

Επιστροφή στον έλεγχο της καταχρηστικής υπερτιμολόγησης (excessive pricing)

Δημήτρης Λουκάς
Εταίρος, ΡΟΤΑΜΙΤΙΣ**VEKRIS**
4^ο Ετήσιο Συνέδριο ΕΜΕΟΔ
Βόλος, 27-29/9/2019

Τυπολογία της κατάχρησης

Καταχρηστικές Συμπεριφορές Αποκλεισμού (exclusionary abuses)	Καταχρηστικές Συμπεριφορές Εκμετάλλευσης (exploitative abuses)
Βλάβη στους ανταγωνιστές	Βλάβη στους συναλλασσόμενους με τη δεσπόζουσα επιχείρηση
Έμμεση απώλεια ευημερίας καταναλωτών <ul style="list-style-type: none">▣ Ληστρική υπο-τιμολόγηση▣ Συμπίεση περιθωρίου κέρδους▣ Χορήγηση εκπτώσεων▣ Άρνηση πώλησης▣ Δεσμευμένες πωλήσεις▣ Επιβολή αποκλειστικότητας	Άμεση απώλεια ευημερίας καταναλωτών <ul style="list-style-type: none">▣ <u>Υπερβολική τιμολόγηση</u>▣ Επιβολή μη εύλογων όρων συναλλαγής

Επιχειρήματα υπέρ και κατά της παρέμβασης των αρχών ανταγωνισμού

Λόγοι κατά της παρέμβασης	Αντίλογος υπέρ της παρέμβασης
Πρακτικές δυσκολίες εν απουσία ενιαίου, λειτουργικού και σαφούς κριτηρίου για το πότε μια τιμή είναι υπερβολική	Οι πρακτικές δυσκολίες δεν συνιστούν δικαιολογία – υπάρχουν περιπτώσεις προδήλως καταχρηστικών τιμών
Νομική ανασφάλεια για τις επιχειρήσεις και κίνδυνος υπερβολικής επιβολής (σφάλματα τύπου I)	Προτεραιοποίηση και χρήση κατάλληλων φίλτρων μπορούν να διασφαλίσουν τη συνετή & φειδωλή παρέμβαση
Οι υπερβολικές τιμές είναι συνήθως το σύμπτωμα, και όχι η αιτία (οι αρχές πρέπει να θεραπεύουν τα αίτια)	Μπορεί να καλύψει τυχόν κενά στην εφαρμογή του νόμου, όταν δεν είναι εφικτή η στοιχειοθέτηση παρεμποδιστικής κατάχρησης ή άρσης διαρθρωτικών εμποδίων
Οι (ανταγωνιστικές) αγορές έχουν τη δυνατότητα να αυτορρυθμίζονται – άλλως, αδικαιολόγητη παρεμπόδιση εισόδου νέων ανταγωνιστών	Οι αγορές δεν έχουν πάντοτε τη δυνατότητα να αυτορρυθμίζονται – δεν είναι η υπερβολική τιμή αυτή καθαυτή που θα προσελκύσει νέους ανταγωνιστές
Μακροπρόθεσμα θα έχει βλαπτικά αποτελέσματα για την ευημερία του καταναλωτή, γιατί μειώνει τα κίνητρα για ανάληψη κινδύνων και επενδύσεις σε καινοτομία	Δεν χαρακτηρίζονται όλες οι αγορές από την ανάγκη ανάληψης μεγάλου οικονομικού κινδύνου ή προστασία του κινήτρου για επενδύσεις/καινοτομία
Η αρμόδια αρχή ανταγωνισμού δεν είναι αγορανομία και δεν έχει αποστολή να καθορίζει και να παρακολουθεί τιμές	Η παρέμβαση ανταποκρίνεται στο κοινό περί δικαίου αίσθημα και ενδυναμώνει το λαϊκό έρεισμα της πολιτικής ανταγωνισμού - Η απροθυμία παρέμβασης απλά παράδοξη και ακατανόητη στα μάτια των πολιτών
Δυσκολία επιβολής κατάλληλων διορθωτικών μέτρων	Μπορούν να διερευνηθούν μέθοδοι που βελτιώνουν τη βιωσιμότητα και αποτελεσματικότητά τους

United Brands τεστ (1)

- Η χρέωση από δεσπόζουσα επιχείρηση υπερβολικής τιμής, δυσανάλογης προς την οικονομική αξία της προσφερόμενης παροχής, συνιστά κατάχρηση
- Διττό - σωρευτικό τεστ:
 - **Α' στάδιο (excessiveness limb)**: Υφίσταται υπερβολική δυσαναλογία μεταξύ του κόστους παραγωγής που πράγματι προκλήθηκε και της τιμής που πράγματι ζητήθηκε (με άλλα λόγια, προκύπτει από τη σύγκριση αυτή **υπερβολικό περιθώριο κέρδους**);
 - **Β' στάδιο (unfairness limb)**: Εάν ναι, επιβλήθηκε **μη δίκαιη τιμή**, είτε κατ' απόλυτη έννοια, είτε σε σύγκριση με ανταγωνιστικά προϊόντα;
- Μία κατάλληλη / προκρινόμενη μέθοδος είναι, επομένως, η σύγκριση της τιμής πώλησης με το κόστος παραγωγής (cost plus), ώστε να προσδιοριστεί το περιθώριο κέρδους
- Μπορούν, ωστόσο, να αξιοποιηθούν και άλλοι μέθοδοι (δηλ. μπορούν να χρησιμοποιηθούν και άλλα μέτρα σύγκρισης για τη στοιχειοθέτηση παράβασης)
- Όταν είναι δύσκολο να προσδιοριστεί το κόστος (ή/και συμπληρωματικά με την όποια ανάλυση κόστους), η τιμή μπορεί να συγκριθεί με διάφορες άλλες τιμές αναφοράς ⇒ θεμελίωση κατάχρησης και χωρίς κοστολογικές αναλύσεις

United Brands τεστ (2)

A' στάδιο (excessiveness limb)

- Εγγενείς δυσκολίες κάθε κοστολογικής ανάλυσης
- Ποιο είναι το ορθό & κατάλληλο μέτρο για τον προσδιορισμό του κόστους;
 - Τι γίνεται με τις αγορές δυναμικού ανταγωνισμού;
 - Ποια σχετικά κόστη πρέπει να συμπεριληφθούν και πως θα κατανεμηθούν;
 - Τι γίνεται στην περίπτωση αναποτελεσματικών επιχειρήσεων;
- Πότε το περιθώριο κέρδους είναι υπερβολικό; (ποιο είναι το κατάλληλο περιθώριο κέρδους για τη στοιχειοθέτηση παράβασης;)
 - Όταν είναι καταφανώς υπέρογκο (grossly exorbitant)
 - Τιμή > 100% κόστους παραγωγής;
 - Τι γίνεται (πάλι) με τις αγορές δυναμικού ανταγωνισμού;
 - Σε κάθε περίπτωση, η υπερβολική τιμή δεν είναι κατ' ανάγκη και καταχρηστική
⇒ Β' στάδιο ανάλυσης

United Brands τεστ (3)

Β' στάδιο (unfairness limb)

- Αναποτελεσματική ή/και υποκειμενική άσκηση;
- Ποιο είναι το κατάλληλο σημείο αναφοράς για να διαπιστωθεί εάν μια τιμή δεν είναι δίκαιη (price benchmarking exercise);
- Μη δίκαιη τιμή «κατ' απόλυτη έννοια»
- Στη διοικητική πρακτική και νομολογία έχουν αξιοποιηθεί διαφορετικά σημεία αναφοράς (benchmarks) για σύγκριση:

1. Σύγκριση της τιμής που χρεώνει η δεσπόζουσα με τις τιμές που χρεώνουν οι ανταγωνιστές της για παρόμοια προϊόντα (**competitors' benchmark**)

- Είτε στην ίδια σχετική (προϊοντική) αγορά
- Είτε σε άλλη σχετική (προϊοντική) αγορά

Αναγκαίο να ληφθούν υπόψη τυχόν διαφορές μεταξύ των συγκρινόμενων προϊόντων ή υπηρεσιών εξ απόψεως ποιότητας, διάρθρωσης κόστους & συνεργειών, πιθανού ανταγωνιστικού πλεονεκτήματος

Η ύπαρξη αυτή καθαυτή ανταγωνιστών προς σύγκριση στην ίδια αγορά μήπως υποδηλώνει ότι τα εμπόδια εισόδου στην εν λόγω αγορά δεν είναι τελικά υψηλά και μη-παροδικά;

United Brands τεστ (4)

Β' στάδιο (unfairness limb)

- (Συνχ.) Διαφορετικά σημεία αναφοράς (benchmarks):
 2. Σύγκριση τιμών μεταξύ διαφορετικών γεωγραφικών αγορών (**geographic benchmark**)
 - Είτε μεταξύ τιμών που χρεώνει η ίδια η δεσπόζουσα, αλλά σε διαφορετικές γεωγραφικές περιοχές
 - Είτε μεταξύ τιμής που χρεώνει η δεσπόζουσα σε μία αγορά και τιμής που χρεώνουν ανταγωνιστές της σε άλλη γεωγραφική, ανταγωνιστική αγορά

Δεν είναι εύλογο να υπάρχει διακριτική τιμολόγηση μεταξύ διαφορετικών γεωγραφικών αγορών;

Δεν είναι απαραίτητο οι συγκρινόμενες αγορές να είναι καθόλα όμοιες

Πως γίνεται η επιλογή των γεωγραφικών αγορών; ⇨ Αναγκαίο να ληφθούν υπόψη τυχόν διαφορές μεταξύ των συγκρινόμενων προϊόντων ή υπηρεσιών εξ απόψεως ελαστικότητας ζήτησης, ποιότητας, διάρθρωσης κόστους, ρυθμιστικό πλαίσιο, πολιτική τιμολόγησης
 3. Σύγκριση μεταξύ τιμών που χρεώνει η ίδια η δεσπόζουσα για το ίδιο ή παρόμοιο προϊόν σε διαφορετικές χρονικές περιόδους (**historical prices benchmark**)
 - Όμως, αντικειμενικοί παράγοντες μπορεί να εξηγούν την αύξηση τιμής διαχρονικά
 - Ολοένα και πιο σύνηθες μέτρο σύγκρισης σε φαρμακευτικές υποθέσεις

Εξέλιξη διοικητικής πρακτικής και νομολογίας σε επίπεδο Ε.Ε. (1)

- British Leyland
- Deutsche Post II
- Tournier
- Lucazeau
- Bodson
- Port of Helsingborg
 - Υπερβολικό περιθώριο κέρδους δεν επαρκεί για στοιχειοθέτηση παράβασης (σωρευτικό το τεστ της United Brands)
 - Σύγκριση με άλλες (γεωγραφικές) αγορές δεν είναι εύκολη υπόθεση
 - Έννοια «οικονομικής αξίας»: η οικονομική αξία δεν καθορίζεται απλώς προσθέτοντας ένα περιθώριο κέρδος στα εκτιμώμενα κόστη της προσφερόμενης παροχής, αλλά λαμβάνοντας υπόψη τις ειδικές περιστάσεις κάθε υπόθεσης, συμπεριλαμβανομένων μη κοστολογικών στοιχείων όπως η ζήτηση
 - Κριτική
 - Αντίλογος στην κριτική
 - Θέτει εν γένει ένα υψηλότερο αποδεικτικό μέτρο για τη στοιχειοθέτηση παράβασης

Εξέλιξη διοικητικής πρακτικής και νομολογίας σε επίπεδο Ε.Ε. (2)

- Latvian Collecting Societies (C-177/16)
 - Ποιο είναι το κατάλληλο & επαρκές σημείο αναφοράς (benchmarking - comparator);
 - Η σύγκριση μεταξύ τιμών που χρεώνονται σε διαφορετικές χώρες, διορθωμένες με βάση τον δείκτη ΙΑΔ, είναι αρκούντως αντιπροσωπευτική και αξιόπιστη εναλλακτική μέθοδος
 - Δεν υπάρχει ένας ελάχιστος αριθμός των προς σύγκριση αγορών
 - Αρκεί τα κράτη μέλη αναφοράς επιλέγονται με αντικειμενικά, πρόσφορα και επαληθεύσιμα κριτήρια
 - Η επιλογή πρόσφορων ανάλογων αγορών εξαρτάται από τις ιδιαίτερες περιστάσεις κάθε περίπτωσης
 - Υφίσταται ελάχιστο κατώτατο όριο από το οποίο μια τιμή μπορεί να χαρακτηριστεί «αισθητά υψηλότερη»;
 - Δεν υπάρχει. Εξαρτάται από τις εκάστοτε ειδικές περιστάσεις της υπόθεσης
 - Μια απόκλιση μεταξύ των συγκρινόμενων τιμών μπορεί να θεωρηθεί «αισθητή» αν είναι σημαντική και σταθερή (significant & persistent) σε συνάρτηση με την εκάστοτε αγορά
 - Μια τέτοια απόκλιση συνιστά ένδειξη κατάχρησης και εναπόκειται στην επιχείρηση να καταδείξει ότι η τιμή είναι δίκαιη βάσει αντικειμενικών στοιχείων
 - Αντικειμενική δικαιολόγηση
 - Προτάσεις Γεν. Εισαγγελέα Wahl
 - Συνδυασμός μεθόδων, οι οποίες πρέπει να παρέχουν στην Αρχή ένα επαρκώς πλήρες και αξιόπιστο σύνολο στοιχείων και να τείνουν προς μία ενιαία κατεύθυνση

Τάσεις σε επίπεδο Κρατών Μελών Ε.Ε. (ενδεικτικά)

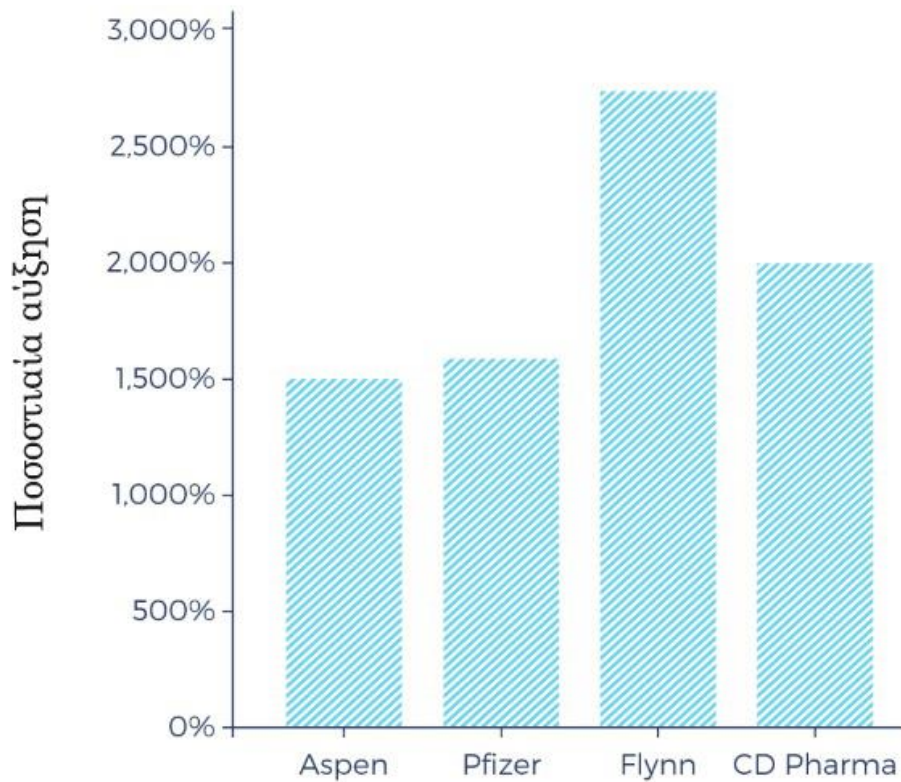
- Γερμανία
 - Έμφαση σε διαφορετικές συγκριτικές μεθόδους (λιγότερο σε κοστολογικές αναλύσεις)
- Ολλανδία
 - Έμφαση στις κοστολογικές αναλύσεις (δηλ. κατά πόσον το περιθώριο κέρδους και επακόλουθη κερδοφορία μπορεί να θωρηθούν εύλογες)
- Ηνωμένο Βασίλειο
 - Συνδυασμός μεθόδων, οι οποίες πρέπει να παρέχουν ένα επαρκώς πλήρες και αξιόπιστο σύνολο στοιχείων και να τείνουν προς μία ενιαία κατεύθυνση
 - Υπόθεση NAPP (2002)
 - Μια τιμή είναι υπερβολική και συνιστά κατάχρηση όταν βρίσκεται πάνω από το επίπεδο που θα προέκυπτε εάν η επιχείρηση λειτουργούσε σε μια ανταγωνιστική αγορά και όταν η υψηλή κερδοφορία στην εν λόγω αγορά δεν αναμένεται να προκαλέσει την επιτυχή είσοδο νέου ανταγωνιστή εντός εύλογου χρονικού διαστήματος
 - Εφάρμοσε 6 διαφορετικές μεθόδους σύγκρισης προκειμένου να στοιχειοθετήσει παράβαση
- Ελλάδα
 - Έμφαση σε διαφορετικές συγκριτικές μεθόδους (λιγότερο σε κοστολογικές αναλύσεις)
 - Υποθέσεις: ΑΕΠΙ (2003), Περίανδρος (2006), Αερολέσχες/ΕΚΟ (2010), Εταιρίες Διύλισης (2010)

Σύγχρονες τάσεις: εντονότερη παρέμβαση σε υποθέσεις καταχρηστικής υπερτιμολόγησης (1)

- Εντεινόμενη έμφαση σε αγορές φαρμακευτικών προϊόντων
- Ευρωπαϊκή Ένωση
 - Ψήφισμα ΕΚ (2.3.2017) – βελτιώνοντας την πρόσβαση σε φάρμακα
 - Aspen Pharma (Μάιος 2017, υπό έρευνα).
 - Gazprom (Μάιος 2018, δεσμεύσεις)
- Γαλλία
 - Κλαδική μελέτη στον φαρμακευτικό τομέα (Νοέμ. 2017)
 - Online hotel platforms (Δεκ. 2018)
- Δανία
 - CD Pharma (Δεκ. 2018)
- Ηνωμένο Βασίλειο
 - Actavis UK (Ιαν. 2017)
 - Concordia (Νοέμ. 2017)
 - Pfizer/Flynn (Δεκ. 2016, Απόφαση CMA) (Ιούνιος 2018, Απόφαση CAT)
- Κίνα
- Κορέα

Σύγχρονες τάσεις: εντονότερη παρέμβαση σε υποθέσεις καταχρηστικής υπερτιμολόγησης (2)

Αυξήσεις τιμών στον φαρμακευτικό κλάδο που έγιναν πρόσφατα αντικείμενο ελέγχου



Pfizer / Flynn (UK)

- Πρόστιμο 84.2 εκ. λιρών στη Pfizer και 5.2 εκ. λιρών στον αποκλειστικό διανομέα της Flynn Pharma λόγω της επιβολής καταχρηστικά υψηλών αυξήσεων ύψους έως και 2.600% σε φάρμακο για την αντιμετώπιση της επιληψίας. Δαπάνη NHS εκτοξεύτηκε από 2 εκ. λίρες (2012) σε 50 εκ. λίρες (2014)
- Ωστόσο, το Εφετείο (CAT) ακύρωσε την απόφαση κατά το σκέλος που αφορούσε τη στοιχειοθέτηση καταχρηστικής υπερτιμολόγησης, καθώς:
 - (ως προς σκέλος «υπερβολικής τιμής») ⇒ Περιορίστηκε στη μέθοδο cost plus, παρόλο που υπήρχαν διαθέσιμες και άλλες μέθοδοι, π.χ. σύγκριση με άλλα προϊόντα
 - (ως προς σκέλος «μη δίκαιης τιμής») ⇒ Εσφαλμένα περιορίστηκε στην εκτίμηση ότι η τιμή ήταν μη δίκαιη «κατ' απόλυτη έννοια», στο μέτρο που υπήρχαν ενδείξεις ότι το συμπέρασμα ίσως ήταν διαφορετικό αν είχε γίνει σύγκριση και με τις τιμές ανταγωνιστικών προϊόντων
 - (ως προς σκέλος «μη δίκαιης τιμής») ⇒ δεν έλαβε υπόψη την οικονομική αξία του προϊόντος για τους ασθενείς [*Υπόθεση Helsingborg*]
 - (διαδικασία) ⇒ δεν απαιτείται στοιχειοθέτηση με διαφορετικές μεθόδους, αλλά πρέπει να καταδειχθεί ότι τυχόν επιχειρηματολογία για το «δίκαιο» της τιμής βάσει μιας εναλλακτικής μεθόδου δεν υπονομεύει τη διαπίστωση παράβασης βάσει της προκρινόμενης μεθόδου

Συμπερασματικές σκέψεις

- Σε ποιες εξαιρετικές περιπτώσεις είναι δικαιολογημένος ο έλεγχος της καταχρηστικής τιμολόγησης; Ποια τα κατάλληλα φίλτρα και κριτήρια προτεραιοποίησης;
 - Δικαιολογείται η παρέμβαση όταν η δεσπόμενη επιχείρηση προστατεύεται από υψηλά και μη παροδικά εμπόδια εισόδου – άλλως, σε αγορές που χαρακτηρίζονται από υψηλά και μη παροδικά εμπόδια εισόδου
 - Όταν δεν είναι εφικτή ή πρόσφορη η άρση των εν λόγω εμποδίων
 - Όταν δεν υπάρχει τομεακός ρυθμιστής να επιλύσει το πρόβλημα
 - Σε περίπτωση δεσπόμενης επιχείρησης που κατέχει ειδικά ή/και αποκλειστικά δικαιώματα (νομικά μονοπώλια) ή βρίσκεται σε αγορά υπό απελευθέρωση. Συναφώς, όταν η ισχύς της στην αγορά δεν οφείλεται σε ΔΔΙ ή αξιοκρατικό ανταγωνισμό, αλλά σε παλαιότερη νομική προστασία ή αντι-ανταγωνιστικές πρακτικές
 - Σε αγορές όπου οι επενδύσεις και η καινοτομία δεν είναι σημαντικές
 - Από την άλλη πλευρά, δεν ενδείκνυται παρέμβαση σε αγορές δυναμικού ανταγωνισμού, όπου οι επενδύσεις και η καινοτομία είναι ιδιαίτερα σημαντικές
 - Ούτε όταν η υψηλή τιμή οφείλεται σε/συνέχεται με ΔΔΙ