



# Antitrust Letter



The "Antitrust Letter" is a monthly series of articles written in french and english by founding member Thibault Schrepel. Each month's release will analyze major changes within United States antitrust law and legal precedents, whilst contrasting and occasionally drawing parallels to European antitrust legal issues.

"Antitrust Letter" est la chronique mensuelle du Concurrentialiste rédigée par Thibault Schrepel, l'un des membres fondateurs de la revue. Chaque nouveau numéro aura pour objet d'étudier les événements marquants liés au droit de la concurrence américain. Publiée en français et en anglais, cette lettre sera également l'occasion d'établir une étude comparative avec le droit européen de la concurrence.

---

## Table of contents / Sommaire

Bazaarvoice/PowerReviews: ... andddd, it's a NO  
Bazaarvoice/PowerReviews: ... etttt c'est un NON

—

A patent troll introduces an action against the FTC  
*Un patent troll ouvre une action contre le FTC*

—

The App Store is under spotlight  
L'App Store d'Apple est sous le feu des projecteurs

---

Follow us on Twitter (@leconcurrential)  
Suivez-nous sur Twitter (@leconcurrential)

**(English version) Bazaarvoice/PowerReviews: ... andddd, it's a NO**

The most significant antitrust news of the month has been the Bazaarvoice case. As we already discussed in Antitrust Letter #4<sup>(1)</sup>, the DoJ opened a suit against Bazaarvoice on 10 January 2013, holding that their 2012 un-notified merger with PowerReviews had destroyed all competition in the rating and review software market. On 9 January 2014, a U.S. District Court for the Northern District of California judge finally decided<sup>(2)</sup> that the merger between the two companies violated Section 7 of the Clayton Act. Attorney General Bill Baer commented on the decision by saying that "anticompetitive transactions that are not reported to federal agencies will not receive a free pass"<sup>(3)</sup>.

This decision shows that the survey provided by Bazaarvoice, which asked 104 customers what they thought of the merger, produced very little (if any) effect on the Court ruling. Judge Orrick announced that the "opacity" of the market did not allow customers to form well-founded opinions on the merger<sup>(4)</sup>. Also, the decision shows that the judge's analysis did not consider the particular fact that the relevant market was in high technologies. The debate on how antitrust law deals with these very dynamic markets continues to be a focal one, as it is a discussion that can directly affect the determination of the relevant market. On 7 January 2014, Jeff Perry of the Bureau of Competition released a related document that stated "markets can and do change, but the antitrust laws were built to last". That may be true, but this does not preclude that the enforcement agencies and the courts do not have adequate technical resources, and do not move fast enough, to cope effectively with a very complex business sector that changes very rapidly", as Richard Posner said in his 2001 famous paper<sup>(5)</sup>.

In any event, Bazaarvoice recently announced its intention to wait and see which remedies the Court would propose before announcing whether or not they will appeal. Discussions on this subject started on 22 January 2014. The company will likely try to assert its commercial objective to fight against giants of the "big data" market, in which Bazaarvoice holds minor market shares.

**(French version) Bazaarvoice/PowerReviews: ... etttt c'est un NON**

L'actualité la plus marquante du mois de janvier 2014 aura été l'affaire Bazaarvoice. Nous l'évoquons déjà dans l'Antitrust Letter #4<sup>(1)</sup>, le 10 janvier 2013, le DoJ avait ouvert un procès contre Bazaarvoice, jugeant que la fusion opérée en 2012 avec PowerReviews avait détruit toute concurrence sur le marché de la notation de logiciels. Cette fusion n'avait pas été notifiée. Le 9 janvier 2014, à l'occasion d'une décision de 141 pages<sup>(2)</sup>, un juge de la *U.S. District Court for the Northern District of California* a finalement jugé que la fusion violait la Section 7 du Clayton Act. L'Avocat général Bill Baer a commenté cette décision en affirmant que "les opérations de concentration anticoncurrentielles qui n'ont pas été notifiées ne recevront pas un laissez-passer"<sup>(3)</sup>.

Cette décision tend à démontrer que l'enquête réalisée par Bazaarvoice auprès de 104 clients n'a produit que très peu – si ce n'est aucun – effet sur le résultat. Le juge Orrick a en effet annoncé que l'opacité du marché en cause ne permettait pas au client d'avoir un avis bien fondé sur la question, et qu'il serait donc une "erreur" de fonder la décision sur le témoignage du consommateur<sup>(4)</sup>. Notons également que l'analyse du juge ne semble pas accorder une importance particulière au fait que le marché pertinent était celui des hautes technologies. Le débat sur le rôle du droit de la concurrence face à ces marchés très dynamiques, débat susceptible d'influer directement sur la détermination du marché pertinent, continu pourtant d'être très présent. Sur ce sujet, notons que Jeff Perry, du bureau de la concurrence de la FTC, a fait paraître un document le 7 janvier dernier dans lequel il y affirme que les marchés évoluent, "mais que le droit de la concurrence a été construit pour durer". Vrai ou pas, il n'empêche que, comme le soulevait Richard Posner dans son célèbre article de 2001, "les autorités administratives ainsi que les cours de justice ne possèdent pas les ressources techniques adéquates, et n'agissent pas assez rapidement, pour faire face efficacement à un secteur d'activité très complexe qui évolue si vite"<sup>(5)</sup>.

Quoi qu'il en soit, Bazaarvoice a récemment fait part de son intention d'attendre que des engagements palliatifs soient proposés avant d'annoncer si la société interjetterait ou non appel. Les discussions sur ce sujet ont commencé le 22 janvier dernier. La société tentera probablement d'y faire valoir la justification de ses pratiques, à savoir la lutte contre les géants du marché des "big data" où elle détient une part de marché mineure.

**(English version) A patent troll introduces an action against the FTC**

On 13 January 2014<sup>(6)</sup>, the patent assertion entity called MPJH introduced an action against the FTC. MPJH claims that the FTC violated its constitutional rights to free speech when the agency warned that it would take legal action against the company.

Indeed, the FTC said that the agency intends to pursue MPJH in court after the company threatened to bring legal action against others that were potentially violating its own patents. The FTC claims that MPJH's genuine aim was not to open legal actions, but only to intimidate companies in order to obtain favorable settlements. MPJH denies having such a goal.

Even if this case seems surprising, the five grounds invoked by the plaintiff are not devoid of meaning. In fact, this case reveals the complexity of the issue related to patent trolls. The power to exclude others from the use of a patent follows the fundamental rights related to the ownership of patents<sup>(7)</sup>. Within the current legal system, an entity therefore has the right to sue a company that violates its patents.

**(French version) Un *patent troll* ouvre une action contre le FTC**

Le 13 janvier dernier<sup>(6)</sup>, la société MPHJ, un *patent troll*, a introduit une action à l'encontre de la FTC. Cette société y défend le fait que, lorsque la FTC a menacé d'ouvrir une action à l'encontre de MPHJ, l'agence fédérale a violé ses droits constitutionnels de *free-speech*.

Le FTC avait en effet menacé de poursuivre cette société pour avoir elle-même menacé d'introduire des actions en justice contre des sociétés qui auraient potentiellement violé ses brevets. La FTC défendait le fait que l'intention de MPHJ n'était réellement d'ouvrir des actions en justice, mais seulement de menacer de le faire afin d'obtenir des arrangements qui lui soient favorables. MPHJ se défend d'une telle volonté.

Si cette affaire paraît surprenante, les cinq fondements invoqués par le requérant ne sont pas dénués de tous sens. En fait, cette affaire révèle toute la complexité de la question liée aux *patent trolls*. Effectivement, ces entités ont, dans le système juridique actuel, parfaitement le droit de poursuivre les acteurs qui violent leurs brevets<sup>(7)</sup>. Cela relève même du droit fondamental lié à la détention d'un brevet : celui d'exclure d'autres personnes de son utilisation.

**(English version) The App Store is under spotlight**

On 15 January 2014<sup>(8)</sup>, the FTC accepted two commitments from Apple related to its App Store. A complaint was filed under FTC Act Section 5 (see Antitrust Letter #5<sup>(9)</sup>) as well as 15 U.S.C. § 45. Consumers had criticized the App Store system that requires a password to be entered only once every fifteen minutes, during which time multiple purchases can be made. The complaint was that awareness of this mechanism allowed children to buy many applications at a very high expense.

Apple's two commitments include a minimum refund of \$32.5 million and a change in its payment system before 31 March 2014.

Commissioners Ramirez and Brill issued a joint statement and Commissioner Ohlhausen issued a separate one, all agreeing to the commitments. Commissioner Wright opposed the decision<sup>(10)</sup>. He denounced the particularly small number of aggrieved consumers as absence of evidence that the Apple mechanism of payment was generally more detrimental to consumers than beneficial.

**(French version) L'App Store d'Apple est sous le feu des projecteurs**

Le 15 janvier dernier<sup>(8)</sup>, la FTC a accepté deux engagements d'Apple relatifs à son *App Store*. Une plainte avait été déposée sur le fondement de la section 5 du FTC Act (voir Antitrust Letter #5<sup>(9)</sup>) ainsi que du paragraphe 45 15 U.S.C.. Plusieurs consommateurs s'étaient plaints du système d'Apple qui consiste, après l'achat d'une application, à ne plus demander de mot de passe pour l'achat d'autres applications pendant une période de 15 minutes. Ainsi, ces consommateurs se sont plaints des achats effectués à leur insu par leurs enfants, Apple n'ayant jamais révélé l'existence de ce mécanisme.

Les deux engagements pris par Apple consistent en un remboursement des consommateurs lésés, à hauteur d'un minimum de 32,5 millions de dollars, ainsi qu'un changement de son système d'achat avant le 31 mars prochain.

Il est à noter que les commissaires Ramirez et Brill ont publié un communiqué commun, que le commissaire Ohlhausen a publié un communiqué séparé, et que le commissaire Wright s'est opposé à la décision des trois autres dans un dernier communiqué<sup>(10)</sup>. Il y dénonce notamment le petit nombre de consommateurs concernés, et ainsi, l'absence de preuve du fait que ce système mis en place par Apple était globalement plus préjudiciable au consommateur qu'il était bénéfique.



---

## Footnotes / Notes de bas de page

- (1) Le Concurrentialiste - Antitrust Letter #4: [link](#)
- (2) U.S. District Court for the Northern District of California, U.S. v. Bazaarvoice, 9 January 2014: [link](#)
- (3) Justice Department Issues Statement On U.S. District Court Ruling That Bazaarvoice's Acquisition Of Powerreviews Violated Antitrust Laws, 9 January 2014: [link](#)
- (4) See the decision, "it would be a mistake to rely on customer testimony about effects of the merger": [link](#)
- (5) R. Posner, Antitrust in the New Economy, 2001: [link](#)
- (6) In The United States District Court for The Western District Of Texas, MPHJ Technology Investments v. FTC: [link](#)
- (7) "Plaintiff MPHJ is the assignee and owner of the Klein Patents, and together with its exclusive licensees, has the right to assert causes of action arising under said patents, and has the right to any remedies for infringement thereof, and the right to license any and all of the Klein Patents, and to send any correspondence to third parties regarding the same." p. 34
- (8) FTC, In the Matter of APPLE INC., a California corporation., 15 January 2014: [link](#)
- (9) Le Concurrentialiste – Antitrust Letter #5: [link](#)
- (10) Dissenting Statement of Commissioner Joshua D. Wright In the Matter of Apple, Inc., 15 January 2014: [link](#)

Follow us on Twitter (@leconcurrential)  
Suivez-nous sur Twitter (@leconcurrential)

---

Written by Thibault Schrepel

Ph.D. candidate at Mayer Brown LLP, LL.M. degree from Brooklyn Law School and Master Degree from Versailles (France) in Antitrust Law. He also writes about antitrust in a number of law reviews ([Email address](#)).

Doctorant au sein du cabinet Mayer Brown LLP, titulaire d'un LL.M. de la Brooklyn Law School et ainsi que d'un Master 2 en droit de la concurrence ([Adresse email](#))