The background of the slide is a dark blue image of a city skyline at night, with several skyscrapers illuminated. A light blue grid pattern is overlaid on the entire slide.

Carte Blanche oder Bußgeld? Die Preis-Kosten-Schere im Visier der Kartellwächter: Das transatlantische Schisma in der Missbrauchskontrolle

RA Dr. Johannes Zöttl

Fachgruppentag der Deutsch-Amerikanischen Juristenvereinigung / ARIM

Frankfurt, 24. April 2010

EU

- **str. sind Details, nicht aber der Grundsatz, dass eine Kosten-Preis-Schere die kartellrechtliche Haftung nach sich ziehen kann**
- **aktuelle Beispiele:**
 - Belgien: *Proximus* (2009: € 66 Mio. Bußgeld, nicht rechtskr.)
 - Deutschland: *Telekom/9Live* (2009: Einstellung)
 - Kommission:
 - *Deutsche Telekom* (2003: € 13 Mio. Bußgeld, nicht rechtskr.)
 - *Telefónica* (2005: € 151 Mio. Bußgeld, nicht rechtskr.)
 - Art. 102 Guidance, 2009 OECD Discussion Paper
 - Kroes zu *Telefónica*, 2009: “If we suspect an abuse then we have room to act as the competition enforcer”
 - Gerichtshof hat Doktrin (noch) nicht bestätigt, bejahend GA Mazák in *Deutsche Telekom*, 22. April 2010 (Rdnr. 44)

Schweiz

aber
nien,
elbst
Klar
and,
inen
be-
um-
t die
«Ich
rrekt
: mir

gleich schlimm, der Richter muss beim Strafmass abwägen können.» Jositsch

Strafmass erhöhen.



Keine Busse für Swisscom

GLÜCK GEHABT → Das Bundesverwaltungsgericht hat die von der Wettbewerbskommission (Weko) gegen die Swisscom verhängte Rekordbusse von 333 Millionen Franken aufgehoben. Gemäss dem Urteil hat die Swisscom bei der Übernahme fremder Anrufe auf ihr Handynetz keinen Preismissbrauch betrieben, wie die Swisscom heute selber mitteilte.

SDA

To Su

In die bucl die f ogu die s

1. W
2. A
3. T:

Das Wetter



DO
U

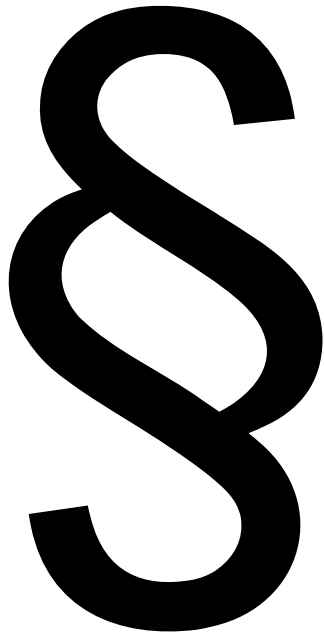
- **WEKO in Swisscom: CHF 200 Mio. Bußgeld (2009)**
 - Bluewin (Swisscom) bietet ADSL an, Swisscom liefert Vorleistung
 - Preise für Vorleistung im Vergleich zu Endkundenpreisen „zu hoch“
 - Differenz zwischen Vorleistungskosten und Endkundenpreisen zu knapp für Konkurrenten
 - Bluewin zwar ebenfalls Verluste, aber durch Gewinne der notwendigen Vorleistung überkompensiert
 - 2010: Aufhebung durch Bundesverwaltungsgericht, Rechtsmittel WEKO

USA

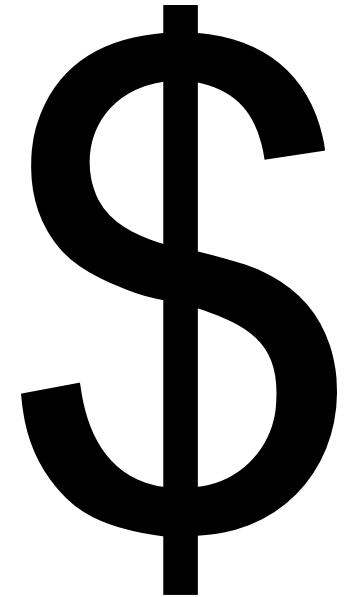
- Instanzgerichte uneins (seit *Alcoa*, Second Circuit, 148 F.2d 416, 2d Cir. 1945)
- **Supreme Court, 25.2.2009: “We hold that no such claim may be brought.”**
 - *Pacific Bell Telephone Co. v. linkLine Communications, Inc.*, No. 07-512, 129 S.Ct. 1109 (2009)
 - „Death of the „price squeeze“ offense“ (AAI)
 - Really?
- Fall betraf Telekommunikation / vertikale Integration, neuere Rspr. auch zu Pharma / Lieferkette

The screenshot shows the linkLine communications website. At the top, there is a navigation menu with links for HOME, COMPANY, INTERNET SERVICES, COMPUTER SYSTEMS, MEMBERS AREA, NETWORK, and PARTNERS. The main header features the linkLine logo and the tagline "We are your one-stop solution for your hosting and hardware needs." Below this, a large green banner displays "Internet Access as low as \$7.95 / month" with a "Click Here For More Information" button. To the left, there is a "Check Availability" form for internet access. Below the banner, there are three main service categories: "Dedicated Internet" (offering T1, T3, and OC-x services for as low as \$299/mo), "Servers" (offering Co-Location Services for as low as \$1000/mo), and "DSL" (offering Verizon 768/128 and SBC 6000/608 services for \$19.95/mo). Each category includes a list of features and a "MORE INFO" button. At the bottom right, there is a section for "Entry-Level Managed Server" with a small image of a server rack.

Sherman Act § 2, 15 U.S.C. § 2



- “Every person who shall **monopolize, or attempt to monopolize**, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine ... or by imprisonment ...”
- Rechtswidrig ist **nur** “the willful acquisition or maintenance of [monopoly] power as distinguished from growth or development as a consequence of a superior product, business acumen, or historic accident”
United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563 (1966)



Ergebnis *linkLine*: carte blanche

1. Ein „margin squeeze“ verstößt nicht gegen US-Kartellrecht, wenn kartellrechtlich kein Belieferungszwang besteht. Dann haben auch marktmächtige Unternehmen nicht die Pflicht, ihren Wettbewerbern im nachgelagerten Markt eine auskömmliche Marge zu sichern.
2. Tertium non datur: Das Preisverhalten marktmächtiger Unternehmen im vorgelagerten Markt kann als Lieferverweigerung, ihre Preise im nachgelagerten Markt können als Kampfpreise angegriffen werden (jeweils unter restriktiven Voraussetzungen). Keinesfalls kann der Angriff geführt werden aufgrund einer unauskömmlichen Spanne zwischen den beiden Preisebenen. Die Folgefrage nach der im Einzelfall anzuwendenden Kosten-Benchmark stellt sich daher nicht.
3. Die Anerkennung der Doktrin wäre Neuland, das nicht zu beschreiten ist. Die Doktrin hätte negative Folgen für die Konsumentenwohlfahrt und das Wettbewerbsergebnis („chilling competition“). Gerichte und Unternehmen wären mit ihrer Anwendung praktisch überfordert. Sie würde außerdem unüberwindbare Rechtsunsicherheit in Bezug auf die anzuwendende Benchmark schaffen.

linkLine - Sachverhalt

- **Vorleistungs-/Großhandelsmarkt**
 - reguliert
 - Pacific Bell (AT&T) gibt dritten Unternehmen, insb. ISPs wie linkLine, Zugang zu DSL-Infrastruktur („last mile“) in Kalifornien
 - Abschlusszwang zunächst allgemein („just and reasonable rates“), dann als FCC-Auflage in Fusionskontrolle: zu Preisen, die die eigenen Preise im Endkundenmarkt nicht übersteigen dürfen
- **Endkundenmarkt**
 - nicht reguliert
 - lebhafter Wettbewerb bei DSL zwischen Festnetz, Kabel, Satellit und Mobilnetz
 - linkLine setzt DSL-Produkte an Endkunden ab
 - AT&T ist selbst auf Endkundenmarkt tätig

linkLine – Fragestellung (gem. Supreme Court)

- **linkLine et al.** “... filed suit under §2 of the Sherman Act, asserting that AT&T unlawfully ‘squeezed’ their profit margins
 1. by setting a high price for the wholesale DSL transport service it sells and
 2. a low price for its own retail DSL service.
 3. This maneuver allegedly placed the plaintiffs at a competitive disadvantage, allowing AT&T to maintain monopoly power in the DSL market.”
- **Supreme Court** nahm Frage zur Entscheidung an
„to resolve a conflict over whether a plaintiff can bring price-squeeze claims under §2 of the Sherman Act when the defendant has no antitrust duty to deal with the plaintiff“
 - d.h.: gibt Kartellrecht die Unzulässigkeit einer Kosten-Preis-Schere her, wenn kartellrechtlich kein Kontrahierungszwang besteht?

Exkurs: *Trinko*

- ***Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP***, 540 U.S. 398 (2004)
 - Kartellrecht tritt hinter sektorspezifische Regulierung (bzw. deren Möglichkeit) zurück
 - aus telekommunikationsrechtlicher Zugangsverpflichtung folgt kartellrechtlich nichts, weil das insoweit fragliche Verhalten ausschließlich in regulatorischem Kontext zu bewerten ist, insbesondere keine Rückschlüsse auf eine etwaige Verdrängungsstrategie zulässt
 - Monopolist hat an sich kartellrechtlich keine Verpflichtung, seine Wettbewerber im Konkurrenzkampf zu unterstützen
 - „charging of monopoly prices ... not unlawful“
 - aber:
 - in *linkLine* war nur Vorleistungsmarkt reguliert
 - *Trinko* betraf die Qualität der Belieferung eines Wettbewerbers („insufficient assistance“), nicht deren Preis

Exkurs: *Aspen Skiing*

- ***Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.***, 472 U.S. 585 (1985)
 - Parteien hatten jahrelang kooperiert
 - Beklagter stellte Kooperation ein (und verweigerte Kläger Zugang auch zu eigenen Retail-Preisen)
 - schwerer Schaden für Kläger, keinerlei betriebswirtschaftliche Rechtfertigung für Verhalten des Beklagten
 - Kontrahierungszwang, weil Verdrängungsstrategie (Sachverhalt)
 - „at or near the outer boundary of §2 liability“ (*Trinko*)

Exkurs: *Brooke*

- ***Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp***, 509 U.S. 209 (1993)
 - Kampfpreise (Preisdumping) nur in seltenen Fällen („rare instances“) unzulässig
 - „predatory pricing“ = „monopoly power“
 - + „prices ... below an appropriate measure of its rivals' costs“
 - + „dangerous probability of recoupment“ (späterer Kostenausgleich wahrscheinlich)
 - aber: „margin squeeze“ betrifft mit Endkundenpreis nur einen der beiden Kostenparameter; birgt im Vergleich zu „predatory pricing“ das geringere kaufmännische Risiko

„This case has assumed an unusual posture.“

- **District Court, 2004/2005:**
 - weist Beschwerde zurück, soweit sie sich auf „refusal to deal“ bzw. „essential facilities“ bezieht, weil keine „antitrust duty to deal“ (Grund: *Trinko*)
 - erlaubt AT&T Rechtsmittel zur Frage, ob *Trinko* auch „margin squeeze“-Fälle ausschließt
 - Lässt linkLine bezüglich „margin squeeze“ nachbessern (trotz *Trinko*)
- **Ninth Circuit (2007):**
 - Mehrheit verwirft Rechtsmittel von AT&T 2:1, Frage sei trotz *Trinko* offen
 - Dissenter: Anspruch müsste als „predatory pricing“ (d.h. ohne Berücksichtigung der Preise im Vorleistungsmarkt) verfolgt werden
- **Supreme Court (2009):**
 - linkLine schwenkt auf „predatory pricing“ um („confession of error“)
 - Gericht formuliert Frage allgemein und verneint

Schauplatz Supreme Court

- **Supreme Court**
 - nimmt Verfahren zur Entscheidung an
 - entscheidet rasch
- **rege Beteiligung Dritter**
 - DOJ gegen Ninth Circuit
 - Die Anerkennung der Rechtsfigur der Kosten-Preis-Schere würde „displace the free-market price-setting mechanism and would place the antitrust court in the role of a rate-setter“
 - FTC schließt sich nicht an, Presseerklärung gegen DOJ
 - Gruppe von Professoren unterstützen AT&T
 - „It is not possible to advance consumer welfare with an antitrust rule that punishes a firm for failing to ensure its competitors‘ profitability.“

“We hold that no such claim may be brought.”

- **Trinko schließt Anspruch in Bezug auf Vorleistungsmarkt aus**
 - kartellrechtlich kein Kontrahierungszwang
 - Anspruch an Preis (*linkLine*) und Qualität (*Trinko*) gleich zu behandeln
 - „... a firm with no duty to deal in the wholesale market has no obligation to deal under terms and conditions favorable to its competitors. If AT&T had simply stopped providing DSL transport service to the plaintiffs, it would not have run afoul of the Sherman Act.“
- **Brooke schließt Anspruch in Bezug auf Endkundenmarkt aus**
 - Angriff unter Gesichtspunkt der Kampfpreise grundsätzlich möglich
 - aber linkLine hat Voraussetzungen nicht dargelegt (und könnte dies wahrscheinlich auch nicht)
- **Alcoa (1945)** wird nicht aufrechterhalten

“Two wrong claims do not make one that is right.”

- **Ergebnis zu „margin squeeze:**
 - kein eigenständiger Unwertgehalt jenseits von „refusal to deal“ (Vorleistungs-/ Großhandelsebene) und „predatory pricing“ (Endkundenmarkt)
 - „Plaintiffs’ price-squeeze claim, looking to the relation between retail and wholesale prices, is thus nothing more than an **amalgamation of a meritless claim at the retail level and a meritless claim at the wholesale level.**“
- **Obiter dictum zu „predatory pricing“:**

„... if AT&T can bankrupt the plaintiffs by refusing to deal altogether, the plaintiffs must demonstrate why the law prevents AT&T from putting them out of business by pricing them out of the market.“

“Institutional concerns”

- **„Importance of clear rules in antitrust law“**
 - Richter müssten (können aber nicht) die Interaktion zwischen zwei Variablen prüfen
 - laufendes Monitoring, Detailtiefe
 - *cf.* Professoren-Amici: „the requisite analysis more resembles the work of a public utilities commission than that of a federal judge presiding over an antitrust case“
 - Unternehmen hätten keinen „safe harbor“
 - objektiver Standard für „fair price“ nicht feststellbar (Amici hatten Transferpreistest vorgeschlagen, aber Supreme Court: es fehlt „grounding in our antitrust jurisprudence“)
 - unausgesprochen: Abneigung gegenüber „private enforcement“

Justice Breyer - Concurrence



- “A ‘price squeeze’ claim finds its natural home in a Sherman Act § 2 monopolization case where the **Government as plaintiff** [?] seeks to show that a defendant’s monopoly power rests, not upon ‘skill, foresight and industry’...”
- “When a regulatory structure exists to deter and remedy anticompetitive harm, the costs of antitrust enforcement are likely to be greater than the benefits.”
- aber dem Grundsatz nach: Verdrängungsstrategie, die nach den Grundsätzen des “predatory pricing” behandelt werden müsste

“They [EU] have done all kinds of things.”

JUSTICE STEVENS: *Do you agree with your opponent's submission that antitrust scholars uniformly agree that the Alcoa case was incorrectly decided?*

MR. BRUNELL (AAI, amicus): *No, I do not agree with that. And, indeed, our brief cites an eminent professor, John Vickers at Oxford, an economist who supports a traditional Alcoa-type claim ... Professor Vickers –*

JUSTICE SOUTER: *Does he support –*

MR. BRUNELL: *Pardon me?*

JUSTICE SOUTER: *I thought somebody else was -- does he support recognition of that claim in the circumstances in which there was regulatory involvement like the FCC here?*

MR. BRUNELL: *I believe he does, Your Honor. I believe the European Commission also recognizes such a claim in the presence of regulation ...*

JUSTICE BREYER: *... I'm quite surprised that Vickers has written that ... or that the British Commission has held that. I would be very interested to know the citation of that. Because he may have done. I don't read everything.*

MR. BRUNELL: *The European Commission –*
JUSTICE BREYER: *I'm not saying the European Commission. They have done all kinds of things. I am saying the -- the – (Laughter.)*

JUSTICE BREYER: *I am saying the British Monopolies or Restricted Practices Commission of which Vickers was the head. I agree with you that he is very knowledgeable, but I would be surprised if he had written contrary to what I just said in that example. But I am often surprised and willing to read it.*

Vergleich: EU

- **Missbrauch** = Unangemessenheit der **Spanne** zwischen Vorleistungs- und Endkundenpreis (Gericht, *Deutsche Telekom*, T-271/03, 10.4.2008, Rdnr. 167; GA, 22.4.2010, Rdnr. 44)
 - irrelevant, ob Marktbeherrscher (Vorleistungsmarkt) auch Endkundenmarkt beherrscht (Kommission, *Wanadoo España/Telefónica*, COMP/38.784, 2.7.2007, Rdnr. 243) und ob Preis im Vorleistungsmarkt an sich überhöht bzw. Endkundenpreis an sich ruinös ist (*Telefónica*, Rdnr. 283)
- **Maßstab** = wäre der Marktbeherrscher oder ein Unternehmen, das ebenso effizient ist wie der Marktbeherrscher, in der Lage, Endkundendienste anzubieten, ohne dabei Verluste hinnehmen zu müssen, wenn er die Vorleistungsentgelte als internen **Transferpreis** hätte zahlen müssen? (*Deutsche Telekom*, Rdnr. 186 ff)
 - „Telefónica-Klausel“: *Bronner* („refusal to deal“/“essential facilities“) nicht heranzuziehen, weil bei Entscheidung über Zugangsverpflichtung auf Vorleistungsebene Wettbewerb bzw. Verbraucherinteressen und Investitions- bzw. Innovationsanreize des Marktbeherrschers bereits abgewogen sind (*Telefónica*, Rdnr. 309, Art. 102 Guidance, Rdnr. 82); aber Art. 102 Guidance, Rdnr. 80 f.: Kosten-Preis-Schere „statt“ Lieferverweigerung

Post-*linkLine*

- **Politisch**
 - „Is Obama a Trust Buster? It Is Anyone’s Guess“ (WSJ)
 - Verwaltungsspitzen von DOJ (Varney) und FTC (Leibowitz) neu besetzt
 - DOJ zieht Section 2 Paper zurück
- **Rechtlich:** *linkLine* und ...
 - allgemein: Verfolgung durch Behörden?
 - konkret: Section 5 FTC Act („unfair methods of competition ... and unfair or deceptive acts or practices“)?
 - nicht-regulierte Märkte? als „predatory pricing“? bei „duty to deal“?
- **Gerichte** weiten Anwendungsbereich von *linkLine* aus auf „functional equivalents“
 - Ninth Circuit, *Doe v. Abbott Laboratories*, 571 F.3d 930 (2009): upstream = Proteaseinhibitor als Wirkstoff oder Booster, downstream = anderer Wirkstoff mit diesem Inhibitor als Booster



One Firm WorldwideSM

Vielen Dank!

RA Dr. Johannes Zöttl
Grüneburgweg 102
60323 Frankfurt am Main

www.jonesday.com
jzoettl@jonesday.com