

I prezzi eccessivi: inquadramento e novità

Marco D'Ostuni

Associazione Antitrust Italiana

partner, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton

Ordine degli Avvocati di Milano, Salone Valente, 5 aprile 2017



Il divieto di prezzi eccessivi nel diritto della concorrenza

Art. 102, lett. A
TFUE

iniquità (*unfairness*): «*imporre direttamente o indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita o altre condizioni di transazione non eque*»

CGUE

- ✓ prezzo «*esagerato in rapporto al valore economico della prestazione fornita*» (*General Motors*, 1975) = **eccessivo**
- ✓ dominante ottiene «*vantaggi commerciali che non sarebbe riuscito a procurarsi in caso di concorrenza normale e sufficientemente attiva*» (*United Brands*, 1998) = **prezzo superiore a quello ideale di un mercato competitivo**

➤ Analoghi divieti negli Stati membri UE (e Regno Unito), con minime varianti

Italia, art. 3, l.
287/90

«*imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose*» (**prezzo eccessivo**)

Germania, GWB,
§ 19

«*demands payment or other business terms which differ from those which would very likely arise if effective competition existed; in this context, particularly the conduct of undertakings in comparable markets where effective competition exists shall be taken into account*» (**prezzo superiore a quello ideale di un mercato competitivo**)

Un abuso antico

- Le risorse scarse hanno prezzi più alti



- commette un abuso chi specula

imponendo prezzi esorbitanti

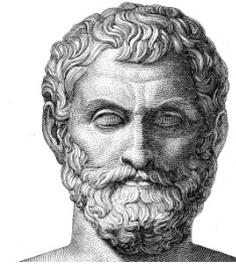
creando un'artificiale scarsità delle risorse

Trattato di Roma (1957):

- tradizione europea di prezzi regolati e monopoli statali
- approccio prudentiale (se concorrenza non funziona?)
- equo patto: concorrenza dà a tutti una *chance*, in cambio non si deve abusare del successo



Codici sumeri di Hurukagina (2400 a.c.) e Hammurabi (1800 a.c.)



Talete di Mileto si arricchisce con le olive di Chios (Aristotele, *La politica*, IV a.C.)



Siracusa: Dionigi esilia aspirante magnate del ferro. Impero romano: si affondano le navi che trasportano grano (*Lex Iulia De Annona*, 18 a.c.). Medioevo: *no regrating, engrossing, forestalling*

Il divieto oggi

- US: nessun divieto
- UE: non è una priorità, pochi casi, solo 4 condanne:
 - *General Motors* (1975) (annullata)
 - *United Brands* (1978) (annullata)
 - *British Leyland* (1988) (confermata)
 - *Deutsche Post* (2004) (non appellata)
- Autorità e giudici nazionali sono più attivi 

Casi pendenti

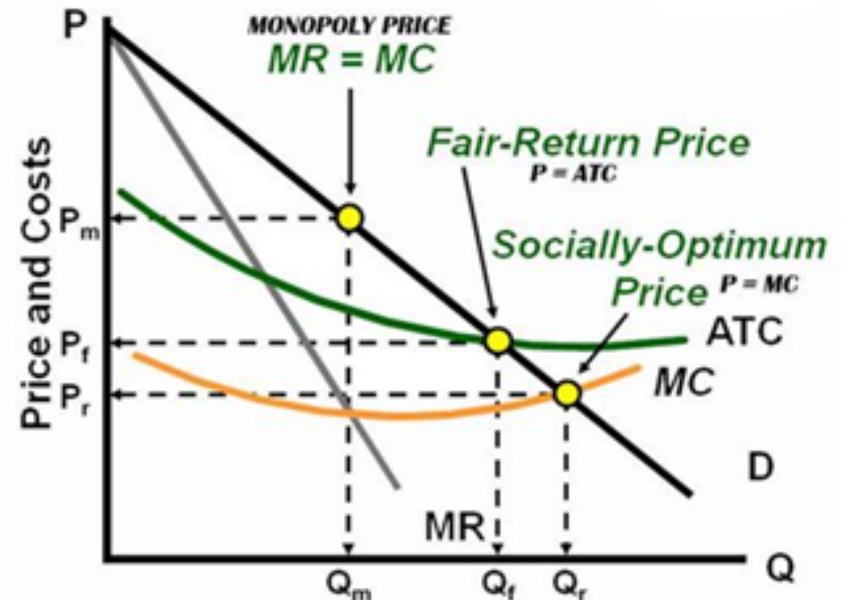
- ✓ *Gazprom*, UE
- ✓ *Servizi di dispacciamento Brindisi*, AGCM
- ✓ *Airport Fees*, azioni civili, Italia
- ✓ *Aspen*, Spagna
- ✓ *Actavis*, UK

Casi più recenti di abuso

- *Napp*, UK (2002)
- *Carte di debito*, Olanda (2004)
- *Attheraces*, UK (2005)
- *Elsam II*, Danimarca (2005)
- *Viesgo*, Spagna (2006)
- ***Eni/Avir, Italia, App. Milano* (2006)**
- *Elsam III*, Danimarca (2007)
- *Iberdrola*, Spagna (2007)
- *Gas Natural*, Spagna (2008)
- *Canaria Explosivos*, Spagna (2008)
- *E.On*, Germania (2008)
- ***ADR-SEA/Tariffe Aeroportuali, AGCM* (2008)**
- *ZSE*, Repubblica slovacca (2011)
- *AMP*, Belgio (2012)
- *CEZ*, Bulgaria (2015)
- *Pfizer/Flynn Pharma*, UK (2016)
- ***Aspen, AGCM* (2016)**
- *Teleriscaldamento*, Germania (2017)

Problemi del divieto

- **di ordine concettuale:**
 - ✓ elimina i sintomi, non le cause: o si tutela la concorrenza o si fissano direttamente i prezzi
 - ✓ Il prezzo giusto è la somma dei costi degli *input* produttivi (incluso il capitale) o qualsiasi frutto del libero mercato?
- **di ordine pratico:**
 - ✓ è difficile - e arbitrario - quantificare i costi, identificare i parametri (profitti e prezzi di concorrenti, altri mercati, altri prodotti e altri periodi), fissare soglie oltre le quali un prezzo diviene eccessivo
- **di ordine ideologico:** L'effettiva portata del divieto dipende dal modello di concorrenza che si vuole imporre



Gradazione del divieto

- La soglia massima ideale di prezzo è (da qualche parte) al di sopra del valore economico ideale del bene, che dipende a sua volta dal modello ideale di concorrenza:
 - massima concorrenza allinea il prezzo ai costi
 - concorrenza potenziale e innovazione possono essere vincoli efficaci anche per un monopolista

Costi di produzione
i costi «tipici di una situazione perfettamente concorrenziale» sono «l'approssimazione più accurata del valore economico della prestazione erogata» (AGCM, Veraldi, 2001)

Modello *cost-plus* costi produzione + premio per investimenti (AGCM, Aspen; UK, Attheraces, 2005)

Profitti ampi / dominanza (CGUE, *United Brands*; Commissione, *Porto di Helsingborg*, 2004).

- misura dei profitti varia molto nella realtà
- prezzi del dominante tipicamente sopra livello competitivo, ma dominanza non è vietata

Monopolista (USA, *Berkey v Kodak*, 1980).

- prezzo alto premia innovazione e abilità
- abuso si elimina da solo: monopolista che non si limita sui prezzi attira nuovi concorrenti e innovatori



Potenziale applicazione

- Come per altri tipi di abuso, la fattispecie dei prezzi eccessivi è indefinita. Rischio concreto di applicazioni arbitrarie e ultronee. Problemi tecnici non sono un freno.
- Il diritto della concorrenza richiede spesso di comparare prezzi reali e ideali (livello competitivo) e computare costi reali o efficienti del dominante. Es.:
 - ✓ quantificazione degli effetti e danni dei cartelli (sovrapprezzo)
 - ✓ abusi di prezzo (*price squeeze*, prezzi predatori, sconti, rifiuti costruttivi di fornitura, ecc.)
 - ✓ analisi previsionale degli effetti delle concentrazioni
 - ✓ calcolo delle efficienze a fini di deroga
- Sviluppare modelli di costo o scegliere i parametri di prezzo può essere difficile, ma non è impossibile. Autorità della concorrenza e giudici lo fanno di continuo, anche usando o adattando i dati già disponibili.

«The production costs of the banana do not seem to present insuperable problems» (CGUE, United Brands, § 254)

Il test legale *ex art. 102 TFUE* per i prezzi eccessivi

CGUE *United Brands* (1978) stabilisce **test a due fasi**. Occorre verificare:

«se vi sia un'eccessiva sproporzione tra il costo effettivamente sostenuto ed il prezzo effettivamente richiesto»

e, solo in caso positivo,

«se sia stato imposto un prezzo non equo, sia in assoluto sia rispetto ai prodotti concorrenti»

- Il valore economico di un bene «non può essere determinato semplicemente sommando ai costi stimati un margine di profitto in una data percentuale», perché include anche «fattori non legati al costo ma alle caratteristiche della domanda». Un prezzo superiore al modello *cost-plus* (costi stimati + margine di profitto) non è in sé eccessivo, ma può comunque esprimere un valore ragionevole (Commissione, *Scandlines - Porto di Helsingborg*, 2004, §§ 232-233).
- Per identificare prezzi iniqui «sono concepibili altri metodi» (CGUE, *United Brands*, §253):
 - ✓ paragone diretto con prezzi dei concorrenti in altri mercati, es. quando costi di produzione nulli o incerti come per diritti d'autore (CGUE, *Bodson*, 1988; SACEM I e II, 1989; OSA, 2014);
 - ✓ monopolizzazione (Commissione, *Rambus*, 2009) o condotte volte ad alzare artificialmente i prezzi (Commissione, *E.On*, 2008), a prescindere dall'analisi del livello dei prezzi raggiunti;
 - ✓ prezzo non orientato ai costi nonostante obbligo regolamentare (AGCM, *Tariffe aeroportuali*)

Prima fase: quantificare i costi

- Casi più complessi: imprese multi-prodotto con elevati costi fissi e comuni. Es. *business* fondato su R&D con sporadici brevetti di successo in mercati diversi. In ogni modello di costo, la scelta dei dati condiziona i risultati finali e l'esito del *test* legale:
 - ✓ tipo di modello (costi pienamente distribuiti, autonomi o incrementali medi di lungo periodo)
 - ✓ tipo di costo (variabili, fissi, comuni e congiunti)
 - ✓ tipo di valore (storico, indicizzato, corrente o equivalente)
 - ✓ periodo di riferimento, anche per l'ammortamento dei costi fissi
 - ✓ contabilità aziendale o a fini di bilancio civilistico (che non segue le logiche di costo dei modelli economici)

Netherlands Market Authority, *Carte di debito*, 2004: Interpay, fornitore di servizi sulla rete delle carte di debito con PIN in Olanda, sanzionata per prezzi eccessivi in quanto rendimento del capitale investito (ROCE) nel periodo 1998-2001 sproporzionato rispetto al costo del capitale. Decisione annullata, perché il test avrebbe dovuto essere condotto su un arco temporale più ampio e tenere in considerazione le perdite conseguite da Interpay nel periodo precedente al 1998.

- Costi effettivi del dominante o costi efficienti. Costi inefficienti alterano il confronto costi-ricavi (CGUE, *Sacem II*, 1989; AGCM, *Veraldi*, 2001), ma certezza del diritto imporrebbe uso dei costi del dominante, perché unici a esso noti e di norma i più efficienti (CGUE, *Teliasonera*, 2011).
- Se disponibili, si dovrebbero usare modelli e valori di costo regolamentari (CGUE, *Ahmed Saeed*, 1989; AGCM, *Tariffe aeroportuali*, 2008).

Prima fase: il modello *cost-plus* e i suoi limiti

- Il modello *cost-plus* aggiunge ai costi stimati un margine percentuale (AGCM, *Aspen*, 2016, §133), es. tasso medio di ritorno su investimenti o capitale (ROI, ROE, ROCE, WACC, CAPM) o di profittabilità delle vendite (ROS, margine di contribuzione).
- Per alcuni il *cost-plus* indica il valore economico del bene, profitto incluso; per altri il *plus* è solo una ulteriore voce di costo (economico) del capitale, cui può lecitamente sommarsi altro profitto, nel qual caso la soglia massima di prezzo consentito sarà più generosa.
- Secondo l'AGCM, non vi è un margine minimo di profitto presuntivamente lecito (*Tariffe aeroportuali*, ADR § 214 e SEA § 241). Invece, per la Commissione (*Helsingborg*), la soglia massima di prezzo può collocarsi anche ben oltre il valore espresso dal modello *cost-plus*, perché le preferenze dei consumatori per qualità specifiche di un bene (c.d. *willingness to pay*) possono giustificare un prezzo più alto, che non rifletta costi aggiuntivi.
- Sempre secondo l'AGCM (*Aspen*), se la domanda è anelastica non si deve tener conto della *willingness to pay*, perché legittimerebbe qualsiasi abuso: es., per un farmaco salvavita il paziente è disposto a pagare qualsiasi cifra. In realtà, anche in quel caso è teoricamente possibile applicare un premio (non infinito) al modello *cost-plus*, in funzione del valore attribuito dal consumatore a certe qualità del bene anche quando non vi è scarsità di offerta.

Seconda fase: i parametri di equità

- Se un prezzo eccede significativamente il valore *cost-plus*, bisogna raffrontarlo a parametri esterni per valutarne l'equità:
 - prezzi o profitti dei concorrenti nello stesso o in altri mercati (CGUE, *United Brands*, *General Motors*, *Bodson*, *Sacem I e II*)
 - prezzi del dominante in passato (CGUE, *British Leyland*; App. Milano, *Eni-Avir*) o in altri mercati contigui del prodotto o geografici (AGCM, *Veraldi*)

- Il confronto non deve essere fatto con i prezzi di beni o servizi in perdita (Commissione, *Helsingborg*; AGCM, *Tariffe aeroportuali*) e la sua utilità dipende dal grado di omogeneità delle situazioni comparate (volumi venduti, struttura dei costi, condizioni del mercato, tassazione, ecc.)

- Poiché di norma i costi sono mere stime e il confronto con i parametri ha margini di errore, si dovrebbe riscontrare un abuso solo se:
 1. più parametri significativi convergono nel confermare la robustezza della conclusione
 2. i prezzi o margini di profitto del dominante superano di molto i costi stimati e i suddetti parametri (Commissione, *Helsingborg*; UK, *Napp*)

- Più restrittive sono le stime dei costi, più ampio deve essere il margine di tolleranza (Commissione, *Helsingborg*)

Priorità di intervento

- Per opinione generale, bisognerebbe intervenire solo se falliscono il mercato e il regolatore.
 - **Fallimento del mercato:**
 - ✓ barriere stabili e insuperabili impediscono nuovi ingressi e pressione sui prezzi da concorrenti potenziali. Es. mercati con domanda anelastica prigioniera o troppo piccola per attirare nuovi entranti (AGCM, *Aspen*: farmaci salvavita per la cura di patologie rare)
 - ✓ dominanza frutto non di innovazione o investimenti, ma di diritti speciali, privilegi storici o peggio illeciti non puniti (CGUE, *British Leyland*: spese omologazione autovetture convertite a guida destra)
 - ✓ meglio che sia un regolatore a eliminare le barriere all'ingresso o stabilire i prezzi, ma...
 - **Fallimento della regolamentazione:**
 - ❑ Mercati non regolati o *gap* regolatori di varia natura (scappatoie, cattura del regolatore). Es.:
 - ✓ approvvigionamento di gas naturale da paesi extra UE non regolato (UE, *Gazprom*)
 - ✓ farmaci generici unici venduti da impresa ammessa al regime di prezzo concordato per farmaci non generici (UK, *Pfizer–Flynn Pharma*, 2017)
 - ✓ minaccia di cessare forniture farmaci salvavita induce autorità a concedere prezzi alti (AGCM, *Aspen*)
 - ❑ intervento *antitrust* inopportuno in mercati «*effettivamente, concretamente ed efficacemente*» regolamentati, ma non «*quando il mercato regolamentato esiste sulla carta, ma in concreto non è attuato*» (CdS, *Tariffe aeroportuali*, 2010)
 - ❑ Giudizi civili: rischio di riesame prezzi regolati ex art. 102 TFUE (Trib. Milano/Roma, *Airport fees*).

Rimedi

- Diffida: «*smetti di praticare prezzi eccessivi!*», ma come si verifica l'ottemperanza?
- Cap a prezzi o profitti: creano impatto sull'opinione pubblica, ma non risolvono sempre il problema sottostante.

Germania, Entega (2012): operatore elettrico Entega obbligato a rimborsare circa €5 milioni ai consumatori. Presidente Bundeskartellamt: «*Competition is still the best guarantee for fair prices. However, this is still in its infancy in the electric heating sector with its monopolistic structures. Here customers are dependent on their supplier and there is virtually no possibility to switch provider*».

- I rimedi dovrebbero mirare soprattutto a ripristinare la concorrenza nel mercato.

Commissione, E.ON (2008): E.On accusato di vari abusi, tra cui una strategia di trattenimento fisico sul mercato tedesco all'ingrosso dell'energia finalizzata all'aumento dei prezzi dell'elettricità. Accettati gli impegni di E.On a dismettere impianti di generazione per una potenza di 5.000 MW. Commissario Kroes: «*This unprecedented set of remedies will fundamentally change the landscape of German electricity markets and bring the prospect of more competition and more customer choice. [...] More than 20% of generation capacity will be available for competitors and newcomers and should have a positive impact on electricity prices to the direct benefit of consumers*».

Gli *standard essential patent* (SEP)

- Standard: requisiti tecnici o qualitativi dei beni o processi produttivi per consentire l'interoperabilità tra prodotti di diversi produttori. PC, smartphone e tablet si connettono a internet tramite tecnologie standardizzate (ad es., Wi-Fi).
- Gli standard – tipicamente definiti da organizzazioni di standardizzazione (OdS) – possono incorporare tecnologie proprietarie coperte da brevetto. Chiunque intenda produrre beni conformi allo standard deve chiedere una licenza al titolare del brevetto (SEP).
- Il titolare del SEP acquisisce un significativo potere di mercato e potrebbe imporre *royalties* eccessive. Per evitare ciò, gli OdS gli chiedono di impegnarsi a dare licenza a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie (c.d. FRAND da “*fair, reasonable and non-discriminatory*”) a chiunque intenda usare lo standard.

Rambus (2009): In sede di definizione di uno standard, Rambus non aveva denunciato all'OdS di essere titolare di brevetti essenziali per non impegnarsi a concedere condizioni FRAND (cd. *patent ambush*). La Commissione ha accettato l'impegno di Rambus a stabilire un *cap* a livello mondiale sulle *royalties* per le licenze concesse.

Huawei/ZTE (2015): Huawei, titolare di un SEP, si impegna con OdS a concedere licenze a condizioni FRAND, ma poi chiesto alla Corte di Düsseldorf un'ingiunzione contro ZTE per violazione del brevetto. CGUE: condotta abusiva se richiedente è disposto a ottenere licenza a condizioni FRAND e se titolare promuove un'ingiunzione prima di aver segnalato all'autore la violazione e avergli proposto licenza a condizioni FRAND. Tuttavia richiedente non merita protezione se si finge disposto a pagare condizioni FRAND solo per portare avanti strategie dilatorie. Secondo la CGUE, data la difficoltà di individuare parametri di riferimento o alternative concorrenziali per le licenze di un SEP, per definire un prezzo equo le parti devono negoziare in buona fede tra loro, sotto la continua minaccia dell'intervento delle autorità di concorrenza o dei giudici. L'art. 102 TFUE è usato per imporre alle parti non un livello di prezzo preciso, ma un metodo per determinarlo secondo parametri di mercato.

Picchi di prezzo nei mercati dell'energia

- Quando i prezzi dell'energia elettrica all'ingrosso sono bassi, alcuni impianti di produzione non riescono a recuperare i propri costi complessivi. Se l'energia elettrica di questi impianti è essenziale sul piano tecnico per il funzionamento della rete, essi possono cercare di recuperare tali costi in mercati secondari vendendo al gestore servizi di produzione di energia nelle sole ore in cui sono necessari per esigenze tecniche. La sproporzione tra i costi complessivi da recuperare e le quantità ridotte di servizi venduti, concentrati in poche ore, può generare picchi di tariffe orarie molto elevati, soprattutto se li si confronta con quelle molto più basse del mercato dell'energia elettrica all'ingrosso.
- Secondo la Commissione (*Relazione finale sull'indagine settoriale sui meccanismi di regolazione della capacità*, 2016), data la natura dei mercati regolamentati dell'energia elettrica all'ingrosso (che consentono piena trasparenza sui prezzi), questi picchi non sono abusivi, nella misura in cui:
 - ✓ consentono di remunerare i costi complessivi di esercizio dell'impianto
 - ✓ segnalano opportunità di investimento ai soggetti potenzialmente interessati a sviluppare nuova capacità produttiva nelle zone problematiche, che potrà assicurare il funzionamento della rete a condizioni più competitive
 - ✓ restano al di sotto della soglia di *willingness to pay* dei consumatori, che i regolatori di settore normalmente misurano in maniera molto precisa (come *cap* massimo accettabile) nell'ambito dei sistemi tariffari

Manovre speculative

- Spesso si sanzionano manovre speculative attuate dall'impresa dominante per far alzare i prezzi, senza analizzare di per sé il livello di prezzi concretamente raggiunto.
- Un esempio è il citato caso *Rambus*, leggibile anche come tentativo di monopolizzazione del mercato. Rambus non aveva una posizione dominante quando ha tenuto la condotta ingannevole contestata, ma l'ha raggiunta proprio grazie a tale manovra divenendo *partner* inevitabile di chi ricorra allo *standard*.

Commissione, Gazprom (in corso): Gazprom è accusato di aver attuato una strategia abusiva complessa, che include:

- clausole di esclusiva territoriale e divieti di esportazione inseriti nei contratti con grossisti e clienti industriali, volte a realizzare un'artificiale segmentazione dei mercati del gas nell'Europa centrale e orientale;
- l'applicazione di prezzi eccessivi (quali risultanti dal paragone con vari *benchmark*, inclusi i costi di Gazprom e i prezzi di mercato anche in altri mercati geografici), per effetto di meccanismi di indicizzazione al prezzo del petrolio, facilitati dalle restrizioni territoriali.

L'operatore ha presentato impegni, ora in fase di *market test*. Gazprom si impegnerebbe a effettuare revisioni periodiche dei prezzi contrattuali, sulla base dei prezzi stabiliti in mercati europei del gas concorrenziali (inclusi i principali *hub*)

CNCM, Viesgo (2006), Iberdrola (2007) e Gas Natural (2008): sanzionati tre produttori spagnoli di elettricità per avere presentato offerte anormalmente alte nel mercato all'ingrosso dell'energia, al fine di essere escluse da tale mercato (strategia di trattenimento economico) e spuntare prezzi molto più alti nel mercato dei servizi di dispacciamento, in cui erano contraenti essenziali.



© 2017 Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP. All rights reserved.

Throughout this presentation, "Cleary Gottlieb" and the "firm" refer to Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP and its affiliated entities in certain jurisdictions, and the term "offices" includes offices of those affiliated entities.