

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS

ANTONIO TIZZANO

2 päivänä lokakuuta 2003¹

1. Landgericht Frankfurt am Main (jäljempänä Landgericht) on 12.7.2001 tekemälään päätöksellä esittänyt Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelle kolme ennakkoratkaisukysymystä EY 82 artiklan² tulkinnasta. Lyhyesti sanoen saksalainen tuomioistuin kysyy, käyttääkö eräs yritys väärin määräävää markkina-asemaansa, kun se ei anna omien kilpailijoidensa (vastiketta vastaan) käyttää tekijänoikeudellisesti suojattua tietokantaa.

Tosiseikat ja oikeudenkäynti

Pääasian perustana olevat tosiseikat

2. Pääasiassa ovat vastapuolina IMS Health GmbH & Co. OHG (jäljempänä IMS) ja NDC Health GmbH & Co. KG (jäljempänä NDC), joka elokuussa 2000 osti Pharma Intranet Information AG -nimisen yrityksen (jäljempänä PII).

1 — Alkuperäinen kieli: italia.

2 — Kuten tiedämme, tässä artiklassa määrätään seuraavaa: ”Yhteismarkkinoille soveltumatonta ja kiellettyä on yhden tai useamman yrityksen määräävän aseman väärinkäyttö yhteismarkkinoilla tai niiden merkittävällä osalla, jos se on omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Tällaista väärinkäyttöä voi olla erityisesti: a) kohtuuttomien osto- tai myyntihintojen taikka muiden kohtuuttomien kauppaehtojen suora tai välillinen määrääminen; b) tuotannon, markkinoiden tai teknisen kehityksen rajoittaminen kuluttajien vahingoksi; c) erilaisten ehtojen soveltaminen eri kauppakumppaneiden samankaltaisiin suorituksiin kauppakumppaneita epäedulliseen kilpailuasemaan asettavalla tavalla; d) sen asettaminen sopimuksen syntymisen edellytykseksi, että sopimuspuoli hyväksyy lisäsuoritukset, joilla niiden luonteen vuoksi tai kauppatavan mukaan ei ole yhteyttä sopimuksen kohteeseen.”

3. Molemmat asianosaiset harjoittavat liiketoimintaa, johon kuuluu Saksassa tapahtuvaa lääkkeiden alueellista myyntiä koskevien tietojen kerääminen, työstäminen ja tulkinta. On tärkeää korostaa, että näiden yritysten tilastot nojautuvat maantieteelliseen arviointiperusteeseen, jolla lääkkeiden myyntitiedot kootaan ”segmenteiltä” (jäljempänä segmentit tai osamarkkinat), joihin Saksan alue on jaettu.

4. Ennakkoratkaisupyynnöstä ilmenee, että tilastot toteuttaakseen IMS oli alun perin 1970-luvulla jakanut Saksan liittotasavallan alueen 418 osaan tavalla, joka pohjautui pitkälti kaupunkien ja osavaltioiden hallinnollisiin rajoihin. Koska tämä rakenne oli asianomaisten lääkevalmistajien kannalta liian yleispiirteinen, kyseinen alue jaettiin vuonna 1989 1 000 segmenttiin, joiden määrittelyssä otettiin huomioon muun muassa erilaiset markkinaolosuhteet ja jakelurakenteet. Kun Saksan liittotasavallassa otettiin käyttöön viisinumeroiset postinumero 1.6.1993, osamarkkinat määritettiin uudelleen ja kehitettiin tietokantarakenne, joka koski 1 845:tä segmenttiä. Tammikuusta 2000 alkaen IMS on antanut alueelliset markkinatilastot sellaisen jaotellun pohjalta, jossa Saksan alue on jaettu 1 860:een segmenttiin, tai tähän perustuen laajempaan alajaotteluun 2 847 segmenttiin (jäljempänä vastaavasti 1 860-aluejaottelu ja 2 847-aluejaottelu).

5. Näiden jaottelujen luomisessa on tukeuduttu erilaisiin kriteereihin, muun muassa kuntien hallinnollisiin rajoihin ja postinumeroalueisiin. Yksittäisten osamarkkinoiden rajojen yksityiskohtaisessa määrittämisessä on lisäksi otettu huomioon muita tekijöitä, muun muassa alueen ominaispiirteet (kaupunkialue vai maaseutu) ja kuinka tiheässä kyseisellä alueella on apteekkeja ja lääkäreiden vastaanottoja.

6. IMS on perustanut muutama vuosi sitten niin sanotun RPM-työryhmän (Regionaler Pharmazeutischer Mark), sillä se halusi

ottaa lääketeollisuuden mukaan omien rakenteidensa määrittämiseen. Tähän kaksi kertaa vuodessa kokoontuvaan työryhmään osallistuu IMS:n asiakkaina olevia lääketeollisuuden alan yrityksiä, jotka tällä tavoin voivat tehdä Saksan aluejaotellun parantamista koskevia ehdotuksia ja näin saattaa sen vastaamaan optimaalisesti tarpeitaan. IMS:n mukaan työryhmä (jonka ehdotukset on otettu huomioon vain poikkeustapauksissa) on käsitellyt alle kymmentä prosenttia osamarkkinoista ja se on ollut ennen kaikkea markkinointiväline, jolla asiakkaat on haluttu sitoa sen tuotteisiin. NDC:n mukaan tällä ryhmällä on sitä vastoin ollut määräävä osa kutakin yksittäistä segmenttiä rajattaessa.

7. Sen lisäksi, että IMS on käyttänyt 1 860- ja 2 847-aluejaottelua lääkeyrityksille myydyissä markkinatilastoissa, se on myös jaellut niitä vastikkeetta apteekkialan tutkimuskeskuksille ja sairaskassojen yhteenliittymille. Tämä on myötävaikuttanut siihen, että kantajan käyttämästä rakenteesta on tullut ”yleisessä käytössä oleva standardi”, jota sovelletaan laadittaessa Saksan lääketeollisuuden aluekohtaisia arviointeja. Kantajan asiakkaat ovat sovittaneet jakelu- ja atk-rakenteensa yhteen kantajan käyttämän aluerakenteen kanssa.

8. IMS entisen toimitusjohtajan perustaman PII:n alun perin laatimat tilastot perustuivat Saksan liittotasavallan alueen jaotteluun 2 201 segmenttiin. Yhteydenpito potentiaalisten asiakkaiden kanssa osoitti

kuitenkin, että tällä tavalla laadittuja tilastoja oli vaikea saada kaupaksi, koska ne eivät soveltuneet yhteen lääkeyritysten käyttämän aluejaottelun kanssa. PII siirtyi siksi käyttämään 1 860- ja 3 000-aluejaottelua, jotka vastaavat erittäin pitkälle IMS:n käyttämää jaottelua.³

Kansallisten tuomioistuinten aiemmat päätökset

9. IMS nosti Landgerichtissä kanteen kieltääkseen näiden aluejaottelujen käytön, jolla se katsoi tekijänoikeuttaan loukattavan, ja vaati, että tuomioistuin määräisi turvaamistoimesta. Tämä saksalainen tuomioistuin hyväksyi 27.10.2000 tämän kanteen ja määräsi turvaamistoimesta, jolla se kielsi PII:tä käyttämästä 3 000-aluejaottelua ja kaikkia IMS:n 1 860-aluejaotteluun perustuvia jakoja. Oberlandesgericht Frankfurt am Main hylkäsi 19.6.2001 PII:n tästä määräyksestä tekemän valituksen ja määräyksestä tuli näin lainvoimainen. NDC:n ostettua PII:n samanlainen turvaamistoimimääräys annettiin myös ensin mainittua yhtiötä vastaan. Landgericht vahvisti tämän määräyksen 12.7.2001

3 — 1860-aluejaottelu sisälsi vain 30 aluetta, jotka erosivat IMS:n vastaavasta aluejaottelusta, kun taas 3000-aluejaottelu perustui IMS:n 2847-aluejaotteluun, jossa oli jaoteltu uudestaan noin 150 aluetta.

tekemällään päätöksellä, joka ei kuitenkaan tässä asiassa käsiteltävänä olevan ennakkoratkaisupyynnön esittämishetkellä ollut vielä lainvoimainen.

10. Saksan tuomioistuin katsoi näissä päätöksissä muun muassa, että Saksan tekijänoikeuslainsäädäntö suojasi IMS:n tietokantoja (tai tietokantojen osia). Ottamatta kantaa siihen, missä laajuudessa RPM-työryhmä oli osallistunut markkinasegmentoinnin kehittämiseen, se totesi, että IMS oli joka tapauksessa yksi tämän tekijänoikeuden haltijoista ja saattoi näin kieltää aluejaottelujen käyttämisen.

Euroopan komission määräämä turvaamistoimi ja ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen presidentin ja yhteisöjen tuomioistuimen presidentin määräykset

11. Kuten kansallinen tuomioistuin on todennut, näiden asioiden vireillä ollessa myös komissio käsiteli IMS:n aluejaottelujen käyttöä kilpailuun liittyvässä menettelyssä.

12. Vähän ennen kuin Landgericht antoi ensimmäisen turvaamistoimimääräyksen, NDC pyysi IMS:ää luovuttamaan vastiketta vastaan 1 860-aluejaottelun käyttöoi-

keuden. Tästä kieltäytyen IMS ilmoitti, ettei se ollut käytettävissä käyttöoikeuden luovuttamista koskevia neuvotteluja varten, joten NDC ilmoitti tämän menettelyn määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä komissiolle vaatia sen määräämään turvaamistoimista.

13. Komissio hyväksyi NDC:n vaatimuksen ja teki 3.7.2001 asiassa *Camera Care*⁴ tarkoitettuna turvaamistoimena päätöksen 2002/165/EY ”EY:n perustamissopimuksen 82 artiklan mukaisesta menettelystä”.⁵ Tämän päätöksen 1 artiklassa komissio i) määräsi IMS:n ”myöntämään pyynnöstä kaikille Saksan alueellisten myyntitilastopalvelujen markkinoilla toimiville yrityksille viipymättä 1 860-aluejaottelun käyttöluvan syrjimättömin ehdoin, jotta nämä yritykset voisivat käyttää ja myydä kyseisen aluejaottelun mukaisesti käsiteltyjä alueellisia myyntitilastoja” (1 artikla); ii) määräsi lupamaksujen määrittämistavat (2 artikla), ja iii) määräsi IMS:lle viivästyssuraamuksen (3 artikla).

14. Siinä tämän päätöksen osassa, joka liittyy *fumus boni juris*in ja näin siihen, onko IMS *prima facie* rikkonut 82 artiklaa, komission lähtökohtana oli, että tällä yri-

tyksellä oli määräävä asema Saksan alueellisten myyntitilastopalvelujen markkinoilla (markkinat, jotka ulottuivat koko Saksan liittotasavallan alueelle ja olivat merkittävä osa yhteismarkkinoista).⁶

15. Näin todettuaan komissio katsoi, että sen arvioimiseksi, oliko sitä, että IMS epäsi käyttöoikeuden aluejaotteluihin, pidettävä määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä, sen on ”arvioitava, [olivatko] 1 860-aluejaottelu tai sen kanssa yhteensopiva aluejaottelu välttämätön kyseisillä markkinoilla kilpailemisen kannalta eli [oliko] yrityksillä, jotka [halusivat] tarjota alueellisia myyntitilastopalveluja Saksassa, realistisia mahdollisuuksia käyttää 1860-aluejaottelun tai sen kanssa yhteensopivan jaotuksen sijasta jotakin muuta aluejaottelua, joka ei rikkoisi IMS:n tekijänoikeutta”.⁷ Se lisäsi vielä, että ”vastaus tähän kysymykseen [riippui] tietenkin siitä, onko alueellisia myyntitilastoja tilaavilla asiakkailla todellinen mahdollisuus ostaa jonkin muun aluejaottelun mukaisesti käsiteltyjä tilastoja”.⁸

16. Komissio vastasi tähän kysymykseen myöntävästi omien tutkimustulostensa perusteella ja erityisesti useiden sen tietopyyntöön vastanneiden lääkeyritysten antamien tietojen valossa.

4 — Asia 792/79 R, *Camera Care v. komissio*, määräys 17.1.1980 (Kok. 1980, s. 119).

5 — EYVL L 59, s. 18.

6 — Komission päätöksen 45–62 perustelukappale.

7 — Komission päätöksen 71 perustelukappale.

8 — Komission päätöksen 72 perustelukappale.

17. Tältä osin se esitti ensin ne seikat, jotka sitoivat asiakkaat (eli lääketehaat) IMS:n 1 860-aluejaotteluun, ja totesi muun muassa seuraavaa:

— ”työryhmällä oli itse asiassa keskeinen tehtävä” 1 860-aluejaottelun ”suunnittelussa” ja että ”Saksan lääketieteellisyys investoi huomattavasti resursseja sen varmistamiseksi, että aluejaottelu vastaisi täysin niiden vaatimuksia”. Tämä selitti osaksi sen, ”miksi [lääkeyritykset] ovat pitkällä aikavälillä tulleet riippuvaisiksi tästä aluejaottelusta ja miksi niillä on erittäin suuria esteitä siirtymiselle uuteen aluejaotteluun, kuten myös sen, miksi johonkin muuhun aluejaotteluun perustuvien alueellisten myyntitilastopalvelujen on mahdotonta kilpailla kyseisillä markkinoilla”⁹

— ”1 860-aluejaottelu [oli] toimialan yleinen standardi osittain siksi, että alan yritykset osallistuivat sen kehittelyyn” ja että ”lääkeyritykset [olivat] sidoksissa tähän standardiin niin, että sen vaihtaminen ja jonkin yhteensopimattoman aluejaottelun mukaisesti käsiteltyjen myyntitilastojen ostaminen

ei olisi [ollut] taloudellisesti kannattava toimenpide, vaikka se teoriassa olisikin mahdollista”¹⁰

— ”eri ajanjaksoilta koottujen tietojen [oli] oltava vertailukelpoisia, ja minkä tahansa uuden aluejaottelun mukaisesti käsitellyt tiedot olisi [ollut] muunnettava 1 860-aluejaotteluun sopiviksi (tai päinvastoin) vertailukelpoisuuden varmistamiseksi, mistä aiheutuisi huomattavat kustannukset”¹¹

— ”jos alueellisia myyntitilastoja [olisi toimitettu] sellaisen aluejaottelun mukaisina, joka ei olisi yhteensopiva 1 860-aluejaottelun kanssa, tämä [olisi vaatinut] merkittäviä muutoksia lääkeyritysten myyntiedustajilleen osoittamien alueiden rajauksessa” sillä seurauksella, että ”lääkärien ja myyntiedustajien väliset asiakassuhteet” menetettäisiin. Tästä menetyksestä, ”joka väistämättä [olisi seurannut] siirtymisestä 1 860-aluejaottelun kanssa yhteensopimattomaan aluejaotteluun, olisi [ollut] tietyille lääkeyrityksille merkittävä este tällaisen muutoksen tekemiselle”¹²

10 — Komission päätöksen 86 ja 92 perustelukappale.

11 — Komission päätöksen 93 perustelukappale.

12 — Komission päätöksen 114 perustelukappale. Komissio totesi muun muassa lääkärin ja myyntiedustajan välisestä suhteesta, että ”lääkeyritykset pitävät lääkärin ja myyntiedustajan välistä suhdetta erittäin tärkeänä, koska se on yksi harvoista keinoista edistää lääkkeen myyntiä” (päättöksen 113 perustelukappale).

9 — Saman päätöksen sama perustelukappale.

— aluejaottelun mukaisten alueiden ryhmänä määritelty myyntipiiri voitiin ”ilmoittaa yrityksen ja myyntiedustajan välisessä työsopimuksessa, jolloin aluejaottelun muuttaminen edellyttäisi myös työsopimuksen muuttamista. Tämä menettely on toinen este aluejaottelun vaihtamiselle”¹³

— tuohon aikaan ”kokonaan 1 860-aluejaottelusta riippuvaisten sisäisten sovellusten muuttamisesta aiheutuvat kustannukset [olivat] merkittävät ja [muodostivat] huomattavan esteen aluejaottelun vaihtamiselle”.¹⁴

18. Tämän jälkeen komissio viittasi sellaisiin teknisiin ja oikeudellisiin rajoitteisiin, ”joiden vuoksi muiden yritysten olisi kohutuuttoman vaikea kehittää toista aluejaottelua, jossa alueellisia myyntitilastoja voitaisiin käsitellä ja markkinoida Saksassa”.¹⁵ Tältä osin se totesi muun muassa, että ”useimmat aluejaottelun rakentamisessa käytetyt muuttajat (postipiirit, apteekkien ja lääkärin sijainti, sosiodemografiset tiedot, topologiset tiedot, alue, jonka myyntiedustajat ehtivät haravoida päivässä jne.)

13 — Komission päätöksen 115 perustelukappale.

14 — Komission päätöksen 122 perustelukappale.

15 — Komission päätöksen 124 perustelukappale.

[olivat] julkisia ja vakiintuneita, kuten edellä selitettiin. Alueiden rajaus [riippui] paljolti näistä objektiivisista muuttujista, ja näin ollen ne [rajoittivat] mahdollisen uuden aluejaottelun kehittäjien käytettävissä olevia vaihtoehtoja”.¹⁶

19. Komissio toi lisäksi esille muitakin seikkoja, jotka aiheuttivat sen, että oli epätodennäköistä, että IMS:n kilpailijat kehittäisivät vaihtoehtoisen aluejaottelun, korostaen muun muassa seuraavia seikkoja: uuden aluejaottelun mukaisten tilastojen myyntiin liittyvä oikeudellinen epävarmuus;¹⁷ aikaisemmin oli yritetty luoda uusia aluejaotteluita, tässä kuitenkin onnistumatta;¹⁸ muissa maissa saatuja kokemuksia oli mahdotonta käyttää kehitettäessä uutta aluejaottelua.¹⁹

20. Kaikkien edellä esitettyjen seikkojen nojalla komissio siis katsoi, että 1 860-aluejaottelun tai muiden sen kanssa yhteensoveltuvien aluejaottelujen käyttäminen oli välttämätön edellytys sille, että relevantilla markkinoilla voitiin kilpailla. Koska komis-

16 — Komission päätöksen 131 perustelukappale. Komissio korosti sitten erityisesti, että ”postipiirien käyttö on ilmeisen tärkeää, rajoittaa mahdollisten uusien aluejakojen suunnittelijoiden käytettävissä olevia vaihtoehtoja” (132 perustelukappale); että ”on myös olemassa vahvat perusteet sille, että aluejakojen on noudatettava Saksan 440 hallintopiiriin (Kreis) rajoja” (137 perustelukappale); ja että oli olemassa mahdollisuus, että Saksan ”rietasuunalaki asettaa todellisia rajoitteita toisen aluejaon rakentamiselle” Saksaan (142 perustelukappale).

17 — Komission päätöksen 143–145 perustelukappale.

18 — Komission päätöksen 146–152 perustelukappale.

19 — Komission päätöksen 153–166 perustelukappale.

sio katsoi, ettei käyttöoikeuden epäämiseen ollut objektiivisia syitä,²⁰ se katsoi prima facie, että tällaista kieltäytymistä oli pidettävä määrävän markkina-aseman väärinkäyttönä.

21. Tämän jälkeen komissio vastasi IMS:n väitteisiin, joissa se oli asiaa koskevan yhteisön tuomioistuimen oikeuskäytännön nojalla todennut, että sillä oli ”oikeus tekijänoikeuteensa vedoten kieltäytyä käytönlupien myöntämisestä kilpailijoilleen niillä markkinoilla, joihin tekijänoikeus liittyy”,²¹ todeten, että ”se seikka, että IMS:n mainitsemisessa Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen ratkaisemisissa oikeustapauksissa olivat kyseessä kahdet markkinat, ei sulje pois sitä mahdollisuutta, että kieltäytyminen käytönluvan myöntämisestä tekijänoikeuteen vedoten voi rikkoa 82 artiklaa”.²² Komission mukaan kyseisen määräyksen rikkomisen toteamiseksi on tässä asiassa riittävää, i) ”että 1 860-aluejaottelun käyttö on yrityksille välttämätön toimintaedellytys, jotta ne voisivat kilpailla alueellisten myyntitilastopalvelujen markkinoilla Saksassa”; ii) että ”tuotteen, joka [oli] alueelliset myyntitilastopalvelut, ja sen aluejaottelun välillä, jossa näiden palvelujen luomiseen käytetty tieto [käsiteltiin]” oli tärkeä tehdä ero; iii) että ”ne erityiset ja poikkeukselliset olot, joissa 1 860-aluejaottelu [oli kehitetty] ja joissa sen tekijänoikeutta [oli puolustettu] ja [joissa se oli todettu] voimassaolevaksi, kyseistä aluejaottelua ei edellä mainittujen

teknisten, lainsäädännöllisten ja taloudellisten esteiden vuoksi voida korvata kehittämällä vastaava aluejaottelu, joka ei rikkoisi tekijänoikeutta”.²³ Komissio totesi vielä yhteisöjen tuomioistuimen asian kannalta merkityksellisen oikeuskäytännön nojalla, että ”toimituksista kieltäytymisen ei välttämättä tarvitse estää uuden tuotteen saattamista markkinoille, jotta se voitaisiin katsoa väärinkäytöksi”.²⁴

22. IMS vaati 6.8.2001 ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa nostamassaan kanteessa viimeksi mainittua EY 230 artiklan nojalla kumoamaan komission tekemän päätöksen ja EY 243 nojalla keskeyttämään sen täytäntöönpanon. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen presidentti hyväksyi 26.10.2001 antamallaan määräyksellä täytäntöönpanon keskeyttämishakemuksen.²⁵ Tämän asian kannalta on tärkeää todeta, että tämän määräyksen siinä osassa, joka koskee fumus boni jurista, presidentti toteaa, että IMS:n väite, jonka mukaan komissio oli poikennut yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä katsoessaan, että käyttöoikeuden epäämisellä rikottiin EY 82 artiklaa silloinkin kun sillä ei estetty uuden tuotteen pääsyä ”muille kuin niille markkinoille, joilla kyseinen yritys [oli] määrävässä asemassa”, oli prima facie perusteltu.²⁶

20 — Komission päätöksen 167–174 perustelukappale.

21 — Komission päätöksen 182 perustelukappale.

22 — Komission päätöksen 184 perustelukappale.

23 — Komission päätöksen 184 perustelukappale.

24 — Komission päätöksen 180 perustelukappale.

25 — Asia T-184/01 R, IMS Health Inc. v. komissio, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen presidentin määräys 26.10.2001 (Kok. 2001, s. II-3193).

26 — Komission päätöksen 105 perustelukappale.

23. Yhteisöjen tuomioistuimen presidentti hylkäsi 11.4.2002 antamallaan määräyksellä NDC:n tästä määräyksestä tekemän valituksen.²⁷

markkina-asemaansa kieltäytyessään tekemästä käyttöoikeussopimusta, Landgericht on esittänyt yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat kysymykset:

Pääasia ja ennakkoratkaisukysymykset

24. Ennakkoratkaisupyynnöstä ilmenee, että IMS vaatii pääasiassa edelleen, että NDC:tä kiellettäisiin käyttämästä 1 860-aluejaottelua tai siihen perustuvia aluejaotteluja. Landgericht katsoo kuitenkin, että kielto-oikeutta, joka IMS:llä periaatteessa on kansallisten tekijänoikeussäännösten mukaan, ei voida soveltaa nyt esillä olevassa asiassa, jos todettaisiin, että IMS käyttää EY 82 artiklassa tarkoitettuihin tavoin väärin määräävää markkina-asemaansa kieltäytyessään tekemästä NDC:n kanssa kohtuuehtoista käyttöoikeussopimusta.

25. Kansallinen tuomioistuin yhtyy tämän kysymyksen osalta komission päätelmiin, jotka se on tehnyt relevanttien markkinoiden määrittelyn ja IMS:n määräävän aseman osalta.²⁸ Selvittääkseen kuitenkin, onko IMS käyttänyt väärin määräävää

”1) Onko EY 82 artiklaa tulkittava niin, että määräävän markkina-aseman väärinkäyttöksi on katsottava se, että määräävässä markkina-asemassa oleva yritys ei suostu tekemään käyttöoikeussopimusta tekijänoikeudellisesti suojatun tietokannan käyttämisestä sellaisen yrityksen kanssa, joka haluaisi päästä samoille maantieteellisille ja asiallisille markkinoille, jos markkinavastapuoli eli potentiaaliset asiakkaat eivät hanki mitään sellaisia tuotteita, joissa ei ole käytetty tekijänoikeudellisesti suojattua tietokantaa, koska asiakkaat ovat jo tottuneet käyttämään tuotteita, jotka perustuvat tekijänoikeudellisesti suojattuun tietokantaan?

2) Kun tutkitaan sitä, onko määräävää markkina-asemaa väärinkäytetty, onko merkitystä sillä, missä laajuudessa määräävässä markkina-asemassa oleva yritys on käyttänyt markkinavastapuolen työntekijöitä kehitellessään tekijänoikeudellisesti suojattua tietokantaa?

3) Kun tutkitaan sitä, onko määräävää markkina-asemaa väärinkäytetty, onko merkitystä sillä, millaisia haittoja (erityisesti kustannuksia) aiheutuisi sel-

27 — Asia C-481/01 P(R), NDC Health GmbH & Co. KG ja NDC Health Corporation v. komissio, yhteisöjen tuomioistuimen presidentin määräys 11.4.2002 (Kok. 2002, s. I-3401).

28 — Landgericht viittaa erityisesti komission turvaamistoimipäätöksen 45–55, 59 ja 60 perustelukappaleeseen.

laisille asiakkaille, jotka ovat tähän asti käyttäneet määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen tuotetta, jos nämä käyttäjät vastaisuudessa hankkisivat kilpailevan yrityksen tuotteen, jossa ei ole käytetty tekijänoikeudellisesti suojattua tietokantaa?”

jota komissio ja ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen sekä yhteisöjen tuomioistuimen presidentit jo ovat eri puoliltaan käsitelleet. Kun nyt yritän antaa kansalliselle tuomioistuimelle hyödyllisen vastauksen huomioimalla komission päätöksestä ja yhteisöjen tuomioistuinten turvaamistoimimääräyksistä ilmenevät seikat, pidän asianmukaisena esittää muutamia edeltäviä huomautuksia ennakkoratkaisukysymysten ulottuvuudesta ja siitä ongelmakentästä, johon ne pääasiallisesti liittyvät.

Oikeudenkäynti yhteisöjen tuomioistuimessa ja ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa vireillä oleva asia

26. Pääasian kantajat ja komissio ovat esittäneet huomautuksia nyt esillä olevassa asiassa. Niiden suulliset lausumat on kuultu 6.3.2003 pidetyssä istunnossa.

27. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on 26.9.2002 antamallaan määräyksellä lykännyt IMS:n siinä vireille paneman sen asian käsittelyä, jossa se vaatii komission määräämän turvaamistoimen kumoamista.

Oikeudellinen analyysi

Johdanto

28. Kuten on jo nähty, ennakkoratkaisukysymykset liittyvät monitahoiseen riitaan,

29. Aloitan huomauttamalla, että ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys näyttää lähtevän liikkeelle seuraavista kahdesta oletuksesta: a) että tietyn tekijänoikeus-suojaa saavan aluejaottelun käyttö on *välttämätöntä*, jotta tietyn maan lääkkeiden alueelliset myyntitilastot voitaisiin saattaa markkinoille, ja jotta näillä markkinoilla voitaisiin toimia, *koska potentiaaliset asiakkaat (lääkeyritykset) kieltäytyvät ostamasta tilastoja, joita ei ole toteutettu tällaisen jaon perusteella*;²⁹ b) että kyseisen aluejaottelun tekijänoikeuden haltijana oleva yritys on määräävässä asemassa kyseisen maan alueellisilla myyntitilastomarkkinoilla. Saksalainen tuomioistuin lähtee liikkeelle näistä oletuksista haluten tietää, onko EY 82 artiklaa tulkittava siten, että tällaisessa tilanteessa tekijänoikeuden haltijana oleva yritys käyttää väärin määräävää asemaansa, kun se kieltäytyy tekemästä aluejaottelustaan (vastikkeellista) käyttöoikeussopimusta sellaisten toimijoiden

²⁹ — Tämän kieltäytymisen syy, jota ei mainita tutkittavana olevassa kysymyksessä, on johdettavissa lääkeyritysten organisointivaikeuksista.

kanssa, jotka aikovat käyttää sitä toimiakseen *samoilla* (tuote- ja maantieteellisillä) *markkinoilla*, joilla ensiksi mainitulla on määräävä asema ja jolla se käyttää tätä aluejaottelua.

IMS:n väitteet, joiden mukaan komissio oli virheellisesti katsonut, että käyttöoikeuden epämisellä rikottiin EY 82 artiklaa silloinkin, kun sillä ei estetty uuden tuotteen pääsyä ”muille kuin niille markkinoille, joilla kyseinen yritys [oli] määräävässä asemassa”.³¹

30. Toisin sanoen kansallinen tuomioistuin haluaa ensimmäisellä ennakkoratkaisukysymyksellään pääasiallisesti selvittää, onko käyttöoikeuden epäminen kuvatun kaltaisessa tilanteessa määräävän aseman väärinkäyttöä, vaikka sillä ei rajoiteta tai estetä muiden kuin niiden markkinoiden kilpailua, joilla tekijänoikeuden haltija käyttää oikeuttaan ja joilla se on määräävässä asemassa, vaan yksinkertaisesti estetään potentiaalisia kilpailijoita toimimasta samoilla markkinoilla kuin määräävässä asemassa oleva yritys.

32. Kun kahta seuraavaa ennakkoratkaisukysymystä luetaan komission päätöksen ja turvaamistoimimääräysten valossa, ne näyttävät keskittyvän eräaseen ensimmäisen kysymyksen taustalla olevaan oletukseen, koska niillä pyritään pääasiallisesti selvittämään, milloin erityistä aluejaottelua on pidettävä välttämättömänä tietyn maan alueellisilla myyntitilastomarkkinoilla. Tuomioistuin haluaa tarkemmin ottaen tietää, onko tätä arvioitaessa merkitystä i) sillä, missä määrin lääkeyritysten edustajat ovat osallistuneet tekijänoikeuden suojaaman aluejaottelun kehittämiseen, tai ii) sillä, minkälaisen rasituksen (muun muassa millaisia kustannuksia) lääkeyritykset joutuvat kantamaan voidakseen ostaa muun kuin tekijänoikeuden suojaaman aluejaottelun perusteella laadittuja tilastoja.

31. Olen jo huomauttanut, että IMS oli arvostellut komission lähestymistapaa juuri tältä kannalta katsoen väittämällä, että sillä oli ”oikeus tekijänoikeuteensa vedoten kieltäytyä käyttölupien myöntämisestä kilpailijoilleen niillä markkinoilla, joihin tekijänoikeus liittyy”.³⁰ Kuten on todettu ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen presidentin turvaamistoimimääräyksessä on keskitytty juuri tähän seikkaan, koska sillä on katsottu *prima facie* perustelluiksi (tai ei ainakaan selvästi perusteettomiksi) ne

33. Ennakkoratkaisukysymysten ulottuvuuden tultua näin selvitettyksi alan seuraavassa tutkia niitä siten, että käsitelen ensin

30 — Komission turvaamistoimipäätöksen 182 perustelukappale.

31 — Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen presidentin määräyksen 105 kohta.

ensimmäisen kysymyksen ja sen jälkeen toisen ja kolmannen kysymyksen yhdessä. Tutkimisen jälkeen on aiheellista esittää muutamia lyhyitä huomioita niistä ongelmista, joita saattaa aiheutua siitä, että kansallinen tuomioistuin ja komissio soveltavat EY 82 artiklaa samanaikaisesti.

Ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys

Asianosaisten lausumat

34. Tämän kysymyksen osalta IMS toteaa aluksi, että tekijänoikeuteen kuuluu olennaisena osana oikeus tämän oikeuden yksinomaiseen käyttöön, ja oikeuden haltijalla on näin valta evätä muilta käyttöoikeus. Tästä syystä, kuten oikeuskäytännöstä ilmenee, käyttöluvan epääminen ei voi sinällään olla EY 82 artiklassa tarkoitettua määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä.³² Tätä määräystä voidaan rikkoa vain silloin, kun käyttöluvan epäämiseen liittyy jotakin sellaista, jonka avulla väärinkäyttö voidaan todeta. Tämän määräyksen sellaisella tulkinnalla, että käyttöluvan epäämistä pidettäisiin jo sinänsä tällaisena väärinkäyttönä, olisi sitä paitsi mitä vakavimpia ja epätoivotuimpia seu-

rauksia markkinatalouden kannalta katsoen, koska sillä evättäisiin tekijänoikeuden haltijoilta heille heidän luovasta työstään kuuluva korvaus ja rajoitettaisiin innovaatioihin ja tutkimukseen kohdistuvaa investointihalukkuutta.

35. IMS huomauttaa sitten, että nyt esillä olevan kaltaisessa asiassa käyttöluvan epäämisellä ei voida katsoa käytettävän väärin määräävää asemaa myöskään nk. essential facility -teorian perusteella, jolle komission turvaamistoimipäätös pääasiallisesti perustuu. Tässä teoriassa oletetaan nimittäin, että määräävässä asemassa oleva yritys tarjoaa tuotantoketjun alkupään markkinoilla sellaisia tuotteita tai palveluita, jotka ovat välttämättömiä, jotta sen kanssa voitaisiin kilpailla toisilla tuotantoketjun loppupään markkinoilla. Tuollaisessa tilanteessa määräävässä asemassa oleva yritys rajoittaa perusteettomasti kilpailua tuotantoketjun loppupään markkinoilla, jos se perusteettomasti epää omien tuotteidensa tai palvelujensa saatavuuden.³³ Essential facility -teorian nojalla ei siis voida asettaa määräävässä asemassa olevalla yritykselle velvollisuutta jakaa tekijänoikeuttaan muiden toimijoiden kanssa vain sen vuoksi, että viimeksi mainitut

32 — IMS vetoaa tältä osin seuraaviin asioihin: asia 53/87, Cibra v. Renault, tuomio 5.10.1988 (Kok. 1988, s. 6039); asia 238/87, Volvo, tuomio 5.10.1988 (Kok. 1988, s. 6211); asia 53/87, Renault, tuomio 5.10.1988 (Kok. 1988, s. 6039) ja yhdistetyt asiat C-241/91 P ja C-242/91 P, RTE ja ITP v. komissio, tuomio 6.4.1995 (Kok. 1995, s. I-743, 49 kohta; jäljempänä asiassa Magill annettu tuomio).

33 — IMS:n mukaan tätä käsitystä tukevat kaikki ne yhteisöjen tuomioistuinten tuomiot ja komission päätökset, jotka koskevat sopimuksen tekemisestä kieltäytymistä ja essential facilities'iä. Tältä osin se viittaa eritoten seuraaviin asioihin: yhdistetyt asiat 6/73 ja 7/73, Commercial Solvents, tuomio 6.3.1974 (Kok. 1974, s. 223, Kok. Ep. II, s. 229); asia 311/84, CBEM v. CLT ja IPB, nk. Telemarketing-tapaus, tuomio 3.10.1985 (Kok. 1985, s. 3261); asia C-18/88, GB-Inno-BM, tuomio 13.12.1991 (Kok. 1991, s. I-5941, Kok. Ep. XI, s. I-551); yhdistetyt asiat C-241/91 P ja em. asia Magill; asia C-7/97, Bronner, tuomio 26.11.1998 (Kok. 1998, s. I-7791) ja asia T-504/93, Ladbroke, tuomio 12.6.1997 (Kok. 1997, s. II-923) sekä EY:n perustamissopimuksen 86 artiklan soveltamismenettelyssä 14.1.1998 tehtyyn komission päätökseen 98/190/EY (asia IV/34.801 FAG — Flughafen Frankfurt/Main AG) (EYVL L 72, s. 30).

voisivat kilpailla tehokkaammin samoilla markkinoilla, joilla se käyttää oikeuttaan.

36. IMS lisää vielä, että nyt esillä olevassa asiassa ei voida vedota asiassa Magill annettuun tuomioon sen väitteen tueksi, että käyttöluvan epääminen on määrävän markkina-aseman väärinkäyttöä. Tuossa tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin nimittäin totesi, että käyttöluvan epääminen on määrävän markkina-aseman väärinkäyttöä vain ”poikkeuksellisissa tapauksissa”, kun sillä i) estetään sellaisen uuden tuotteen, jota tekijänoikeuden haltijayritys ei tarjoa ja jolle on olemassa potentiaalinen kysyntä, markkinoillepääsy; kun se on ii) perusteetonta, ja kun sen iii) vaikutuksesta johdannaiset markkinat jäävät määrävässä asemassa olevalle yritykselle. Ensimmäinen ja kolmas edellytys eivät täyty tässä asiassa, koska NDC ei halua päästää johdannaisille markkinoille uutta tuotetta, vaan pitäytyä IMS:n kehittämässä aluejaottelussa saattaakseen samoille markkinoille lähes saman tuotteen kuin kyseinen yhtiö.

37. IMS:n mukaan sellaisella EY 82 artiklan tulkinnalla, jonka mukaan se seikka, että määrävässä asemassa oleva yritys epää käyttöluvan, on jo sinällään määrävän markkina-aseman väärinkäyttöä, loukataan a) ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojasta tehtyä Euroopan yleissopimusta; b) niitä kansainvälisiä veloit-

teita, joita yhteisöllä on teollisoikeuksia koskevien kansainvälisten sääntöjen merkityksestä yritysten kannalta tehdyn WTO:n yleissopimuksen ja kirjallisten ja taiteellisten teosten suojaamisesta tehdyn Bernin yleissopimuksen nojalla.

38. NDC:n esittämät näkemykset ovat tietysti täysin vastakkaisia.

39. NDC väittää muun muassa, että pääasian riidalla on useita yhtymäkohtia asiaan Magill, jossa yhteisöjen tuomioistuin piti väärinkäyttönä sitä, että tekijänoikeuden haltija epää käyttöluvan. Kuten tuossa tapauksessa,

- tekijänoikeuden suojaama immateriaalihyödyke ei ole ahkeran luomistyön ja huomattavien investointien tulos (nyt esillä olevassa asiassa aluejaottelu perustuu suurelta osalta Saksan postinumeroalueiden rajoihin ja se on toteutettu lääketeollisuuden ratkaisevalla myötävaikutuksella)
- kyseinen hyödyke on saatettu sellaisten toimijoiden saataville, jotka eivät kilpaile tekijänoikeuden haltijan kanssa (nyt esillä olevassa asiassa esimerkiksi kartografisiin tarkoituksiin)

— käyttöluvan haluavan yrityksen tuote on useissa suhteissa parempi kuin tekijäoikeuden haltijan tuote (nyt esillä olevassa asiassa sillä voidaan käsitellä useammanlaisia tietoja, asiakkaille tarjoutuu mahdollisuus saada tietokantaan ”on-line”-yhteys, tietojen merkitysarvo on suurempi ja ne on esitetty asiakkaan kannalta miellyttävämällä tavalla)

— monopoliasema tuotantoketjun alkupään toiminnassa (nyt esillä olevassa asiassa aluejaottelu) laajenee koskemaan tuotantoketjun loppupään toimintaa (nyt esillä olevassa asiassa lääkkeiden alueellisten myyntitilastojen markkinointi).

40. NDC:n mukaan edellä esitetyn ratkaisun puolesta puhuu myös se seikka, ettei sillä pyritä ainoastaan IMS:n keräämien tietojen jäljentämiseen, vaan keräämään ja käsittelemään alueellisia myyntitietoja itsenäisesti ja siirtämään ne sitten omaan tuotteeseen. NDC korostaa lisäksi, että nyt esillä olevassa asiassa tekijäoikeuden suojaama immateriaalihyödyke on sellainen alueellinen normi, jonka niiden arvioiden mukaan, jotka on esitetty EY:n perustamis-sopimuksen 81 artiklan soveltamisesta horisontaalista yhteistyötä koskeviin sopimuksiin annetuissa komission suuntaviivoissa,³⁴ pitäisi olla mahdollisimman laajalti saatavilla.

41. Lopuksi NDC huomauttaa, että kaksien markkinoiden (tuotantoketjun alkupään ja sen loppupään markkinoiden) olemassaolo ei ole välttämätön edellytys sen toteamiselle, että käyttöluvan epääminen on määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä.³⁵ Kuten asiasta Magill ilmenee, EY 82 artiklan soveltamiseksi riittää, että tietyillä markkinoilla määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on monopoli niihin tietoihin, jotka ovat tarpeen, jotta sen kanssa voitaisiin kilpailla. Merkitystä ei ole sillä seikalla, että näitä tietoja ei ole saattanut markkinoille määräävässä asemassa oleva yritys.

42. Komissio puolestaan väittää, että menettelyä, jossa määräävässä asemassa oleva yritys kieltäytyy antamasta kilpailijoilleen pääsyä keskeiseen alusrakenteeseen, voidaan pitää määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä silloinkin, kun tämä alusrakenne sijaitsee muilla kuin niillä markkinoilla, joilla kilpailijat aikovat toimia. Tällöin riittää se, että alusrakenne sijaitsee aikaisemmassa tuotantoportaassa ja että se muodostaa sellaisen ”tuotantopanoksen”, joka on selvästi erotettavissa tietyn tavaran tai palvelun tuottamiseen myöhemmässä tuotantoportaassa käytettävästä tuotantopanoksesta.

43. Komissio toteaa, että jotta tiettyä tavaraa tai palvelua voitaisiin pitää alusrakenteena tai keskeisenä tuotantopanoksena, on tarpeen, että se eroaa myöhemmässä tuotantoportaassa tuotettavasta tavarasta/palvelusta ja että sen ja myöhem-

34 — NDC korostaa tältä osin eritoten sitä, että asiassa Magill annettun tuomion 47 kohdassa yhteisöjen tuomioistuin ei ole pysähtynyt arvioimaan, voitiinko tuossa asiassa, tekniseltä kannalta katsoen, erottaa kahdet markkinat.

mässä tuotantoportaassa tuotettavan tavar-
 ran/palvelun välille syntyy ”lisäarvoa”.
 Tämä lähestymistapa, joka perustuu pikem-
 minkin eri tuotantoportaiden keskinäiseen
 erottamiseen kuin erillisten markkinoiden
 olemassaoloon, saa vahvistusta yhteisöjen
 tuomioistuimen asioissa Magill ja Bronner
 sekä ensimmäisen oikeusasteen tuomiois-
 tuimen asiassa Ladbroke esittämistä totea-
 muksista.

yritys epäisi käyttöluvan, mentäisiin pidem-
 mälle kuin tämän oikeuden keskeinen
 funktio edellyttää, koska sillä varattaisiin
 tälle yritykselle sen avulla tuotetun tuot-
 teen/palvelun tuottaminen. Komissio koros-
 taa tältä osin, että tekijänoikeus on saman-
 lainen omistusoikeus kuin niin monet
 muutkin omistusoikeudet ja sen yhdistävät
 niihin sen haltijan yksinoikeus määrätä sen
 kohteena olevasta (aineellisesta tai aineet-
 tomasta) hyödykkeestä ja myös kilpailuoi-
 keudelliset velvoitteet.

44. Pelkästään se, että määrävässä ase-
 massa oleva yritys ei saattaisi itsenäisesti
 markkinoille sitä tuotantopanosta, joka on
 välttämätön myöhemmässä tuotantoporta-
 aassa tuotettavan tavarantoiminnan tuotta-
 miseksi, ei vielä estä sitä, että perusteetonta
 pääsyn epäämistä voidaan pitää määrävään
 markkina-aseman väärinkäyttönä. Myös
 tällöin pääsyn epäämisellä rajoitetaan merk-
 kittävästi ja EY 82 artiklan vastaisesti
 kilpailua myöhemmässä tuotantoportaassa
 tuotettavan tavarantoiminnan markkinoilla.
 Rajoittaminen on vielä vakavampaa, jos
 välttämätöntä tuotantopanosta ei ollen-
 kaan markkinoida, koska yritykset, jotka
 ovat kiinnostuneita myöhemmässä tuotan-
 toportaassa tuotetun tuotteen/palvelun
 tuottamisesta, eivät voi välillisesti hankkia
 itselleen tätä tuotantopanosta sellaisilta-
 kaan kolmansilta, jotka ovat sen hankki-
 neet määrävässä asemassa olevalta yrityk-
 seltä.

Arviointi

46. Nyt tutkittavassa ennakkoratkaisuky-
 symyksessä on esillä EY 82 artiklan tulkin-
 taa koskeva tärkeä ja hienovarainen
 ongelma, joka liittyy määrävässä asemassa
 olevan yrityksen velvollisuuteen antaa
 omien kilpailijoidensa (vastiketta vastaan)
 käyttää tekijänoikeudellisesti suojattua
 immateriaalihyödykettä, kun tämä on vält-
 tämätöntä näillä markkinoilla, joilla kysei-
 nen yritys käyttää oikeuttaan ja joilla sillä
 on määrävä asema, toimimiseksi.

45. Komission mukaan tämä näkemys
 pitää paikkansa myös silloin, kun keskei-
 nen tuotantopanosta on tekijänoikeuden suo-
 jaama immateriaalihyödyke. Jos näet tämä
 immateriaalihyödyke eroaisi myöhemmässä
 tuotantoportaassa tuotetusta tavarasta/pal-
 velusta, jonka tuottamisessa se on välttä-
 mätön, sillä, että tekijänoikeuden haltija-

a) Asian kannalta merkityksellinen oikeus-
 käytäntö

47. Tätä kysymystä tutkittaessa on tarkas-
 teltava ennen kaikkea niitä yhteisöjen
 tuomioistuimen tuomioita, jotka koskevat
 mahdollisuutta pitää käyttöoikeuden

epäämistä määrävän markkina-aseman väärinkäyttönä ja joissa (tai ainakin joissakin niistä) voitaneen aavistella sovelletun nk. essential facility -teoriaa, johon asianomaiset ovat toistuvasti viittaneet.³⁶

48. Aluksi palautan mieliin asiassa Commercial Solvents annetun tuomion, jossa tätä ongelmakenttää tarkasteltiin tilanteessa, jossa raaka-ainetoimitukset oli keskeytetty. Tuossa asiassa yhteisöjen tuomioistuin vahvisti riidanalaisen komission päätöksen ja totesi seuraavaa: ”raaka-ainemarkkinoilla määrävässä markkina-asemassa oleva yritys, joka varatakseen itselleen johdannaistuotteiden valmistuksen kieltäytyy toimittamasta kyseisiä raaka-aineita asiakkaalle, joka itse tuottaa kyseisiä johdannaistuotteita, silläkin uhalla, että kilpailu kyseisen asiakkaan osalta päättyy kokonaan, käyttää väärin määrävää markkina-asemaansa 86 artiklassa tarkoitettulla tavalla”.³⁷

49. Asiassa Telemarketing annetussa tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin täsmensi, että tämä päättelytapa ”soveltuu myös silloin kun kyse on yrityksestä, joka on määrävässä asemassa sellaisen palvelun markkinoilla, joka on toisilla markkinoilla toimivan toisen yrityksen toiminnan kannalta välttämätön”.³⁸ Tuossa tapauksessa yhteisöjen tuomioistuin piti EY:n perustamissopimuksen 86 artiklan (josta on

tullut EY 82 artikla) vastaisena sitä, että telejaketumarkkinoilla määrävässä asemassa oleva yritys ilman objektiivisia perusteita kieltäytyy antamasta lähetyisaikaa riippumattomille teleyrityksille ja näin varaa tämän toiminnan eräälle yhtiökumppanilleen aiheuttaen näin sen, että kilpailu on vaarassa hävitä kokonaan näiltä markkinoilta. Tässä yksittäistapauksessa yhteisöjen tuomioistuin määräsi muun muassa periaatteesta, jonka mukaan 86 artiklassa tarkoitettua väärinkäyttöä on menettely, jossa tietyillä markkinoilla määrävässä asemassa oleva yritys varaa ilman objektiivista tarvetta itselleen sellaisen liitännäistoiminnan, jota kolmas yritys voisi harjoittaa toimialansa puitteissa markkinoilla, jotka ovat lähellä ensin mainittuja, mutta siitä erillisiä, ja aiheuttaa näin sen vaaran, ettei kyseinen yritys voi millään tavoin kilpailla näillä markkinoilla.³⁹

50. Erityisesti immateriaalioikeuksien osalta on tämän jälkeen mainittava asiassa Volvo annettu tuomio, jossa yhteisöjen tuomioistuimelta kysyttiin pääasiallisesti, käyttikö tämä autonvalmistusyritys väärin määrävää asemaansa (oletetuilla) varaosamarkkinoilla, kun se ei tehnyt kolmansien kanssa näiden varaosien valmistusta koskevaa käyttöoikeussopimusta. Vastatessaan tähän kysymykseen yhteisöjen tuomioistuin totesi, että ”mallille myönnetyn patentin haltijalla oleva oikeus kieltää kolmansia ilman sen suostumusta valmistamasta ja myymästä tai maahantuomasta tämän mallisia tuotteita muodostaa sillä olevan yksinoikeuden ydinsisällön. Tästä seuraa, että jos

36 — Tästä teoriasta ja sen soveltamisesta Yhdysvalloissa ja Euroopassa ks. mm. julkisasiamies Jacobsin em. asiassa Bronner antama ratkaisuehdotus, 45–53 kohta.

37 — Em. asia Bronner, tuomion 25 kohta.

38 — Em. asia Bronner, tuomion 26 kohta.

39 — Näin samassa tuomiossa. Sama periaate on tämän jälkeen vahvistettu uudelleen osittain erillisessä asiayhteydessä em. asiassa RTT v. GB annetun tuomion 18 kohdassa.

patentinhaltijalle asetettaisiin velvollisuus tehdä kolmansien kanssa, vaikka kohtuullista korvaustakin vastaan, tämän mallisten tuotteiden hankintaa koskeva käyttöoikeussopimus, siltä evättäisiin sillä olevan yksioikeuden ydinsisältö, ja ettei kieltäytymistä tällaisen käyttöoikeussopimuksen tekemisestä voida sinällään pitää määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä”.⁴⁰ Yhteisöjen tuomioistuin lisäsi kuitenkin, että ”autonkorivaraosien mallin patentinhaltijalle kuuluvan yksinoikeuden käyttö voi olla 86 artiklan nojalla kiellettyä, jos kyse on määräävässä asemassa olevasta yrityksestä, joka syyllistyy määrättyihin väärinkäytöksiin, kuten kieltäytyy mielivaltaisesti toimittamasta varaosia riippumattomille korjausverstaalle, vahvistaa varaosien hinnat kohtuuttomalle tasolle tai päättää olla enää valmistamatta tietyn mallin varaosia siitä huolimatta, että liikenteessä on vielä useita tämän mallisia ajoneuvoja, koska näillä menettelyillä voidaan vaarantaa jäsenvaltioiden välistä kaupaa”.⁴¹

51. Kahdesta ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen antamasta tuomiosta tehtyä valitusasiaa jo mainitussa asiassa Magill tutkiessaan yhteisöjen tuomioistuin palasi immateriaalioikeuteen liittyvän käyttöoikeuden epäämistä koskevaa kysymykseen. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin oli valituksenalaisissa tuomioissaan vahvistanut päätöksen, jolla komissio oli katsonut, että muutamat telelähetysoiminnan harjoittajat olivat käyttäneet väärin sitä määräävää asemaa, joka niillä oli televisio-

ohjelmistomarkkinoilla, sillä ne olivat vedonneet kyseisiin ohjelmistoihin liittyvään tekijänoikeuteen kieltäessään kolmansia julkaisemasta viikoittain ilmestyviä täydellisiä oppaita eri lähettäjiä ohjelmista.

52. Yhteisöjen tuomioistuin korosti tuoloin ensin asiassa Volvo annetusta tuomiosta ilmenevän, että vaikka käyttöoikeuden epääminen ei sinällään ole määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä, oikeudenhaltija voi kuitenkin poikkeuksellisesti käyttää yksinoikeuttaan siten, että hänen menettelyään on pidettävä väärinkäyttönä.⁴² Tuossa tapauksessa oli yhteisöjen tuomioistuimen mielestä olemassa juuri sellaisia asianhaaroja, joiden nojalla kantajana olleen lähittäjän menettelyä voitiin pitää määräävän aseman väärinkäyttönä, sillä

— ensinnäkin ”kantajat — — jotka ovat olleet tosiasiaa ainoat lähteet ohjelmien suunnittelussa laadittujen sellaisten perustietojen saamiseksi, jotka ovat olleet välttämättömiä viikoittaisen ohjelmalehden julkaisemiseksi — — eivät [olleet] antaneet television katsojille muuta mahdollisuutta saada tietoja tulevan viikon ohjelmista kuin ostaa jokaista televisiokanavaa käsittelevät erilliset ohjelmalehdet ja saada näistä tarpeelliset tiedot ohjelmien vertailemiseksi. Kun kantajat ovat kieltäytyneet antamasta perustietoja vetoamalla kansallisiin tekijänoikeus-

40 — Em. asia Volvo, tuomion 8 kohta.

41 — Em. asia Volvo, tuomion 9 kohta. Yhteisöjen tuomioistuin on todennut samalla tavalla samana päivänä antamassaan em. asiassa Renault.

42 — Em. asia Volvo, tuomion 50 kohta.

säännöksiin, ne ovat estäneet uuden tuotteen eli kattavan viikoittaisen televisio-ohjelmalehden syntymisen, eivätkä kantajat ole tarjonneet itse tällaista ohjelmalehteä, ja tällaiselle tuotteelle on ollut mahdollista kulutus-kysyntää, ja siksi kieltäytymistä on pidettävä perustamissopimuksen 86 artiklan toisen kohdan b alakohdan mukaisena väärinkäytönä”⁴³

— toiseksi, ”tämä kieltäytyminen ei ole ollut perusteltua televisiolähetystoiminnan harjoittamiseksi tai televisiolehtien kustantamiseksi”⁴⁴

— kolmanneksi, ”kantajat ovat — — varanneet itselleen johdannaiset markkinat, eli tässä tapauksessa viikoittaisten ohjelmalehtien markkinat, ja näin estäneet kaiken kilpailun näillä markkinoilla, koska kantajat eivät ole luovuttaneet perustietoja, jotka ovat välttämättömiä tällaisen ohjelmalehden julkaisemiseksi”.⁴⁵

53. Yhteisöjen tuomioistuin on tarkastellut sopimuksen tekemiseen liittyvää ongelmakenttää jo edellä mainitussa asiassa Bronner annetussa tuomiossa. Tuossa tapauksessa,

jossa oletettiin päivälehtien kotiinkantajärjestelmiin liittyvien itsenäisten valtakunnallisten markkinoiden olevan olemassa, yhteisöjen tuomioistuinta pyydettiin muun muassa arvioimaan, ”onko se, että jäsenvaltion alueella olevan ainoan valtakunnallisen kotiinkantajärjestelmän haltija, joka käyttää tätä järjestelmää omien päivälehtensä jakeluun, kieltäytyy tarjoamasta järjestelmän palveluja kilpailevan päivälehden kustantajalle, perustamissopimuksen 86 artiklassa tarkoitettua määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä sillä perusteella, että tällä kieltäytymisellä kyseistä kilpailijaa estetään käyttämästä päivälehtensä myynnin kannalta olennaiseksi katsottua jakelujärjestelmää”.⁴⁶

54. Viitattuaan ensin asiassa Magill annettuun tuomioon, yhteisöjen tuomioistuin huomautti, että ”vaikka oletettaisiinkin, että tämä teollisoikeuksien käyttöä koskeva oikeuskäytäntö soveltuisi minkä tahansa omistusoikeuden käyttöön”, käyttöoikeuden epäämisen pitämiseksi määräävän aseman väärinkäyttönä on tarpeen, että sen lisäksi, että kieltäytymisellä kotiinkantopalvelun tarjoamisesta saatetaan estää palvelua kysyneen kaikki mahdollisuudet kilpailla päivälehtimarkkinoilla ja että se ei ole objektiivisesti perusteltavissa, palvelu sinänsä on lisäksi välttämätön kyseisen yrityksen toiminnan harjoittamisen kannalta siten, että kyseistä kotiinkantajärjestelmää ei voida tosiasiallisesti eikä mahdollisesti korvata millään toisella järjestelmällä.⁴⁷

43 — Em. asia Volvo, tuomion 53 ja 54 kohta.

44 — Em. asia Volvo, tuomion 55 kohta.

45 — Em. asia Volvo, tuomion 56 kohta.

46 — Em. asia Bronner, tuomion 37 kohta.

47 — Em. asia Bronner, tuomion 41 kohta.

b) Päätelmät

55. Edellä olevasta oikeuskäytäntöä koskevasta tutkimuksesta ilmenee, että yhteisöjen tuomioistuin on todellakin, kuten IMS on todennut, kaikissa niissä tapauksissa, joissa se on myöntänyt, että kieltäytyminen tiettyjen tavaroiden (aineellisten tai aineettomien) tai palvelujen toimittamisesta tai niiden saataville asettamisesta, voi olla määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä, se on erottanut toisistaan näiden tavaroiden tai palvelujen tuotantoketjun alkupään markkinat ja tuotantoketjun loppupään johdannaiset markkinat, joilla niitä käytetään tuotantopanoksena tuotettaessa erilaisia tavaroita tai palveluja. EY 82 artiklan todetut tai oletetut rikkomiset koskivat näissä tapauksissa itse asiassa yrityksiä, joiden välillä oli vertikaalinen yhteys ja jotka käyttöluvan epäämällä käyttivät väärin määräävää asemaansa tuotantoketjun alkupään markkinoilla rajoittaakseen kilpailua tai estääkseen sen tuotantoketjun loppupään markkinoilla, tai joiden ainakin oletettiin näin menetelleen.

56. Kuten NDC ja komissio ovat perustellusti huomauttaneet, yksilöidessään tuotantopanosten osalta tuotantoketjun alkupään markkinoita yhteisöjen tuomioistuin ei pitänyt tarpeellisena, että määräävässä asemassa oleva yritys saattaisi ne markkinoille itsenäisesti. Asiassa Magill antamassaan tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin itse asiassa yksilöi televisio-ohjelmaluetteloiden markkinat, vaikka televisio-ohjelmien lähettäjät eivät saattaneetkaan niitä itsenäisesti markkinoille, vaan vain tarjosivat niitä ilmaiseksi muutamille päivälehdille. Asiassa

Bronner antamassaan tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin myönsi sitten, että valtakunnalliset päivälehtien kotiinkantojärjestelmien markkinat olivat yksilöitävissä, vaikka näillä (hypoteettisilla) markkinoilla monopoliasemassa oleva yritys ei myynytkään itsenäisesti kotiinkantopalveluja.⁴⁸

57. Edellä mieliin palautetun, käyttöoikeuden epäämistä koskevan oikeuskäytännön soveltamiseksi riittää mielestäni se, että tuotantopanosten tuotantoketjun alkupään markkinat *voidaan yksilöidä*. Näin on silloinkin, kun markkinat ovat vain ”potentiaaliset” siinä mielessä, että niillä toimii monopoliasemassa oleva yritys, joka päättää, ettei se itsenäisesti saata markkinoille kyseisiä tuotantopanoksia (riippumatta siitä, onko niille todellista kysyntää), vaan turvautuu yksinomaisesti tuotantoketjun loppupään markkinoihin rajoittaen näin kilpailua näillä markkinoilla tai estäen sen kokonaan.

58. Klassinen esimerkki essential facility-teoriasta on tapaus, jossa tiettyyn satamaan pääsy on välttämätöntä merikuljetuspalvelujen suorittamiseksi tietyillä maantieteellisillä markkinoilla. Oletetaan, että sataman omistaja käyttää yksinoikeudella tätä alusrakennetta taatakseen itselleen monopoliaseman merikuljetuspalvelujen markki-

48 — Relevantteja markkinoita määrittäessään yhteisöjen tuomioistuin ei näytä ottaneen huomioon sitä, että kotiinkantojärjestelmän omistaja suoritti itsenäiselle kustantajalle tiettyjä palveluja, muun muassa sen päivälehtien kotiinkantopalveluja. Tuossa tapauksessa kotiinkantopalvelua ei kuitenkaan myyty itsenäisesti, vaan se oli osa kokonaisuoritusta, joka käsitti myös kyseisen päivälehtien painattamisen ja myynnin.

noilla ja kieltäytyy ilman mitään objektiivisia perusteita suorittamasta tätä pyytävälle kolmansille yrityksille tarvittavia satamapalveluja. Uskon, että tällaisessa tilanteessa käyttöluvan epäämistä koskevaa oikeuskäytäntöä voidaan soveltaa siitä riippumatta, ettei satamapalveluja tarjota markkinoilla. Tämä asianhaara ei todellakaan aiheuta sitä, että merikuljetusyritysten kysymien satamapalvelujen markkinoiden yksilöinti olisi mahdotonta, olettaen, että tällaisilla palveluilla todellisuudessa on kysyntää ja ettei niiden markkinoille saattamiselle ole teknisiä esteitä. Käyttöluvan epäämistä koskevan oikeuskäytännön nojalla voitaisiin siis katsoa, että jos sataman alusrakenteiden omistaja kieltää perusteettomasti pääsyn näille rakenteille, se käyttää väärin omaa määräävää (monopoli-)asemaansa satamapalvelujen markkinoilla, koska se menettelyllään estää kaiken kilpailun merikuljetuspalvelujen johdannaisilla markkinoilla.

59. Koska asiassa on jo selvitetty, että tuotantopanosten tuotantoketjun alkupään markkinoiden yksilöimiseksi ei ole tarpeen, että määräävässä asemassa oleva yritys saattaisi nämä panokset markkinoille itsenäisesti, minusta on selvää, että tällaiset markkinat voidaan määritelmän mukaan yksilöidä aina silloin, kun a) kyseiset tuotantopanokset ovat välttämättömiä (sen vuoksi ettei niitä voida korvata eikä jäljentää), jotta tietyillä markkinoilla voitaisiin kilpailla, ja kun b) niitä tosiasialli-

sesti kysyvät ne yritykset, jotka aikovat kilpailla markkinoilla, joilla kyseiset tuotantopanokset ovat välttämättömiä.

60. Jos kaiken edellä todetun jälkeen tutkimme ensimmäisessä ennakkoratkaisukysymyksessä tarkoitettua tilannetta, meidän on myönnettävä, ettei käyttöluvan epäämiseen liittyvän oikeuskäytännön soveltamiselta voida välttyä pelkästään siitä syystä, että yritys, joka on pyytänyt käyttöoikeutta aluejaotteluun, aikoo toimia samoilla markkinoilla kuin tekijänoikeuden haltija. Kun otetaan huomioon, että tässä kysymyksessä lähdetään liikkeelle oletuksesta, että se aluejaottelu, johon käyttöoikeutta on pyydetty, on välttämätön lääkkeiden alueellisten myyntitilastojen markkinoimiseksi tietyssä maassa, aluejaottelun saantiin liittyvät tuotantoketjun alkupään markkinat (joilla tekijänoikeuden haltijalla on monopoliasema) ja tilastojen myyntiin liittyvät tuotantoketjun loppupään johdannaissel markkinat voidaan ilman muuta yksilöidä.

61. Tämän tultua todetuksi lisäksi kuitenkin heti, että ne yhteisöjen tuomioistuimen tuomiot, jotka koskevat immateriaalioikeuden käyttöoikeuden epäämistä, saavat minut katsomaan, että jotta kieltäytymistä voitaisiin pitää perusteltuna, ei riitä, että immateriaalioikeuden kohteena oleva aineeton hyödyke on välttämätön, jotta tietyillä markkinoilla voitaisiin toimia, tai että oikeudenhaltija voisi tällä kieltäytymisellään estää kaiken kilpailun johdannaisilla markkinoilla.

62. Vaikka tällaisia asianhaaroja olisikin olemassa, punnittaessa yhtäältä immateriaalioikeuden ja sen haltijalla olevan taloudellisen toiminnan harjoittamisvapauden suojeluintressiä, ja toisaalta vapaan kilpailun suojeluintressiä keskenään, vaa'an kieli voi kallistua viimeksi mainitun intressin puolelle vain, jos käyttöoikeuden epäamisella estetään johdannaisten markkinoiden kehitystä kuluttajien haitaksi. Tarkemmin sanoen katson, että käyttöoikeuden epäamista voidaan pitää määräävän aseman väärinkäyttönä vain, jos pyytävä yritys ei halua aineellisesti rajoittautua immateriaalioikeuden haltijan johdannaissilla markkinoilla jo tarjoamien tavaroiden/palvelujen jäljentämiseen, vaan aikoo tuottaa ominaisuuksiltaan erilaisia tavaroita/palveluita, joilla — — vaikka ne kilpailevatkin oikeudenhaltijan tavaroiden/palvelujen kanssa — — tyydytetään kuluttajien sellaisia erityistarpeita, joita olemassa olevilla tavaroilla/palveluilla ei tyydytetä

63. Asiassa Magill annettu tuomio näyttää mielestäni selvästi vahvistavan tämän suuntaisen näkemyksen, sillä yhteisöjen tuomioistuin on, kuten jo on todettu, siinä pitänyt määräävän aseman väärinkäyttönä perusteetonta käyttöluvan epäamista, koska sillä oli a) estetty ”uuden tuotteen eli kattavan viikoittaisen televisio-ohjelmalehden [syntyminen], eivätkä kantajat ole tarjonneet itse tällaista ohjelmalehteä, ja tällaiselle tuotteelle on ollut mahdollista kulutuskysyntää”; ja koska tällä epäami-

sella b) ”kantajat [olivat] varanneet itselleen johdannaiset markkinat, eli tässä tapauksessa viikoittaisten ohjelmalehtien markkinat, ja näin estäneet kaiken kilpailun näillä markkinoilla”.⁴⁹

64. Tuossa tapauksessa yhteisöjen tuomioistuin siis piti käyttöluvan epäamista määräävän aseman väärinkäyttönä siitä syystä, että sitä pyytävä yritys halusi laskea markkinoille muun kuin tekijänoikeuden haltijan tuottaman viikoittaisen televisio-ohjelmalehden (jossa ei olisi esitetty vain yhden lähettäjä ohjelmia, vaan koko ohjelmisto), jolla olisi tyydytetty kuluttajien erityistarpeita. Näin estettiin sellaisen ”uuden” tuotteen markkinoillepääsy, joka olisi televisio-ohjelmalehtien yleisillä markkinoilla kilpaillut tekijänoikeuden haltijan tuotteiden kanssa.

65. Asiassa Volvo annettua tuomiota, jossa yhteisöjen tuomioistuin totesi, ettei ”tällaisen käyttöoikeuden epäamista voida sinällään pitää määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä”, voidaan ehkä myös lukea tällä tavoin.⁵⁰ Vaikka tuossa tapauksessa auton varaosien mallille myönnettyä patenttia voitiin pitää sellaisena tuotantopanoksena, joka oli alkuperäisten varaosien (oletetuilla) markkinoilla toimimisen kannalta välttämätön, voidaan arvella, ettei yhteisöjen tuomioistuin pitänyt käyttöoi-

49 — Em. asia. Magill, tuomion 56 kohta.

50 — Em. asia Volvo, tuomion 8 kohta.

keuden epäämistä määrävän aseman väärinkäyttönä sen vuoksi, että pyytjä halusi ainoastaan jäljentää patentinhaltijan tuotteita, eli tuottaa Volvon alkuperäisiä varaosia.

66. Kaikkien edellä esitettyjen seikkojen valossa katson näin ollen, että ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen voidaan vastata siten, että EY 82 artiklaa on tulkittava siten, että tekijänoikeuden suojaama aineetonta hyödykettä koskevan käyttöoikeuden epääminen on tässä määräyksessä tarkoitettua määrävän aseman väärinkäyttöä, jos a) epäämiseen ei ole objektiivisia perusteita, b) immateriaalioikeuden kohteena olevan aineettoman hyödykkeen käyttö on johdannaisilla markkinoilla toimimisen kannalta välttämätöntä, ja jos oikeudenhaltija voisi estää kaiken kilpailun näillä markkinoilla. Näin on kuitenkin edellyttäen, että käyttö lupaa pyytävä yritys ei halua aineellisesti rajoittautua immateriaalioikeuden haltijan johdannaisilla markkinoilla jo tarjoamien tavaroiden/palvelujen jäljentämiseen, vaan aikoo tuottaa ominaisuuksiltaan erilaisia tavaroita/palveluita, joilla — — vaikka ne kilpailevatkin oikeudenhaltijan tavaroiden/palvelujen kanssa — — tyydytetään kuluttajien sellaisia erityistarpeita, joita olemassa olevilla tavaroilla/palveluilla ei tyydytetä

Toinen ja kolmas ennakkoratkaisukysymys

67. Kuten on jo todettu, toisella ja kolmannella ennakkoratkaisukysymyksellä pyritään pääasiallisesti selvittämään, milloin tekijänoikeuden suojaama erityistä aluejaottelua on pidettävä välttämättömänä lääkkeiden alueellisten myyntitilastojen myymiseksi tietyssä maassa. Tuomioistuin haluaa tarkemmin ottaen tietää, onko tätä arvioitaessa merkitystä i) sillä, missä määrin lääkeyritysten edustajat ovat osallistuneet tekijänoikeuden suojaaman aluejaottelun kehittämiseen, tai ii) sillä, minkälaisen rasituksen (muun muassa millaisia kustannuksia) lääkeyritykset joutuvat kantamaan voidakseen ostaa muun kuin tekijänoikeuden suojaaman aluejaottelun perusteella laadittuja tilastoja.

Asianosaisten lausumat

68. IMS huomauttaa nyt tutkittavana oleviin kysymyksiin liittyvästä ongelmakentästä yleisesti, että 1 860-aluejaottelua ei voida pitää essential facilityna asiakkaiden mieltymysten perusteella. Arvioitaessa, onko aluejaottelu välttämätön lääkkeiden alueellisten myyntitilastojen markkinointiseksi, ei voida ottaa huomioon sitä, ovatko asiakkaat subjektiivisesti valmiita hyväksy-

mään muuhun jaotteluun perustuvia tilastoja; sen sijaan tämän arvioinnin kannalta ratkaisevaa on se, onko vastaavan kokoisella kilpailijalla objektiivinen mahdollisuus kehittää vaihtoehtoinen jako.

69. Siitä asemasta, joka lääkeyrityksillä on ollut aluejaottelun kehittämisessä, ISM toteaa olevan aivan normaalia, että asiakkaat osallistuvat niiden tarpeita paremmin vastaavien tavaroiden tai palvelujen luomiseen. Tässä suhteessa siitä, että käyttöoikeuden luovuttamisesta tulisi velvollisuus, aiheutuu kielteisiä seurauksia, koska yritykset joutuisivat kieltäytymään kaikista omien tuotteidensa kehittämissyhteistyöstä asiakkaiden kanssa.

70. IMS toteaa lopuksi niistä sopeuttamiskustannuksista, joita asiakkaille aiheutuu muiden aluejaottelujen perusteella toteutettujen tilastojen käyttämisestä, että on aivan normaalia, että asiakkaille aiheutuu menoja, kun ne valitsevat uutta tuotetta, eikä tätä seikkaa voida pitää merkityksellisenä päätettäessä, onko käyttöoikeuden epäämistä pidettävä määrävän markkina-aseman väärinkäyttönä.

71. NDC puolestaan on eri mieltä huomauttaen, että teollisuuden käytännöillä tai asiakkaiden odotuksilla on merkitystä pää-

tettäessä, onko alusrakennetta pidettävä essential facilityna, koska ne määrätyissä olosuhteissa saattavat aiheuttaa sen, että alusrakenteen saanti on välttämätöntä, vaikka se muuten ei sitä olisi.

72. NDC korostaa tämän jälkeen, että asiassa Bronner annetun tuomion mukaan tietyn alusrakenteen saantia voidaan pitää välttämättömänä silloin, kun vaihtoehtoisen alusrakenteen luominen ei olisi kannattavaa. Ne sopeuttamiskustannukset, joita lääkeyrityksille aiheutuisi niiden siirtyessä toiseen aluejaotteluun, olisivat niin korkeita, että kilpailevan jaottelun käyttöönotto ei olisi ainoastaan kannattamaton, vaan myös suorastaan taloudellisesti mahdotonta.

73. Komissio puolestaan muistuttaa turvaamistoimipäätöksessään maininneensa useita seikkoja, joiden nojalla voidaan katsoa, että IMS:n 1 860-aluejaottelu on välttämätön Saksan alueellisilla myyntitalomarkkinoilla. Kansallinen tuomioistuimien on tuonut esille vain muutamia niistä seikoista, jotka olisi otettava huomioon tässä arvioinnissa.

74. Tämän todettuaan komissio korostaa, että asiakkaiden merkittäväällä osallistumisella IMS:n aluejaottelun kehittämiseen on myötävaikutettu siihen, että lääkeyritykset

ovat tulleet riippuvaisiksi tästä jaottelusta. Sen mukaan näin merkittävä ja intensiivinen osallistuminen yhteisen jaottelun kehittämiseen on tyyppillistä menettelylle, jossa luodaan tosiasiallinen normi.

Asian arviointi

75. Komissio huomauttaa, että aluejaottelun välttämättömyyttä tutkittaessa on arvioitava, voiko samankokoinen yritys luoda pätevän vaihtoehdon. Tässä arvioinnissa kannattaa myös huolellisesti tutkia kysyntään ja erityisesti asiakkaille toiseen alusrakenteeseen siirtymisestä aiheutuviin sopeutumisponnisteluihin liittyvät merkitykselliset tekijät. Tilanteen analysointi kysynnän ja tarjonnan kannalta on erityisen asianmukaista tutkittaessa, onko vaihtoehdoisen alusrakenteen luominen taloudellisesti kannattavaa.

76. Komissio korostaa lopuksi turvaamis- päätöksessään esitettyihin arviointeihin viitaten niitä esteitä, jotka tässä asiassa hillitsivät lääkeyritysten siirtymistä IMS:n aluejaottelun kanssa yhteensoveltumattomaan jaotteluun, ja niitä suhteettomia, ei ainoastaan taloudellisia, ponnistuksia, joita tällainen siirtyminen edellyttäisi.

77. Tämän kysymyksen tutkinnassa on ilman muuta lähdettävä liikkeelle asiassa Bronner annetusta tuomiosta, jossa yhteisöjen tuomioistuin esittää muutamia hyödyllisiä havaintoja siitä, milloin hyödykettä (aineellista tai aineetonta) tai palvelua voidaan pitää tietyillä markkinoilla toimimisen kannalta välttämättömänä.

78. Tuossa tapauksessa yhteisöjen tuomioistuin on pitänyt mahdollisena, että ainoa valtakunnallinen kotiinkantojärjestelmä olisi välttämätön päivälehtien myymiseksi, todeten olevan ”selvää, että muitakin päivälehtien jakelutapoja, kuten jakelu postin välityksellä ja myynti kauppoissa ja lehtikioskeissa, on olemassa ja että näiden päivälehtien kustantajat käyttävät niitä, vaikka ne olisivatkin vähemmän edullisia joidenkin päivälehtien osalta”. Lisäksi se on todennut, että ”toisaalta ei näytä olevan teknisiä, lainsäädännöllisiä eikä taloudellisiakaan esteitä, jotka voisivat tehdä mahdolliseksi tai edes kohtuuttoman vaikeaksi sen, että muut päivälehtien kustantajat perustaisivat yksin tai yhteistyössä muiden kustantajien kanssa oman valtakunnallisen kotiinkantojärjestelmänsä ja että ne käyttäisivät sitä omien päivälehtiensä jakeluun”.⁵¹

51 — Em. asia Bronner, tuomion 43 ja 44 kohta.

79. Yhteisöjen tuomioistuin on lisäksi todennut, että ”sen osoittamiseksi, ettei tällaisen järjestelmän perustaminen ole realistisesti mahdollinen vaihtoehto ja että järjestelmän palvelut ovat siten välttämättömiä, ei riitä, että vedotaan siihen, ettei perustaminen ole taloudellisesti kannattavaa jaettavan päivälehdessä tai jaettavien päivälehtien pienen levikin vuoksi. Jotta tämän järjestelmän palveluja voitaisiin mahdollisesti pitää välttämättöminä, olisi ainakin näytettävä toteen — — ettei ole taloudellisesti kannattavaa perustaa toista kotiinkantojärjestelmää sellaisten päivälehtien jakamiseksi, joilla on vastaavansuuruisen levikki kuin lehdillä, joita jaetaan olemassa olevan järjestelmän kautta”.⁵²

80. Tästä tuomiosta ilmenee siis, että päätettäessä, onko jokin tuotantopanostie-tyillä markkinoilla kilpailemisen kannalta välttämätön, on arvioitava a) onko olemassa sellaisia korvaavia tuotantopanoksia, joita toimija voi (tehokkaammin tai tehottomammin) käyttää kyseisillä markkinoilla; b) onko olemassa teknisiä, länsäädännöllisiä tai taloudellisia esteitä, jotka voisivat tehdä mahdottomaksi tai kohtuuttoman vaikeaksi sen, että yritys, joka aikoo toimia kyseisillä markkinoilla, loisi mahdollisesti yhteistyössä muiden toimijoiden kanssa vaihtoehtoisia tuotantohyödykkeitä. Yhteisöjen tuomioistuin on todennut, että jotta vaihtoehtoisten tuotantopanosten luomisen taloudelliset esteet voitaisiin hyväksyä, on näytettävä, että niiden luominen ei

ole taloudellisesti kannattavaa siten, että niitä voitaisiin tuottaa jo olemassa olevien tuotantopanosten haltijaan verrattavissa olevassa laajuudessa.

81. Kuten on jo todettu, nyt esillä olevassa asiassa on päätettävä, mikä merkitys tässä arvioinnissa on i) sillä, missä määrin lääkeyritysten edustajat ovat osallistuneet tekijänoikeuden suojaaman aluejaottelun kehittämiseen, ja ii) sillä, minkälaisen rasituksen (muun muassa millaisia kustannuksia) lääkeyritykset joutuvat kantamaan voidakseen ostaa muun kuin tekijänoikeuden suojaaman aluejaottelun perusteella laadittuja tilastoja.

82. Näitä seikkoja on mielestäni käsiteltävä yhdessä, koska molemmat niitä viime kädessä tarkasteltaessa liittyvät vaihtoehtoisen alusrakenteen luomisen taloudellisiin esteisiin.

83. Sen mukaan mitä NDC ja komissio ovat väittäneet, lääkeyritysten merkittävä osallistuminen IMS:n aluejaottelun kehittämiseen on ollut yhtenä syynä siihen, että ne ovat tulleet riippuvaisiksi tästä jaottelusta, vaikka sillä ei olekaan ehdoton tekninen tai oikeudellinen este vaihtoehtoiseen alusrakenteeseen siirtymiselle. Mutta jos näin on,

52 — Em. asia Bronner, tuomion 45 ja 46 kohta.

lääkeyritysten merkittävä osallistuminen IMS:n aluejaottelun kehittämiseen selitty yksikertaisesti sillä, että näiden yritysten pitäisi ponnistella suhteettomasti voidakseen siirtyä hankkimaan toisenlaisen aluejaottelun perusteella toteutettuja tilastoja.

84. On selvää, että jos lääkeyritysten pitäisi ponnistella suhteettomasti (toiminnan järjestämisen kannalta ja taloudellisesti) siirtyäkseen vaihtoehtoiseen aluejaotteluun, tästä aiheutuisi, että tällaisen jaottelun luominen tulisi IMS:n kilpailijalle kalliimmaksi tai, näkökulmasta riippuen, vähemmän kannattavaksi. IMS:n kilpailijan pitäisi nimittäin tarjota potentiaalisille asiakkaille erityisen edullisia ehtoja saadakseen nämä hankkimaan vaihtoehtoisen aluejaottelun perusteella toteutetut tilastot, mikä aiheuttaisi vaaran siitä, ettei se onnistuisi lyhentämään suorittamiaan investointeja.

85. Tästä on siis pääteltävä, että se, missä määrin lääkeyritysten edustajat ovat osallistuneet tekijänoikeuden suojaaman aluejaottelun kehittämiseen ja se, minkälaisen rasituksen nämä yritykset joutuvat kantamaan voidakseen ostaa muun kuin tekijänoikeuden suojaaman aluejaottelun perusteella laadittuja tilastoja, ovat seikkoja, jotka on otettava huomioon päätettäessä, onko olemassa sellaisia taloudellisia esteitä, joista voi aiheutua, että minkä tahansa yrityksen, joka aikoo toimia kyseisillä markkinoilla, on mahdotonta tai suhteettoman vaikeaa, mahdollisesti yhteistyössä

toisten toimijoiden kanssa, luoda tällaista vaihtoehtoista aluejaottelua.

86. Edellä esitetyn valossa katson siis, että toiseen ja kolmanteen ennakkoratkaisukysymykseen on vastattava siten, että se, missä määrin lääkeyritysten edustajat ovat osallistuneet tekijänoikeuden suojaaman aluejaottelun kehittämiseen ja se, minkälaisen rasituksen nämä yritykset joutuvat kantamaan voidakseen ostaa muun kuin tekijänoikeuden suojaaman aluejaottelun perusteella laadittuja tilastoja, ovat seikkoja, jotka on otettava huomioon päätettäessä, onko viimeksi mainittu jako välttämätön lääkkeiden alueellisten myyntitilastojen markkinoimiseksi.

Kansallinen tuomioistuin ja komissio soveltavat samanaikaisesti EY 82 artiklaa

87. Kuten olen ilmoittanut, haluaisin ennen ratkaisun esittämistä esittää muutamia lyhyitä toteamuksia niistä ongelmista, joita tässä asiassa aiheutuu siitä, että kansallinen tuomioistuin ja komissio soveltavat EY 82 artiklaa samanaikaisesti. Nämä ongelmat aiheutuvat siitä, että kun yhteisöjen tuomioistuin antaa nyt esillä olevassa ennakkoratkaisussa tuomion, jossa se selvittää, miten EY 82 artiklaa on oikein tulkittava kansallisen tuomioistuimen

men esittämissä kysymyksissä, se luultavasti jättää viimeksi mainitulle tietyin harkintamarginaalin tämän päättäessä, onko se, että IMS on evännyt käyttöoikeuden, määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä. Kansallinen tuomioistuin voi siis teoriassa antaa tuomion, joka on ristiriidassa komission sen turvaamistoimipäätöksen kanssa, jossa komissio prima facie toteaa kyseisen epäämisen olevan EY 82 artiklan vastaista.

88. Tällaista tilannetta varten on aiheellista muistuttaa, että yhteisöjen tuomioistuimella on jo ollut tilaisuus todeta, että ”kun kansalliset tuomioistuimet ottavat kantaa sopimukseen tai menettelytapoihin, joista komissio on jo [EY 81 tai EY 82 artiklan nojalla] tehnyt päätöksen, ne eivät — — voi tehdä komission päätöksen kanssa ristiriidassa olevia päätöksiä”.⁵³ Tätä kieltoa, jonka perusta on EY 10 artiklassa määrätty lojaalisuusvelvollisuus ja niiden päätösten velvoittavuus, jotka komissio tekee EY 81 tai EY 82 artiklan nojalla,⁵⁴ on mielestäni sovellettava myös silloin, kun tämä toimielin on tehnyt turvaamistoimipäätöksen,

koska se seikka, että päätös on turvaamistoimi, ei tietenkään vähennä sen velvoittavuutta eikä vaikuta edellä mainittuun lojaalisuusvelvollisuuteen. Kuten yhteisöjen tuomioistuin on lisäksi todennut, kieltä tehdä komission päätösten kanssa ristiriidassa olevia päätöksiä on voimassa myös silloin, kun ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on turvaamistoimena lykännyt niiden täytäntöönpanoa.⁵⁵

89. On selvää, että jos kansallisella tuomioistuimella on yhteisöjen tuomioistuimen sille jättämää harkintavaltaa käyttäessään epäilyksiä komission päätöksen päteyydestä, se voi esittää tältä osin uuden ennakkoratkaisukysymyksen.⁵⁶ Se voi myös, jos se pitää sitä asianmukaisena, lykätä asian käsittelyä siihen asti, kunnes ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin antaa komission turvaamistoimipäätöstä koskevan lopullisen tuomion, tai odottaa sen lopullista päätöstä, komissiota mahdollisesti ensin kuultuaan.⁵⁷ Yhteisöjen tuomioistuin on korostanut, että jos kansallinen tuomioistuin lykkää asian käsittelyä, sen on tutkittava, onko asianosaisten etujen suojaamiseksi tarpeen määrätä turvaamistoimista, jotka ovat voimassa siihen asti, kunnes se antaa lopullisen päätöksen asiassa.⁵⁸

53 — Asia C-344/98, Masterfoods, tuomio 14.12.2000 (Kok. 2000, s. I-11369, 52 kohta).

54 — Em. asia Masterfoods, tuomion 49 ja 50 kohta.

55 — Em. asia Masterfoods, tuomion 53 kohta.

56 — Em. asia Masterfoods, tuomion 57 kohta.

57 — Em. asia Masterfoods, tuomion 57 kohta.

58 — Em. asia Masterfoods, tuomion 58 kohta.

Ratkaisuehdotus

Edellä esitettyjen seikkojen perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaisi Landgerichtin esittämiin kysymyksiin seuraavasti:

- 1) EY 82 artiklaa on tulkittava siten, että tekijänoikeuden suojaamaa aineetonta hyödykettä koskevan käyttöoikeuden epäminen on tässä määräyksessä tarkoitettua määräävän aseman väärinkäyttöä, jos a) epäämiseen ei ole objektiivisia perusteita, b) immateriaalioikeuden kohteena olevan aineettoman hyödykkeen käyttö on johdannaisilla markkinoilla toimimisen kannalta välttämätöntä, ja jos oikeudenhaltija voisi estää kaiken kilpailun näillä markkinoilla. Näin on kuitenkin edellyttäen, että käyttö lupaa pyytävä yritys ei halua aineellisesti rajoittautua immateriaalioikeuden haltijan johdannaisilla markkinoilla jo tarjoamien tavaroiden/palvelujen jäljentämiseen, vaan aikoo tuottaa ominaisuuksiltaan erilaisia tavaroita/palveluita, joilla — — vaikka ne kilpailevatkin oikeudenhaltijan tavaroiden/palvelujen kanssa — — tyydytetään kuluttajien sellaisia erityistarpeita, joita olemassa olevilla tavaroilla/palveluilla ei tyydytetä
- 2) Se, missä määrin lääkeyritysten edustajat ovat osallistuneet tekijänoikeuden suojaaman aluejaottelun kehittämiseen ja se, minkälaisen rasituksen nämä yritykset joutuvat kantamaan voidakseen ostaa muun kuin tekijänoikeuden suojaaman aluejaottelun perusteella laadittuja tilastoja, ovat seikkoja, jotka on otettava huomioon päätettäessä, onko viimeksi mainittu jaottelu lääkkeiden alueellisten myyntitilastojen myymisen kannalta välttämätön.