



27 giugno 2018

LA DISCUSSIONE  
Prezzi "eccessivi" e nuove politiche antitrust

(a cura di) Luca Toffoletti



## I. I casi

Breve rassegna di punti essenziali



## Aspen - AGCM settembre 2016 (1)

- 5 farmaci antitumorali salvavita
- da tempo brevetti scaduti
- Aspen acquista da GSK i diritti di commercializzazione nel 2009
- Aspen unica titolare delle AIC in Italia (produzione GSK e terzista)
- inesistenza di alternative (mercati troppo piccoli per investire)
- Aspen richiede ad AIFA il passaggio in classe C (libera determinazione del prezzo), o di incrementare i prezzi in classe A (rimborsati da SSN) per allinearli ai prezzi vigenti in altri SM
- se AIFA non avesse aderito, scrive in una lettera Aspen, la vendita dei 4 antitumorali in Italia sarebbe stata sospesa (con soddisfazione del fabbisogno mediante importazione a prezzi vigenti in altri paesi)
- ad esito del procedimento il prezzo (in classe A) subisce incrementi tra il 257% e il 1540%



## Aspen - AGCM settembre 2016 (2)

- Test di eccessività:
  - Prezzo *“privo di ogni ragionevole rapporto con il valore economico della prestazione fornita”*  
United Brands
  - Due fasi:
    1. Eccessiva sproporzione tra il costo e il prezzo
    2. Se nel caso di specie la sproporzione sia iniqua e dunque abusiva, considerando elementi della fattispecie che incidano sul valore della prestazione resa
      - Con la precisazione che per il caso di farmaci salvavita misurare il valore in funzione della disponibilità a pagare dell'utente giustificerebbe qualsiasi incremento dei prezzi
  - Applicazione di due distinte metodologie per la fase 1
  - Considerazione di diversi benchmark nella fase 2
    - Before/after
    - Miglioramenti qualitativi
    - Esistenza di barriere/concorrenza potenziale
    - Modello di business dell'impresa (no RS)



## Pfizer/Flynn- CMA 2016 (e CAT 2018)

- Farmaco anti-epilessia (capsules)
- Aumenti di prezzo superiori al 1.000% al momento del de-branding (passaggio a generico)
- Differenza Before/after
- CAT annulla (8 giugno 2018)
  - Concorde con analisi CMA su dominanza e assenza di buyer power dell'agenzia di regolazione
  - Concorde sulla possibilità in principio di qualificare il prezzo come abusivo:
    - *“a large price rise, sustained over a considerable period, may be indicative of an abuse”*
  - Dissente sulla congruità della metodologia di analisi
    - disponibile uno yardstick – tablets in mercato inglese, a prezzo 30x – non considerato
    - non utilizzata una pluralità di analisi/metodiche
    - Rinvio a CMA



## *Altri casi pendenti – una tendenza in atto*

- Farma:
  - **Commissione UE - Aspen** farmaci antitumorali – avvio istruttoria maggio 2017 – in corso
    - *“when the price of a drug suddenly goes up by several hundred percent, this is something the Commission may look at”*. Larga sovrapposizione con il caso italiano.
  - **CMA – Concordia International** farmaco per ipotiroidismo, incrementi di prezzi sino al 6.000% – Statement of Objections novembre 2017
  - **Aspen Italia, Consiglio di Stato**, e rinvio alla Corte di Giustizia
- Altro:
  - **Latvian copyright**, ECJ, settembre 2017
  - **Gazprom**, indagine 102 della Commissione su prezzi eccessivi in diversi Stati membri
  - AGCM **Sorgenia** A498B 4 maggio 2017



## II. Spunti per la discussione

Alcuni temi, proposti come una contrapposizione tra possibili posizioni e prospettive



## La teoria economica non lascia spazio per applicazioni ragionevoli del divieto di imposizione di prezzi eccessivi?

- prezzi alti sono stimolo all'innovazione, naturale premio per la creatività, inoltre attraggono investimenti e l'effetto negativo è limitato per l'ingresso di nuovi operatori (salvo barriere all'ingresso) – *leave “the genius of competitive markets” alone* (EAGP Report 2005)
  - alto **rischio di errore** (calcolo dei costi, dei margini)
  - impossibilità di definire una soglia ragionevole di eccessività - > **arbitrio**, rischio di errore legato alla “incompetenza” dell'enforcer -> **incertezza** -> meno investimenti
  - **manca di rimedi** efficaci/appropriati per l'enforcer antitrust che non può imporre prezzi
- 
- in presenza di barriere elevate e persistenti esiste uno spazio oppure i costi più che compensano, sempre e comunque, i possibili benefici dell'intervento?
    - Lo screening test a 3 condizioni di Motta-De Streel (2006)
      1. Superdominanza protetta da barriere ingenti e stabili
      2. Dovuta a passati o attuali diritti/privilegi speciali, o pratiche escludenti
      3. Assenza di regolatori di settore con potere di imporre rimedi





## Nonostante le conclusioni di analisi economica (ossia in presenza di risultati di enforcement prevalentemente subottimali) esistono buone ragioni per non disapplicare la norma?

- L'inclusione dello sfruttamento del consumatore tra le ipotesi nominate di abuso di posizione dominante è **un tratto distintivo del diritto antitrust europeo**
- La protezione dell'interesse dei consumatori in quanto tali emerge anche da un'altra norma specifica dell'antitrust europeo ossia il 101.3 (fair share of the resulting benefits to consumers)
- Impedire lo sfruttamento del consumatore, anche come obiettivo di breve termine, è una possibile finalità di una normativa sulla concorrenza (il testo di 101 e 102 rappresenta un buon argomento almeno per non escludere che le finalità del diritto antitrust europeo includano questo obiettivo)
- Alcune situazioni, come in Aspen, mostrano usi del potere di mercato che è difficile non ricondurre al **concetto di iniquità** utilizzato dal legislatore nell'art. 102 (v. Arnaudo e Pardolesi, MCR 2016)
- Oppure si dovrebbe **resistere alla tentazione**, anche in presenza di un giudizio di forte disvalore della condotta, per evitare applicazioni inappropriate che rappresentano una **breccia** capace di legittimare una diffusione senza limiti delle istanze di intervento?
  - Di per sé l'abbandono di una delle fattispecie nominate dell'art. 102 non è un problema insormontabile e rappresenterebbe un adeguamento evolutivo della concezione della norma



## Esistono modalità di intervento, e rimedi, che non siano etichettabili come “controllo amministrativo dei prezzi”?

- Di per sé l'imposizione di sanzioni amministrative (come in Aspen) non comporta un controllo successivo e continuo
- La diffida contenuta nel provvedimento è però espressa in positivo (*“pongano in essere ogni adempimento volto alla definizione di prezzi non iniqui”*) e implica controllo di ottemperanza
  - l'inottemperanza è sempre un accertamento di abuso, lascia spazio alla discrezionalità dell'impresa;
  - del resto, l'inottemperanza proprio perché è sempre un rimedio aperto, è per definizione inappropriato e lascia sul tavolo la questione del quanto occorre discostarsi dal prezzo accertato iniquo per non ricadere nel divieto: mostra che il controllo antitrust è intrinsecamente inadatto; inoltre, per quanto poco efficiente, si risolve pur sempre in una forma di controllo amministrativo dei prezzi
- Qual è la differenza con l'imposizione e il controllo di condizioni FRAND?
- Qual è la differenza con l'ordinanza cautelare TIM/Vodafone/Wind 28 giorni? (*“ogni operatore definisca i termini della propria offerta di servizi in modo indipendente dai concorrenti”*)
- Sono gli impegni i rimedi più appropriati in questi casi?



## È corretto porre la questione solo in termini di “policy” ossia di politica applicativa delle autorità amministrative?

- L'applicazione da parte dei giudici civili esclude che così possa essere in generale
  - a prescindere dalla policy delle autorità, le Corti possono sempre autonomamente dare applicazione alla norma
  - è sempre possibile una lettura restrittiva che di fatto restringa moltissimo lo spazio applicativo del divieto, ma non è possibile invece una scelta discrezionale di non trattare la fattispecie
- Occorre abbandonare il terreno delle opportunità di policy e invece muovere dalla considerazione che una policy amministrativa di abbandono generalizzato della fattispecie non sarebbe corretta – anche se fondata su buone ragioni di economia dell'enforcement,

oppure

- la possibilità di applicazioni giudiziali è irrilevante perché (a) azioni stand alone sono ipotizzabili ma quantitativamente marginali e/o (b) la parallela applicazione giudiziale non esime le Autorità amministrative dall'onere di scegliere orientamenti che anche riflettano valutazioni fortemente distanti (e quindi anche orientamenti sostanzialmente abrogativi)



## È opportuno che l'intervento sia limitato a specifici settori industriali?

Sì: è quanto sta accadendo con il settore farmaceutico e si spiega in ragione della natura dei prodotti e della domanda – è un modo di ritagliare uno spazio di intervento che riflette un equilibrio ragionevole tra le difficoltà obiettive della fattispecie e le istanze di equità riflesse nella formulazione della norma

No: la norma è di applicazione generale e un enforcement dichiaratamente mirato a specifici settori industriali non è mai giustificabile né opportuno. I casi relativi a farmaci riflettono solo una contingenza. Del resto esistono conferme recenti dell'applicazione in ambiti ben diversi (entertainment – *Latvian Copyright*; energia A498A/B)



Il recente incremento delle istruttorie su prezzi eccessivi è da collegare a una tendenza recessiva del modello “more economic approach”, e dello standard del “consumer welfare”?

- in generale, il maggiore intervento potrebbe essere legato a una minore attenzione riservata agli effetti redimenti di lungo periodo (stimolo all’innovazione, nuovi operatori entranti) e della capacità di autocorrezione del mercato
- si può trovare una relazione anche con la recentemente sempre più diffusa invocazione del valore della fairness, come parte degli elementi ispiratori della normativa antitrust
- l’avvio di istruttoria sulla concentrazione Luxottica/Essilor sembrava anche ispirarsi alla preoccupazione per incrementi di prezzo su prodotti di prima necessità (lenti oftalmiche) – a prescindere poi dall’esito dell’istruttoria
- È possibile invece conciliare “more economic approach” e divieti degli abusi da prezzi eccessivi?
- Oppure entrambe le tendenze sono l’espressione di una pericolosa politicizzazione dell’enforcement antitrust?



## Quali sono gli interventi (antitrust) alternativi che si propongono come migliori strategie di difesa da condotte di sfruttamento?

- Controllo sulle condotte escludenti più incisivo (agire sul grado di apertura dei mercati all'ingresso e all'innovazione)
  - Gli standard applicabili alle pratiche escludenti e il loro costo applicativo (incertezze, errori)
  - Il costo di un enforcement più diffuso su queste condotte
- Controllo delle concentrazioni più severo
  - Limiti posti dallo standard SIEC
  - Possibilità di ricorrere a rimedi anche ben attagliati ma applicabili solo alle concentrazioni che superano il test SIEC
  - Non colpisce le condotte di una larga parte di monopolisti che non dipendono da processi di crescita esterna (ex incumbent pubblici, titolari di brevetti e diritti IP in genere)
- [reazione negli Stati Uniti: applicazione di fattispecie di reato, price gouging per i beni essenziali]



## Quanto incide nel dibattito corrente su casi come Aspen e Pfizer la correlazione con la protezione brevettuale?

- In un primo senso: è una minaccia per la protezione brevettuale e il correlativo sistema di incentivi – in altri campi l'accertamento di abuso da prezzo eccessivo susciterebbe minori preoccupazioni
- In un secondo senso: è proprio la correlazione tra assenza di investimento R&D/protezione IP (brevetti scaduti) e l'incremento dei prezzi che genera lo spazio applicativo nella chiave di un intervento di natura eccezionale, che non incrina la generale presa di distanza dall'istituto



## Quanto incide nel dibattito corrente su casi come Aspen e Pfizer la correlazione con la regolazione di settore?

- In un primo senso: entrambe le vicende segnano un “**fallimento**” della regolazione (prezzi amministrati) che non riesce ad approntare rimedi efficaci. Soccorre il diritto **antitrust** in una prospettiva di **rimedio** complementare e **di ultima istanza**
- In un secondo senso: l’applicazione del divieto di abuso contribuisce a **sfumare una linea di confine** già non troppo netta e accresce le preoccupazioni per le conseguenze a largo spettro di questo orientamento applicativo





## LE NOSTRE SEDI



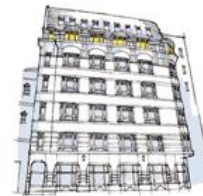
### MILANO

Via Agnello, 12  
20121 Milano  
Tel. +39 02 725511  
Fax +39 02 72551501



### ROMA

Via delle Quattro Fontane, 161  
00184 Roma  
Tel. +39 06 6784977  
Fax +39 06 6790966



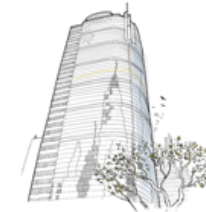
### LONDON

St Michael's House  
1 George Yard, Lombard Street  
EC3V 9DF London  
tel. +44 (0) 20 73759900  
fax +44 (0) 20 79296468



### BRUXELLES

Avenue de la Joyeuse Entrée, 1  
1040 Brussels  
Tel. +32 (0) 2 2854685  
Fax +32 (0) 2 2854690



### SHANGHAI

Room 4102, Hong Kong New World Tower  
N° 300, Middle Huaihai Road  
200021 Shanghai  
Tel +86 21 6090 6337  
Fax +86 21 6135 9955