BIENNIAL CONFERENCE VII CONVEGNO BIENNALE

ASSOCIAZIONE ANTITRUST ITALIANA

ISTITUTO DEGLI INNOCENTI
FIRENZE

8-9 GIUGNO JUNE 2023

I PRINCIPALI SVILUPPI NEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA DELL'UNIONE EUROPEA E NAZIONALE

MAIN DEVELOPMENTS IN EUROPEAN AND ITALIAN COMPETITION LAW

I confini dell'abuso di posizione dominante

I prezzi eccessivi tra *public* e *private enforcement*

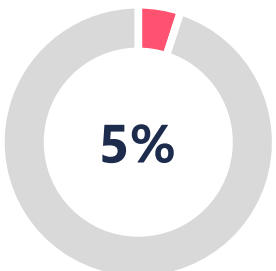
Avv. Ermelinda Spinelli

Partner

Freshfields Bruckhaus Deringer

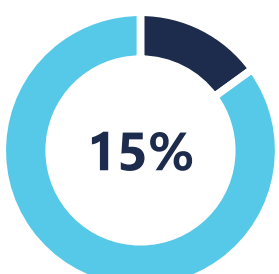
I prezzi eccessivi tra *public* e *private enforcement*

AGCM



Procedimenti *excessive pricing*
su totale procedimenti chiusi negli ultimi 5 anni

Commissione europea



Abusi di sfruttamento
sul totale dei casi di abuso

Casistica esigua collegata alle molte sfide:

• **pratiche** • **concettuali** • **ideologiche**

- Intervento antitrust **non necessario** in mercati **«*effettivamente, concretamente ed efficacemente*» regolamentati** – Consiglio di Stato, sent. n. 4016/2010, *Tariffe aeroportuali*
- "*... in its practice, the Commission has been **extremely reluctant** to make use of that provision against (allegedly) high prices practiced by dominant undertakings. **Rightly so, in my view**. In particular, there is simply **no need to apply that provision in a free and competitive market**: with no barriers to entry, high prices should normally attract new entrants. The **market would accordingly self-correct***" – AG Wahl, *AKKA, C-177/16* (2017)
- Competition authorities should be "*wary of casting themselves in the role of price regulators. **Generally, price control is better left to sectoral regulators**, where they exist, and operated prospectively; **ex post price regulation through the medium of competition law presents many problems***" – UK CAT, *Flynn/Pfizer* (2016)

I prezzi eccessivi tra *public* e *private enforcement*

Principali casi italiani negli ultimi 3 anni

A524 – *Leadiant* (2022)

– in corso (impugnazione) –

Impostazione simile adottata anche da altre autorità nazionali tra cui Spagna e Paesi Bassi

settore *pharma*

Focus su **analisi *cost plus*** (ed eventuale giustificazione)

A541 – *Servizi Traghettamento Veicoli Stretto di Messina* (2022)

– in corso (impugnazione) –

settore *trasporti*

Focus su **analisi *cost plus*** (parametrata *inter alia* a *return on investment* alla luce di un **approccio comparativo**)

Quindi nulla di nuovo da segnalare?

I prezzi eccessivi tra *public* e *private enforcement*

Simon Holmes, UK Competition Appeal Tribunal

– intervista per Balanced Economy Project (2022) –

"*The* ***Commission's guidelines on its enforcement priorities*** [...] ***only cover exclusionary abuses!***

Why? [...] *there wasn't sufficient agreement on what to write about exploitative abuses. The then Director-General at the Commission took the decision to put something out on exclusionary abuses, and* ***I think the intention was to put something out on exploitative abuses later****. But that was back in 2009:* ***13 years later it still hasn't happened***"

Andreas Mundt, President, Bundeskartellamt

– conferenza stampa del 20 dicembre 2022 –

"***... in these extraordinary times, we need extraordinary measures***"

Bundeskartellamt

Press release:

30/05/2023 - Abuse control relating to energy price relief measures: proceedings to examine district heating sector initiated

15/05/2023 - Abuse control relating to energy price relief measures: First examination proceedings initiated – further proceedings will follow

\+ *Competition Enforcement Act* (2023): nuovi poteri di **indagine** e **confisca dei profitti eccessivi** delle imprese energetiche al Bundeskartellamt

Martijn Snoep President, ACM

– Keystone Brussels Conference 2023 –

"***Unfairness is a fundamental moral and legal value in our society****. It has been since the beginning and, if you look at the old laws, fairness plays a keystone in the way we look at our societies, including our markets*

[It] is relatively ***uncharted waters*** *before the courts but that is also an opportunity for the enforcers to find the right balance [and] an equitable solution against unfairness [that] puts people and businesses first and at the center of our enforcement actions*"

I prezzi eccessivi tra *public* e *private enforcement*

Quale *leitmotiv*?

Attenzione a **soluzioni eque**

Valutazione focalizzata sul al benessere del **consumatore e trasparenza informativa**

nella valutazione di equità valutati anche elementi **diversi dal prezzo**

nuove fattispecie complesse

da prezzo *'eccessivo'* a prezzo *'ingiusto'* ?

I prezzi eccessivi tra *public* e *private enforcement*

Apple

Commissione europea (2020, in corso)

Condotte:

- obbligo di uso del sistema di acquisto *in-app* proprietario di Apple con commissione di circa il 30 % su tutti i contenuti acquistati;
- ***anti-steering provisions*** che limitano la capacità degli sviluppatori di app di **informare gli utenti sulle possibilità di acquisto alternative al di fuori delle app**.

1) *aprile 2021* → **primo SO** – abuso escludente

2) *febbraio 2023* → **SO aggiornato** – medesime condotte riqualificate come abusi di sfruttamento

"*We were **always concerned about the ultimate effects on consumers** this is what we do. But instead of looking first at what anti-steering does to Apple's competitors and then to consumers we took a **more direct focus on consumers themselves** "*

Margrethe Vestager, Brussels Keystone Conference, Brussels, 2 marzo 2023

I prezzi eccessivi tra *public* e *private enforcement*

Gutmann v. London South Eastern Railway

UK Court of Appeal (2019, *standalone class action* in corso)

Condotte: LSER non rendeva sufficientemente chiaro a titolari di abbonamento urbano la possibilità di acquistare **solo biglietto integrativo per tratte extra-urbane** (invece di nuovo biglietto intero)

Il prezzo è regolamentato, ma prezzo ritenuto eccessivo in ragione dell'asserita mancanza di trasparenza

I prezzi eccessivi tra *public* e *private enforcement*

Digital Markets Act

- **Considerando 33**

"*Ai fini del presente regolamento, il carattere sleale dovrebbe riguardare uno* ***squilibrio tra i diritti e gli obblighi degli utenti commerciali*** *in cui il gatekeeper trae un vantaggio sproporzionato*"

- **Considerando 62**

"*Le* ***condizioni tariffarie o altre condizioni generali di accesso*** *dovrebbero essere considerate* ***inique*** *se determinano uno squilibrio dei diritti e degli obblighi imposti agli utenti commerciali o se conferiscono un vantaggio al gatekeeper che risulta sproporzionato rispetto al servizio fornito dal gatekeeper agli utenti commerciali o se determinano uno svantaggio per gli utenti commerciali nella fornitura degli stessi servizi o di servizi analoghi a quelli del gatekeeper. I* ***seguenti elementi possono rappresentare dei parametri di riferimento*** *per stabilire* ***l'equità*** *delle condizioni generali di accesso:* ***(i)*** *prezzi o condizioni imposti per gli stessi servizi o per servizi analoghi* ***da altri fornitori di negozi di applicazioni software****;* ***(ii)*** *prezzi o condizioni imposti dal fornitore del negozio di applicazioni software* ***per servizi diversi correlati o per servizi analoghi o a tipologie diverse di utenti finali****;* ***(iii)*** *prezzi o condizioni imposti dal fornitore del negozio di applicazioni software* ***per lo stesso servizio in regioni geografiche diverse****;* ***(iv)*** *prezzi o condizioni imposti dal fornitore del negozio di applicazioni software* ***per lo stesso servizio che il gatekeeper eroga a sé stesso***"

.....

❖ **Articolo 6, paragrafo 12**

"*Il gatekeeper applica* ***condizioni generali eque, ragionevoli e non discriminatorie*** *per l'accesso degli utenti commerciali ai propri negozi di applicazioni software, motori di ricerca online e servizi di social network online elencati nella decisione di designazione a norma dell'articolo 3, paragrafo 9*"

I prezzi eccessivi tra *public* e *private enforcement*

Tra gli strumenti a disposizione:

«*Salvo prova contraria,* ***si presume la dipendenza economica*** *nel caso in cui un'impresa utilizzi i servizi di intermediazione forniti da una piattaforma digitale che ha un* ***ruolo determinante per raggiungere utenti finali o fornitori****, anche in termini di effetti di rete o di disponibilità dei dati*»

Art. 29 l. n. 118/2022 (legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021)