

Gliederung der Vorlesung

Teil 1: Markt- und Preistheorie

- A Perfect Competition vs. Monopoly
- B Market Power, Competition, and Welfare
- C Market Structure and Market Power
- D Collusion and Cartels

Teil 2: Wettbewerbstheorie und –politik

- E Competition Policy
- F Market Delineation
- G Horizontal Mergers
- H Vertikale Vereinbarungen und Zusammenschlüsse

I Behinderungsstrategien – Kampfpreise, Monopolisierung und Preisdiskriminierung



- 1) Predatory Pricing
- 2) Tying and Bundling
- 3) Network Industries
- 4) Price Discrimination
- 5) The Microsoft Case

Kampfpreise (oder Verdrängungspreise): predatory pricing

Monopolisierung: Koppelung (Tying), Bündelung (bundling), Inkompatibilität

Art. 102 AEUV (Artikel 82 (ex Artikel 86) EGV)

Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten ist die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Dieser Mißbrauch kann insbesondere in folgendem bestehen:

- a) der unmittelbaren oder mittelbaren Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- b) der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher;
- c) der Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;
- d) der an den Abschluß von Verträgen geknüpften Bedingung, daß die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.

In diesem Abschnitt geht es um den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Zentrale Rechtsgrundlage Art. 82.

Neben der Generalklausel gibt es Anwendungsbeispiele, wobei umstritten ist, ob diese Beispielliste erschöpfend ist, ob sie also alle möglichen Arten des Missbrauchs erfasst. (s. für eine entsprechend Argumentation O'Donoghue, Padilla, S. 213)

Wichtig ist bei der Auslegung die Entscheidungspraxis des EuGH

Arten des von Art. 82 (2) erfassten Missbrauchs.

Lit a) Ausbeutungsmissbrauch

Lit b) Exclusionary abuse

Lit c) Discriminatory abuse: Missbrauch durch Diskriminierung

Lit d: Kopplungsmissbrauch

Die letzten drei Typen können wohl unter Behinderungsmissbrauch bzw. Marktstrukturmissbrauch erfasst werden.

Aus Professor Dr. Peter Krebs: **Glossar zum Wettbewerbsrecht** : http://www.uni-siegen.de/fb5/rechtswissenschaften/krebs/dokumente/arbeitsgliederungen/wettbewerb_und_kartellrecht/glossar.pdf

Ausbeutungsmissbrauch Ausbeutungsmissbrauch ist die machtbedingte Schädigung des Vertragspartners, die insbesondere vorliegt, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager von der Marktgegenseite unangemessene Preise oder unbillige Konditionen erzielt. Generell umfasst der Ausbeutungsmissbrauch Verhalten zum Erzielen von Ergebnissen, die bei funktionierendem Wettbewerb nicht zu erzielen gewesen wären. Die Kategorie des Ausbeutungsmissbrauchs zielt auf den Schutz vor- und nachgelagerter Wirtschaftsstufen sowie der Verbraucher vor Ausplünderung. Regelungen zum Verbot des Ausbeutungsmissbrauchs finden sich in § 19 Abs. 4 Nr. 2 und 3 GWB und Art. 82 S. 2 lit. a) und lit. c) EG.

Konditionenmissbrauch Ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung liegt in Form des Konditionenmissbrauchs bei der Erzwingung von unangemessenen Geschäftsbedingungen – ausgenommen der Ein-kaufs- und Verkaufspreise – vor. Das Tatbestandsmerkmal der Erzwingung ist dabei weit auszulegen; es genügt bereits jeder Einsatz der besonderen Macht des marktbeherrschenden Unternehmens, die Ausübung von Druck ist hierfür nicht notwendig. Der Konditionenmissbrauch wird von Art. 82 S. 2 lit. a) EG und von § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB erfasst.

Continental-Can-Doktrin Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 82 EG kann nach der Continental Can Doktrin des EuGH (EuGH vom 21. 2. 1973, Slg. 1973, 215) auch in der missbräuchlichen Verantwortung der Wettbewerbsstruktur bestehen (Marktstrukturmissbrauch). Der Marktstrukturmissbrauch im Rahmen des Art. 82 EG ist dadurch gekennzeichnet, dass durch einen Unternehmenszusammenschluss eine beherrschende Stellung verstärkt und der Restwettbewerb auf dem relevanten Markt weiter behindert oder ausgeschlossen wird. Die im Anschluss an die Continental Can-Entscheidung geführte außerordentlich kontroverse Diskussion über die Anwendung von Art. 82 EG auf Unternehmenszusammenschlüsse beruhte auf dem Fehlen einer europäischen Regelung für die Fusionskontrolle und ist durch die FKVO wesentlich entschärft worden. Die Problematik reduziert sich im Wesentlichen auf die Frage, ob und in welchem Umfang Art. 82 EG neben der FKVO zur Anwendung kommt.

Essential Facilities-Doktrin Eine besondere Form der Verweigerung der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen ist die Weigerung eines Unternehmens, anderen Unternehmen Zugang zu eigenen wesentlichen Einrichtungen zu gewähren, die ein Unternehmen in erster Linie für die eigene Geschäftstätigkeit benötigt (Essential facilities). Der Kern der Essential Facilities-Doktrin besteht in der Gewährleistung des Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen, z.B. Hafen-einrichtungen, Telekommunikations-, Energie- und Verkehrs-netzen. Die Zugangsverweigerung ist nur dann missbräuchlich, wenn sie ohne rechtfertigenden Grund (z.B. Kapazitätsgrenzen, ernsthafte Funktionsbeeinträchtigung) erfolgt. Außerdem ist der Zugang nur gegen ein angemessenes Entgelt zu gewähren. Im deutschen Kartellrecht ist die Essential Facilities-Theorie ausdrücklich in § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB normiert. Art. 82 EG erfasst sie durch die Generalklausel.

Künstliche Verknappung Einem beherrschenden Unternehmen ist es untersagt, die Erzeugung, den Absatz oder die technische Entwicklung seiner eigenen Erzeugnisse einzuschränken, wenn hierdurch Lieferanten oder Abnehmer ausgebeutet oder Wettbewerber behindert werden. Die Einschränkung der eigenen wirtschaftlichen Tätigkeit des beherrschenden Unternehmens führt zur Verknappung des Angebots und folglich zu höheren Preisen und Gewinnen. Zu-dem kann die künstliche Verknappung dem Kartellverbot unterfallen. / Art. 82 S. 2 lit. b) EG, Art. 81 lit. b) EG

I1: Predatory pricing

- A firm (“predator”) sets low prices for a certain period in order for a rival (“prey”) to incur losses and exit the industry.
- Two main elements of predatory behaviour:
 - ⇒ short-term loss for the predator (sacrifice of current profits)
 - ⇒ expectation of recoupment: higher prices and profits when rival exits (existence of market power a necessary condition to raise prices)
- Practical problems in identification of predation: are low prices predation (bad) or just strong competition (good)?

I1: A phenomenon in search of a theory

McGee (1958): we should not expect predation to occur:

1. Criticism to “deep pocket” arguments: why should the prey not be able to obtain further funds?
2. Predation is inefficient (destroys industry profits): merging with rivals would be more profitable

Yamey (1972)’s counter-objections:

1. Predation discourages further entry (merging with an entrant would invite further entry)
2. Predation allows to buy rivals at lower prices (see also Saloner, 1987)

But: lack of rigorous foundation to predation theory until the 80s.

McGee’s two other points:

1. Large firm will lose more from predatory pricing due to higher market share. Counterargument: Does not apply if selective application of instruments (e.g. selective price cuts) are possible.
2. Recoupment not possible, because it would require increase in price after rival leaves the market. However, the rival would re-enter if prices were to increase. Counterargument: Sunk costs! Re-entry is not costless.

I1: Recent models of predation

Three types of models.

1. Reputation models

- When an incumbent faces a stream of (successive) entrants, a price war with early entrants creates a reputation for being “strong”, and discourages entry from later entrants.
- Modelling difficulties. Selten’s paradox (perfect information): predation never occurs at equilibrium.

Theoretische Begründungen für das Setzen von Verdrängungspreisen (als rationale Unternehmensstrategie)

I1: Recent models of predation: Reputation: The chainstore paradox

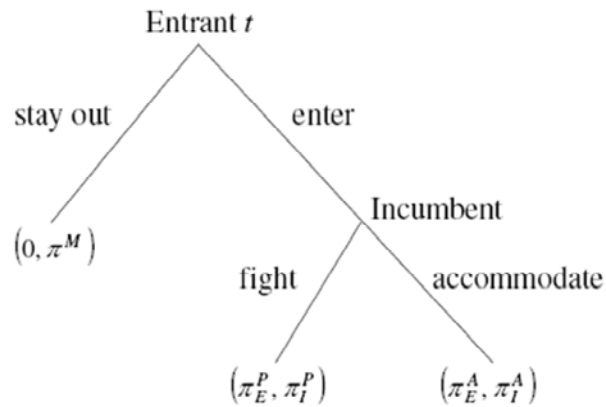


Figure 7.1. State game at time t , chain-store paradox game

Problem bei endlicher Zahl von möglichen Konkurrenten, die nacheinander (sequentiell) eintreten: Abschreckung lohnt sich beim letzten nicht, dies weiß der vorletzte, etc.

I1: Recent models of predation: Reputation: The chainstore paradox solved

- Kreps-Wilson (1982): formalisation of the argument (incomplete information model)
 - Potential entrants do not know whether incumbent is 'weak' or 'strong'
 - If entrants consider it sufficiently, but not too likely that incumbent is strong, weak incumbent might have incentive to fight in order to build a reputation
 - Fighting optimal in early stages of game => no entry
 - Fighting not optimal towards end of the game => entry

I1: Recent models of predation: Signaling models

- Entrant does not know whether incumbent is weak (high cost) or strong (low cost). Before entering, it observes the incumbent's price.
 - Milgrom-Roberts (1982): two possible equilibria.
 - Separating equilibrium: Low cost incumbent sets a price lower than $p^M(c_L)$, and high cost chooses $p^M(c_H)$.
- ⇒ There is “predation”: sacrifice of current profits to deter entry, however, no welfare loss with respect to perfect information world, where $p = p^M(c_L)$ in both periods.

Signaling model provide a rationale for old limit-pricing story: Incumbent sets a low price in order to prevent entry

11: Recent models of predation: Signaling models (Milgrom-Roberts cont.)

- Pooling equilibrium. Both firms set $p = p^M(c_L)$, and a high cost incumbent deters entry (if ex-ante probability that incumbent is low cost is high enough: the entrant does not learn from $p^M(c_L)$.)
- There is predation, and it is welfare detrimental. (It is a limit-pricing model: incumbent sets a low price to deter entry.)

Signaling model provide a rationale for old limit-pricing story: Incumbent sets a low price in order to prevent entry

I1: Predation for mergers

Saloner (1987): a signaling model where:

1. Price choice by the incumbent
2. Entry (lower profits for entrant if incumbent is low cost)
3. Take-over game
 - In this model, low price signals that incumbent is low-cost.
 - Expecting lower profits, entrant will sell out at a lower price.

11: Predation in imperfect financial markets: Deep pocket story

- Why should deep pockets (long purse) help to drive a rival out of the market (by charging a predatory price)? Is limited access to funds (= cash-flow constraint) important?
- Main idea of the model:
 1. Asymmetric information (lenders have little knowledge of the industry) makes capital markets imperfect.
 2. If capital markets are imperfect, a firm's assets (e.g., cash and retained earnings) determine its ability to raise external funds.
 3. By behaving aggressively, the incumbent reduces the prey's assets, limits its ability to raise capital, and obliges it to exit.

Principal-agent model

11: Predation in imperfect financial markets: Deep pocket story cont.

The trade-off between moral hazard and deterring predation:

⇒ If the bank committed to give funds no matter what, predation would not occur. However, two problems with a contract guaranteeing unconditional funding:

1. Credibility of commitment (and impossibility of renegotiation)
2. Wrong incentives to the firm (moral hazard): Bolton and Scharfstein (1990).

⇒ Predation can only be deterred at the cost of having low effort by the entrepreneur

1. Key financing problem: Moral hazard (shirking) by entrepreneur: unconditional funding implies low effort

I1: Predation: Practice

Problem: how to distinguish predatory pricing (bad) from fierce price competition (good) ?

- Two main ingredients for predation:

1. Sacrifice of profits in the short-run
2. Ability to recoup in the long-run

Proposed rule: two-tier approach

1. Is there enough market power for recoupment?
If predator is dominant, go to 2.
Else, dismiss the case.

Auf EU-Ebene gibt es seit Gründung vier Fälle von zur Thematik Kampfpreisbildung (s. Gruber MR-Int 5/07):

AKZO (1991) Kampfpreis ggü. Konkurrenten, der begann deutschen Markt auch zu beliefern. Geldbuße 7,5Mio €. Interessante Diskussion über Kostenzurechnung, zentral: variable Durchschnittskosten, Kommission rechnete Arbeitskräfte variablen Kosten zu, Akzo und EuGH den Fixkosten! EuGH setzte Geldbuße herab

Tetra Pak 1996: Preise unter AVC, aber interessant hier: Lt. Tetra Pak keine Möglichkeit des Recoupments, da nicht marktbeherrschend. EuGH: Im vorliegenden Fall nicht wichtig! (Gegensatz zu US-Supreme Court.)

Compagnie Maritime belge (2000): Preise **über** den Gesamtkosten können Kampfpreise sein! Sonderfall, da erlaubtes Kartell.

France Telecom („Wanadoo“, 2007: Verkaufspreise für Internetzugang deckten Kosten je nach Zurechnung um 30, 60, 83 oder 98%!

I1: Predation: Practice cont.

2. Is there sacrifice of profits?

⇒ $P > \text{AverageTotalCost (ATC)}$: always lawful

⇒ $P < \text{AverageVariableCost (AVC)}$: presumed unlawful
(burden of proof on defendant)

⇒ $\text{AVC} < P < \text{ATC}$: presumed lawful (burden of proof on plaintiff)

Plaintiff: Kläger

Problem: Messung der Kosten extrem schwierig!

Regeln ähnlichen denen in Areeda-Turner (Harvard Law Review, 1974)

I1: Predation Practice: Remarks

- Low predation standards decrease incentives to compete for non-dominant firms
- Many possible reasons for $P < AVC$ (introductory price offers, switching costs, learning, network effects):
 - ⇒ a prohibition of below-cost pricing (laws in many EU countries) makes no sense
 - ⇒ but not applicable defence for dominant firms
- Intent relevant if confirms existence of predatory scheme
- No need to prove ex-post damage to consumers
- Meeting rivals' prices: not acceptable defense (for dominant firm) if $P < AVC$

Beispiele dominante Firma, die nicht gleichen Preis nehmen darf: Deutsche Telekom

In Deutschland dreht sich die Diskussion v.a. um den Verkauf unter Einstandspreisen. Es geht dabei v.a. um die Lebensmittelbranche und den darin angeblich stattfindenden Verdrängungswettbewerb..

S. dazu ein Merkblatt des Bundeskartellamtes

http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Merkblaetter/Merkblaetter_deutsch/Bekanntmachung_Einstandspreis.pdf

Wichtig dabei: Es kommt in der deutschen Auslegung nicht auf das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung an, sondern nur auf die Unternehmensgröße!!

(Merkblatt, S. 3: Normadressaten sind nur Unternehmen, die gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern, denen sie auf denselben sachlich und räumlich relevanten Märkten begegnen, eine überlegene Marktmacht besitzen. Die Marktmacht ist allein im Vergleich zu den kleinen und mittleren Wettbewerbern zu bestimmen. Dabei sind im Wesentlichen die Kriterien des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB heranzuziehen, und zwar vornehmlich diejenigen Parameter, die für die Fähigkeit zu Angeboten unter dem Einstandspreis besonders relevant sind, wie insbesondere die Finanzkraft, die Sortimentsbreite oder der Zugang zu den Beschaffungsmärkten. So werden beispielsweise schon im Hinblick auf die unterschiedliche Finanzkraft selbständige, mittelständische Lebensmitteleinzelhändler (mit Gesamtumsatz < 50 Mio. €) regelmäßig gegenüber den großen Einzelhandelskonzernen (mit Gesamtumsatz > 500 Mio. €) als klein und mittelgroß anzusehen sein.

Für das Merkmal "überlegen" reicht es aus, wenn es im Verhältnis zu einem Teil der Wettbewerber, den kleinen und mittleren Unternehmen des Marktes, erfüllt ist. Dass daneben weitere große und auch größere Unternehmen auf dem Markt tätig sind, ist für das Tatbestandsmerkmal der überlegenen Marktmacht ohne Bedeutung. Jedenfalls ist das Merkmal regelmäßig erfüllt, wenn ein Unternehmen auf Märkten marktbeherrschend ist, auf denen auch kleinere und mittlere Wettbewerber tätig sind.

Aktueller (aber nicht überzeugender) Kommentar zur Frage der Kampfpreissetzung in Deutschland aus Wirtschaft und Wettbewerb.

<http://www.wuw-online.de/pswuw/fn/wuw/sfn/bp/SH/0/cn/doc/bstruc/57/bt/0/p1/ID/070563A/index.html>

WuW vom 08.06.2007, Heft 06, Seite 563-563

Verschärfung der Preismissbrauchsaufsicht im Handel

Der Kabinettsentwurf zur Änderung des GWB vom 25. 4. 2007 will u. a. missbräuchlichen Preissetzungsstrategien im Lebensmittelhandel entgegenwirken. Er sieht daher eine Neufassung des § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB dergestalt vor, dass eine unbillige Behinderung kleiner und mittlerer Wettbewerber durch Unternehmen mit überlegener Marktmacht i. S. von Satz 1 insbesondere dann vorliegt, wenn Lebensmittel unter Einstandspreis oder andere Waren bzw. gewerbliche Leistungen nicht nur gelegentlich unter Einstandspreis angeboten werden, es sei denn, dies ist jeweils sachlich gerechtfertigt (z. B. drohender Verderb oder Saisonartikel). Diese Verschärfung der Preismissbrauchsaufsicht wird mit einer Beeinträchtigung der Nahversorgung im ländlichen Raum, der erheblichen Nachfragemacht des Handels gegenüber den vielfach deutlich geringer konzentrierten Herstellern sowie einem wirksamen Schutz kleiner und mittlerer Lebensmittelhändler vor Verdrängungspraktiken marktstarker Handelskonzerne begründet.

Die Beeinträchtigung der *Nahversorgung* durch die in den letzten 30 Jahren anhaltende Konzentration im Einzelhandel hat nicht nur in Deutschland, sondern z. B. auch in Frankreich und Österreich zu kritischen Diskussionen und gesetzlichen Maßnahmen geführt (vgl. die Loi Galland und § 5 II österr. Kartellgesetz). Kurzfristig wird durch den unbestreitbar heftigen Preiswettbewerb im Einzelhandel die Verbraucherversorgung verbessert, zugleich wird jedoch die Nahversorgung und damit die Lebensqualität nicht nur im ländlichen Raum, sondern auch in Großstädten erheblich beeinträchtigt. Der zeitliche Aufwand und die Fahrtkosten verteuern den an und für sich günstigeren Einkauf, sodass die Vorteile der Konzentration zumindest zum Teil wieder aufgezehrt werden. Zudem besteht langfristig die Gefahr, dass mit immer weiter steigender Konzentration die Möglichkeit zu marktmachtbedingten Preiserhöhungen zunimmt.

Die *Nachfragemacht des Handels* beruht insbesondere auf der größeren Sortimentsflexibilität (leichtes Auslisten) im Vergleich zur geringeren Produktionsflexibilität der Hersteller, sodass Marktmacht schon bei relativ geringen Marktanteilen erreicht wird. Die Brüsseler Diskussion über das adäquate Eingreifkriterium der europäischen Fusionskontrolle hat gezeigt, dass auch unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung wettbewerbsbeschränkende Effekte (sog. unilaterale Effekte) auftreten. So führen die Möglichkeiten zur Mischkalkulation marktstarker Handelskonzerne zu strukturellen Wettbewerbsnachteilen kleiner und mittlerer Unternehmen und damit langfristig zu ihrer Verdrängung. In den strukturellen Wettbewerbsnachteilen kann eine *Verletzung des Individualschutzes* gesehen werden, der zumindest nach h. M. neben und unabhängig vom Institutionsschutz Schutzobjekt des GWB ist.

Die von der Bundesregierung in der Begründung angeführten wettbewerbsbeschränkenden Effekte müssen vom Gesetzgeber im Rahmen eines *more economic approach* berücksichtigt werden. Während der *more economic approach* aufgrund seiner mangelnden Justitiabilität im Einzelfall unbrauchbar ist, muss bei der Gesetzgebung das ökonomische Pro und Contra gegeneinander abgewogen werden. Da eine Verschärfung der Fusionskontrolle in der Vergangenheit versäumt worden ist, werden wir nunmehr mit der Forderung der Betroffenen nach einer verschärften ex-post-Missbrauchsaufsicht konfrontiert, auch wenn deren Erfolg zweifelhaft ist.

Prof. Dr. Ingo Schmidt, Berlin

© WuW, Verlagsguppe Handelsblatt GmbH 2007

I2: Tying and bundling

Tie-in sales (tying): whenever a good is offered under the condition that another good is bought with it

Bundling (or package tie-in): different goods are sold together in *fixed proportions* (e.g., shoes and laces, cars and tyres, laptop and OS software etc...)

(Mixed-bundling: when the consumer is also given the choice to buy the goods separately)

Requirements tying: whenever two goods are sold together in *variable proportions* (e.g., copy machine and toner, cell phone and subscription etc)

Tying: Koppelung

Microsoft: Media Player

Kopplungen / Kopplungsangebote/-geschäfte

Kopplungsangebote liegen vor, wenn der Kunde von einem Unternehmer beim Kauf eines Produktes noch ein weiteres dazu bekommt, mit dem Ziel, den Verbraucher durch die zusätzlich gewährte Vergünstigung anzulocken. Verkaufsfördernde Kopplungsangebote einschließlich Zugaben stellen keine an sich wettbewerbsfremden, sondern wettbewerbskonforme Maßnahmen dar. Sie bieten sich insbesondere dann wirtschaftlich an, wenn es um das Eindringen in einen neuen Markt mit hohen Marktzutrittsschranken geht oder wenn ein Preiswettbewerb bei der Hauptleistung nicht möglich oder nicht sinnvoll ist. Die wettbewerbsrechtlichen Anforderungen an die Zulässigkeit von Kopplungsangeboten müssen sich an den Gefahren orientieren, die von derartigen Geschäften für den Verbraucher ausgehen. Die erste Gefahr besteht in der unrichtigen Information des Verbrauchers über das Kopplungsangebot, also in der Irreführung. Die zweite Gefahr besteht in der unzureichenden Information des Verbrauchers über das Kopplungsangebot. Fehlt ihm eine ausreichende Information, kann er auch keine rationale oder informierte Nachfrageentscheidung treffen. Die dritte Gefahr besteht in der unangemessenen unsachlichen Beeinflussung des Verbrauchers. Sie ist dann gegeben, wenn die Anlockwirkung des Kopplungsangebots so stark ist, dass auch bei einem verständigen Verbraucher ausnahmsweise die Rationalität der Nachfrageentscheidung vollständig in den Hintergrund tritt. Richtet sich die Werbung an besonders schutzbedürftige Verbraucherkreise (z.B. Kinder und Jugendliche), kann bereits eine geringere Anlockwirkung die Unlauterkeit begründen. Die vierte Gefahr besteht in der gezielten Behinderung von Mitbewerbern und der allgemeinen Marktbehinderung. Daraus ergeben sich folgende Anknüpfungspunkte für eine wettbewerbsrechtliche Bewertung: Irreführung durch positives Tun (§ 5 Abs. 1, 2 S.1 UWG); Irreführung durch Verletzung gesetzlicher Informationspflichten [Die Verletzung spezieller gesetzlicher Informationspflichten ist unlauter unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbsverstoßes durch Rechtsbruch (§ 4 Nr. 11 UWG) und der Irreführung durch Unterlassen (§ 5 Abs. 2 S. 2 UWG)]; Irreführung durch Verletzung ungeschriebener Informationspflichten; unangemessene unsachliche Beeinflussung; gezielte Behinderung von Mitbewerbern und allgemeine Marktbehinderung (§ 4 Nr. 10 UWG). Ein Kopplungsgeschäft im Sinne des Art. 81 Abs. 1 lit. e) EG liegt vor, wenn ein Unternehmen den Abnehmern seiner Produkte zusätzlich zu den nachgefragten Produkten weiter, nicht nachgefragte Produkte in der Weise aufzwingt, dass der Bezug des nachgefragten Produkts von der Abnahme des nicht nachgefragten Produkts abhängig gemacht wird. Kopplungsgeschäfte sind hier Vereinbarungen, die einen Beteiligten verpflichten, Waren oder gewerbliche Leistungen abzunehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen, mit dem Ziel dem Kunden Leistungen aufzunötigen, die nicht wünschenswert oder anderweitig günstiger zu beziehen sind. Verbot: Art. 81 Abs. 1 lit. e) EG. Kopplungsgeschäfte stellen auch eine Fallgruppe missbräuchlichen Verhaltens aus dem Beispielskatalog des Art. 82 Abs. 2 EG dar. (lit. d). / § 4 Nr. 4 in Verbindung mit § 3 UWG, Art. 81 Abs. 1 lit. e) EG, Art. 82 S. 2 lit. d) EG.

Aus: http://www.uni-siegen.de/fb5/rechtswissenschaften/krebs/dokumente/arbeitsgliederungen/wettbewerb_und_kartellrecht/glossa

I2: Tying: efficiency reasons

Consumers save on *assembling costs* and *transaction costs* if they buy the bundle (e.g., shoes and laces, different car parts) rather than separate goods

Also, *scale economies* due to division of labour (else, each of us should learn how to assemble a car)

Tying might also solve *problems of asymmetric information* and guarantee highest quality, by ensuring that different components work well together (but quality problems might also be solved in other ways, e.g. with quality control, minimum quality standards, certifications)

Fälle zum Qualitätsproblem: VW-Identteile, IBM-Lochkarten

I2: Tying as a price discrimination device

Bundling might be used to extract more surplus from consumers (especially when they have negative correlations for different goods)

Example: See *Table 7.1*

A monopolist obtains higher profits by bundling two products than selling them separately to the two consumers

Ambiguous effects on welfare (same as with price discrimination)

I2: Bundling as price discrimination, II

By selling A, B separately, firm earns $4 \cdot 2 + 5 \cdot 2 = 18$

By bundling them, it makes $12 + 12 = 24$

Table 7.1. *Consumer valuations of goods*

	1's willingness to pay	2's willingness to pay
Good A	7	4
Good B	5	8
Goods A and B	12	12

Casablanca and Son of Godzilla

Wichtig: Negative Korrelation der Zahlungsbereitschaften

I2: Tying as price discrimination device, III

Requirements tying might act as a metering device.

If a product can be used with different intensities, a firm would like to charge more to consumers with higher intensity of use (i.e., with higher valuation).

By keeping low price of basic product (e.g. copy machine, cellular handset) and high price of complementary products (toner cartridges, calls), firm charges according to intensity of use

Welfare higher, if under tying more consumers buy

Welfare lower, if all consumers buy absent tying or with it
(same effects as with price discrimination)

I2: Exclusionary tying

Whinston, 1990: tying as a commitment to compete aggressively, thus forcing a rival out of the market

Two independent products, A and B. Firm 1 monopolist on A, firms 1 and 2 both sell good B.

If 1 commits to bundle A and B, it will price more aggressively, because it knows that every consumer who buys B2 will not buy A, on which firm 1 has a high margin (A is a monopoly)

Fierce competition decrease *both* firms' profits: knowing it, rival exits if cannot cover fixed costs.

I2: Exclusionary tying, II

- Exclusion of the rival is not necessarily profitable: if B1 poor quality, excluding firm 2 by bundling implies that some consumers will not buy A either (and A carries monopolistic margins)
- Exclusionary effect can work only if bundling has commitment value (e.g. A and B together as product design or in technological process). Else, rival knows that if it stayed in the market, firm 1 would reverse bundling and get higher profits!

Beispiele, in denen Commitment nicht funktioniert, da keine technische Hindernisse des getrennten Verkaufs bestehen:

United Shoe: Wartungs-und Serviceverträge für Maschinen zur Schuhherstellung waren gekoppelt

Times-Picayune: New Orleans Newspaper => Anzeigentarife

I2: Exclusionary tying, III

When *products are complementary*, exclusionary bundling is less likely to be profitable, since it reduces sales of the tied good

Example: as above, but A and B are complements in fixed proportions, and A is necessary product

In this example, by bundling A and B firm 1 would trivially exclude firm 2. But, would it be profitable?

The following shows that by bundling firm 1 would have (weakly) lower profits

I2: Tying of complementary goods, II

Call p the optimal price of bundle under monopoly.

If *no bundle*, suppose: $p_A = p - c_B$; $p_B = c_B$. Two cases:

- i) Firm 2 not active in the market: this pricing policy does as well as bundling ($p_A + p_B = p$)
- ii) Firm 2 active if 1 does *not* bundle. Two possible effects from the presence of firm 2:
 - a. some consumers would switch to firm 2, but firm 1's profits are the same (same number of sales from A, and no lost profits on B1, since $p_B = c_B$)
 - b. some consumers previously not buying now buy B2: firm 1's profits rise, as demand for A increases

Chicago!

I2: Tie-in sales: practice

Possible efficiency effects from tying

Ambiguous welfare effects (even absent efficiency effects) if tying as price discrimination device

Two-part test for tying practices:

1. If firm is not dominant, tying should be allowed
2. If firm is dominant, then full investigation, but: possible anti-competitive effects (less likely when products are complementary, and when bundling is reversible) should be weighed against efficiency reasons for tying (also, risk of “tampering” with product design and innovations!)

Motta-Beispiel für fehlerhaftes Untersagen einer Kopplung:

Ilford case: Englischer Filmhersteller, der die Entwicklung an den Filmverkauf koppelte => Effizienzgründe (Unabhängige Labors hatten Probleme mit den Filmen, da sie anders funktionierten als Kodak

=> Marktaustritt von Ilford!!

Deutsche Praxis (s. Schmidt e.g. S. 305): Ständige Rechtsprechung: Kopplung durch marktbeherrschende Unternehmen ist per se mißbräuchlich.

Ausnahmefall: Kombinationstarif Stuttgarter Zeitung/Stuttgarter Nachrichten Anzeigentarif

13: Strategic behaviour in network industries

Network industries are fertile grounds for anti-competitive behaviour: externalities due to a strong customer base make life difficult for entrants.

Network inter-operability main problem. By denying access to its customer base (i.e., by denying inter-operability) an incumbent might prevent entry of a competing network product.

Denying inter-operability is *not* optimal if access to two compatible networks has so strong externalities that many new consumers are attracted (better share a large market than be monopolist of a small one).

I3: Network industries, II

Why not to force incumbents to grant compatibility (i.e., access to competing networks)?

Under incompatible products, very fierce competition (and low prices) at early industry stages: imposing compatibility deprives successful firm of its reward (“competition for the market”, not “in the market”)

However, a more interventionist policy makes sense when the incumbent enjoys strong position due to previous legal monopoly

13: Network industries, III: other comments

Exclusionary behaviour less likely to occur when *complementary products* are at issue (same arguments as for tying).

Suppose incumbent firm 1 has monopoly of product A and duopolist of product B. By making A incompatible to B2, 1 would exclude firm 2, but this is likely to reduce its profits (some people who would buy A with B2 would stop doing so).

Predatory pricing, exclusive contracts, and false announcements might also persuade consumers not to switch to entrants

I4: Price discrimination

- Topics
 - Types of price discrimination
 - The (ambiguous) welfare effects of price discrimination
 - Parallel imports: the EU *per se* prohibition of clauses which prevent parallel imports seems not justified
 - Price discrimination as monopolisation device
 - Anti-dumping

Behandelte Themen

14: Price discrimination

It is a pervasive phenomenon: examples

Three types of price discrimination (PD):

1st degree (perfect) PD

2nd degree PD: self-selection of consumers

3rd degree PD: when different observable characteristics

Two main ingredients of price discrimination

- ability to “sort out” different consumers and charge them different prices
- no arbitrage opportunities

Beispiele: Telefentarife mit Grundgebühren, Studentenvergünstigungen, Flugtickets

Zwei Probleme bei Preisdiskriminierung (aus Sicht des diskriminierenden Unternehmens):

1. Man muss die verschiedenen Kundensegmente identifizieren können.
2. Man muss Arbitrage verhindern können.

I4: Welfare effects of PD

PD is not always bad:

- the extreme case of 1st degree PD, under which the first-best is attained (but: unrealistic(?) example; distribution effects)
 - Quantity discounts (2nd degree PD). If consumers are charged according to $T + pq$, the unit price ($p + T/q$) decreases with the number of units bought.
- ⇒ Welfare increases because the fixed fee is used to extract surplus, allowing for a lower variable component than under linear pricing

Quantity discounts: Mengenrabatte infolge zweistufiger Tarife

Niedrigerer Preis bedeutet näher an den Grenz- und damit näher an den sozialen Kosten

I4: Quantity discounts: welfare effects

- A monopolist serves two types of consumers, l ('low') and h ('high'), with weight λ and $1 - \lambda$ in the market.
- Type i 's ($i = l, h$) demand is: $q_i = v_i - p$, with $v_h > v_l$.
- The monopolist's marginal cost is $c < v_l$.
- Two scenarios:
 - ⇒ No discounts, or uniform pricing (both markets served).
 - ⇒ Quantity discounts: Two-part tariffs as PD
 - ⇒ Two part tariff: fixed fee T and per unit charge p :
 - ⇒ Customer's total payment: $T + pq$.
 - ⇒ High demand customer obtains quantity discount

Die Lambdas sind die Anteile der jeweiligen Gruppe: $\lambda = 0,6 \Rightarrow 60$ Prozent der Kunden sind Typ l, haben also eine niedrige Zahlungsbereitschaft.

Einfache lineare Nachfragefunktionen, nur vertikaler Achsenabstand ist unterschiedlich.

Uniform pricing: normale Preise

Two-part tariff: zweigliedriger oder zweiteiliger Tarif

14: Quantity discounts: welfare effects

No discounts, or uniform pricing (both markets served).

- The firm's programme is: $= q_l + q_h = q$
- $\text{Max}_p \Pi = (p - c) [\lambda (v_l - p) + (1 - \lambda) (v_h - p)] =$
 $= (p - c) [\lambda v_l + (1 - \lambda) v_h - p]$
- From $d\Pi/dp=0$, the solution is:

$$p^u = \frac{\lambda v_l + (1 - \lambda) v_h + c}{2}; \Pi^u = \frac{(\lambda v_l + (1 - \lambda) v_h - c)^2}{4}.$$

$$W^u = \frac{3(\lambda v_l + (1 - \lambda) v_h - c)^2}{8} + \frac{\lambda(1 - \lambda)(v_h - v_l)^2}{2}.$$

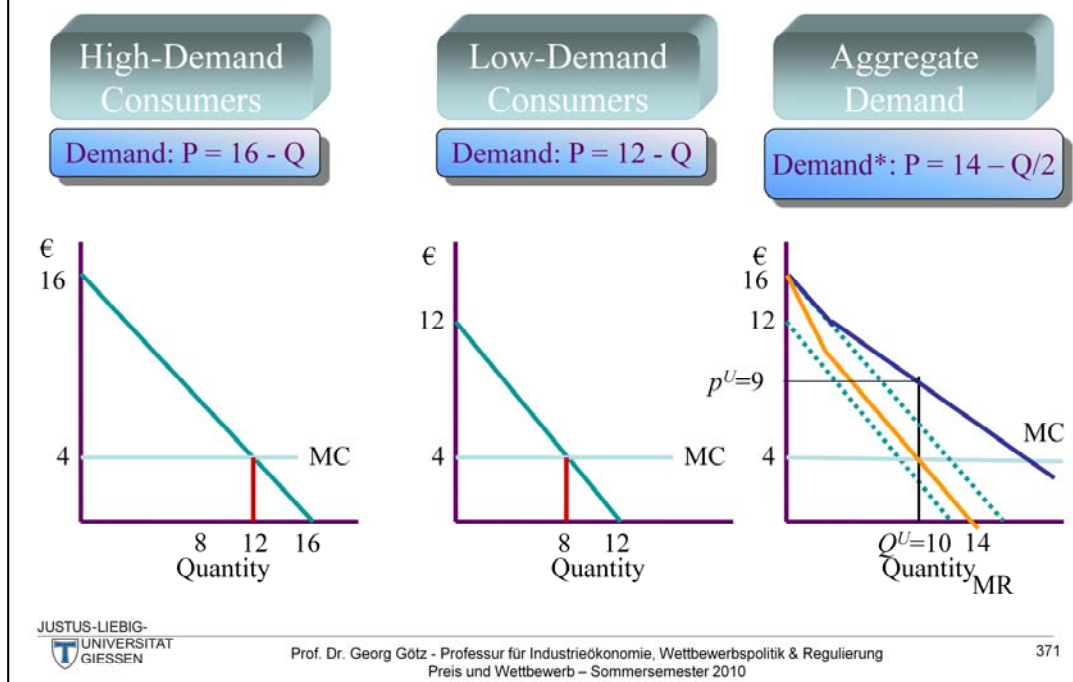
Die Lambdas sind die Anteile der jeweiligen Gruppe: $\lambda = 0,6 \Rightarrow 60$ Prozent der Kunden sind Typ I, haben also eine niedrige Zahlungsbereitschaft.

Einfache lineare Nachfragefunktionen, nur vertikaler Achsenabstand ist unterschiedlich.

Uniform pricing: normale Preise

Bei Monopolproblem kann man nach Preis oder Menge ableiten! Wichtig: Leitet man nach p ab, muss man für q die Nachfragefunktion einsetzen!

14: Uniform pricing: an example



Achtung: Die Graphiken sind nur Skizzen, Massstab passt nicht.

Anmerkung: Die Definition der aggregierten Nachfrage gilt nur für $p < 12$. Für $p > 12$ entspricht die Nachfrage der High-demand Konsumenten der aggregierten Nachfrage.

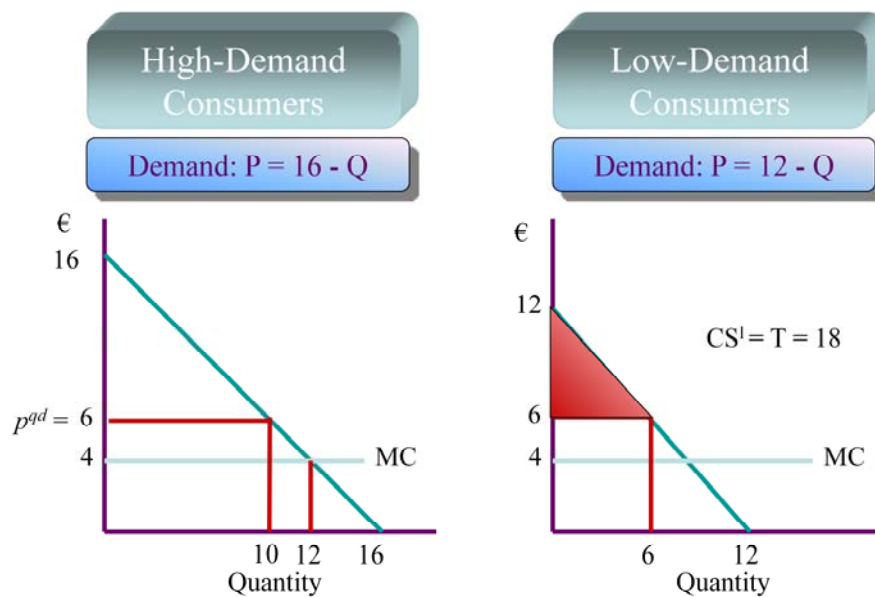
Ich unterstelle, dass es von jedem Typen einen Konsumenten gibt!

Profit uniform pricing: 50!

Quantity discounts: Two-part tariffs as PD

- The monopolist uses the tariff $T + pq$.
- Assume also that $v_l > (v_h + c)/2$, which ensures all buy under both uniform (linear) pricing and two-part tariffs.
- For low types to buy, the firm will set the fixed fee equal to the consumers surplus
 $\Rightarrow T = CS_l = (v_l - p)^2/2$.
 $\Rightarrow$ Low type consumers indifferent between buying and not buying! No surplus!

I4: 2nd degree PD: Two-part tariff



Profit two-part tariff: $2 \cdot 18 + 2 \cdot 16 = 68$.

Konsumenten sind schlechter gestellt als vorher, total surplus ist aber größer.
Dead weight loss Dreiecke deutlich kleiner!

I4: Quantity discounts: Two-part tariffs as PD

- The firm's optimisation programme becomes:
- $\text{Max}_p \Pi = (p - c) [\lambda (v_l - p) + (1 - \lambda) (v_h - p)] + (v_l - p)^2/2,$
 $\Rightarrow$ solution: $p^{qd} = c + (1 - \lambda) (v_h - v_l).$
 $\Rightarrow$ One can check that $p^{qd} < p^u$, $\Pi^{qd} > \Pi^u$, and $W^{qd} > W^u$.
- Intuitions: the firm makes more money because it has two instruments (T, p) rather than one (p) . Variable part is lower than p^u because the fixed part is used to extract surplus (and this explains why W is higher).
- Second degree pricing increases total welfare, even though consumers loose

Welfare analysis: Consumers loose, but: greater incentive to invest in product innovation, since expected profits are higher.

I4: 3rd degree PD and parallel imports

Re-interpret the model above: h and l are two EU countries with different demands (transport costs set to zero for simplicity).

If price discrimination across countries is allowed:

In each country i , the firm solves $\max_{p_i} \Pi_i = (p_i - c)(v_i - p_i)$, with solution:

$$p_i^d = \frac{v_i + c}{2}; \Pi_i^d = \lambda \frac{(v_i - c)^2}{4} + (1 - \lambda) \frac{(v_i - c)^2}{4};$$

$$W^d = \frac{3}{8} \left(\lambda \frac{(v_i - c)^2}{4} + (1 - \lambda) \frac{(v_i - c)^2}{4} \right).$$

Parallel imports: Unternehmen (z.B. Pharmahändler kann dorthin fahren, wo Preis niedrig ist, dort einkaufen und in Land mit hohem Preis verkaufen.

Verfahren gegen Apple:

Competition: European Commission confirms sending a Statement of Objections against alleged territorial restrictions in on-line music sales to major record companies and Apple Reference: MEMO/07/126 Date: 03/04/2007 HTML: [EN](#) PDF: [EN](#) DOC: [EN](#) MEMO/07/126 Brussels, 3rd April 2007 **Competition: European Commission confirms sending a Statement of Objections against alleged territorial restrictions in on-line music sales to major record companies and Apple**
The European Commission can confirm that it has sent a Statement of Objections to major record companies and Apple in relation to agreements between each record company and Apple that restrict music sales: consumers can only buy music from the iTunes' on-line store in their country of residence. Consumers are thus restricted in their choice of where to buy music, and consequently what music is available, and at what price. The Commission alleges in the Statement of Objections that these agreements violate the EC Treaty's rules prohibiting restrictive business practices (Article 81).

Apple operates a series of iTunes on-line stores in the European Economic Area (EEA) which sell music downloads. The Statement of Objections alleges that distribution agreements between Apple and major record companies contain territorial sales restrictions which violate Article 81 of the EC Treaty. iTunes verifies consumers' country of residence through their credit card details. For example, in order to buy a music download from the iTunes' Belgian on-line store a consumer must use a credit card issued by a bank with an address in Belgium. The Statement of Objections does not allege that Apple is in a dominant market position and is not about Apple's use of its proprietary Digital Rights Management (DRM) to control usage rights for downloads from the iTunes on-line store. **Procedural background** Statements of Objections are a formal step in European antitrust investigations. After receiving such statements, companies have two months to defend themselves in writing. They can also ask the Commission to hear their case at an oral hearing which usually takes place about one month after the written reply has been received. Only after having heard the company's defence can the Commission take a final decision, which may be accompanied by fines of up to ten per cent of a company's worldwide annual turnover.

I4: Parallel imports, II

If PD was prohibited (i.e., the firm cannot prevent parallel imports), then two cases may arise:

1. Under uniform pricing, sales in both markets. In that case, same result as previous example, and: $W^d < W^u$.
2. Under uniform pricing, one market is not served: the firm may prefer to set $p^h = (v^h + c)/2$, even if this implies no sales in country I.

Example: if $v^h + c > 2v^l$, $q_l = 0$, and $\Pi^h = (1 - \lambda)(v^h - c)^2/4$.

If λ small enough, then $\Pi^h > \Pi^u$ and $W^d > W^u$.

General result: PD welfare detrimental if $q^{PD} \leq q^U$.

Intuition für Ergebnis 1: Nachfrager mit niedriger Preiselastizität müssen mehr zahlen, diese haben aber die höhere Zahlungsbereitschaft als die mit der hohen Elastizität. Durch Umschichtung des Outputs zu den aus sozialer Sicht ‚falschen‘ Nachfragern geht im Aggregat Konsumentenrente verloren.

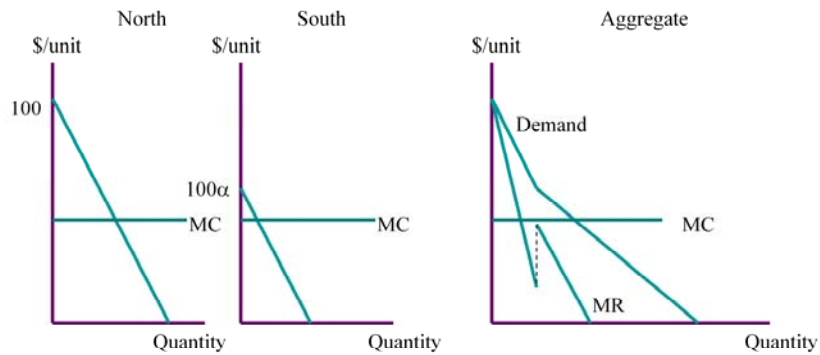
Wenn ein Markt durch Zwang zu einheitlichen Preisen nicht mehr bedient wird, ist die Wohlfahrt bei einheitlichen Preisen (häufig) niedriger als bei einheitlichen Preisen.

Fallbeispiele: UK Distillers (s. Fußnote 116, s. 496): Einstellung des Verkaufs einer bestimmten Whiskymarke nach Verfahren vor EuGH.

I4: Negative effects of banning PD: an example

Demand in “North” is $P_N = 100 - Q_N$; in “South” is $P_S = 100\alpha - Q_S$

Marginal cost to supply either market is \$20



Bei einheitlichen Preisen verkauft Unternehmen nur im Norden, bei Preisdiskriminierung auch im Süden. Gilt auch für noch etwas niedrigere Grenzkosten.

EU-Beispiel: Deutschland Portugal.

Fallbeispiel: S. vorne. Zudem: Triumph-Motorräder, s. nächste Seite

I4: Further remarks

PD and investments. Since PD increases the firms' profits, the uniform pricing policy may have long-run negative effects (on investments, innovations etc.)

PD and market power. Both small and large firms will have incentives to discriminate prices across countries. But in the former case welfare effects are less relevant.

To the extent that PD will induce firms to invest more, allowing 'small' firms to engage in PD may foster competition.

Sensible, to use a safe harbour: PD allowed for firms below a certain market share (not the current policy!).

Beispiel für die ersten beiden Punkte, bei denen EU-Entscheidung nicht besonders gelungen erscheint: Triumph- Motorräder. Triumph versuchte Re-Import aus Holland und Belgien zu verhindern. Von EU untersagt. => Überlebensfähigkeit von Triumph? Gleichzeitig Wohlfahrtseffekt eher beschränkt.

I4: PD as monopolisation device

PD may also affect market structure, i.e. be used by an incumbent to exclude rivals.

For instance, we have seen that discriminatory offers help exclude entrants

Rebates and selective discounts are other possible forms of PD which may lead to exclusion (but not much theory on this).

But an obligation to dominant firms not to discriminate (transparent pricing) may have adverse effects (helps a dominant firm to solve the commitment problem)

Nicht alle Arten der Preisdiskriminierung sind relativ unproblematisch. Treuerabatte sind eher bedenklich, obwohl sie ähnlich wie Mengenrabatte aussehen. (Standardfälle: United Brands, Hoffmann-LaRoche, Michelin, British Airways vs. Virgin (Reisebüro-Rabatte)

Hoffman-La Roche: Loyalitäts- und Sortimentsrabatte; Michelin: Performance-Rabatte;

EC: „... no discounts unless linked to a genuine cost reduction“

Aber: kein geeigneter Test; relevant ist Mengenerhöhung & kein Ausschluss (zus. Preise > zus. Kosten)

PD: Politik

Virgin/British Airways, Hilti, Akzo, Tetra Pak: „meet but not beat“ bei dominanter Firma

→ EC (fast) per se rule; strikt bei geografischer PD (Bayer, Glaxo); nicht gerechtfertigt

Geeigneter Test:

Unterscheidung zw. predatorischer Preissetzung und niedrigeren Preisen aufgrund höherer firmenspezifischer Elastizität wegen Konkurrenz

Mengenerhöhung (bzw. Marktpenetration)?

Zur deutschen Situation s. wieder Schmidt S. 292 f. und insb. Auch die Einschätzung S. 307.

Sehr stark geht es in D um die First-Line competition: Wettbewerb unter Verkäufern (auf der Einzelhandelsebene), weniger um second-line competition: Wettbewerb unter Käufern.

Im ersten Fall geht es v.a. um Rabatte etc. um Konkurrenten aus dem Markt zu drängen.

Müller-Milch Sonderzahlungen an Neulieferanten

Wal-Mart: Verkauf unter Einstandspreisen

Beispiel für zweiten Punkt: Asbach: verschiedene Rabatte an zwei Typen von Großhändlern. Sachlich nicht gerechtfertigt.

I4: Anti-dumping actions

Anti-dumping actions are allowed by WTO rules, provided two conditions are fulfilled:

- 1) export prices are below their normal value
- 2) exports cause a material injury to the importing country's industry

Both conditions are ambiguous (subject to political influence): anti-dumping provisions often used.

But differing export and home prices is not an 'unfair practice': predatory price test should be used instead.

Likely adverse consequences on consumers, importing sectors (and collusion may be facilitated).

Textilquote der EU im Handel mit China im Jahre 2005:

15: The Microsoft case

„This is certainly one of the most publicised cases in the history of anti-trust policies, and it involves a number of interesting aspects for competition policy“ (Motta, p. 511)

- United States v. Microsoft (1998 – 2002)
 - Maintenance of monopolisation (Licenses to OEMs)
 - Tying of Internet Explorer with Windows OS (Netscape Navigator)
- European Commission: Microsoft case (1998 – 2007)
 - Abuse Interoperability (Sun): Refusal to Supply
 - ⇒ Foreclosure of server market; extension of market power
 - Tying and bundling: Windows Media Player (vs. Real Networks)
 - ⇒ Foreclosure of media player market

I5: The Microsoft – Case USA

Mai 1998: Anklage: wettbewerbswidrige Verhaltensweisen durch Microsoft (MS) im Wettbewerb der Internet Browser Internet Explorer vs. Netscape Navigator

April 2000: District Court (DC), Conclusions of Law, MS schuldig der:

(1) Aufrechterhaltung der Monopolisierung im Markt für Intel-kompatible PC-Betriebssysteme

(2) versuchten Monopolisierung des Internet Browser Marktes

(3) Bündelung von Windows mit IE

Juni 2000: DC, Verhaltens - und strukturelle Auflagen (Zerschlagung OS vs. AS)

Juni 2001: Court of Appeals (CA)

(1) MS schuldig einiger, aber nicht aller Praktiken

(2) nicht schuldig der versuchten Monopolisierung (weil von DC nicht untersucht)

(3) Bündelung sollte unter rule of reason und nicht unter per se Regel fallen

(4) Auflagen sollen dementsprechend geändert werden

November 2002: DC, nur Verhaltensaufgaben; Zwei Staaten in Berufung

Siehe die Seite des Department of Justice

(http://www.usdoj.gov/atr/cases/ms_index.htm) und unzählige andere Seiten.

DC: erstes Verfahren: Judge Thomas Penfield Jackson

DC: zweites Verfahren: Judge Colleen Kollar-Kotelly

I5: The Microsoft – Case: USA

Marktabgrenzung

Position District Court (CA schließt sich an)	Position Microsoft
<i>Intel-kompatible BS für PCs weltweit</i>	
Gegenargumente:	Markt sollte zudem inkludieren:
Bei Preiserhöhung von Windows würden Konsumenten nicht zu Mac OS switchen, weil Kosten für neue Hard- und Software und Lernkosten anfallen und wegen Netzwerkeffekten.	1. Nicht-Intel-kompatible BS (Mac OS)
Haben nicht die Funktionen eines PC und sind daher keine engen Substitute eher Ergänzung zu PC und würden daher nicht die Profitabilität einer Preiserhöhung restringieren.	2. BS für nicht-PCs (z.B. Laptops)
Potenziell ja, aber Entwicklung kostspielig und zeitaufwendig; daher keine wesentliche Wettbewerbskraft.	3. "Middleware" Produkte (Java, APIs)

Bei Preiserhöhung von Windows würden Konsumenten nicht zu Mac OS switchen, weil Kosten für neue Hard- und Software und Kundenfragen anfallen und wegen Netzwerkeffekte (je mehr Leute ein gewisses BS kaufen, desto mehr Anwendungen werden dafür geschrieben, was wiederum den Kundennutzen dieses BS erhöht).

Netzwerkeffekte: je mehr Leute ein gewisses BS kaufen, desto mehr Anwendungen werden dafür geschrieben, was wiederum den Kundennutzen dieses BS erhöht.

I5: The Microsoft – Case Marktmacht

Court of Appeals	Microsoft
1 Marktanteil von Windows >95%	
2 "Applications barriers to entry" * Konsumenten preferieren BS mit vielen Anwendungen * Programmentwickler preferieren BS mit großem Kundenstock --> "chicken and egg" Problem	* Middleware Produkte würden Monopol erodieren (aber CA: nicht in naher Zukunft) * Grosse Investitionen (aber CA: nicht als MS eintrat)

I5: The Microsoft – Case

Wettbewerbswidriges Verhalten

Rechtslage:

- Muss dem kompetitiven Prozess und damit Konsumenten schaden (Schaden für Konkurrent genügt nicht)
- Ankläger trägt Beweislast
- Bei pro-kompetitiver Rechtfertigung, Beweis, dass anti-kompetitive Effekte die pro-kompetitiven überwiegen
- Relevant ist Verhalten, nicht Absicht

Folgende Geschäftspraktiken wurden untersucht:

I5: The Microsoft – Case Geschäftspraktiken

Praktiken	Effizienz?	CA
1. Lizenzgestaltung:		
* OEMs dürfen IE desktop Icons ua. nicht deinstallieren:	keine	Zwei Browser sehr kostspielig --> illegal
* OEMs dürfen Original-Boot-Sequenz nicht ändern	Copyrights	Anti-kompetitiv, aber Copyrights --> nicht illegal
* OEMs dürfen Ausgestaltung des Desktop nicht verändern	Stabile, konsistente Plattform	Illegal, weil Konkurrenz-Browser nicht promoted werden
2. Technologische Bindung von IE an Windows:		
* IE nicht im Add/Remove Programm		Illegal
* Overruling von Kundenwünschen	technische Gründe	Nicht illegal
* Vermischung der Browser und anderer Codes		Illegal
3. Verträge mit IAPs:		
* IE gratis etc		CA overruled DC; nur illegal, wenn predatorische Preise, nicht geprüft
* AOL verpflichtet sich, MS Konkurrenten nicht zu promoten		OEMs und IAPs wichtigste Vertriebswege --> illegal
4. Java (Sun Microsystems):		
* Inkompatible Java Virtual Machines (JVM)	Nicht kompatible schneller	Effizienz überwiegt
* First wave agreements		Foreclosure --> illegal
* Benachteiligung von Java Programmentwicklern		illegal
* Drohung an Intel, das eigene JVM in 1995 entwickeln wollte		illegal

386

Preis und Wettbewerb – Sommersemester 2010

Zentrale Punkte: Was hat Microsoft rechtswidriges gemacht!

15: The Microsoft – Case: Wettbewerbswidriges Verhalten und versuchte Monopolisierung

- Vorwurf des wettbewerbswidrigen Verhaltens
 - MS: nicht erwiesen, dass NN und Java zu ernstzunehmenden Konkurrenten gewachsen wären
 - CA lehnt dies ab; zu große Beweislast, NN und Java zeigten Potential
- Vorwurf der versuchten Monopolisierung des Browser Marktes
 - DC: schuldig
 - CA: nicht schuldig, weil kein geeigneter Test durchgeführt:
 1. Anti-kompetitives Verhalten
 2. Spezifische Absicht
 3. "gefährliche Wahrscheinlichkeit" Monopolmacht zu erlangen (relevanter Markt + Eintrittsbarrieren); DC hätte Browsermarkt nie definiert noch dargelegt, wie Netzwerkeffekte zu Eintrittsbarrieren führen

Nachweis der (versuchten) Monopolisierung erfordert den Nachweis, dass die Monopolstellung nicht durch überlegene Unternehmensleistung, sondern durch wettbewerbswidriges Verhalten erlangt wurde.

I5: The Microsoft – Case Bündelung

DC: vertragliche (mit Windows 95 und 98) und technologische Bündelung (zwischen IE und Betriebssystem) per se illegal

CA: per se Regel hier inadäquat, weil Effizienzvorteile überwiegen könnten (Innovationen); wenn MS pro-kompetitive Rechtfertigungs-gründe vorlegt, dann muss der Ankläger beweisen, dass die anti-kompetitiven Effekte diese überwiegen

Nachweis der (versuchten) Monopolisierung erfordert den Nachweis, dass die Monopolstellung nicht durch überlegene Unternehmensleistung, sondern durch wettbewerbswidriges Verhalten erlangt wurde.

I5: The Microsoft – Case Auflagen

CA annulliert DC Auflagen (Zerschlagung) aus folgenden Gründen:

1. MS wurde nicht die Möglichkeit gegeben, seine Sicht der Auflagen kundzutun
2. DC hat keine adäquaten Gründe für Auflagen dargebracht
3. CA hat den Grad der Schuld von MS relativiert; Auflagen sollten angepasst werden

DC (nach Wiederaufnahme): Nur Verhaltensaufgaben

1. Mehr Flexibilität für OEMs
2. Gewisse Features de-installieren
3. Schutz für OEMs in Verträgen
4. Schutz für Middleware Produzenten
5. "Explicitly forward looking remedies":
 1. Informationen über Windows APIs
 2. Pflichtlizenzen und Informationsaustausch für Server BS
 3. Erleichterung der Interoperabilität

Überwachungs- und Durchsetzungsklauseln: 5 Jahre, Verlängerungsoption 2 Jahre

Nachweis der (versuchten) Monopolisierung erfordert den Nachweis, dass die Monopolstellung nicht durch überlegene Unternehmensleistung, sondern durch wettbewerbswidriges Verhalten erlangt wurde.

15: EC v. Microsoft : an exceptional litigation

- Dec.1998: Complaint Sun (Interoperability)
- Feb.2000: EC's investigation broadened to Windows Media Player (WMP)
- Aug.2000: 1st Statement of Objection (SO) (Interoperability)
- Aug.2001: 2nd SO (Tying Windows Media Player)
- Aug.2003: 3rd SO (Interoperability and Tying)
- Mar.2004: EC's Microsoft Decision: 497 Mill. € fine
- July 2006: EC: penalty payment of €280.5 million for non-compliance with obligations
- Sep.2007: CFI 's Judgement upholds EC decision
- Feb. 2008: EC: penalty payment of €899 million for non-compliance with its obligations

For details of the case see the DG comp page at
<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/microsoft/>

SO: Statement of Objection: formelles Prüfverfahren

15: The Microsoft – Case Europa

Vorwurf: Dominanz bei Desktop-Betriebssysteme ausgenutzt

→ Erlangen der Dominanz im Markt für kleinere Server für Arbeitsgruppen; sowie führende Position bei Media-Playern - auf Kosten der Konkurrenz

Rekordstrafe von 497,2 Mill €

Auflagen

Inn. von 120 Tagen Konkurrenten ermöglichen, Serverprogramme mit Windows-Betriebssystemen zu verbinden

Inn. von 90 Tagen auch Windows-Versionen ohne Media-Player-Programm

Offenlegung der Schnittstellenspezifikationen der Serverprodukte

Kommission schließt Untersuchung gegen Microsoft mit Abhilfemaßnahmen und Geldbuße ab. Reference: IP/04/382 Date: 24/03/2004 HTML: [EN FR DE DA ES NL IT SV PT EL PL](#) [EN FR DE DA ES NL IT SV PT EL](#) IP/04/382 Brüssel, den 24. März 2004

Kommission schließt Untersuchung gegen Microsoft mit Abhilfemaßnahmen und Geldbuße ab

Die Europäische Kommission kam nach fünfjährigen Ermittlungen zu dem Ergebnis, dass die Microsoft Corporation durch Ausdehnung ihres Quasi-Monopols bei Betriebssystemen für PCs auf den Markt für Betriebssysteme für Arbeitsgruppenserver (1) und den Markt für Medienabspielprogramme (2) gegen europäisches Wettbewerbsrecht verstoßen hat. Da das rechtswidrige Verhalten nach wie vor andauert, hat die Kommission angeordnet, dass Microsoft innerhalb von 120 Tagen die Schnittstellen offen legen muss, die die Wettbewerber benötigen, damit ihre Produkte mit dem allgegenwärtigen Betriebssystem Windows kommunizieren können. Außerdem verlangt die Kommission, dass Microsoft innerhalb von 90 Tagen PC-Hersteller (bzw. Endnutzern) die Möglichkeit gibt, das Windows-Betriebssystem auch ohne den Windows Media Player zu erwerben. Außerdem wird gegen Microsoft eine Geldbuße in Höhe von 497 Mio. EUR wegen Missbrauchs seiner Marktmacht in der EU verhängt. Beherrschende Unternehmen haben eine besondere Verantwortung, die sie zu einem Geschäftssystem verpflichten, das echten Wettbewerb zulässt und nicht verbraucher- und innovationsfeindlich ist, erklärte der für Wettbewerb zuständige EU-Kommissar Mario Monti. „Die heutige Entscheidung stellt sicher, dass auf den betroffenen Märkten wieder ein fairer Wettbewerb stattfinden kann, und stellt klare Spielregeln für das künftige Verhalten eines Unternehmens in einer derart beherrschenden Stellung auf“, so Monti. Nach über fünfjährigen gewissenhaften und umfangreichen Nachforschungen und der Übermittlung von drei Mitteilungen von Beschwerdegebern hat die Kommission heute eine Entscheidung getroffen, in der sie zu dem Schluss kommt, dass das US-amerikanische Software-Unternehmen Microsoft Corporation wegen Missbrauchs seines Quasi-Monopols (5) (Artikel 82 EG-Vertrag) bei PC-Betriebssystemen gegen die EG-Wettbewerbsregeln verstoßen hat. Microsoft missbrauchte seine Marktmacht, indem es bewusste Dialogfähigkeit zwischen dem Windows Betriebssystem für PCs und nicht von Microsoft stammenden Arbeitsgruppenservern einschränkte. Microsoft missbrauchte seine Marktmacht beim PC Betriebssystem darüber hinaus, indem es seinen keineswegs konkurranzlosen Windows Media Players (WMP) an das allgegenwärtige Windows-Betriebssystem kopierte. Durch dieses widerrechtliche Verhalten konnte sich Microsoft eine beherrschende Stellung bei Betriebssystemen für Arbeitsgruppenserver und dem Herzstück eines unternehmensinternen IT-Netztes sichern, wobei die Gefahr besteht, dass der Wettbewerb auf diesem Markt insgesamt ausgeschaltet wird. Außerdem wurde durch Microsofts Verhalten auch der Wettbewerb bei der Abspielsoftware erheblich geschwächt. Dieses fortwährende missbräuchliche Verhalten bremst die Innovationsbereitschaft und geht zu Lasten des Wettbewerbs und der Verbraucher, die dadurch letztlich weniger Auswahl haben und höhere Preise zahlen müssen. Wegen dieser äußerst gravierenden Missbrauchshandlungen über einen Zeitraum von fünfeinhalb Jahren hat die Kommission eine Geldbuße von 497,2 Mio. EUR verhängt. **Abhilfemaßnahmen** Um wieder faire Wettbewerbsbedingungen herzustellen, hat die Kommission folgende Abhilfemaßnahmen angeordnet:

Was die Interoperabilität betrifft, so muss Microsoft binnen 120 Tagen die vollständigen und genauen Schnittstellenspezifikationen offen legen, mit denen nicht von Microsoft stammende Arbeitsgruppenserver uneingeschränkt mit Windows-PCs und Servern kommunizieren können. Konkurrenzierende Anbieter können so Betriebssysteme für Arbeitsgruppenserver entwickeln, die auf dem Markt konkurrenzfähig sind. Die offen gelegten Informationen müssen aktualisiert werden, sobald Microsoft neue Versionen der jeweiligen Produkte auf den Markt bringt.

Sollten die Schnittstellenspezifikationen im EWR (6) durch geistige Eigentumsrechte geschützt sein, hätte Microsoft Anspruch auf eine angemessene Vergütung. Die Anordnung betrifft lediglich die Unterlagen, die Aufschluss über die Schnittstellen geben, nicht aber den Windows-Quellcode, da dessen Kenntnis für die Entwicklung miteinander funktionsfähiger Produkte nicht erforderlich ist. - **Wa die Kopplungspraxis betrifft**, so muss Microsoft binnen 90 Tagen den PC-Herstellern als Alternative eine Version des PC-Betriebssystems Windows ohne WMP anbieten. Die Entkopplungsmaßnahme bedeutet jedoch nicht, dass die Verbraucher PC und Betriebssystem ohne Abspielsoftware erhalten. Die meisten Kunden kaufen einen PC von einem Hersteller, der für sie bereits ein Betriebssystem zusammen mit einer Abspielsoftware auf dem PC installiert hat. Die Abhilfemaßnahme der Kommission führt lediglich dazu, dass sich in der Zusammenstellung dieser Pakete die Kundenwünsche und nicht das Diktat von Microsoft widerspiegeln. Microsoft behält nach wie vor das Recht, sein Windows-Betriebssystem für Client PCs zusammen mit WMP anzubieten. Allerdings muss sich Microsoft gleichermaßen technischer, geschäftlicher oder vertraglicher Praktiken enthalten, die die Attraktivität und Leistungsfähigkeit der entkoppelten Version mindern würden. Vor allem dürfen PC-Hersteller keine Rabatte unter der Bedingung eingeräumt werden, dass sie Windows zusammen mit WMP erwerben. Nach Ansicht der Kommission sind die Abhilfemaßnahmen verhältnismäßig und geeignet, die Verstöße gegen das EG-Kartellrecht zu unterbinden; außerdem werden damit klare Spielregeln für das künftige Verhalten des Unternehmens aufgestellt. Um sicherzustellen, dass der Entscheidung innerhalb der vorgeschriebenen Fristen Folge geleistet wird, wird die Kommission einen Bevollmächtigten ernennen, der unter anderem darüber wachen wird, dass die von Microsoft offen gelegten Schnittstellenspezifikationen vollständig und korrekt und die beiden Versionen von der Leistungsfähigkeit her ebenbürtig sind. **Gegenstand der Untersuchungen** Im Dezember 1998 beanstandete Sun Microsystems, ein weiteres US-amerikanisches Unternehmen, dass Microsoft gewertet habe, Schnittstellenspezifikationen offenzulegen, die das Unternehmen benötigt, um Produkte entwickeln zu können, die mit dem allgegenwärtigen Windows-Betriebssystem für Client PCs kommunizieren können. Dies wäre jedoch die Voraussetzung, um bei Betriebssystemen für Arbeitsgruppenserver von Konkurrenzfähigkeit zu sein. Die Kommission stellte im Zuge ihrer Ermittlungen fest, dass Sun nicht das einzige Unternehmen ist, dem diese Informationen verweigert wurden, und dass deren Vorenthaltung Teil einer breiter angelegten Strategie von Microsoft ist, mit der Wettbewerber vom Markt verdrängt werden sollen. Durch dieses Geschäftsgebaren wurde der unter anderen über Aspekte wie Zuverlässigkeit, Sicherheit und Geschwindigkeit ausgetragene Wettbewerb zweitrangig und Microsofts Stellung auf dem Server-Markt zementiert. Eine überwältigende Mehrheit der Kunden erklärte daraufhin gegenüber der Kommission, dass durch die Vorenthaltung der Schnittstellenspezifikationen ihre Wahl künstlich zugunsten der Server-Produkte von Microsoft beeinflusst werde. Von Microsoft selbst vorgelegte Umfrageergebnisse bestätigten den Zusammenhang zwischen dem Interoperabilitätsvorteil, den sich Microsoft vorbehalt, und seinen wachsenden Marktanteilen. Im Jahr 2000 weitete die Kommission von sich aus ihre Untersuchungen aus und prüfte auch die Auswirkungen der Kopplung des Windows Media Player von Microsoft mit dessen PC-Betriebssystem Windows 2000. Das Ergebnis dieser Prüfung war, dass die plötzliche Omnipräsenz von WMP als Folge der Kopplung mit dem Windows-Betriebssystem für Client PCs den Anreiz für Produktionsfirmen aus der Medienbranche, vor allem der Musik- und Filmbranche, aber auch für Softwarehersteller und Inhalteanbieter, ihre Produktionen für andere Abspielprogramme auszuliefern, künstlich verringert. Microsoft hat mit der Kopplung seiner Abspielsoftware somit eine Schwächung der Wettbewerber auf diesem Markt und eine Verringerung des Angebots bewirkt, da Konkurrenzprodukte dadurch weder preis- noch qualitätsbedingt benachteiligt werden. Die zur Verfügung stehenden Daten zeigen einen eindeutigen Trend hin zu WMP und zur Windows-Medientechnologie. Ohne das Einschreiten der Kommission steht zu erwarten, dass sich durch die Kopplung von WMP mit Windows die Balance auf dem Markt endgültig zugunsten von Microsoft verschiebt. Damit könnte Microsoft auch benachbarte Märkte im Bereich der digitalen Medien kontrollieren (z.B. den Markt für Kodierungstechnik, für Software zur Übertragung von Musik über das Internet oder zur Verwaltung von digitalen Rechten usw.). Ganz allgemein hegt die Kommission die Befürchtung, dass Microsofts Kopplungspraxis bei WMP nur ein Beispiel für eine großer angelegte Unternehmensstrategie ist, die dazu führt, dass aufgrund des De-facto-Monopols von Microsoft bei Betriebssystemen für PCs in allen Technologiebereichen, die für Microsoft künftig von Interesse sein und mit Windows gekoppelt werden können, Innovationen gebremst und die Wahlmöglichkeiten für Verbraucher eingeschränkt werden. **Anmerkung an die Herausgeber** Die Europäische Kommission sorgt bei wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen von Unternehmen und Missbrauch von beherrschenden Stellungen für die Durchsetzung der EU-Wettbewerbsregeln für die gesamte Europäische Union, wenn dadurch der grenzüberschreitende Handel und der Wettbewerb beeinträchtigt werden. Die Kommission ist befugt, Unternehmen zu einer Änderung ihres Verhaltens zu zwingen und bei Verstößen gegen kartellrechtliche Vorschriften Geldbußen von bis zu 10% ihres weltweiten Jahresumsatzes zu verhängen. Gegen die Entscheidungen der Kommission kann beim Europäischen Gericht erster Instanz in Luxemburg Widerspruch eingelegt werden. (1) Betriebssysteme, die auf Zentralrechnern laufen und Bürogestellte an jedem Platz der Welt bei ihrer täglichen Arbeit mit bestimmten Diensten (z.B. gemeinsame Nutzung von Dateien und Druckern, Sicherheitsverwaltung oder Verwaltung von Benutzerkennungen) versorgen. (2) Softwareprogramme, die Audio- und Videoinhalte über das Internet wiedergeben können. (3) Dies betrifft nicht den Windows-Quellcode, dessen Offenlegung für die Entwicklung von Produkten, die miteinander kommunizieren können, nicht nötig ist. Die Schnittstellen sind die Ansatzpunkte rund um den Quellcode, mit deren Hilfe ein Produkt mit einem anderen kommunizieren kann. (4) Vertritt der Hersteller der Software die Interessen der Endverbraucher, die in betroffenen Unternehmen erläutert, was sie ihnen zu Lasten legt oder welche Bedenken sie hegt, wird das formale Prüfverfahren eingeleitet. (5) Weltweit laufen über 95% aller PCs mit einem Microsoft-Betriebssystem. (6) Die Europäische Union plus Norwegen, Island und Liechtenstein.

-----Original Message-----
From: Jim Durkin
Sent: Thursday, June 05, 1997 9:59 AM
To: Tod Nielsen; Morris Beton
Cc: David Britton
Subject: NetShow/NAB, etc.
Importance: High

Billg and Paulma made the decision that (1) we need to win the streaming battle against progressive networks

Guys, just had a conversation with David about NAB. From what he said, there is some doubt about DRG planning/funding NAB.

Obviously, this concerns me for two reasons. 1) NAB is a very important event for me, 2) I'm wondering if this portends an overall lack of DRG focus on Netscape-related activities.

#1 is a problem and #2 is a disaster.

I'd like to bring you up to speed on what happened in this last Friday's Billg/paulma/bobmu meeting. Basically, Billg and Paulma made the decision that 1) we need to win the streaming battle against progressive networks, 2) gave the approval for me to go buy a \$65 million company (5th largest microsoft acquisition ever) in order to win the battle, 3) Winning the streaming battle means three things-winning the file format war, winning the client architecture war, and winning the server wars.

Bill's comment was "this is a strategic area and we need to win it". Muglia's comment was "PN is like Netscape, the only difference is we have a chance to start this battle earlier in the game."

Sooo, given that our company has decided this is a critical area and we need to win it, I think we've got to talk seriously about how we turn the dial up. NAB is critical to doing that. However, we need to do A LOT more than just that (ASF needs to be seriously evangelized and we need to get a lot more top CP's and tools vendors on board).

Bill's comment was 'this is a strategic area and we need to win it'
Muglia's comment was 'PN is like Netscape the only difference is we have a chance to start this battle earlier in the game.'

-----Original Message-----

From: Jim Durkin
Sent: Thursday, June 05, 1997 9:59 AM
To: Ted Nielsen; Morris Beton
Cc: David Britton
Subject: NetShow/NAB, etc.
Importance: High

Guys, just had a conversation with David about NAB. From what I understand, there is some doubt about DRG planning/funding NAB.

Obviously, this concerns me for two reason. 1) NAB is a key event for me, 2) I'm wondering if this portends an overall lack of DRG focus on NetShow-related activities.

#1 is a problem and #2 is a disaster.

I'd like to bring you up to speed on what happened in this last Friday's Billg/paulma/bobmu meeting. Basically, Billg and Paulma made the decision that 1) we need to win the streaming battle against progressive networks, 2) gave the approval for me to go buy a \$65 million company (5th largest microsoft acquisition ever) in order to win the battle, 3) Winning the streaming battle means three things-winning the file format war, winning the client architecture war, and winning the server wars.

Bill's comment was "this is a strategic area we need to win it". Muglia's comment was "PN is like Netscape, the only difference is we have a chance to start this battle earlier in the game."

Sooo, given that our company has decided this is a strategic area and we need to win it, I think we've got to talk seriously about how we turn the dial up. NAB is a key event. However, we've got to do A LOT more than just that (ASF needs to be seriously considered. We need to get a plan to get the top CP's and tools vendors on board).

Winning the streaming battle means three things-
winning the file format war, winning the client
architecture war, and winning the server war.

Reposition competition to Windows vs. Real

Plaintiff's Exhibit 501, *U.S. v. Microsoft Corp*
<http://www.naag.org/issues/microsoft/pdf/PX0501.pdf>

Annex A.RN.11

000117

RN is still significantly ahead of us and not slowing down. They have not yet made any major mistakes. G2 is beating our v3 in review and is ahead in a few key feature areas...

000119

Our strategy
1. Change the rules:
reposition streaming media battle from Netshow vs Real to Windows vs Real – follow the IE/IIIS strategy where ever appropriate

Memorandum from Anthony Bay, January 3, 1999

Refusal to Supply by Microsoft: The Commission's Key Findings

<u>Ability to foreclose</u>	● Interoperability necessary for server OS vendors to be effective competitors. There are no substitutes.
<u>Substantial Foreclosure Effect</u>	● All competitors refused interoperability ● Microsoft's share in server market rising fast and indeed now dominant
<u>Incentive to foreclose</u>	● The 'one monopoly profit' argument fails on the facts
<u>Harm to innovation</u>	● Risk of harm to innovation from abuse that outweighs potential harm to innovation incentives from intervention

• Ab hier nicht mehr in der Vorlesung!

• Source: Slides by Dr Amelia Fletcher
Chief Economist
Office of Fair Trading

• Main point: The Commission adopted a broadly economic approach along exactly the lines, carrying out a comprehensive examination of the entirety of the circumstances surrounding the specific instance of a refusal to supply.

• First: Commission demonstrated firstly that dominant (quasi-monopoly) position on client PC OS market for many years, and able to act to a large extent independently of its competitors.

• Then: showed (and NB did not set it out under quite these headings, but certainly the analysis is consistent with these headings)

Refusal to supply by Microsoft: The CFI's Approach

- Treated as IPR (although not clear), as did EC
- Case law says refusal to supply will be abusive only in *exceptional circumstances*, including:
 - **Indispensability**
 - **Exclusion of any effective competition**
 - **Prevents appearance of a new product**
 - **No objective justification**
- The Court carried out only a 'limited review' of the Commission's 'complex economic assessments'

- By contrast:
- That is, essentially the CFI move back to a checklist approach
- Re last bullet: Even if CFI judgment not bad for economics, it could be bad for demand for consulting economists at the appeal stage in EU cases!

Refusal to Supply: The CFI's Key Findings

<u>Ability to foreclose</u>	• Indispensability
<u>Substantial Foreclosure Effect</u>	• Exclusion of any effective competition
<u>Incentive to foreclose</u>	• No objective justification
<u>Harm to innovation</u>	• Prevents appearance of new product AND No objective justification

- The approach may look roughly the same superficially.
- And NB the CF opined that it is reasonable to interpret 'technical development' as creation of a 'new product'
- But actually the fit is not quite that perfect.
- And substantial concern expressed. For example:

A reaction to the CFI judgment

“the standard applied to unilateral conduct by the CFI, rather than helping consumers, may have the unfortunate consequence of harming consumers by chilling innovation and discouraging competition.”

Thomas Barnett US DOJ

- So what are the big concerns?
- Not going to cover the area of strength of evidence on indispensability or effect, or whether CFI accepted it too readily, although has been debate generally about whether hurdles are really set high enough.
- I'm also not going to focus on the strength of the evidence for a lack of significant harm from intervention to Microsoft's innovation incentives, although this has been the subject of much criticism (and complain that the burden should not lie with Microsoft to prove such a negative effect).
- Rather, focus first on what sorts of RTS might be treated wrongly under a simple checklist approach. Just some initial ideas: no doubt more!

Tying (Media player)

- **Theory of the case**
 - By tying MS Windows with WMP, MS would leverage its dominant position in client PC OS market into Media player market
- **Commission's 4 limb test on whether tying abusive (2004 decision, para.794)**
 - (a) The tying and tied goods are two separate products
 - (b) The undertaking concerned is dominant in the tying market
 - (c) The undertaking concerned does not give customers a choice to obtain the tying product without the tied product
 - (d) Tying forecloses competition
- **Foreclosure**
 - Although case law generally says tying by its nature has a foreclosure effect, « *There are [...] good reasons not to assume without further analysis that tying WMP constitutes conduct which by its very nature is liable to foreclose competition* » (Decision, para. 841).

Source:

The CFI Microsoft Judgement:

How exceptional?

Newport Summit on Antitrust

Law and Economics, May 31st

David Sevy

LECG

www.lecgcgcp.com

Tying (Separate products)

- **Principles (CFI decision)**

- « ... what initially appear to be separate products may subsequently be regarded as forming a single product ... » **but assessment** « ... by reference to the factual and technical situation that existed at the time when ... the impugned conduct became harmful »
- « ... in the absence of independent demand for the allegedly tied product, there can be no question of separate demand and no abusive tying » (§918)

- **Assessment**

- Independent companies manufacturing and selling tied good « ... constitutes serious evidence of the existence of separate market for the product » (Tetra Pack, Hilti).
- « It is settled case-law that even when the tying of two products is consistent with commercial usage or when there is a natural link between the two products, it may nonetheless constitute abuse under the meaning of Article 82 EC, unless it is objectively justified. » (§942)

„§“ refer to CFI decision

The Commission's theory of harm

Bundling:

- Commission believes bundling of its Windows Media Player with windows will allow Microsoft to foreclose the media player market.
- Commission used four tests:
 - First, the undertaking concerned must have a dominant position on the market for the tying product;
 - Second, the tying product and the tied product must be two separate products;
 - Third, consumers must not have a choice to obtain the tying product without the tied product;
 - Fourth, the practice must foreclose competition.
- CFI is ambiguous on whether the fourth limb is required.

Source: Matthew Bennet LECG

Separate product test

- The court confirms that *“in the absence of independent demand for the allegedly tied product, there can be no question of separate products and no abusive tying”*
 - Thus it seems to set a minimum hurdle such that there must be independent demand for media players.
- Court uses Hilti to argue that the fact that there is no demand for a windows operating system without a media player, does not mean that they are two separate products.

“To take Hilti, for example, it may be assumed that there was no demand for a nail gun magazine without nails, since a magazine without nails is useless. However, that did not prevent the Community Courts from concluding that those two products belonged to separate markets.” (para 921)

 - Ironically economists have argued that it is precisely the Hilti types of cases where bundling is unlikely to be for anti-competitive reasons.
 - The Chicago critique say that when goods are strict complements and consumed in fixed proportions then firms have no incentive to foreclose.

Coercion test

- The CFI found that the existence of pure bundling de-facto implies coercion

“it cannot be disputed that, in consequence of the impugned conduct, consumers are unable to acquire the Windows client PC operating system without simultaneously acquiring Windows Media Player, which means... that the condition that the conclusion of contracts is made subject to acceptance of supplementary obligations must be considered to be ratified.”

- This implies that when ever there are separate products, and pure bundling, there will always be coercion and no further evidence is required.
- Why is this important...
 - Its important if there is no need for an effects based analysis.

Foreclosure test

- There is a legal question as to whether it is necessary to show foreclosure
 - Case law generally says that tying by its nature has a foreclosure effect.
 - In this case the Commission considered that it could not “*merely assume, as it normally does in cases of abusive tying, that the tying of a specific product and a dominant product has by its nature a foreclosure effect.*”
- The CFI did not adjudicate on this point, simply noting that this condition was extra and hence came on top of the other three ‘classical’ conditions.
 - Still a significant degree of ambiguity in whether foreclosure is required for bundling to be anti-competitive.

Foreclosure evidence

- On the foreclosure evidence the CFI seems to be inconsistent with its treatment of facts:

*“Admittedly, as Microsoft contends, a number of OEMs continue to add third-party media players to the packages which they offer to their customers. **It is common ground that the number of media players and the extent of the use of multiple players are continually increasing.** However, those factors do not invalidate the Commission’s conclusion that the impugned conduct was likely to weaken competition within the meaning of the case-law.” (para. 1055)*
- The CFI quotes lots of evidence to say that Microsoft’s market share was increasing, although it only increased to 45% by August 2003 (paras. 1075 to 1089).
 - None of the evidence shows there is imminent foreclosure
 - Nor does it use more recent evidence to examine whether the prediction of foreclosure was a reasonable prediction to make.

Relaxation in foreclosure test

- The CFI supports the Commission's decision that there was a:

“reasonable likelihood that tying Windows and Windows Media Player would lead to a lessening of competition so that the maintenance of an effective competition structure would not be ensured in the foreseeable future” (para 1089)

What does this mean and how should it be interpreted?

- Reasonable likelihood:
 - What does this mean? Is probability of 0.2 reasonable? 0.5?
 - Why wasn't more recent data examined to determine if the likelihood was reasonable?

Relaxation in foreclosure test

- Lessening of competition:
 - Movement away from foreclosure/exit/exclusion to a lessening of competition...
 - Lower burden of proof than even mergers where there must at least be a *significant* lessening of competition
- Effective competition structure:
 - No mention of consumer welfare here,
 - Nor is it clear how an effective competition structure is measured.
- Foreseeable future
 - Prospective exercise with no benefit of hindsight.