



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



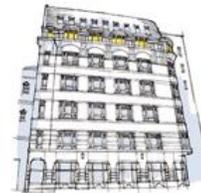
MILANO

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