



Rome Antitrust Forum
Fourth Meeting
***Excessive prices and commitment decisions: options
and challenges for the AGCM***

ORGANIZED BY **ALBERTO HEIMLER**
 MEL MARQUIS
 GIORGIO MONTI

15 December 2017

SCUOLA NAZIONALE DELL'AMMINISTRAZIONE
VIA DEI ROBILANT, 11
ROME, ITALY

INTRODUCTION

(English version below)

L'incontro di quest'anno

In questo quarto incontro del Rome Antitrust Forum si affronteranno due temi importanti per una efficiente applicazione della normativa antitrust in Italia: i prezzi eccessivamente gravosi come fattispecie di abuso di posizione dominante e le procedure e gli obiettivi delle decisioni con impegni.

Sia l'articolo 102 del TFEU che l'articolo 3 della legge n. 287/90 includono tra gli esempi di abuso di posizione dominante, i prezzi eccessivamente gravosi, peraltro con un preciso riferimento nel Trattato, ma non nella legge nazionale, a uno standard di equità. La giurisprudenza in materia è molto scarsa e ancora oggi si fa riferimento alla decisione *United Brands* del 1978 e al doppio test che la Corte di Giustizia aveva allora individuato: 1) dimostrare che l'impresa dominante pratica un prezzo eccessivo, privo di ogni ragionevole rapporto con il valore economico della prestazione fornita; 2) dimostrare che i prezzi dell'impresa dominante sono significativamente maggiori in assoluto o rispetto a quelli dei concorrenti. Tuttavia, nonostante la nuova sentenza *Akka/Laa* ampli i metodi utilizzabili per la valutazione di un prezzo eccessivo, manca nella giurisprudenza l'identificazione di un rigoroso standard di riferimento e di cosa veramente la legge intenda tutelare. Per esempio, il test è quasi impossibile da applicare a casi di monopolio in cui non ci sono concorrenti o a casi nei quali il prezzo dei concorrenti si adegua a quello dell'impresa

dominante. Inoltre, la giurisprudenza non ci dice se ciò che rileva per l'esistenza di un abuso è l'elevatezza del prezzo di per sé o se l'elevatezza rileva solo quando essa viene raggiunta come conseguenza di un comportamento strategico dell'impresa dominante (prima il prezzo è basso e poi viene alzato al livello eccessivo). La prima parte della giornata sarà pertanto dedicata a discutere se la norma sui prezzi eccessivamente gravosi sia applicabile in maniera rigorosa (tramite il riferimento a standard riconoscibili *ex ante*) e nel caso come.

Le decisioni con impegni sono state introdotte in Italia in maniera leggermente diversa che al livello comunitario, anche perché da noi con il provvedimento di avvio dell'istruttoria viene fornita alle parti una precisa descrizione dei comportamenti e delle prassi oggetto di indagine da parte dell'Autorità. Pertanto si è stabilito che in Italia gli impegni debbano essere presentati entro tre mesi dall'avvio dell'istruttoria, un termine non perentorio per le parti che possono chiedere una proroga, sia pure adducendo giustificazioni precise. L'Autorità non può però chiedere alcun rinvio e, nei casi più complessi, come conseguenza della fase ancora iniziale della procedura istruttoria, è costretta a valutare impegni, se questi vengono proposti dalle parti, con una conoscenza non completa dei fatti e delle effettive violazioni delle previsioni antitrust. In altre parole le imprese possono chiedere di presentare impegni anche dopo tre mesi, mentre l'Autorità deve accettare i tempi delle parti e valutare ciò che le imprese propongono, anche se naturalmente può rifiutare gli impegni proposti. La procedura comunitaria è al riguardo più equilibrata ed è compito della Commissione dichiarare alle parti il momento dell'istruttoria in cui è disponibile ad accettare impegni. La discussione dell'esperienza italiana, condotta nella seconda parte della giornata, è volta a verificare l'efficacia della prassi seguita dall'Autorità, anche eventualmente per suggerire l'adozione di procedure più flessibili e bilanciate, e a meglio individuare gli obiettivi sostanziali che le decisioni con impegni intendono perseguire.

Il Rome Antitrust Forum

Sono passati oltre 25 anni dall'entrata in vigore della normativa antitrust in Italia il mondo accademico, la stampa, le rappresentanze si sono limitati a discutere le implicazioni di singole decisioni dell'Autorità o a evidenziare eventuali limiti di alcune innovazioni normative, ma quasi mai si sono posti in una logica sistemica, suggerendo forme e modalità di un eventuale cambiamento delle prassi adottate. In questa prospettiva anche il ruolo del giudice amministrativo è limitato. Il giudice infatti interviene solo nei momenti patologici della vita dell'istituzione, ma non svolge una funzione di indirizzo né di controllo sulle sue scelte strategiche.

Sinora ogni cambiamento è stato innescato da riflessioni interne anche se le soluzioni individuate negli ultimi anni oggetto di estese consultazioni, secondo le migliori prassi amministrative. E' invece opportuno che l'Autorità non sia lasciata sola nella riflessioni sulle possibili innovazioni organizzative e funzionali.

Ci proponiamo, tramite l'organizzazione di incontri annuali di dibattito e di studio (aperti solo agli invitati e caratterizzati dall'impegno di ciascuno di non rivelare all'esterno le opinioni individuali espresse), di svolgere una funzione di sollecitazione dell'Autorità, che sarà presente alle presentazioni e parteciperà alla discussione successiva, volta a promuovere miglioramenti e aggiustamenti delle prassi e dei processi.

(English version)

This year event

In this fourth meeting of the Rome Antitrust Forum, we will discuss two themes relevant to the objective of effective and efficient antitrust enforcement in Italy: first, excessive prices in the context of abuse of dominance; and second, commitment decisions, with an emphasis on their objectives and procedures.

Both Article 102 TFEU and Article 3 of Law No. 287/90 refer to excessive prices as examples of abuse of dominance, although the formulations differ in that the former refers to prices that are 'unfair' whereas the latter refers to prices that are unjustifiably burdensome. The jurisprudence relating to excessive prices—at the level of the EU and in Italy—is relatively scarce. The applicable law today still stems from the 1978 landmark judgment of the Court of Justice in *United Brands*, according to which a dominant firm's price is abusive if two conditions are met: (i) the price has no reasonable relation to the economic value of the product concerned; and (ii) the price is excessive either in itself or when compared with competing products. However, notwithstanding the Court's judgment of 14 September 2017 in Case 177/16, *AKKA/LAA*, which provides clarifications regarding the methods that may be used to determine whether a price is excessive in

itself, questions remain with regard to the criteria to be applied as well as the interest the law seeks to protect. For example, the test is very difficult to apply to cases where a monopolist has no competitors, or cases in which the prices of competitors simply mimic that of the dominant undertaking. Furthermore, the jurisprudence does not explicitly address the issue of whether the conduct that is abusive is the price level *per se*, or whether the excessive price must be the consequence of strategic behaviour by a dominant firm (i.e., where the price is first set low to attract customers but then raised to a level that may be excessive). The first part of the day will therefore be devoted to a discussion of what objective standards, if any, can be applied to the determination of whether a price is excessive when investigating a possible abuse of dominance and how such a standard could be applied in practice.

The commitment decision mechanism introduced in Italy was slightly different from the one prescribed in Regulation 1/2003. In Italy, when proceedings are opened the parties are immediately furnished with a precise description of the acts and practices that are the object of the Authority's investigation. Within three months from the opening of the procedure, parties have to offer commitments to the AGCM in order to resolve the case. The time limit, however, does not bind the parties, who can submit a reasoned request for an extension. The Authority has no such unilateral possibility to extend the three-month period—and in complex cases it is constrained to evaluate any proposed commitments with an incomplete grasp of the facts and suspected misconduct. By comparison, the EU procedure is more balanced. It is up to the Commission to inform the parties when it is ready to consider commitments. In the second part of the day, the participants will: examine the effectiveness of the AGCM's practice in the context of the commitment procedure; reflect on the possibility of introducing procedures that are more flexible and balanced; and seek to better identify the precise objectives that are advanced by the commitment mechanism.

The Rome Antitrust Forum

It has been over 25 years since the entry into force of the Italian antitrust law, and since then academia, the press and vested interests have tended to limit their discussions of Italian antitrust to the implications of specific decisions, or to highlight the limitations of specific normative developments. Only very rarely has there been a systematic assessment of antitrust enforcement in Italy, with a view to proposing forms and methods that improve on, or even reconceptualise, as the case may be, adopted practices. Such an assessment would go beyond what may be possible by judicial review. Indeed, the function of the Courts is to intervene only in specific cases and when it is strictly necessary. It is not their function to determine the overall direction of the Authority, or to scrutinize its strategic choices.

Thus far, every reform carried out by the Authority originated from internal reflections. The solutions adopted – though they have been developed in recent years following public consultations, in line with best administrative practices – were all nevertheless of internal origin. Yet it is in the best interests of the wider public and of the Authority itself to ensure that it is not left alone in the design of its organizational and functional evolution.

The Forum therefore organizes annual debates of restricted participation (and under Chatham House rules) which are designed to stimulate an exchange of views concerning enforcement processes and general administrative actions of the AGCM that will be present at the panel presentations and will actively participate in the roundtable discussions.

PROGRAMME

09:00 **Registration**

I: Excessive prices and abuse of dominance

Chair:
Alberto Heimler

A. Introductory presentations

(15 min per speaker)

Mario Siragusa

Frederic Jenny

10:00 **B. Panel: when (and if) high prices can become an antitrust violation?**

(15 min per speaker)

Cristoforo Osti

Cristina Caffarra

Tommaso Salonicco

David Gilo

Excessive prices and antitrust enforcement in the EU

Excessive prices: in what circumstances is an antitrust prohibition justified?

Excessive prices: the burden of proof

Excessive prices and antitrust enforcement in Israel

11:00 **Coffee**

11:30 **Roundtable discussion**

14:15 *II: Commitment decisions at the agcm: lessons learned*

Chair:

Giorgio Monti

A. Introductory presentations

(15 min per speaker)

Ginevra Bruzzone

Claudio Tesauro

14:45 **B. Panel: procedures and effectiveness**

(15 min per speaker)

Paolo Buccirossi

Alberto Pera

Antonio Nicita

Luciano Di Via

What is the role of the economic consultant in the process of identifying the “proper” commitments?

Is three months after the start of an investigation a sufficient period for assessing the pros and cons of commitments?

Commitment decisions in the EU: antitrust enforcement or industrial policy?

A flexible tool: what are its possible legal limits?

15:45 **Coffee**

16:15 **Roundtable discussion**

17:30 *Close of proceedings*

The Autorità will be represented by Gabriella Muscolo, Roberto Chieppa, Andrea Pezzoli, Antonio Buttà, Gianluca Sepe.