varsin vahvaperusteisina, vaikka tuomioistuin ei itse kriteerejä arvioi-

¹⁹¹ Asia T-111/96 ITT Promedia, kohta 72.

¹⁹² Ibid, kohta 73.

¹⁹³ Komission päätös *Decca Navigator Systems* 1989/113 EEC.

¹⁹⁴ Ibid, kohdat 22 ja 23.

¹⁹⁵ O'Donoghue ja Padilla 2006, s. 529.

nutkaan. Tuomioistuin painotti myös erikseen sitä, että kriteerejä tulee tulkita mahdollisimman tiukasti, koska pääsy oikeuteen on yksi keskeisimmistä perusoikeuksista. Lisäksi tuomioistuin tulkitsi ensimmäistä kriteeriä siten, että mikäli kanteella on tarkoitus vedota niihin oikeuksiin, joita yritys voi tuolla hetkellä pitää oikeuksinaan, ei kyseessä voi olla väärinkäyttö. Kanteen nostavalla yrityksellä ei siis todellisuudessa tarvitse olla olemassa niitä oikeuksia, joihin se vetoaa. Riittävää on kohtuullinen oletus oikeuksien olemassaolosta.

4.2.2 Soveltuminen PAE-yrityksiin oikeuskäytännön valossa

ITT:n sekä *Racal Deccan* tapauksessa on jälleen kyse poissulkevasta hyväksikäytöstä, jonka tarkoituksena on kilpailun estäminen johdannaisilla markkinoilla. Tämän vuoksi tapauksista ei voida suoraan tehdä johtopäätöksiä tilanteeseen, jossa PAE-yritys pyrkii saamaan lisää neuvotteluvoimaa suurten oikeudenkäyntikustannusten sekä lukittumiseffektin avulla. Komission päätös on kuitenkin selkeä osoitus siitä, että perusteeton kanne voi olla väärinkäyttöä vain erittäin poikkeuksellisissa tapauksissa. Komission näkemys on keskeinen erityisesti sen vuoksi, että yksityisen toimijan on erittäin kallista ja hankalaa ajaa itsenäistä kannetta määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä. Komission erittäin tiukka suhtautuminen keskeisen perusoikeuden rajoittamiseen määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä johtaa siihen, että väärinkäyttömuoto nousee esiin lähinnä osana muita toimia¹⁹⁶.

Immateriaalioikeuteen kuuluva kielto-oikeus on keskeinen tekijä PAE-yritysten liiketoiminnan kannalta. Jotta yritykset kykenevät hyödyntämään hallussaan olevia oikeuksia, tulee niillä olla pääsy oikeuteen. Mikäli tähän keskeiseen perusoikeuteen kajotaan liian helposti, aiheutuva epävarmuus ja riski voivat viedä pohjan koko patenttijärjestelmältä. Seurauksena on vähintäänkin se, että yhden alan toimintaedellytykset tehdään lähes mahdottomiksi. Komission asettamien kriteerien valossa näyttää lähes mahdottomalta, että PAE-yritysten toimintatapoihin olisi mahdollista puuttua perusteettomien oikeudenkäyntien kautta. Lisäksi tulee huomioida, että oikeuteen asti päätyy vain murto-osa PAE-yrityksiä koskevista tapauksista. Väärinkäyttömuodolla ei kyettäisi puuttumaan laajalaisesti edes kaikkiin perusteettomiin kanteisiin, koska PAE-yrityksellä on käytännössä aina kohtuudella arvioituna oikeus puolustaa patenttioikeuttaan. Todennäköisempää on, että oikeudenkäyntien merkitystä mahdollisena väärinkäyttönä arvioitaisiin osana koko-

¹⁹⁶ Kuten esimerkiksi tapauksessa *BBI/Boosey & Hawkes*, jossa komissio arvioi myös *B&H:n* nostamia kanteita osana laajempaa suunnitelmaa kilpailun estämiseksi.

naisvaltaista tarkastelua, jolloin PAE-yritysten käyttäytymistä tulisi tarkastella laajempänä kokonaisuutena. Perusteettomien oikeudenkäyntien sekä niillä uhkaamisen voidaan nähdä olevan merkityksellinen tekijä tilanteissa, joissa PAE-yritys käyttää perusteettomia oikeudenkäyntejä osana laajempaa strategiaa markkinavoiman vahvistamiseksi sekä ylisuurten rojaltien perimiseksi. Oikeuskäytäntö osoittaa, että perusteettomien oikeudenkäyntien merkitys väärinkäytön toteamisessa voi olla merkittävä, mikäli taustalta voidaan nähdä laajempi suunnitelma kilpailun estämiseksi tai markkinavoiman väärinkäyttämiseksi.

4.3 Ylihinnoittelu määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä

4.3.1 Ylihinnoittelu erityisenä väärinkäyttötyyppinä

Määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen toimia arvioidaan eri tavalla riippuen siitä, mitkä ovat yrityksen tavoitteet. Yritys voi pyrkiä säilyttämään markkina-asemaansa tai kasvattamaan sitä vaikuttamalla kilpailijoiden toimintamahdollisuuksiin. Tällöin kyse on ns. poissulkevasta hyväksikäytöstä. Määräävässä markkina-asemassa oleva yritys uhraa tällöin resurssejaan asemansa säilyttämiseen tai vahvistamiseen. Seurauksena on kilpailun heikentyminen tai estyminen kokonaan. Määräävässä markkina-asemassa oleva yritys voi myös pyrkiä pelkästään perimään esimerkiksi ns. monopolihintaa tuotteistaan, koska asiakkaat ovat ainakin tietyssä määrin pakotettuja hankkimaan tuotteensa yritykseltä. Kyseessä on ns. hyväksikäyttöön tähtäävä väärinkäyttö. Todellisuudessa määräävässä markkina-asemassa olevat yritykset toteuttavat molempia muotoja, eikä selkeätä kahtiajakoa useinkaan voida tehdä.

Jaottelu on kuitenkin relevantti sen vuoksi, että yrityksen toimia on oikeuskäytännössä arvioitu eri kriteerein, mikäli toimien seurauksena tai tarkoituksena ei ole ollut kilpailijoiden poissulkeminen. Pelkkä hyväksikäyttöön tähtäävä väärinkäyttö on keskeinen, kun tarkastellaan PAE-yrityksen mahdollista markkinavoiman väärinkäyttöä. PAE-yrityksillä ei ole kilpailijoita poissulkevaa tarkoitusta, vaan pelkästään pyrkimys ylisuurten rojaltien perimiseen. Väärinkäyttömuoto on kuitenkin saanut osakseen varsin vähän huomiota komissiolta, koska monopolihinnoittelua on erittäin vaikea todistaa. Riskinä on lisäksi se, että komissio sekä tuomioistuimet toimivat lähinnä hintasäännöstellijöinä, eivätkä markkinat enää toimi toivotusti. Tällöin kilpailun ohjaava vaikutus markkinoilla vaarantuu.

Komissio onkin keskittynyt toimissaan tarkastelemaan lähinnä mahdollisia alalle pääsyn esteitä. Vaikka loppukäyttäjät kärsivätkin mahdollisesta ylihinnasta, toimii mahdollisuus

periä ylihintaa eräänlaisena kannustimena juuri dynaamisen tehokkuuden parantamiseen. Yritykset tavoittelevat tuotekehityksellä etumatkaa muihin yrityksiin parempien tuottojen toivossa. Tilannetta voidaan kuvata tilapäisenä määräävänä markkina-asemana, jonka avulla yritys pystyy perimään tuotteistaan normaalia suurempia tuottoja. Kilpailijoilla on kuitenkin mahdollisuus kuroa etumatka umpeen, mikäli alalla ei ole markkinoille tulon esteitä. Tällöin etumatkaa saaneelle yritykselle ei synny pysyvää markkinavoimaa, vaan kilpailun paine rajoittaa yrityksen toimintaa. Keskeisessä asemassa on juuri kilpailun toimivuus, eikä yksittäisen yrityksen hinnoittelu tietyllä hetkellä.¹⁹⁷

Ylihinnoittelun toteaminen väärinkäytöksi on erityisen hankalaa, kun on kyse puhtaasti hyväksikäyttävästä väärinkäytöstä. Viranomaisen tai tuomioistuimen tulee arvioida pelkästään hinnoittelun kohtuullisuutta, koska toimilla ei ole suoranaisia vaikutuksia kilpailun toimivuuteen. Yrityksen hinnoittelun kohtuullisuutta voidaan selvittää esimerkiksi vertaamalla perittyä hintaa suhteessa yrityksen omiin kustannuksiin, vertaamalla yrityksen hinnoittelua muihin alan yrityksiin, vertaamalla yrityksen kannattavuutta muihin alan yrityksiin tai analysoimalla verrokkimarkkinoita.¹⁹⁸

Keskeisen tapauksen muodostaa *United Brands*¹⁹⁹ (UB), jossa EY:n tuomioistuin linjasi vaadittavaa näyttöä ylihinnoittelusta. Komission mukaan UB oli perinyt ylihintaa muuamassa Euroopan maassa. Komissio perusti näkemyksensä siihen, että UB oli jakanut markkinat sekä järjestänyt jakeluverkoston niin, että markkinoiden välille ei muodostunut tosiasiallista kilpailua. Lisäksi Saksassa, Tanskassa sekä Benelux-maissa hinnat olivat yli 100 prosenttia korkeampia kuin Irlannissa, vaikka banaanien tuonti Euroopan alueelle tapahtui keskitetysti Benelux-maiden kautta. Komission mukaan banaanien hinnoissa oli niin suuria poikkeamia, ettei niitä voinut objektiivisesti perustella. Tuomioistuimen mukaan komission analyysi oli kuitenkin puutteellinen ja hinnaneroksi oli näytetty vain 7 prosenttia. Tuomioistuin linjasi, että komission olisi tullut vähintäänkin tutkia UB:n kustannusrakennetta sekä verrata tuotteen myyntihintaa sen omakustannushintaan²⁰⁰.

Sittemmin muodostunut oikeuskäytäntö ei ole suuntautunut minkään tietyn arviointitavan kannalle, vaan hinnoittelun kohtuullisuutta on arvioitu hyvin tapauskohtaisesti eri tavoin. Immateriaalioikeuden hinnoittelussa on usein kyse kuitenkin teknologisen ratkaisun arvos-

¹⁹⁷ XXIVth Report on Competition Policy (Comission, 1994), part 207.

¹⁹⁸ Kuoppamäki 2003, s. 973-974.

¹⁹⁹ Asia 27/76 *United Brands Company ja United Brands Continentaal BV v komissio*.

²⁰⁰ *Ibid*, kohdat 250-253.

ta suhteessa koko tuotteen arvoon. Mitä keskeisempi ominaisuus on kyseessä, sen arvokkaampana ominaisuutta voidaan pitää. Immateriaalioikeuden valmistuskustannukset ovat erityisesti PAE-yrityksille pääasiassa vain patenttioikeuden hankintamenot sekä muut hallinnolliset kulut. Yritykselle aiheutuneet patenttiin kohdistettavat kulut eivät tällöin kerro välttämättä mitään patentin todellisesta taloudellisesta arvosta. Patentin taustalla oleva voittopotentiaali voi myös muuttua ajan myötä, minkä vuoksi alkuperäisen hankintahinnan vertaaminen lisensointikuluihin voi johtaa harhaan. Tästä syystä erityisesti tapaukset, joissa hinnoittelua on arvioitu suhteessa tuotteen taloudelliseen arvoon, muodostavat keskeisen tarkasteltavan oikeuskäytännön. Hinnoittelun kohtuullisuutta suhteessa tuotteen taloudelliseen arvoon on arvioitu ainakin tapauksissa *General Motors v Komissio*²⁰¹ sekä *British Leyland v Komissio*²⁰².

Tapauksessa *General Motors* (GM) peri korkeaa hintaa autojen maahantuontiin liittyvästä asiakirjasta. Auton tuominen Belgiaan oli kiellettyä ilman kyseistä asiakirjaa, joka oli lisäksi erittäin halpa tuottaa suhteessa perittyyn hintaan. Sertifikaatin taloudellinen arvo oli kuitenkin erittäin suuri asiakkaalle, koska auton maahantuonti ei onnistunut ilman sitä. EU:n tuomioistuin päätyi kuitenkin siihen, että GM ei ollut syylistynyt määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön, koska hinnoittelu oli ollut vain hetkellinen poikkeama kansallisten menettelytapojen muuttamisen johdosta. Tapauksen myötä näyttäisi olevan kuitenkin mahdollista, että pelkästään pyydetyn hinnan vertaamista tuotteen taloudelliseen arvoon olisi mahdollista käyttää arviointiperiaatteena. Hinnoittelun tulisi olla kuitenkin selkeästi kohtuuton.

Myös tapauksessa *British Leyland* (BL) oli kyse monopolihinnan perimisestä. BL peri korkeita hintoja tyyppihyväksyntä-sertifikaateista tarkoituksenaan rajoittaa ulkomaisten autojen tuontia muista jäsenmaista, joissa ne olivat halvempia. Tuomioistuin piti hinnoittelua kohtuuttomana ja syrjivänä. Tuomioistuin ei kuitenkaan arvioinut väärinkäyttöä puhtaasti ylihinnoitteluna. Hinnoittelun katsottiin olevan osa BL:n pyrkimystä jakaa markkinoita sekä ylläpitää hintaeroja. Vaikka tapauksessa oli kyse pääosin kilpailun poissulkemiseen tähtäävästä toiminnasta, tapauksesta saadaan johtoa ylihinnoittelun arvioinnille. BL:n tapauksessa hinnoittelun kohtuuttomuuden arviointi oli selkeämpää sen vuoksi, että BL peri ylisuurta hintaa vain niistä autoista, joissa ratti oli vasemmalla. Vertailukelpoinen tuote löytyi täten helposti.

²⁰¹ Asia 26/75, *General Motors v komissio*.

²⁰² Asia 228/84 *British Leyland v komissio*.

Komissio on ottanut kantaa myös siihen, voiko hinnoittelun alueellinen eriyttämien olla määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä. Asia on merkittävä sen vuoksi, että EU:n alueella ei ole koko alueen kattavaa patenttia. Patenteja koskeva lainsäädäntö on kansallista, mikä aiheuttaa omat erityiskysymykset hinnan mahdollisen eriyttämisen vuoksi. Kansallisten hintatasoerojen keinotekoinen ylläpitäminen voidaan katsoa määräävän markkina-aseman väärinkäytöksi. Kyseessä on tällöin sisämarkkinoiden keinotekoinen jakaminen sekä vapaan kaupan vaikeuttaminen, mitä voidaan pitää EU:n kilpailuoikeuden keskeisten tavoitteiden vastaisena. Esimerkiksi tapauksessa *Deutsche Grammophon*²⁰³ tuomioistuin tarkasteli maahantuotujen tuotteiden hinnoittelua. Tuomioistuimen mukaan väärinkäyttöä ei välttämättä ole, jos tuotteen hinta tietyssä maassa on eri kuin kyseiseen maahan uudelleen toisesta maasta maahantuodun tuotteen. Tuotteiden hintaeron suuruus sekä eroon vaikuttavien objektiivisten syiden laatu ovat kuitenkin merkityksellisen tekijä.

Komissio on suhtautunut suurella varauksella ylihinnoittelutapauksiin, minkä vuoksi ratkaisukäytäntöä on verrattain vähän. Ylihinnoittelun toteamisen haastavuutta ilmentää myös komission viimeisin ratkaisukäytäntö, jossa komissio hylkäsi valituksen satamaoperaattorin väitetyistä ylihinnoittelusta. Asiassa *Scandlines*²⁰⁴ komissio katsoi, että ylihinnoittelua tulee tarkastella perityn hinnan sekä tuotteen taloudellisen arvon suhteen. Ensimmäiseksi tulee määrittää onko kustannusten ja hinnan välinen ero kohtuuton. Toiseksi tulee arvioida onko hinta kohtuuton itsessään tai verrattuna muihin kilpaileviin tuotteisiin. Komissio hylkäsi näkemyksen, että tilanteessa riittäisi pelkän hyväksyttävän voittomarginaalin lisääminen kustannuksiin ja sen vertaaminen perittyyn hintaan.²⁰⁵

4.3.3 Väärinkäyttötyypin soveltuminen PAE-yrityksiin

Ylihinnan periminen muodostaa PAE-yrityksiin liitettyjen kilpailullisten ongelmien ytimen. Kyseisten yritysten lopullisena tavoitteena on aina patentin lisensointi ja siitä saatavat rojaltitulot. Edellä tarkastellun oikeuskäytännön valossa ylihinnan toteennäyttäminen näyttää kuitenkin epätodennäköiseltä vaihtoehdolta. Oikeuskäytännössä on ollut pääosin kyse kilpailijoita poissulkevasta väärinkäytöstä ja ylihinnoittelu on ollut osa uhrattujen resurssien kattamista tai ylihinnan avulla väärinkäyttöön syyllistynyt yritys on pyrkinyt nostamaan kilpailijan kustannuksia. Keskeiseksi ongelmaksi ylihinnoittelun osalta muodostuu kilpailullisen markkinahinnan määrittäminen ja ylihinnoittelun todistaminen. Epä-

²⁰³ Asia 78/70 *Deutsche Grammophon v. Metro*.

²⁰⁴ Komission päätös *Scandlines Sverige v. Port of Helsingborg*, COMP/A.36.568/D3.

²⁰⁵ *Ibid*, kohdat 145-150.

täydellisillä markkinoilla yrityksillä on käytännössä loputon määrä keinoja tuotteiden eriyttämiseen esimerkiksi mainonnan ja tuotesuunnittelun avulla. Teknologiapainotteisilla aloilla erilaiset teknologiset ratkaisut voivat muodostaa toisilleen korvaavan vaihtoehdon, mutta markkinoinnin johdosta sisältää merkittävästi erilaisen taloudellisen lisäarvon. Edellä mainittujen syiden vuoksi hinnoitteluun puuttuminen erityisesti korkean teknologian aloilla sisältää merkittävän riskin kilpailun toimivuuden heikentymisestä ja markkinoiden tehokkuuden vähenemisestä. Tästä syystä myös komission on pyrkinyt painottamaan väärinkäytövalvonnassa kilpailijoiden poissulkemiseen tähtääviin toimenpiteisiin puuttumista.

Nykyinen oikeuskäytäntö sekä väärinkäyttöä koskevat teoriat²⁰⁶ eivät kykene ilmentämään PAE-yritysten aiheuttamaa haittaa. Suurin osa oikeuskäytännöstä on koskenut tilanteita, joissa ainakin osittain on ollut kyse myös kilpailijoiden poissulkemisesta²⁰⁷ tai markkinoiden jakamisesta²⁰⁸. Patentin ydinsisältöön eli kielto-oikeuteen puuttuminen on edellyttänyt erityisiä olosuhteita ja kielto-oikeuden käyttöön on puututtu pääosin vain silloin, kun yritys on pyrkinyt ulottamaan markkinavoimansa johdannaisille markkinoille tai varaamaan tietyt markkinat itselleen. Oikeuskäytännössä on katsottu erityisesti immateriaalioikeuksien osalta, että oikeudenhaltijalla on varsin laaja vapaus maksimoida yksinoikeudesta saatavat tulot. Ylihinnoittelun toteaminen väärinkäytöksi pelkäästään hinnoittelun perusteella edellyttää erittäin merkittävää poikkeamaa patentin taloudellisesta arvosta. PAE-yrityksen tulisi käytännössä vaatia merkittävä osuus valmistavan yrityksen tuotteesta perimästä hinnasta ja hinnoittelu tulisi todeta muutenkin kohtuuttomaksi, jotta toiminta katsottaisiin väärinkäytöksi.

Perityn hinnan vertaaminen tuotteen taloudelliseen arvoon on oikeuskäytännössä käytetyistä arviointikeinoista käyttökelpoisin tarkasteltaessa pyydettyä rojaltia. Patentin teknisen suoja-alan takana sijaitsevan voittopotentialin ajalliset vaihtelut aiheuttavat sen, että patentista pyydettyä kilpailullista hintaa ei voida määrittää pelkäästään lisäämällä kohtuullinen voittomarginaali teknologian kehittämiskustannusten tai patentin hankkimiskustannusten päälle. Patentoidun teknologian arvo määräytyy pitkälti sen kaupallistamisen mahdollisuuksista sekä patentin merkityksestä suhteessa alan muuhun teknologiaan. Arvo on sidoksissa asiakkaiden haluun maksaa teknologian tuomasta lisäarvosta tuotteelle. Kilpailuoi-

²⁰⁶ Tässä tilanteessa tarkoitan laajasti hyväksytyjä ja vahvan teoreettisen pohjan omaavia teorioita, jotka olisi kyetty ottamaan käyttöön käytännön ratkaisutoiminnassa, ja joiden avulla kyettäisiin todentamaan PAE-yritysten markkinavoiman määrää sekä kilpailulle aiheutuvaa haittaa luotettavasti.

²⁰⁷ Asia 228/84 British Leyland.

²⁰⁸ Asia 78/70 Deutsche Grammophon.

keudellinen interventio sisältää merkittävän riskin siitä, että toimet kohdistuvat juurikin yhteiskunnan kannalta keskeisimmän dynaamista tehokkuutta lisäävän teknologian käyttöön. Tällöin haitalliset vaikutukset tekniselle kehitykselle ja sen kannustimille voivat olla merkittävät. PAE-yritysten toimiin puuttuminen ylihinnoittelun muodossa sisältää merkittävän riskin yhteiskunnan dynaamisen kehityksen hidastumiseen ja innovaatiotoiminnan kannustinten vähentymiseen. Tämän vuoksi ylihinnoittelu määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä ei tarjoa tehokasta tapaa puuttua ylisuurten rojaltien perimiseen patentoituun teknologiaan lukittuneilta yrityksiltä.

5 Kokoavia näkökohtia

5.1 Yhteenveto

Tutkielman päätavoitteena on selvittää missä tilanteissa PAE-yritykselle syntyvän markkinoiman käyttäminen ylisuurten lisensointimaksujen saamiseksi muodostuu määräävän markkina-aseman väärinkäytöksi. Tutkielman rajallisen koon sekä aihealueen laajuuden vuoksi tutkimuskysymys on rajattu koskemaan pelkästään toiminnan luokittelemista väärinkäytöksi. Tutkimuskysymyksen keskeisenä oletuksena on, että PAE-yritykselle on jo muodostunut määräävä markkina-asema, jolloin tarkastelu kohdistuu väärinkäytön määrittelyyn. Tutkielmassa on käyty kuitenkin laajasti läpi väärinkäyttövalvonnan taustalla vaikuttavat taloustieteelliset perusteet, kilpailuoikeuden tavoitteet sekä määräävän markkina-aseman määrittäminen, jotta on mahdollista hahmottaa väärinkäyttövalvonnan systematiikka ja arvioida PAE-yritysten toimia suhteessa kilpailuoikeuden tavoitteisiin. Laajemman tarkastelun avulla on mahdollista nostaa esiin myös niitä keskeisiä seikkoja, jotka mahdollistavat vastausten etsimisen toissijaiseen tutkimuskysymykseen kilpailuoikeudellisen intervention mielekkyydestä PAE-yritysten toiminnan kontrolloimisessa.

Tutkielman alussa tuodaan esiin taloustieteen merkitys kilpailuoikeuden tavoitteiden määrittäjänä. Lähtökohtana on markkinoiden sekä yhteiskunnan tehokkuuden maksimoiminen. Kilpailuoikeudella voidaan nähdä olevan kuitenkin myös muita yhteiskunnallisia tavoitteita, jotka liittyvät demokraattisen yhteiskuntamuodon ylläpitämiseen ja poliittisen sekä taloudellisen päätäntävällän hajauttamiseen. Kilpailuteorioiden erilaiset näkemykset kilpailuoikeuden tavoitteista ja yhteiskunnan roolista markkinoiden sääntelyssä tuovat esiin erityisesti kilpailuoikeuden arvosidonnaisuuden. Taloustieteellisten mallien ja teorioiden luominen edellyttää aina tiettyjä arvovalintoja, jotka vaikuttavat keskeisesti kilpailuoikeuden tavoitteisiin ja lopulta lainsäädännön soveltamiseen. Merkittävänä seikkana EU:n kilpailuoikeudessa voidaan pitää sitä, että kilpailuoikeuden tavoitteeksi ei ole määritelty pelkästään taloudellista tehokkuutta.

Patenttijärjestelmän tavoitteena on teknisen kehityksen edistäminen antamalla keksijälle yksinoikeus patentoidun teknologian taloudelliseen hyödyntämiseen. Patentin ytimessä on kiello-oikeus, jonka perusteella patentinhaltija voi kieltää toista käyttämästä patentoitua teknologiaa ammattimaisesti. Ajallisesti rajattu yksioikeus voidaan nähdä palkkiona siitä, että patentti julkistetaan ja teknologia tulee yleiseen tietoon. Patentti- ja kilpailuoikeuden tavoitteet ovat teoreettisella tasolla yhdenmukaiset. Molempien oikeudenalojen tavoitteena on dynaamisen tehokkuuden parantaminen. Oikeudenalat voivat kuitenkin olla ristiriidassa

yksittäistapauksissa, jolloin kyse on erityisesti pitkän aikavälin dynaamisen tehokkuuden sekä lyhyen aikavälin staattisen tehokkuuden konfliktitilanteista. Kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa tulee tällöin huomioida mahdollisen intervention haitalliset vaikutukset dynaamiselle tehokkuudelle ja patenttijärjestelmän toimivuudelle. Patentin hahmottaminen patentin takana sijaitsevan taloudellisen voittopotentialin näkökulmasta mahdollistaa patentin käytön kilpailuoikeudellisen arvioinnin. Tällöin on mahdollista arvioida kielto-oikeuden käytön kilpailuoikeudellista hyväksyttävyyttä ja erottaa ne tilanteet, joissa patenttia käytetään patenttijärjestelmän tavoitteiden vastaisesti. Patentin erilaisia taloudellisia käyttötapoja voidaan jaotella yrityksen strategisten tavoitteiden perusteella, jolloin myös kilpailuoikeudellinen arviointi voidaan kohdistaa yrityksen strategisiin tavoitteisiin. Kilpailuoikeudellinen interventio kohdistuu tällöin selkeämmin kilpailulle haitallisiin käyttötapoihin, eikä itsessään patenttiin liittyvän kielto-oikeuden käyttöön.

PAE-yritysten liiketoimintamallia ei voida pitää itsessään haitallisena. PAE-yritysten toimintaan liittyy merkittäviä patenttimarkkinoiden kehitystä edistäviä vaikutuksia. Pienten toimijoiden mahdollisuus valvoa markkinoita patentinloukkausten varalta paranee merkittävästi, mikäli toimijat kykenevät hyötymään PAE-yritysten suuremmista resursseista ja tietotaidosta. Lisäksi patenttien likviditeetin parantuminen sekä patenttien kysynnän tyydyttäminen voivat tehostavaa patenttimarkkinoita nykyisestä. Tästä syystä PAE-yritysten haitallisiin käytäntöihin tulisi puuttua ilman, että alan toimintaedellytyksiä rajoitetaan liikaa. PAE-yritysten keskeisimmät kilpailulle haitalliset käytännöt mahdollistuvat pääosin patenttien suuresta määrästä, osittain päällekkäisistä patenteista, suurista informaation hankkimiskustannuksista, suurista transaktiokustannuksista sekä valmistustoimintaa harjoittavien yritysten teknologisesti lukittumisesta. Markkinoiden tehokkuudelle haitalliset vaikutukset rajoittuvatkin pääosin liian suurten rojaltien perimiseen suhteessa patentoidun teknologia tuottamaan taloudelliseen lisäarvoon. Tällöin PAE-yrityksille siirtyy osa muiden teknologioiden tuottamasta lisäarvosta sekä osa valmistavan yrityksen tuottamasta lisäarvosta. Lopullisen haitan kärsivät kuluttajat, jotka joutuvat maksamaan tuotteesta suuremman hinnan.

Määräävän markkina-aseman väärinkäyttövalvonnalla kontrolloidaan yksipuolista markkinavoimaa. Määräävän markkina-asema tavoitteisiin kuuluu kilpailun toimivuuden turvaaminen sekä kuluttajien hyvinvointia vähentävän liian suuren markkinavoiman käytön estäminen. PAE-yritysten liiketoimintamalli aiheuttaa kuitenkin uudenlaisia haasteita määräävän markkina-aseman väärinkäyttövalvonnalle EU:ssa. Väärinkäytön toteaminen edel-

lyttää esiasteena määräävän markkina-aseman toteamista. Määräävän markkina-aseman toteaminen jakautuu kahteen osuuteen, relevanttien markkinoiden määrittämiseen sekä markkinavoiman mittaamiseen. Markkinamäärittely on todettu muodostavan välttämättömän esiasteen markkinavoiman määrittämiselle. Relevanttien markkinoiden on oikeuskäytännössä nähty muodostuvan objektiivisesti korvaavista tuotteista sekä maantieteellisestä alueesta, jolla kilpailu on riittävän homogeenistä. PAE-yritysten toiminta patentti-markkinoilla tekee markkinamäärittelyä haastavaa, koska tällöin on tehtävä rajanvetoa muiden teknologioiden korvaavuudelle sekä sille, mitkä teknologiat saattavat olla ekvivalentteja ja näin loukata tutkinnan kohteena olevaa patenttia. PAE-yritysten kohdalla markkinavoiman määrän mittaaminen relevanteilla markkinoilla saa suuremman painoarvon, koska markkinavoiman lähde on teknologinen lukittuminen ja lukittumisesta aiheutuvat suuret teknologian vaihtokustannukset. Määräävä markkina-asema perustuu kyseisissä tilanteissa pääosin lukittumisesta aiheutuvaan teknologian vaihtokustannusten suuruuteen. Riskinä on se, että PAE-yritykselle syntyy määräävä markkina-asema sen perusteella, että valmistustoimintaa harjoittava yritys syyllistyy patentinloukkaukseen ja tekee suuria investointeja kyseiseen teknologiaan. Ääritapauksissa patenttia loukkaava yritys hyötyy siitä, mitä pidempään yritys on pystynyt salaamaan patentin loukkaamisen ja mitä enemmän yritys on investointien myötä lukittunut kyseiseen teknologiaan. Tilanne ei tällöin vastaa patenttijärjestelmän tai kilpailuoikeuden tavoitteita.

PAE-yritysten toiminta muodostaa haasteita myös väärinkäytön toteamiselle tilanteissa, joissa yritykselle voidaan katsoa syntyvän määräävä markkina-asema. Epävarmuutta aiheuttaa erityisesti muodostunut oikeuskäytäntö, jolla on keskeinen merkitys tulkittaessa unionin oikeutta. Valtaosa muodostuneesta oikeuskäytännöstä koskee valmistustoimintaa harjoittavia yrityksiä, jotka ovat pyrkineet vaikeuttamaan kilpailijoiden toimintamahdollisuuksia. EU:n komissio on painottanut valvontaansa niin sanottuun kilpailijoita poissulkevaan väärinkäyttöön. Tällöin määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön syyllistyvällä yrityksellä voidaan nähdä selkeä tavoite oman markkinavoiman säilyttämiseen tai kasvattamiseen. Väärinkäyttö kohdistuu usein kilpailijoiden kustannusten kasvattamiseen sekä asiakkaiden sitomiseen määräävässä asemassa olevaan yritykseen. PAE-yritysten kohdalla vastaavaa tavoitetta ei ole, koska kyseiset yritykset pyrkivät maksimoimaan lisensointitulonsa ja keskittävät patenttien voimaansattamisen valmistustoimintaa harjoittaviin yrityksiin. Markkinavoiman väärinkäytöllä on tällöin puhtaasti hyväksikäyttävä tavoite eli PAE-yritys pyrkii markkinavoimaa hyväksikäyttäen maksimoimaan tulonsa asiakkailtaan. Puh-

taasti hyväksikäyttävän väärinkäytön toteaminen on kuitenkin käytännössä erittäin haastavaa, koska viranomaisen tai tuomioistuimen tulee ottaa kantaa puhtaasti hinnoittelun markkinaehtoisuuteen tai kohtuullisuuteen. Kilpailuoikeudellisen intervention johdosta markkinat voivat kärsiä suuremmasta tehottomuudesta, koska tilanteessa siirrytään kohti hintasäännöstelyä jos viranomainen tai tuomioistuin määrittelee käyvän hinnan.

5.2 Johtopäätökset

Nykyisessä vahvasti teknologiapainotteisessa yhteiskunnassa aineettoman omaisuuden merkitys on keskeisessä asemassa. Tästä syystä immateriaalioikeuksien taloudellisen hyödyntäminen tulisi olla mahdollisimman tehokasta, jotta immateriaalioikeusjärjestelmä saavuttaisi yhteiskunnan sille asettamat tavoitteet teknologisen kehityksen vauhdittajana. Keskeisenä osana tehokasta immateriaalioikeusjärjestelmää ovat oikeusvarmuus, tehokas suoja imitointia vastaan sekä tehokkaat markkinat immateriaalioikeuksille. Tutkielman käsittelemät PAE-yritykset ovat muodostaneet erityisesti patenttien osalta tehokkaamman tavan hyödyntää yksinoikeuksia. PAE-yritykset parantavat mm. patenttien likviditeettiä, luovat tasapainottavaa neuvotteluvoimaa pienten keksijöiden ja suurten yritysten välille sekä muodostavat tarjontakanavan teknologiaa tarvitseville yrityksille. Edellä mainituista syistä PAE-yritysten toimintaa ei voida pitää kategorisesti haitallisena tai ei toivottuna.

Käytännössä PAE-yritysten toiminnassa on kuitenkin ilmennyt käytäntöjä, joiden tavoitteena ei ole tehokkaiden markkinoiden luominen ja innovaation kasvattaminen. Patenttikanteiden strateginen ajoittaminen myöhäiseen vaiheeseen, jotta valmistava yritys on jo lukittunut teknologiseen ratkaisuun tai suurten oikeudenkäyntikulujen käyttäminen neuvotteluvoimana eivät johda tehokkaampiin markkinoihin, vaan pelkkään tulonsiirtoon valmistavilta yrityksiltä ja lopulta kuluttajilta PAE-yrityksille. Seurauksena on teknisen kehityksen hidastuminen resurssien kohdentuessa ylisuuriin lisensointimaksuihin tai kalliisiin oikeudenkäynteihin. Tarkasteltaessa kilpailuoikeudellisten teorioiden avulla PAE-yritysten toimintaa, voidaan nähdä, että yritysten toimintaan on mahdollista puuttua tilanteissa, joissa PAE-yrityksellä on esimerkiksi määräävä markkina-aseman ja yritys käyttää markkina-voimaa väärin periessään liian suuria lisenssimaksuja. Kilpailuoikeudellista interventiota vaikeuttaa kuitenkin useat käytännön soveltamisongelmat.

Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö edellyttää määräävän markkina-aseman toteamista. Oikeuskäytännössä on edellytetty, että aseman toteamiseksi tulee määrittää relevan-

tit tuotemarkkinat sekä maantieteelliset markkinat. Pelkästään edellä mainittujen määrittäminen on erittäin haastavaa erityisesti silloin, kun kyseessä on patentoitu teknologia. Relevanttien markkinoiden määrittäminen edellyttää kannan ottamista siihen, mikä katsotaan korvaavaksi teknologiaksi. Teknologiamarkkinoilla menestyvimmat tuotteet käyttävät usein uusinta teknologiaa, jolloin uuden ja vanhan teknologian korvaavuus tuottaa vaikeita rajanvetotilanteita. Tuotemarkkinoiden määrittämisessä joudutaan ottamaan kantaa myös siihen, milloin korvaava tuote mahdollisesti loukkaa PAE-yrityksen patenttia. Tilanne voi tulla eteen esimerkiksi silloin, kun substituutti on toisessa maassa käytettävä teknologia, jota ei ole mahdollisesti tapahtuvan patenttiloukkauksen johdosta tuotu kyseiseen maahan. Tällöin tuotetta ei voida sisällyttää relevantteihin tuotemarkkinoihin, koska tuote ei tarjoa todellista vaihtoehtoa. Maantieteellisten markkinoiden määrittäminen muodostaa omat haasteensa, koska patentit ovat kansallisia yksinoikeuksia, mutta toisaalta teknologiamarkkinat ovat kansainväliset.

Relevanttien markkinoiden lisäksi tulee määrittää PAE-yrityksen omaaman markkinavoiman määrä kyseisillä markkinoilla. Tällöin keskeistä on korvaavien teknologioiden saataavuus. Tapauskohtaisesti tulee ottaa kantaa myös siihen, vaikuttaako valmistavan yrityksen mahdollinen teknologinen lukittuminen markkinavoiman määrän arviointiin. Mikäli lukittuminen otetaan huomioon vasta mahdollista väärinkäyttöä arvioitaessa, PAE-yrityksen määräävän markkina-aseman toteaminen riippuu ainoastaan korvaavien teknologioiden olemassaolosta. Tällöin PAE-yritykset kykenevät systemaattisesti hyötymään lukittumisen synnyttämästä markkinavoimasta, jos patentoidulle teknologialle löytyy edes muutama substituutti. Kilpailuoikeuden keinoin ei tällöin kyetä puuttumaan lukittumisen systemaattisesti synnyttämään kilpailulle haitalliseen markkinavoimaan. Jos lukittuminen otetaan huomioon markkinavoiman määrää arvioitaessa, patentin loukkaukseen syyllistynvä yritys hyötyy suurista investoinneista patentinloukkauksen yhteydessä. Tällä saattaa olla merkittävä negatiivinen vaikutus PAE-yritysten mahdollisuuksiin puuttua patenttien oikeudettomaan käyttämiseen.

Määräävän markkina-aseman toteaminen on edellytys väärinkäytön toteamiselle. PAE-yritysten kyseenalaiset toimintatavat pitävät sisällään mm. patenttikanteiden strategisen viivyttämisen, perusteettomilla oikeudenkäynneillä uhkaamisen sekä korvausvaatimusten esittämisen loppukäyttäjille. Edellä mainitut toimet ovat kuitenkin vain keino ylisuurten lisenssitulojen saavuttamiseksi, jolloin PAE-yritysten toimintaa tulisi lähtökohtaisesti tarkastella ylihinnoitteluna. Puhtaasta ylihinnoittelusta on kuitenkin syntynyt erittäin vähän

oikeuskäytäntöä EU:n tasolla, mikä johtuu pääosin komission asettamista prioriteeteista kilpailuoikeudellisessa valvonnassa. Väärinkäyttövalvonta on painottunut pääosin kilpailijoiden toimintaa vaikeuttaviin toimiin, koska ylihinnottelu on yleensä erityisen vaikea todistaa. Puuttuminen yksittäisen yrityksen hinnoitteluun johtaa helposti vielä haitallisempaan lopputulokseen ja asettaa viranomaiset hintasäännöstellijän rooliin. Tästä syystä ylihinnottelu erityisenä väärinkäyttötyyppinä ei tarjoa mielekästä vaihtoehtoa PAE-yritysten käytäntöihin puuttumiseksi.

Tutkielmassa käsitellyt muut erityiset väärinkäyttötyypit havainnollistavat myös niitä suuria haasteita, joita PAE-yrityksen liiketoimintamallista aiheutuu väärinkäytön toteamiselle. PAE-yritysten toiminnan mahdollistaa patenttioikeuden keskiössä oleva kielto-oikeus. Patenttijärjestelmän toimivuus vaarantuu, mikäli patentinhaltijan oikeuteen kieltää toista käyttämästä patenttia ammattimaisesti puututaan liian helposti. PAE-yritykset toimivat lisäksi usein patentin teknisen suoja-alan reuna-alueilla, jolloin loukkauskannetta ei voida katsoa täysin perusteettomaksi. Nykyisen oikeuskäytännön perusteella PAE-yritysten patenttien voimaansaattamiseksi nostamia kanteita ei voida katsoa perusteettomiksi oikeudenkäynneiksi, koska patentinhaltijalla voidaan nähdä olevan lähes aina perusteltu oikeus puolustaa patenttia. PAE-yrityksellä ei käytännössä ole taustalla komission edellyttämää suunnitelmaa kilpailun eliminoimiseksi markkinoilta, koska PAE-yritys pyrkii saattamaan oman teknologian markkinoille tarjoamalla lisenssiä halukkaille. Aggressiivista kanne-oikeuden käyttöä voidaan arvioida lähinnä osana kokonaisstrategiaa tilanteissa, joissa PAE-yritys osoittaa myös muilla keinoin pyrkivänsä hyötymään syntyneestä markkinavoimasta.

Tutkielman alussa esitetyille tutkimuskysymyksille on löydettävissä selkeät vastaukset. PAE-yritysten toiminta ei ole kilpailuoikeudellisen intervention ulottumattomissa. Toimintaan on mahdollista puuttua tilanteissa, joissa PAE-yritykselle syntyy määräävää markkina-asema. Väärinkäytön toteaminen edellyttää sitä, että PAE-yrityksen voidaan todeta harjoittavan patenttien strategista asettamista erityisesti sellaisia yrityksiä vastaan, jotka ovat jo lukittuneet kyseiseen teknologiaan. Lisäksi perusteettomat oikeudenkäynnit sekä pyrkimys tarjoamaan edullisia lisenssejä suhteessa oikeudenkäyntikuluihin, voidaan katsoa puoltavan väärinkäytön toteamista. Yrityksen tavoitteita olisi mahdollista arvioida esimerkiksi sisäisen dokumentaation sekä markkinakäyttäytymisen perusteella. Väärinkäytön toteaminen edellyttää kokonaisvaltaista arviointia yrityksen strategisesta markkinakäyttäytymisestä, jonka perusteella olisi mahdollista todistaa lukittumisesta syntyvän markkinavoiman hyväksikäyttö.

PAE-yritysten kilpailulle haitallisiin toimiin ei ole kuitenkaan mielekästä puuttua kilpailuoikeuden keinoin, muuten kuin poikkeuksellisissa tapauksissa. Ratkaisua tulisi hakea pääosin immateriaalioikeuden sisäisin keinoin tai alakohtaista sääntelyä kehittämällä. Kilpailuoikeudellisen sääntelyn tarkoitus on pääasiassa kilpailun toimivuuden sekä yhteiskunnan tehokkuuden maksimoiminen. Kilpailuoikeudellisessa interventiossa on aina se riski, että markkinoiden tehokkuudelle aiheutuu enemmän haittaa kuin hyötyä. Tämä korostuu erityisesti dynaamisilla aloilla, joilla markkinarakenteet muuttuvat nopealla tahdilla ja markkinavoima on usein lyhytaikaista. PAE-yritysten keskeinen tavoite on ylihinnan periminen, jolloin kilpailuoikeudellisella interventiolla puututaan markkinatalouden keskiössä olevaan hintamekanismiin. Vaarana on, että viranomainen tai tuomioistuin ottaa hintasäännöstellijän roolin, joka johtaa helposti entistä suurempaan tehottomuuteen. Patenttijärjestelmän uudistamisen avulla olisi mahdollista vaikuttaa informaation määrään ja sen saatavuuteen. PAE-yritysten toiminnan mahdollistaa pääosin juurikin patenttien suuri määrä sekä niiden osittain päällekkäiset suoja-alat, jotka eivät ole aiemmin tuottaneet ongelmia valmistustoimintaa harjoittavien yritysten passiivisen patenttipolitiikan ja ristiinlisensoinnin vuoksi. Myös alakohtaisen patenttimarkkinoiden kehittämiseen suuntaavan sääntelyn muodostaminen poistaisi mahdollisesti haitallisia toimintatapoja. Patenttijärjestelmän ja alakohtaisen sääntelyn keskeisenä haasteena on kuitenkin se, että niiden kehittäminen edellyttää kansainvälistä yhteistyötä. Pitkällä aikavälillä ne tarjoavat kuitenkin merkittävästi tehokkaamman keinon puuttua PAE-yritysten haitallisiin toimintatapoihin.