

ΓΝΩΜΟΛΟΓΗΣΗ ΑΡΙΘΜ. 12/VI/2011

Η ΕΠΙΤΡΟΠΗ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ

ΣΕ ΟΛΟΜΕΛΕΙΑ

Συνεδρίασε στην αίθουσα Συνεδριάσεων του 1^{ου} ορόφου, του κτιρίου των Γραφείων της (Κότσικα 1Α & Πατησίων), την 27η Οκτωβρίου 2011, ημέρα Πέμπτη και ώρα 10:00, με την εξής σύνθεση:

Πρόεδρος: Δημήτριος Κυριτσάκης

Μέλη: Ιωάννης Μπιτούνης,

Δημήτριος Λουκάς,

Νικόλαος Τραυλός,

Δημήτριος Δανηλάτος

Φραγκίσκος Αρμάος, λόγω κωλύματος τακτικού μέλους και

Μιχαήλ Τσαγκατάκης, λόγω κωλύματος τακτικού μέλους.

Τα λοιπά τακτικά ή /και αναπληρωματικά μέλη καίτοι προσκληθέντα δεν συμμετείχαν λόγω δικαιολογημένου κωλύματος.

Γραμματέας : Παρασκευή Α. Ζαχαριά.

Θέμα της συνεδρίασης ήταν η σύνταξη γνωμοδότησης της Επιτροπής Ανταγωνισμού, βάσει του άρθρου 23 παρ. 1 & 3 του Ν. 3959/2011 επί της διάταξης του άρθρου 2 παρ. 2 της Υπουργικής Απόφασης Υ1/Γ.Π.47815/2008 με τίτλο «Εναρμόνιση της Εθνικής Νομοθεσίας προς τις διατάξεις της Οδηγίας 2006/141/EK της Επιτροπής «για τα παρασκευάσματα για βρέφη και παρασκευάσματα δεύτερης βρεφικής ηλικίας».

Η Επιτροπή Ανταγωνισμού, αφού έλαβε υπόψη της την ως άνω υπουργική απόφαση, τις διατάξεις του ν. 3959/2011 και την υπ' αριθμ. πρωτ. 6742/26.10.2011 εισήγηση της Γενικής Διεύθυνσης Ανταγωνισμού,

ΣΚΕΦΘΗΚΕ ΩΣ ΕΞΗΣ:

A. ΓΕΝΙΚΑ

1. Η Επιτροπή Ανταγωνισμού, στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων της βάσει του άρθρου 23 παρ. 1 του Ν. 3959/2011, ενεργούσα αυτεπαγγέλτως, διατυπώνει τη γνώμη της επί της διάταξης του άρθρου 2 παρ. 2 της Υπουργικής Απόφασης Υ1/Γ.Π.47815/2008 με τίτλο «Εναρμόνιση της Εθνικής Νομοθεσίας προς τις διατάξεις της Οδηγίας 2006/141/EK της Επιτροπής «για τα παρασκευάσματα για βρέφη και παρασκευάσματα δεύτερης βρεφικής ηλικίας»» (εφεξής η «Υπουργική Απόφαση») η οποία θεσπίζει την αποκλειστική διάθεση των μη συνταγογραφούμενων προϊόντων γάλακτος πρώτης βρεφικής ηλικίας για υγιή βρέφη αποκλειστικά μέσω των φαρμακείων. Η παρούσα γνωμοδότηση περιορίζεται στην εξέταση της ως άνω διάταξης από την πλευρά των αρχών και κανόνων του ελεύθερου ανταγωνισμού. Οι κατωτέρω απόψεις είναι αυστηρά γενικές και δεν αναφέρονται σε συγκεκριμένες συμπεριφορές οι οποίες κρίνονται με βάση τις διατάξεις των άρθρων 1 και 2 του Ν. 3959/2011 και 101 και 102 της

Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (εφεξής «ΣΛΕΕ») ενώ δεν δεσμεύουν την Επιτροπή Ανταγωνισμού σε υπάρχουσες ή μέλλουσες διαδικασίες και υποθέσεις.

B. ΤΟ ΘΕΣΜΙΚΟ ΠΛΑΙΣΙΟ

2. Η αγορά του βρεφικού γάλακτος ρυθμίζεται από ένα πλαίσιο κανόνων εθνικού και ενωσιακού δικαίου οι οποίοι μεταξύ άλλων έχουν ως στόχο την εξασφάλιση της καλύτερης προστασίας της υγείας των βρεφών και την προστασία και προαγωγή της αξίας του μητρικού θηλασμού¹. Ως εκ τούτου θεσπίζονται αυστηρές προϋποθέσεις αναφορικά τόσο με τη σύνθεση των προϊόντων (χρήση υψηλής τεχνολογίας και επιστημονικής έρευνας, προσδιορισμός των κριτηρίων σύνθεσης, έλεγχος της καταλληλότητας του παρασκευάσματος), όσο και με την κυκλοφορία (π.χ. στην εθνική νομοθεσία, γνωστοποίηση κυκλοφορίας στον Ε.Ο.Φ.²), την επισήμανση, τη διαφήμιση (περιορισμοί στη διαφήμιση προς τον ευρύ καταναλωτικό κοινό μόνο μέσα από εξειδικευμένες έντυπες εκδόσεις) και την πληροφόρηση των καταναλωτών (π.χ. στην εθνική νομοθεσία, διασφάλιση μέσω του Ε.Ο.Φ. αντικειμενικής και πλήρους πληροφόρησης).
3. Πλέον των ανωτέρω η Υπουργική Απόφαση θεσπίζει τη διάθεση προϊόντων γάλακτος πρώτης βρεφικής ηλικίας για υγιή βρέφη αποκλειστικά μέσω των φαρμακείων. Ειδικότερα, η Υπουργική Απόφαση ορίζει, μεταξύ άλλων, τα ακόλουθα:

«Άρθρο 1-Σκοπός-Ορισμοί

1. Σκοπός

Οι διατάξεις της παρούσας κοινής υπουργικής απόφασης αποσκοπούν στην προσαρμογή της Ελληνικής νομοθεσίας για τα παρασκευάσματα που προορίζονται για να καλύψουν διατροφικές ανάγκες υγιών βρεφών, προς τις διατάξεις της οδηγίας 2006/141/ΕΚ της επιτροπής της 22ας Δεκεμβρίου 2006 «σχετικά με τα παρασκευάσματα για βρέφη και τα παρασκευάσματα δεύτερης βρεφικής ηλικίας και την τροποποίηση της οδηγίας 1999/21/ΕΚ» (ΕΕ L401/1) και καθορίζουν κριτήρια σύνθεσης, επισήμανσης και διαφήμισης των παρασκευασμάτων αυτών προς χρήση από υγιή βρέφη.

2.Ορισμοί

(.....)

Β. Ισχύουν επίσης οι ακόλουθοι ορισμοί:

α) «βρέφη» τα παιδιά ηλικίας μικρότερης των δώδεκα μηνών, (...)

γ) «παρασκευάσματα για βρέφη», τα τρόφιμα που προορίζονται για την ειδική διατροφή των βρεφών κατά τους πρώτους μήνες της ζωής τους και τα οποία επαρκούν για τις ανάγκες διατροφής των βρεφών μέχρι την εισαγωγή κατάλληλων συμπληρωματικών τροφών,

δ) «παρασκευάσματα δεύτερης βρεφικής ηλικίας», τα τρόφιμα που προορίζονται για την ειδική διατροφή των βρεφών όταν εισάγονται στο διαιτολόγιό τους

¹ Βλ. ενδεικτικά Οδηγία 2006/141/ΕΚ (ΕΕ 30.12.2006/L401/1) σκέψη 27 και απόφαση n° 07-D-42/30.11.2007 Conseil de la Concurrence, I) A.1.c) σκέψη. 35. Επισημαίνεται ότι η Υπουργική Απόφαση δεν κάνει ουδεμία αναφορά σε δικαιολογητικούς λόγους θέσπισης τόσο του εξεταζόμενου όσο και των λοιπών προβλεπόμενων περιορισμών.

² Ελληνικός Οργανισμός Φαρμάκων.

κατάλληλες συμπληρωματικές τροφές και αποτελούν το κύριο υγρό στοιχείο ενός διαφοροποιημένου προοδευτικά διαιτολογίου των βρεφών αυτών.

Άρθρο 2-Κυκλοφορία-Διάθεση

(.....)

2.Η διάθεση των παρασκευασμάτων για βρέφη γίνεται από τα φαρμακεία».³

4. Στο πεδίο εφαρμογής της Υπουργικής Απόφασης, όπως συνάγεται σαφώς από την παράγραφο 1 του άρθρου 1 αυτής, υπάγονται τα προϊόντα βρεφικού γάλακτος που προορίζονται για τη διατροφή υγιών βρεφών τα οποία συνιστούν κατηγορία τροφίμων που προορίζονται για ειδική διατροφή. Η Υπουργική Απόφαση δεν ρυθμίζει ζητήματα κυκλοφορίας και διάθεσης του συνταγογραφούμενου «ειδικού θεραπευτικού / εξειδικευμένου» βρεφικού γάλακτος το οποίο υπόκειται σε ρυθμίσεις αντίστοιχες με αυτές περί φαρμακευτικών σκευασμάτων κατά τα διαλαμβανόμενα στην Υπουργική Απόφαση Υ3/3211 ΦΕΚ Β'1185/27.9.2000 «Εναρμόνιση της Ελληνικής Νομοθεσίας με τις διατάξεις της ΟΔ/1999/21/ΕΚ της Επιτροπής (ΕΕΕΚ L 91/7.4.1999) «Σχετικά με τα διαιτητικά τρόφιμα που προορίζονται για ειδικούς ιατρικούς σκοπούς»»⁴.
5. Εξάλλου, ο προβλεπόμενος από την Υπουργική Απόφαση περιορισμός ως προς τη διάθεση του γάλακτος πρώτης βρεφικής ηλικίας για υγιή βρέφη υιοθετήθηκε για πρώτη φορά το έτος 1988⁵ - προ του έτους αυτού τα προϊόντα γάλακτος πρώτης βρεφικής ηλικίας διανέμονταν και πωλούνταν χωρίς οποιοδήποτε σχετικό περιορισμό - ενώ δεν προβλέπεται από τη σχετική ενωσιακή νομοθεσία, την οποία και ενσωματώνει στην εθνική έννομη τάξη η Υπουργική Απόφαση. Το ΔΕΕ με απόφαση του⁶, μετά από σχετική προσφυγή της Ευρωπαϊκής Επιτροπής έκρινε το σύννομο του ανωτέρω περιορισμού σε σχέση με το άρθρο 30 ΣυνθΕΚ (πλέον άρθρο 36 ΣΛΕΕ) ως μέτρου ισοδυνάμου αποτελέσματος προς ποσοτικό περιορισμό επί των εισαγωγών. Στην απόφασή του το ΔΕΕ δεν επικυρώνει τους λόγους δημοσίου συμφέροντος που σύμφωνα με την Ελληνική Δημοκρατία δικαιολογούσαν, κατά την περίοδο έκδοσης της απόφασης, την υπό εξέταση ρύθμιση⁷ αλλά ούτε και επιτάσσει την αποκλειστική διάθεση μέσω φαρμακείων του γάλακτος πρώτης βρεφικής ηλικίας για υγιή βρέφη. Συνεπώς, η εξέταση από το ΔΕΕ της εν λόγω ρύθμισης αποκλειστικά υπό το πρίσμα του άρθρου 30 ΣυνθΕΚ δεν αποκλείει την εξέταση αυτής υπό το πρίσμα των διατάξεων περί προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού από την Επιτροπή Ανταγωνισμού στο πλαίσιο των γνωμοδοτικών της αρμοδιοτήτων σύμφωνα με το άρθρ. 23 παρ. 1 του Ν. 3959/2011.

³ Σημειώνεται ότι η διάταξη του άρθρου 10 της ΥΑ Α2/οικ.361/29.01.1988 όριζε ότι «τα τροποποιημένα γάλατα 1^{ης} βρεφικής ηλικίας θα διατίθενται μόνο από τα φαρμακεία. Ο περιορισμός δεν ισχύει σε Δήμους και Κοινότητες που δε λειτουργούν φαρμακεία». Η εν λόγω ρύθμιση καταργήθηκε με την υπό εξέταση Υπουργική Απόφαση.

⁴ Όπως αυτή τροποποιήθηκε με την ΥΑ Υ1/Γ.Π. 97336 (ΦΕΚ Β' 2269/05.11.2008).

⁵ Βλ. ΥΑ Α2/οικ.361/29.01.1988.

⁶ Υπόθεση C-391/92, Συλλ. Νομ. 1995, I-1621.

⁷ Ο Γενικός Εισαγγελέας Carl Otto Lenz στις προτάσεις που υπέβαλε την 4^η Απριλίου 1995 [βλ. Συλλ. Νομ. 1995, I-1624] είχε ταχθεί υπέρ του χαρακτηρισμού της ρύθμισης ως μέτρου ισοδυνάμου αποτελέσματος προς ποσοτικό περιορισμό επί των εισαγωγών υποστηρίζοντας ότι καθώς στην Ελλάδα δεν υπήρχε παραγωγή παρασκευασμάτων για βρέφη οποιαδήποτε, απορρέουσα από κρατικές ρυθμίσεις, παρακώλυση της εμπορίας να πλήττει αποκλειστικά τα εισαγόμενα προϊόντα. Επιπλέον, είχε υποστηρίξει ότι ο εν λόγω περιορισμός ως προς τη διάθεση δεν δικαιολογείται από τους λόγους δημοσίου συμφέροντος των οποίων γίνεται επίκληση.

6. Τέλος, η διάθεση των γαλάτων πρώτης βρεφικής ηλικίας για υγιή βρέφη ως διάθεση μη φαρμακευτικών προϊόντων, όπως προκύπτει από την Υπουργική Απόφαση, δεν καταλαμβάνεται από το υφιστάμενο μονοπώλιο διάθεσης φαρμάκων από τα φαρμακεία, όπως αυτό καθιερώνεται από τους Ν. 5607/1932 και 3918/2011⁸. Ως εκ τούτου η παρούσα γνωμοδότηση δεν θίγει την επαγγελματική δραστηριότητα του φαρμακοποιού, όπως αυτή οριοθετείται από τους προαναφερόμενους νόμους.

Γ. Η ΑΓΟΡΑ ΤΟΥ ΒΡΕΦΙΚΟΥ ΓΑΛΑΚΤΟΣ⁹

(i) Το προϊόν

7. Τα προϊόντα βρεφικού γάλακτος αποτελούν διατροφικά γαλακτοκομικά είδη [τροποποιημένα (εμπλουτισμένα) αγελαδινά γάλατα είτε σε μορφή σκόνης είτε σε μορφή συμπυκνώματος (εβαπορέ)] που προορίζονται να καλύψουν τις ανάγκες βρεφών από τη γέννηση έως την ηλικία των δώδεκα (12) μηνών. Μπορούν να χρησιμοποιηθούν, για τα βρέφη, είτε αποκλειστικά είτε συμπληρωματικά με το μητρικό θηλασμό κατά τους πρώτους μήνες της ζωής τους μέχρι την εισαγωγή κατάλληλων συμπληρωματικών τροφών. Λόγω αυτών ακριβώς των χαρακτηριστικών τους, η αγορά των προϊόντων βρεφικού γάλακτος διέπεται από σειρά εθνικών και διεθνών κανόνων / νόμων, που αποσκοπούν στην εξασφάλιση της ποιότητας του προϊόντος και την προστασία του μητρικού θηλασμού¹⁰.
8. Ο τύπος βρεφικού γάλακτος διαφοροποιείται σε εκείνο που χορηγείται στα βρέφη μέχρι έξι (6) μηνών με την ένδειξη γάλα πρώτης βρεφικής ηλικίας, και από έξι (6) μηνών μέχρι ενός έτους με την ένδειξη γάλα δεύτερης βρεφικής ηλικίας. Προσφέρονται κυρίως σε μορφή σκόνης και παρασκευάζονται με βάση το αγελαδινό γάλα, αφού υποστεί ορισμένη επεξεργασία ώστε να ικανοποιεί τις θρεπτικές ανάγκες των βρεφών [τροποποιημένα (εμπλουτισμένα) αγελαδινά γάλατα με βιταμίνες και διάφορα ιχνοστοιχεία και μείωση των πρωτεϊνών που περιέχει].
9. Κυκλοφορεί, επίσης και το «ειδικό θεραπευτικό / εξειδικευμένο» βρεφικό γάλα για βρέφη που παρουσιάζουν διατροφικές διαταραχές ή αυξημένες διατροφικές ανάγκες, το οποίο πωλείται αποκλειστικά στα φαρμακεία κατόπιν ιατρικής συνταγής, αλλά δεν ενδιαφέρει εν προκειμένω. Επίσης, δεν αποτελεί αντικείμενο της παρούσας και το διατιθέμενο γάλα της δεύτερης βρεφικής ηλικίας αφού το τελευταίο διατίθεται και από καταστήματα λιανικής πώλησης τροφίμων (αλυσίδες σούπερ μάρκετ ή μεμονωμένα καταστήματα).
10. Όπως προαναφέρθηκε, οι διατάξεις της Υπουργικής Απόφασης ρυθμίζουν ζητήματα σχετικά με τις διατροφικές ανάγκες των υγιών βρεφών και δεν καταλαμβάνουν τη διάθεση του συνταγογραφούμενου «ειδικού θεραπευτικού /

⁸ Σύμφωνα με το άρθρο 32, Φαρμακοποιία, του ν. 5607/1932 «1. Η εκάστοτε ισχύουσα φαρμακοποιία και τα εκάστοτε εκδιδόμενα συμπληρώματα αυτής είναι υποχρεωτικά δι' όλα τα λειτουργούντα φαρμακεία, τους ιατρούς τους κεκτημένους άδειαν πώλησεως φαρμάκων, συμφώνως το άρθρω 22 του παρόντος νόμου, ως και δια τα εργοστάσια, ή εργαστήρια παρασκευής φαρμακευτικών προϊόντων [...]». Σύμφωνα με το άρθρο 34 του ν. 5607/1932 «1. Η εκτέλεσις των συνταγών και η λιανική πώλησις φαρμάκων εις το κοινόν επιτρέπεται μόνον εις φαρμακοποιούς έχοντας εν λειτουργία νομίμως συννεστημένα φαρμακεία ή διευθύνοντας φαρμακεμπορεία, περί ων το άρθρ. 24 του Ν. 5607 και εντός των φαρμακείων ή φαρμακεμπορειών, άτινα ούτοι νομίμως διευθύνουσιν [...]».

⁹ Η άλλως παρασκευάσματα για βρέφη και παρασκευάσματα δεύτερης βρεφικής ηλικίας.

¹⁰ Βλ. σχετικά και Απόφαση του Conseil de la Concurrence, απόφαση υπ' αριθμ. 00-D-66/7.1.2011.

εξειδικευμένου» βρεφικού γάλακτος¹¹. Λαμβάνοντας υπόψη όλα τα ανωτέρω, η παρούσα αφορά μόνο στην πρώτη ομάδα βρεφικού γάλακτος (για υγιή βρέφη 0-6 μηνών), δηλαδή της πρώτης βρεφικής ηλικίας, το οποίο βάσει της Υπουργικής Απόφασης πωλείται αποκλειστικά μέσω φαρμακείων.

(ii) Η ζήτηση

11. Οι συνθήκες ζήτησης από τον τελικό καταναλωτή παρουσιάζουν ιδιομορφία, καθώς το επίπεδο της κατανάλωσης των προϊόντων γάλακτος πρώτης βρεφικής ηλικίας εξαρτάται άμεσα από τον αριθμό των γεννήσεων ανά έτος και από την επιλογή των μητέρων να θηλάσουν ή όχι το παιδί τους. Επιπλέον, η απόφαση αγοράς συγκεκριμένου προϊόντος διαμορφώνεται από τον παιδίατρο ο οποίος προτείνει το είδος και τον τύπο που θεωρεί κατάλληλο για το κάθε βρέφος, αλλά και τις τυχόν εναλλακτικές λύσεις σε περίπτωση που το βρέφος δεν αποδεχτεί το συγκεκριμένο προϊόν. Στην Ελλάδα, όπως παρουσιάζεται και στον Πίνακα 1 του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ της παρούσας ο αριθμός των γεννήσεων κυμαίνεται περί τις 110.000 κατ' έτος.
12. Σύμφωνα με δειγματοληπτική έρευνα του Ινστιτούτου Υγείας του Παιδιού (2009)¹², στην Ελλάδα τα ποσοστά αποκλειστικού θηλασμού κατά το πρώτο εξάμηνο της ζωής των βρεφών είναι πολύ χαμηλά. Η πρόθεση θηλασμού των υποψήφιων μητέρων, σύμφωνα με τις ιατρικές εργασίες, είναι 90%. Τελικά όμως, μόνον ένα μικρό ποσοστό των βρεφών (περίπου 5%) διατρέφεται αποκλειστικά μέσω θηλασμού για τους πρώτους 6 μήνες ζωής, ενώ τον πρώτο μήνα ζωής περισσότερο από το 85% των βρεφών θηλάζει. Φαίνεται από τις ιατρικές εργασίες ότι βασικός παράγων στη επιτυχία του θηλασμού είναι η πολιτική μητρικού θηλασμού που ασκείται από το μαιευτήριο στο οποίο γεννιέται το βρέφος. Σε μικρότερο ποσοστό ευθύνεται η εργασία της μητέρας, το κάπνισμα της μητέρας ή οι λανθασμένες συμβουλές του υγειονομικού προσωπικού (μαιών, μαιευτήρων, παιδιάτρων). Ωστόσο, η ζήτηση σε συνάρτηση με τον αριθμό των γεννήσεων και το ποσοστό θηλασμού των βρεφών εμφανίζεται σχετικά σταθερή. Από σχετική έρευνα της ΓΔΑ το έτος 2008, προέκυπτε ότι η ζήτηση για το γάλα πρώτης βρεφικής ηλικίας αναμενόταν να αυξηθεί λόγω της αύξησης του αριθμού των εργαζομένων γυναικών, όπως φαίνεται και στον Πίνακα 2 του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ.

(iii) Η προσφορά – δίκτυο διανομής¹³

13. Στην αγορά του γάλακτος πρώτης βρεφικής ηλικίας δραστηριοποιούνται αρκετές βιομηχανίες, όπως οι NESTLE ΕΛΛΑΣ Α.Ε., FRIESLAND CAMPINA Hellas Α.Ε., όμιλος DANONE (NUMIL HELLAS Α.Ε.), ΓΙΩΤΗΣ Α.Ε., Pfizer Hellas Α.Ε., Humana GmbH κ.ά.

¹¹ Τρεις από τις ερωτηθείσες, από τη ΓΔΑ, εταιρίες επεσήμαναν την ανάγκη διατήρησης πώλησης αυτής της ομάδας βρεφικών γαλάτων αποκλειστικά από τα φαρμακεία, λόγω των ειδικών διατροφικών σκοπών που επιτελούν και της υποχρέωσης να χρησιμοποιούνται με ιατρική παρακολούθηση (βλ. και παρακάτω).

¹² Βλ. σχετικά http://www.nsph.gr/files/011_Ygeias_Paidiou/Ereunes/Ekthesi_Ethnikhs_Meleths_Thilasmou.pdf.

¹³ Η ΓΔΑ έχει απευθύνει ερώτημα προς έξι εταιρίες παραγωγής και εμπορίας βρεφικού γάλακτος πρώτης ηλικίας σχετικά με τη διανομή του βρεφικού γάλακτος πρώτης ηλικίας και ειδικότερα σχετικά α) με τους λόγους που καθιστούν αναγκαίο τον περιορισμό της διανομής του εν λόγω προϊόντος και β) τον τρόπο διανομής του σε άλλες χώρες της Ε.Ε.

14. Όπως προαναφέρθηκε, βάσει της Υπουργικής Απόφασης τα προϊόντα γάλακτος πρώτης βρεφικής ηλικίας διατίθενται από τις εταιρίες εισαγωγής ή παραγωγής αποκλειστικά μέσω των φαρμακείων,¹⁴ ενώ τα προϊόντα γάλακτος δεύτερης βρεφικής ηλικίας, καθώς δεν υπάρχει αντίστοιχος περιορισμός, διατίθενται και μέσω των καταστημάτων λιανικής πώλησης τροφίμων (αλυσίδες σούπερ μάρκετ ή μεμονωμένα καταστήματα).
15. Επισημαίνεται ότι, λόγω της φύσεως του προϊόντος, η σωστή μεταφορά και αποθήκευση του προϊόντος (π.χ. η κατάλληλη θερμοκρασία και υγρασία του χώρου) διασφαλίζει τη διατήρηση της ποιότητας του. Σε αυτό το πλαίσιο, η αξιοπιστία του συστήματος εμπορίας και διανομής θα πρέπει να αξιολογηθεί με κριτήρια: α) τη διαφάνεια, τη σταθερότητα και την τήρηση των κανόνων κατά τη διαδικασία μεταφοράς και διάθεσης του προϊόντος (π.χ. υγειονομικοί κανόνες), β) την προβλεπτικότητα του συνολικού χρόνου ολοκλήρωσης της διαδικασίας μεταφοράς και διάθεσης του και γ) το κόστος συναλλαγής κατά τη διαδικασία της εμπορίας και της διανομής (π.χ. τη δυνατότητα παροχής πίστωσης, τη δυνατότητα υπογραφής συμβολαίου πληρωμής επί των πωληθέντων ή συμβολαίου πληρωμής επί των παραγγελιών).
16. Με αυτά τα δεδομένα και τις προϋποθέσεις του αριθμού, δηλαδή, των γεννήσεων, της ευρείας κατανάλωσης του γάλακτος πρώτης βρεφικής ηλικίας, της δυνατότητας ελέγχου τήρησης των κανόνων κατά τη διαδικασία μεταφοράς και διάθεσης του προϊόντος, είναι ερευνητέο, εάν η απελευθέρωση των σημείων πώλησης θα ωφελήσει τον ανταγωνισμό και κατ' επέκταση τους καταναλωτές του προϊόντος αυτής της κατηγορίας.
17. Στον Πίνακα που ακολουθεί αποτυπώνεται η τιμή διάθεσης του γάλακτος της δεύτερης βρεφικής ηλικίας, αλλά και εκείνα της τρίτης βρεφικής ηλικίας τα μεγαλύτερα δηλαδή των 12 μηνών, τα οποία διατίθενται, όπως προαναφέρθηκε, από τα φαρμακεία αλλά και τα σούπερ μάρκετ αντίστοιχα. Από τον εν λόγω Πίνακα παρατηρούμε ότι η ύπαρξη δύο ανταγωνιστικών δικτύων (σούπερ μάρκετ και φαρμακείο) μειώνει τις τιμές διάθεσης των προϊόντων και υπάρχει σύγκλιση των τιμών των προϊόντων που διανέμονται από αυτά, ειδικά στα γάλατα τρίτης βρεφικής ηλικίας όπου η προσφορά και η ζήτηση προϊόντων είναι μεγαλύτερη.

	ALMIRON (Numil)	NAN (NESTLE)	FRISO (FRIESLAND)	SANILAC (ΓΙΩΤΗΣ)	HUMANA (HUMANA)
<i>2η βρεφική ηλικία (6-12 μηνών)</i>					
	900 γρ.	400 γρ.	900 γρ.	400 γρ.	350 γρ.
Φαρμακείο**	20,39	8,00	18,30	8,20	11,19
τιμή/γραμμάριο	0,023	0,020	0,020	0,021	0,032
Σούπερ Μάρκετ***	17,45	7,06	7,69	6,91	δεν πωλείται
τιμή/γραμμάριο	0,019	0,018	0,019	0,017	
% Διαφορά τιμής	-16,9%	-13,3%	-5,8%	-18,7%	

¹⁴ Η διανομή των εν λόγω προϊόντων στα φαρμακεία γίνεται είτε μέσω των φαρμακαποθηκών και φαρμακευτικών συνεταιρισμών είτε απευθείας από τις εταιρίες εισαγωγής ή παραγωγής στα φαρμακεία. Βλ. σχετικά απόφαση της Ε.Α. υπ' αριθμ. 21/1996.

	ALMIRON (Numil)	NAN (NESTLE)	FRISO (FRIESLAND)	SANILAC (ΓΙΩΤΗΣ)	HUMANA (HUMANA)
φαρμακείο – σούπερ μάρκετ					
<i>3η βρεφική ηλικία (>12 μηνών)</i>					
	900 γρ.	400 γρ.	400 γρ.	450 γρ.	350 γρ.
Φαρμακείο*	18,33	7,50	7,38	8,45	9,24
τιμή/γραμμάριο	0,020	0,019	0,018	0,019	0,026
Σούπερ Μάρκετ***	17,77	6,94	7,43	6,91	δεν πωλείται
τιμή/γραμμάριο	0,020	0,017	0,019	0,015	
% Διαφορά τιμής φαρμακείο – σούπερ μάρκετ	-3,2%	-8,1%	0,7%	-22,3%	
* Στοιχεία Μαρτίου 2011 (από δειγματοληψία Υπηρεσίας Εποπτείας Αγοράς) ** Στοιχεία από www.pharmacyonline.gr , www.filiropharmacy.gr , www.vita4you.gr , www.synodinou.com , *** Στοιχεία Οκτωβρίου 2011 - Παρατηρητήριο τιμών, www.shopnsave.gr , www.carrefour.gr					

18. Τέλος, στον παρακάτω Πίνακα παρουσιάζονται οι τιμές ορισμένων προϊόντων γάλακτος πρώτης βρεφικής ηλικίας στα φαρμακεία. Παρατηρούμε ότι οι τιμές ανά γραμμάριο διαφέρουν ανάλογα με την ποσότητα της συσκευασίας, καθώς επίσης και μεταξύ των διαφορετικών κατηγοριών βρεφικού γάλακτος (πρώτης, δεύτερης και τρίτης βρεφικής ηλικίας), με ακριβότερο το γάλα πρώτης βρεφικής ηλικίας.
19. Επίσης, σύμφωνα με έρευνα της Υπηρεσίας Εποπτείας της Αγοράς (Υπουργείο Ανάπτυξης, Ανταγωνιστικότητας και Ναυτιλίας)¹⁵, Οκτώβριος 2011, το προϊόν Aptamil της εταιρίας Milupa (όμιλος DANONE) πωλείται στα σούπερ μάρκετ του Ηνωμένου Βασιλείου περίπου 9£ (δηλ. περίπου 10,3€) ανεξαρτήτως ηλικιακής ομάδας. Διαπιστώνει η εν λόγω έρευνα, σημαντική απόκλιση στην τιμή του γάλακτος πρώτης βρεφικής ηλικίας, ενώ οι τιμές στα αντίστοιχα προϊόντα δεύτερης και τρίτης βρεφικής ηλικίας κυμαίνονται στα ίδια επίπεδα, λαμβάνοντας υπόψη ότι στο Ηνωμένο Βασίλειο τα συγκεκριμένα προϊόντα δεν επιβαρύνονται με Φ.Π.Α.

	ALMIRON (Numil)	NAN (NESTLE)	FRISO (FRIESLAND)	SANILAC (ΓΙΩΤΗΣ)	HUMANA (HUMANA)
<i>1^η βρεφική ηλικία (0-6 μηνών)</i>					
	900 γρ.	400 γρ.	400 γρ.	400 γρ.	450 γρ.
Φαρμακείο*	24,09	11,37	10,23	9,71	14,81
τιμή/γραμμάριο	0,027	0,028	0,026	0,024	0,033
% Διαφορά τιμής από γάλα 2ης βρεφικής ηλικίας (φαρμακείο)	-18,15%	-42,13%	-25,78%	-18,41%	-2,94%

¹⁵ Βλ. σχετικά το από 27.10.2011 έγγραφο.

	ALMIRON (Numil)	NAN (NESTLE)	FRISO (FRIESLAND)	SANILAC (ΓΙΩΤΗΣ)	HUMANA (HUMANA)
<i>1^η βρεφική ηλικία (0-6 μηνών)</i>					
	900 γρ.	400 γρ.	400 γρ.	400 γρ.	450 γρ.
% Διαφορά τιμής από γάλα 3ης βρεφικής ηλικίας (φαρμακείο)	-23,91%	-34,04%	-27,86%	-22,65%	-19,78%
% Διαφορά τιμής από γάλα 2ης βρεφικής ηλικίας (s/m)	-38,09%	-61,05%	-33,03%	-40,52%	
% Διαφορά τιμής από γάλα 3ης βρεφικής ηλικίας (s/m)	-35,57%	-63,83%	-37,69%	-58,09%	
* Στοιχεία Μαρτίου 2011 (από δειγματοληψία Υπηρεσίας Εποπτείας Αγοράς)					

20. Στον Πίνακα 3 του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ προσδιορίζονται ανά περιφέρεια τα πιθανά σημεία πώλησης και των δύο κατηγοριών προϊόντων στην περίπτωση που αρθεί ο περιορισμός διάθεσης του γάλακτος πρώτης βρεφικής ηλικίας μόνο από τα φαρμακεία καθώς και ο μέγιστος πιθανός αριθμός καταναλωτών βρεφικού γάλακτος της κατηγορίας αυτής.

Δ. ΠΕΡΙΟΡΙΣΜΟΣ ΤΟΥ ΕΛΕΥΘΕΡΟΥ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ

21. Βάσει των ως άνω στοιχείων και συμπερασμάτων αναφορικά με τη δομή και τον τρόπο λειτουργίας της αγοράς προϊόντος εξετάζεται εάν η εν λόγω ρύθμιση της Υπουργικής Απόφασης συνάδει ή όχι με τις αρχές και τους κανόνες του ελεύθερου ανταγωνισμού. Ειδικότερα, η εν λόγω ρύθμιση εξετάζεται ως μια μορφή αποκλειστικής διάθεσης που θέτει περιορισμούς τόσο αναφορικά με το κανάλι διανομής του βρεφικού γάλακτος όσο και ως προς την πηγή προμήθειας αυτού, εν προκειμένω ιδίως από τους τελικούς καταναλωτές¹⁶. Εξάλλου, η εν λόγω ρύθμιση πιθανόν συνιστά και περιορισμό άσκησης οικονομικής δραστηριότητας¹⁷.
22. Γίνεται δεκτό ότι η ωφέλεια των καταναλωτών (consumer welfare) υφίσταται μόνο σε μια αγορά όπου λειτουργούν οι κανόνες του ανταγωνισμού και κυρίως ο κανόνας της ελεύθερης πρόσβασης άλλων ανταγωνιστών στην αγορά. Έχει καταδειχθεί εξάλλου ότι ρυθμίσεις που παραχωρούν το αποκλειστικό δικαίωμα σε επιχείρηση ή συγκεκριμένο αριθμό επιχειρήσεων να διαθέτει ένα προϊόν ή που περιορίζουν τη δυνατότητα συγκεκριμένης κατηγορίας επιχειρήσεων να διαθέτει ένα προϊόν ή υπηρεσία έχουν ως αποτέλεσμα τη στεγανοποίηση της αγοράς προμήθειας και τον περιορισμό των επιχειρήσεων που δραστηριοποιούνται στο αντίστοιχο κάθε φορά επίπεδο αγοράς όπου επενεργεί η σχετική νομοθετική ρύθμιση (προμηθευτών ή διανομέων) με συνακόλουθη μείωση του

¹⁶ Βλ. άρθρο 1 παρ. 1 στοιχείο β Ν. 3959/2011.

¹⁷ Βλ. και άρθρο 2 παρ. 2, περ. στ) του Ν. 3919/2011. Επισημαίνεται ότι η υπό εξέταση ρύθμιση ως περιορισμός της άσκησης οικονομικής δραστηριότητας δεν καταλαμβάνεται από την προβλεπόμενη στο άρθρο 9 παρ. 2 του Ν. 3919/2011 εξαίρεση της επαγγελματικής δραστηριότητας των φαρμακοποιών από το πεδίο εφαρμογής του εν λόγω νόμου, καθώς αυτή, όπως προαναφέρθηκε, αφορά στη διάθεση φαρμάκων.

ενδοσηματικού ανταγωνισμού. Επιπροσθέτως, τέτοιου είδους ρυθμίσεις περιορίζουν τη δυνατότητα ανάπτυξης ανταγωνισμού σε επίπεδο προμήθειας και/ή εμπορίας και διασηματικά επηρεάζουν έστω και έμμεσα το επίπεδο των τιμών των προϊόντων που συνιστούν το αντικείμενο του περιορισμού¹⁸.

23. Ανεπαρκείς ρυθμιστικοί κανόνες («το θεσμικό πλαίσιο») που επιβάλλουν την αποκλειστική διάθεση ενός προϊόντος από συγκεκριμένο δίκτυο διανομής και η συνακόλουθη μείωση/ απουσία ανταγωνισμού στην αλυσίδα εμπορίας και διανομής του εν λόγω προϊόντος οδηγούν κατά κανόνα σε συνθήκες περιορισμένης διάθεσης του προϊόντος αυτού, καθώς περιορίζουν τόσο τη δυνατότητα των προμηθευτών να διαθέσουν τα προϊόντα τους στην εθνική αγορά όσο και τη δυνατότητα των καταναλωτών να επιλέξουν οι ίδιοι το προϊόν το οποίο θα τους διατεθεί και την πηγή από την οποία θα τους διατεθεί.
24. Η επιβαλλόμενη μέσω νομοθετικής ρύθμισης δραστηριοποίηση ενός μόνο δικτύου λιανικής πώλησης με ταυτόχρονο αποκλεισμό εναλλακτικών δικτύων αμβλύνει κατ' αρχήν τον ενδοσηματικό ανταγωνισμό. Στην περίπτωση δε που η νομοθετικά επιβαλλόμενη αποκλειστικότητα καταλαμβάνει το σύνολο της επικράτειας μιας χώρας, παρέχοντας κατ' αυτό τον τρόπο απόλυτη προστασία στους διανομείς λιανικής σε επίπεδο γεωγραφικής περιοχής δραστηριοποίησης (εδαφική προστασία), οδηγεί σε ολοσχερή εξάλειψη του ενδοσηματικού ανταγωνισμού. Περαιτέρω η στεγανοποίηση της αγοράς έναντι των εγχώριων και αλλοδαπών ανταγωνιστών (αποκλεισμός δυνητικών ανταγωνιστών), περιορίζει τον ανταγωνισμό μεταξύ πωλητών λιανικής¹⁹, ιδίως σε επίπεδο τιμών διευκολύνοντας αθέμιτες συμπράξεις μεταξύ των διανομέων.
25. Η δραστηριοποίηση πρόσθετου δικτύου διανομής σε μια αγορά καθιστά τον ανταγωνισμό αποδοτικότερο κυρίως σε επίπεδο τιμών με αντίστοιχη ωφέλεια των καταναλωτών²⁰. Ένα εναλλακτικό δίκτυο διανομής ιδίως όταν χαίρει αγοραστικής ισχύος έναντι των προμηθευτών του δύναται να επιτύχει καλύτερους όρους αγοράς των προϊόντων από τους προμηθευτές με μετακύλιση της αντίστοιχης ωφέλειας στον καταναλωτή σε επίπεδο τιμών.
26. Σε επίπεδο προμήθειας, μια νομοθετική ρύθμιση όπως η εν λόγω οδηγεί κατ' αρχήν σε στεγανοποίηση της αγοράς προμήθειας αφού αποκλείει άλλους αγοραστές από την προμήθεια του εν λόγω προϊόντος. Αλλά και από την πλευρά των προμηθευτών, περιορίζει τη δυνατότητά τους να βρουν εναλλακτικά δίκτυα διανομής, και κατά συνέπεια νέους πελάτες,²¹ πολλώ δε μάλλον να επιλέξουν οι ίδιοι τον τρόπο διανομής των προϊόντων τους,²² ο οποίος πιθανόν να οδηγούσε σε βελτίωση της διανομής των προϊόντων και άρα σε αποτελεσματικότητες, με αποτέλεσμα ο καταναλωτής να στερείται πλεονεκτημάτων που ενδεχομένως να προέκυπταν από τον συνδυασμό διανομή – τιμή²³. Σε περιπτώσεις νομοθετικών

¹⁸ Βλ. OECD Competition Assessment Toolkit, <http://www.oecd.org/dataoecd/32/19/42228385.pdf>.

¹⁹ Βλ. ενδεικτικά Απόφαση Ευρωπαϊκής Επιτροπής 73/232/EK, Gas water-heaters and bath heaters, κεφ. II. 1.(α), Απόφαση Ευρωπαϊκής Επιτροπής 75/781/EK, Bomee-Stichting, κεφ. II, σελ. 32, Απόφαση Ευρωπαϊκής Επιτροπής 75/358/EK, Stoves and heaters, κεφ. II Εκτίμηση, σελ. 26-27, Απόφαση Ευρωπαϊκής Επιτροπής 72/390/EK, Chauffage central, κεφ. II, σελ. 28.

²⁰ Πρβ. απόφαση Ε.Α αριθμ. 455/V/2009, κεφ. IV παρ. 3, σελ. 44.

²¹ Βλ. ενδεικτικά Απόφαση Ευρωπαϊκής Επιτροπής 73/232/EK, Gas water-heaters and bath heaters, κεφ. II. 1.(α).

²² Βλ. συνεκδ. Υποθέσεις C 43/82 και 63/82, VBVB & VBVB, παρ. 9, Απόφαση Ευρωπαϊκής Επιτροπής, 75/781/EK, Bomee-Stichting, κεφ. II, σελ.33.

²³ Πρβ. Απόφαση Ευρωπαϊκής Επιτροπής 75/781/EK, Bomee-Stichting, κεφ. II, σελ. 32.

ρυθμίσεων που επιβάλλουν σε όλους τους προμηθευτές την προσφυγή σε καθορισμένα και συγκεκριμένα τελικά σημεία πώλησης για τη διανομή των προϊόντων τους και λαμβανομένης υπόψη της ωριμότητας της εκάστοτε αγοράς, είναι πιθανό η αναποτελεσματική λειτουργία του συγκεκριμένου δικτύου διανομής να εμποδίζει παρά να συμβάλει στη βελτίωση του ανταγωνισμού μεταξύ των προμηθευτών²⁴ με κίνδυνο την ανάπτυξη αθέμιτων συμπράξεων και την άμβλυνση του διασηματικού ανταγωνισμού μεταξύ ενός προμηθευτή και των ανταγωνιστών του.

27. Οι διανομείς ανταγωνίζονται μεταξύ τους με σκοπό να προσελκύσουν τους καταναλωτές και οι αγορές λειτουργούν αποτελεσματικότερα όταν οι καταναλωτές μπορούν να εξασκήσουν το δικαίωμα ελεύθερης επιλογής²⁵, ήτοι να προμηθευτούν το προϊόν που επιθυμούν μέσα από περισσότερα δίκτυα διανομής. Η επιλογή αυτή μπορεί να περιοριστεί ακόμη και στην περίπτωση που ο καταναλωτής παρόλο που έχει τη δυνατότητα να επιλέξει μέσα από μια ευρεία γκάμα προϊόντων, εντούτοις οι κρατικές ρυθμίσεις περιορίζουν τα κανάλια διάθεσης μέσω των οποίων διατίθενται τα προϊόντα σε αυτόν.
28. Εν προκειμένω, μέσω της υπό εξέταση ρύθμισης περί αποκλειστικής διάθεσης των προϊόντων γάλακτος πρώτης βρεφικής ηλικίας από τα φαρμακεία επιβάλλονται φραγμοί εισόδου στην αγορά λιανικής πώλησης σε όλες τις επιχειρήσεις, οι οποίες στα πλαίσια άσκησης της οικονομικής τους δραστηριότητας θα ήθελαν να δραστηριοποιηθούν στην πώληση του εν λόγω προϊόντος π.χ. καταστήματα λιανικής πώλησης τροφίμων (αποκλεισμός δυνητικών ανταγωνιστών, άμβλυνση ανταγωνισμού μεταξύ πωλητών λιανικής).
29. Λαμβάνοντας υπόψη ότι (α) τα καταστήματα λιανικής πώλησης τροφίμων δύνανται να καταστούν ένας πρόσθετος δίαυλος διανομής των σχετικών προϊόντων, όπως αποδεικνύει η δραστηριοποίησή τους στην πώληση προϊόντων βρεφικού γάλακτος δεύτερης βρεφικής ηλικίας, (β) η δραστηριοποίησή τους δεν καταλαμβάνεται από την πληθώρα των ρυθμιστικών κανόνων που περιορίζουν και οριοθετούν την οικονομική δραστηριότητα των φαρμακείων²⁶, (γ) το μέγεθός τους και η οργάνωσή τους επιτρέπει την ανάπτυξη οικονομιών κλίμακας με συνακόλουθη μείωση του κόστους ή τυχόν εισοδός τους στην αγορά διάθεσης προϊόντων βρεφικού γάλακτος πιθανολογείται ότι θα οδηγήσει σε επίταση του επιπέδου ανταγωνισμού στην εν λόγω αγορά με έμμεση συνέπεια τη μείωση του επιπέδου των τιμών. Δεν πρέπει να παραβλέπεται, εξάλλου, ότι ιδίως οι αλυσίδες τέτοιων καταστημάτων, λόγω της αγοραστικής δύναμης που απολαμβάνουν δύνανται να διαπραγματευθούν ευνοϊκότερους για τις ίδιες αλλά και για τους

²⁴ Πρβ. Απόφαση Ευρωπαϊκής Επιτροπής 73/232/EK, Gas water-heaters and bath heaters, κεφ. III. σελ.38, Απόφαση Ευρωπαϊκής Επιτροπής 75/358/EK, Stoves and heaters, κεφ. II Εκτίμηση, σελ. 26.

²⁵ Βλ. ιστοτόπο http://www.oecd.org/document/48/0,3746,en_2649_40381664_42454576_1_1_1_1,00.html, τόμος 2, σελ. 94 επ.

²⁶ Βλ. π.χ. τον κλειστό αριθμό των φαρμακείων, τις ρυθμίσεις ως προς το περιθώριο κέρδους, κλπ. Σημειώνεται ότι με την Υπουργική Απόφαση ΑΔ3/2011 ΥΑ Α2-1045/2011 (ΦΕΚ Β 1502/22.6.2011) καταργήθηκαν τα περιθώρια ελεγχόμενου κέρδους της παρ. 3 περ. β (2) του άρθ. 1 και του στοιχείου 2 του πίνακα του άρθ. 3 της Α.Δ 7/2009, ήτοι περιθώριο κέρδους 15% σε παιδικές τροφές που παράγονται στη χώρα ή εισάγονται από άλλες χώρες, δηλαδή τροφές βρεφών και νηπίων οι οποίες λόγω της ειδικής σύνθεσής τους ή του ειδικού τρόπου παρασκευής τους διακρίνονται σαφώς από τα τρόφιμα συνηθισμένης κατανάλωσης, ανταποκρίνονται στον δηλούμενο διατροφικό προορισμό τους και φέρονται στην κατανάλωση με τρόπο που υποδηλώνει την καταλληλότητά τους για το σκοπό αυτό και για την κυκλοφορία των οποίων απαιτείται έγκριση του Ανότατου Χημικού Συμβουλίου (Α.Χ.Σ) και του Ε.Ο.Φ.

καταναλωτές, ιδίως σε επίπεδο τιμών, όρους προμήθειας των προϊόντων βρεφικού γάλακτος από τις εταιρίες εισαγωγείς των εν λόγω προϊόντων, σε αντίθεση με το κατακερματισμένο κανάλι των φαρμακείων, όπως εξάλλου καταδεικνύει και η προαναφερόμενη έρευνα της Υπηρεσίας Εποπτείας της Αγοράς.

30. Επιπροσθέτως, και ακριβώς διότι, όπως αναλύθηκε, (α) η υπό εξέταση αγορά συνιστά μια ανελαστική αγορά από πλευράς ζήτησης, (β) η υπό εξέταση αγορά διακρίνεται για τη μεγάλη έκταση πίστης των καταναλωτών σε συγκεκριμένη μάρκα παρασκευάσματος η οποία εκφράζεται μέσω της επανάληψης της αγοράς (brand loyalty) και (γ) η επιλογή του προϊόντος από τους καταναλωτές γίνεται κατόπιν καθοδήγησης και συμβουλής παιδιάτρου, με αποτέλεσμα δύσκολα οι καταναλωτές να υποκαταστήσουν ένα παρασκεύασμα με ένα άλλο. Η εν λόγω νομοθετική ρύθμιση έχει ως αποτέλεσμα οι καταναλωτές να μην επωφελούνται ούτε από άλλα πλεονεκτήματα που θα τους παρείχε ένα εναλλακτικό δίκτυο διανομής, όπως περισσότερα σημεία πώλησης, καλύτερη πρόσβαση στο προϊόν λόγω διευρυμένου ωραρίου και ημερών λειτουργίας των διανομέων και μεγαλύτερη ποικιλία προϊόντων λόγω δυνατότητας αποθήκευσης μεγαλύτερου αποθέματος προϊόντων (stock).
31. Επίσης, η νομοθετική επιβολή του καναλιού διανομής των φαρμακείων στις επιχειρήσεις εισαγωγείς των προϊόντων επιτρέπουν σε αυτές, αφενός να διαπραγματεύονται με μία ομάδα πελατών με χαμηλή διαπραγματευτική δύναμη σε σχέση με τις αλυσίδες λιανικής, αφετέρου μέσω του συστήματος προτεινόμενων τιμών, να ελέγχουν με ιδιαίτερη αποτελεσματικότητα τις τιμές του ανταγωνισμού και το επίπεδο τιμών, χωρίς το φόβο άσκησης ανταγωνιστικής πίεσης²⁷.

Ε. ΛΟΓΟΙ ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΣΗΣ ΠΕΡΙΟΡΙΣΜΟΥ ΤΟΥ ΕΛΕΥΘΕΡΟΥ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ

32. Οι ανωτέρω περιορισμοί του ελεύθερου ανταγωνισμού αποτελούν συνέπεια κρατικής ρύθμισης. Ως εκ τούτου, θα πρέπει να εξεταστεί εάν και σε ποιο βαθμό δικαιολογούνται από κάποιο λόγο δημοσίου συμφέροντος και εάν κρίνονται απαραίτητοι για την προστασία ενός εννόμου αγαθού, το οποίο δεν θα μπορούσε να προστατευθεί με άλλο τρόπο, λιγότερο ζημιογόνο για τον ανταγωνισμό.
33. Εν προκειμένω εξετάζεται (α) εάν η αποκλειστική διάθεση των παρασκευασμάτων για βρέφη μόνο από τα φαρμακεία δικαιολογείται για λόγους αφενός προστασίας της υγείας των βρεφών και αφετέρου προώθησης και ενθάρρυνσης του μητρικού θηλασμού και (β) αν υφίστανται άλλοι γενικότεροι λόγοι προστασίας των καταναλωτών που δικαιολογούν των εν λόγω περιορισμό²⁸.
34. Μετά από σχετική έρευνα της ΓΔΑ σε διάφορα κράτη μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης (π.χ Γαλλία, Ιταλία, Γερμανία, Αγγλία, Ισπανία) διαπιστώθηκε ότι δεν υπάρχει σχετικός περιορισμός διάθεσης των προϊόντων βρεφικού γάλακτος, με εξαίρεση το Βέλγιο,²⁹ με αποτέλεσμα να πωλούνται και σε αλυσίδες λιανικού

²⁷ Βλ. σχετικά και απόφαση π. 8087/2.3.2000 L' Autorita' Garante della Concorrenza e del mercato, Latte Artificiale per Neonati, παρ. 66, 67.

²⁸ Τα εν λόγω επιχειρήματα επικαλέσθηκε η Ελληνική Δημοκρατία και στο πλαίσιο της με αριθμ. C-391/92 υπόθεσης επικαλούμενη υψηλά ποσοστά υπογεννητικότητας και παιδικής θνησιμότητας.

²⁹ Σύμφωνα με μια από τις ερωτηθείσες εταιρίες (επιστολή με υπ' αριθμ. πρωτ. 6459/12.10.2011) στις υπόλοιπες χώρες της Ε.Ε. δεν υπάρχουν αντίστοιχοι με την Ελλάδα περιορισμοί στην διάθεση των γαλάτων πρώτης βρεφικής

εμπορίου.^{30, 31} Παράλληλα οι τιμές διαφέρουν αισθητά σε σχέση με αυτές στην Ελλάδα, όπως εξάλλου καταδεικνύει και η προαναφερόμενη έρευνα της Υπηρεσίας Εποπτείας της Αγοράς. Από την έρευνα της ΓΔΑ προέκυψε ότι σε ορισμένα από τα κράτη μέλη της Ε.Ε. μπορεί να υπερτερεί η διακίνηση των προϊόντων αυτών μέσω του ενός καναλιού και σε κάποιες άλλες μέσω κάποιου άλλου. Η επικράτηση του ενός καναλιού έναντι του άλλου δεν οφείλεται στο νομοθετικό πλαίσιο, αλλά στις περιστάσεις και τις συνθήκες της αγοράς, τα τοπικά ήθη, τις συνήθειες των καταναλωτών και την ιστορική εξέλιξη των δικτύων διανομής.³²

35. Από τα συλλεχθέντα από τη ΓΔΑ στοιχεία προκύπτει ότι η πλειονότητα των ερωτηθεισών επιχειρήσεων δεν θεωρεί ότι υπάρχει κάποια ιδιαιτερότητα στην αγορά του γάλακτος πρώτης βρεφικής ηλικίας, η οποία να δικαιολογεί ή/και να επιβάλλει τον περιορισμό της διάθεσης τους προς τους καταναλωτές μόνο από τα φαρμακεία και όχι από τα καταστήματα τροφίμων.³³ Δύο εταιρίες θεωρούν ότι η διανομή του γάλακτος πρώτης βρεφικής ηλικίας αποκλειστικά μέσω των φαρμακείων στην Ελλάδα αιτιολογείται από α) την προστασία της δημόσιας υγείας ειδικά της ευαίσθητης κατηγορίας καταναλωτών, όπως είναι τα βρέφη, λαμβανομένων υπόψη και των ιδιαίτερων κλιματολογικών συνθηκών της χώρας (καλύτερες δυνατές συνθήκες υγιεινής και ασφάλειας κατά τη διάρκεια της αποθήκευσης), β) την καλύτερη ενημέρωση και επιμέλεια κατά την φύλαξη και πώληση από τους φαρμακοποιούς και γ) τα ιδιάζοντα ωράρια που απαιτεί η σίτιση ενός βρέφους κατά τους πρώτους μήνες της ζωής του, το φαρμακείο καθίσταται το κανάλι που πέραν των επιστημονικών συμβουλών, ανταποκρίνεται (μέσω των διανυκτερεύοντων / εφημερευόντων φαρμακείων) επιπλέον στην ενδεχόμενη έκτακτη ανάγκη του γονέα για αναζήτηση γάλακτος του βρέφους σε μέρες και ώρες που ένα οποιοδήποτε άλλο εμπορικό κατάστημα είναι κλειστό³⁴.
36. Σχετικά, έχει γίνει δεκτό ότι η απαγόρευση πώλησης σε συγκεκριμένες κατηγορίες πελατών μπορεί να δικαιολογείται, εφόσον ο περιορισμός αυτός είναι αντικειμενικά αναγκαίος για λόγους ασφάλειας ή δημόσιας υγείας³⁵. Εν προκειμένω, η Οδηγία 2006/141/EK της Επιτροπής της 22ας Δεκεμβρίου 2006

ηλικίας, με εξαίρεση το Βέλγιο όπου διατίθενται αποκλειστικά από τα φαρμακεία. Επίσης, επισημαίνει ότι προ του έτους 1989 τα προϊόντα γάλακτος της πρώτης βρεφικής ηλικίας διανέμονταν και πωλούνταν χωρίς περιορισμούς στην Ελλάδα. Ενώ η Υπουργική Απόφαση που στη συνέχεια προέβλεπε την αποκλειστική διάθεση στα φαρμακεία επιτρέπει τη διάθεση αυτών και από τα καταστήματα τροφίμων σε περιοχές που δεν υπήρχε φαρμακείο

³⁰ Βλ. απόφαση n° 00-D-66/7.1.2001 Conseil de la Concurrence, I) A.1.c) σκέψη. 4, n° 07-D-24/30.11.2007 Conseil de la Concurrence, I) C σκέψη. 20, <http://www.oecd.org/dataoecd/28/1/35994584.pdf>, OECD DAF/COMP/GF/WD(2006)5, Baby milk case, 1. παρ. 2. & 4.- http://www.oft.gov.uk/shared_oftrreports/comp_policy/oft767.pdf, παρ. 4.9 σελ. 19, και απόφαση n. 8087/2.3.2000 L' Autorita' Garante della Concorrenza e del mercato, Latte Artificiale per Neonati, παρ. 45 επ..

³¹ Επισημαίνεται ότι σε άλλα κράτη μέλη κάποιες από τις εταιρίες οι οποίες δραστηριοποιούνται και στην ελληνική αγορά, διανέμουν το βρεφικό γάλα πρώτης ηλικίας και μέσω των αλυσίδων λιανικού εμπορίου (π.χ. NESTLE, DANONE)

³² Βλ. και επιστολή υπ' αριθμ. πρωτ. 6549/21.10.2011.

³³ Βλ. σχετικά απαντήσεις τριών από τις ερωτηθείσες εταιρίες. Μία από τις ερωτηθείσες εταιρίες δεν απάντησε σχετικά.

³⁴ Το επιχείρημα αυτό του ωραρίου επικαλείται και ο Πρόεδρος Φ.Σ.Α. κ. Κ. Λουράντος, σε επιστολή του (23.3.2011) προς τον Υπουργό Οικονομίας, Ανταγωνιστικότητας και Ναυτιλίας, κ. Μ. Χρυσόχοϊδη σχετικά με τα βρεφικά γάλατα. Βλ. <http://www.mypharm.gr/node/1842>.

³⁵ Βλ. Κατευθυντήριες γραμμές για τους κάθετους περιορισμούς (2010/C 130/01), σκ.60, αλλά και Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής- Κατευθυντήριες γραμμές για την εφαρμογή του άρθρου 81 παρ.3 (C 101 της 27/04/2004), σκ.18 (2),49.

«σχετικά με τα παρασκευάσματα για βρέφη και τα παρασκευάσματα δεύτερης βρεφικής ηλικίας και την τροποποίηση της οδηγίας 1999/21/ΕΚ» θέτει το γενικό θεσμικό πλαίσιο εναρμόνισης των εθνικών νομοθεσιών αναφορικά με την παρασκευή, διάθεση, κυκλοφορία, επισήμανση, παρουσίαση, διαφήμιση και πληροφόρηση για τα σχετικά προϊόντα. Κατά συνέπεια, το ενωσιακό δίκαιο θέτει ήδη έναν ελάχιστο και αντικειμενικά αναγκαίο βαθμό προστασίας της υγείας των βρεφών και προαγωγής του μητρικού θηλασμού χωρίς να υπεισέρχεται στο θέμα του χώρου, στον οποίο διατίθενται τα προϊόντα το οποίο εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια των κρατών μελών να το ρυθμίσουν.

37. Το θεσπισθέν περιοριστικό του ανταγωνισμού μέτρο (ήτοι η αποκλειστική διάθεση των προϊόντων γάλακτος πρώτης βρεφικής ηλικίας μέσω φαρμακείων) δεν εμφανίζεται ούτε αναγκαίο ούτε επαρκές για την προστασία της υγείας των βρεφών, καθώς

(α) η κατάλληλη επισήμανση σχετικά με τη φύση, τα συστατικά, τα χαρακτηριστικά και τη χρήση των προϊόντων, ο περιορισμός της διαφήμισής τους³⁶, η κυκλοφορία των προϊόντων με σχετική γνωστοποίηση στον Ε.Ο.Φ. και η διασφάλιση από τον ως άνω φορέα της αντικειμενικής και πλήρους πληροφόρησης σχετικά με τη διατροφή των βρεφών από 0 έως 6 μηνών διασφαλίζουν επαρκώς την επίτευξη αυτών των σκοπών. Εξάλλου, οι ίδιες ρυθμίσεις για την προστασία της υγείας των βρεφών άνω των 6 μηνών κρίθηκαν επαρκείς και ως εκ τούτου ο νομοθέτης δεν περιόρισε την διάθεσή των αντίστοιχων προϊόντων μόνο μέσω των φαρμακείων.

(β) τόσο στην Κοινοτική Οδηγία όσο και στην Υπουργική Απόφαση καθορίζεται η βασική σύνθεση των παρασκευασμάτων για βρέφη από 0 έως 6 μηνών, αλλά και για βρέφη άνω των 6 μηνών. Ως εκ τούτου, δεν διευκρινίζεται ποια είναι εκείνα τα τεχνικά χαρακτηριστικά των προϊόντων γάλακτος πρώτης βρεφικής ηλικίας, τα οποία τα διαφοροποιούν σε σχέση με τα αντίστοιχα προϊόντα δεύτερης βρεφικής ηλικίας σε τέτοιο βαθμό ώστε η πώλησή των πρώτων να επιβάλλεται να γίνεται μέσω των φαρμακείων, ενώ αντίθετα για τα δεύτερα να μην προβλέπεται τέτοιος περιορισμός³⁷. Όπως προεκτέθηκε, τα εν λόγω προϊόντα δεν συνιστούν φάρμακα ούτε συνταγογραφούνται. Χρησιμοποιούνται για τη διατροφή βρεφών και συνιστούν κατηγορία τροφίμων που προορίζονται για ειδική διατροφή.

(γ) η επιλογή συγκεκριμένου προϊόντος από τις μητέρες διαμορφώνεται σε μεγάλο βαθμό από τον παιδίατρο, ο οποίος προτείνει το είδος και τη μάρκα που θεωρεί κατάλληλη για το κάθε βρέφος, αλλά και τις τυχόν εναλλακτικές λύσεις σε περίπτωση που το βρέφος δεν αποδεχτεί το συγκεκριμένο προϊόν.

³⁶ Βλ. άρθρο 6 της Υπουργικής Απόφασης «Διαφήμιση 1.Η διαφήμιση των παρασκευασμάτων για βρέφη πραγματοποιείται μόνο μέσω εκδόσεων που ειδικεύονται στη φροντίδα των βρεφών ή στις επιστημονικές δημοσιεύσεις. (...) 2. Η διαφήμιση των σημείων πώλησης, η προσφορά δειγμάτων ή οποιοδήποτε άλλο μέσο προώθησης των πωλήσεων παρασκευασμάτων για βρέφη στον καταναλωτή σε επίπεδο λιανικής πώλησης, όπως οι ειδικές επιδείξεις, τα κουπόνια εκπτώσεων, τα δώρα, οι ειδικές πωλήσεις, οι πωλήσεις κάτω του κόστους και οι πωλήσεις που συνεπάγονται την υποχρεωτική αγορά άλλων εμπορευμάτων, δεν επιτρέπονται. 3. Οι παρασκευαστές και διανομείς παρασκευασμάτων για βρέφη δεν πρέπει να προσφέρουν στο ευρύ κοινό ή στις εγκύους, στις μητέρες ή στα μέλη των οικογενειών τους, δωρεάν ή σε χαμηλή τιμή προϊόντα, δείγματα ή άλλα διαφημιστικά δώρα, άμεσα ή έμμεσα μέσω του συστήματος Υγείας ή των εργαζομένων σε αυτό.» Πρβ. υπόθεση C- 319/05, Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Γερμανίας, σκέψη 95

³⁷ Βλ. άρθρο 3 «Συστατικά παρασκευασμάτων» και άρθρο 4 «Σύνθεση» της Υπουργικής Απόφασης.

38. Υπέρ των ανωτέρω συνηγορούν και δυο ακόμα ιστορικά δεδομένα:
- (α) η διάθεση των εν λόγω προϊόντων από τα καταστήματα τροφίμων σε περιοχές που δεν υπάρχει φαρμακείο.
 - (β) η χωρίς οποιοδήποτε σχετικό περιορισμό διανομή των εν λόγω προϊόντων πριν το έτος 1988 οπότε και θεσπίστηκε η εν λόγω διάταξη χωρίς να έχουν καταγραφεί περιστατικά διακινδύνευσης της υγείας των βρεφών ηλικίας μεταξύ 0 και 6 μηνών.
39. Όσον αφορά τον σκοπό της προώθησης και προστασίας του μητρικού θηλασμού, επισημαίνεται ότι:
- (α) ο μεγάλος αριθμός των φαρμακείων τα οποία διαθέτουν τα προϊόντα δεν φαίνεται να καθιστά δυσχερή την πρόσβαση των μητέρων στα προϊόντα αυτά.
 - (β) η απόφαση μιας μητέρας να θηλάσει το τέκνο της εξαρτάται καταρχήν από άλλα στοιχεία, τα οποία συνίστανται τόσο στις σωματικές δυνατότητες της μητέρας – οι οποίες σημειωτέον ουδόλως μπορούν να επηρεαστούν από τον νόμο - όσο και σε κοινωνικοοικονομικούς παράγοντες, π.χ επιβάρυνση της μητέρας με οικογενειακές και επαγγελματικές υποχρεώσεις.
 - (γ) τόσο η Οδηγία όσο και η Υπουργική Απόφαση προβλέπουν συγκεκριμένες επισημάνσεις επί της συσκευασίας των προϊόντων και περιορισμούς στη διαφήμισή τους, προκειμένου να προστατεύσουν και να προωθήσουν τον μητρικό θηλασμό³⁸. Όπως προκύπτει άλλωστε από τα στοιχεία που καταγράφονται στον Πίνακα 2 του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ, το ποσοστό του μητρικού θηλασμού φθίνει, παρά το γεγονός ότι η συγκεκριμένη διάταξη της Υπουργικής Απόφασης, βρίσκεται σε ισχύ για μεγάλο χρονικό διάστημα.
40. Επιπροσθέτως, ούτε γενικότεροι λόγοι προστασίας των καταναλωτών φαίνεται να συντρέχουν ιδίως αν ληφθεί υπόψη ότι:
- (α) η σύνθεση των εν λόγω προϊόντων ρυθμίζεται δεσμευτικά σε ενωσιακό επίπεδο³⁹ - και άρα το προϊόν αυτό καθ' αυτό δεν συνεπάγεται κινδύνους για τα βρέφη.
 - (β) υφίσταται, όπως προαναφέρθηκε, τόσο ενωσιακή όσο και εθνική νομοθεσία αναφορικά με την υποχρεωτική σήμανση των εν λόγω προϊόντων, τον τρόπο διαφήμισής τους, τον έλεγχο της κυκλοφορίας τους και την πληροφόρηση των καταναλωτών. Ο συνδυασμός των παραπάνω στοιχείων οδηγεί στο συμπέρασμα ότι η τυχόν άρση του εν λόγω περιορισμού δεν ενέχει κανένα κίνδυνο για τους καταναλωτές όταν θα προμηθεύονται τα προϊόντα από το εμπόριο.
41. Εξάλλου, ούτε τυχόν αιτιάσεις περί ελλιπούς τήρησης κανόνων υγιεινής από τα καταστήματα λιανικής πώλησης μπορούν να είναι βάσιμες και τούτο διότι

³⁸ Βλ. άρθρο 5 παρ. 4 της Υπουργικής Απόφασης σύμφωνα με την οποία «η επισημάνση των παρασκευασμάτων για βρέφη και των παρασκευασμάτων δεύτερης βρεφικής ηλικίας γίνεται κατά τέτοιο τρόπο ώστε να παρέχει τις αναγκαίες πληροφορίες για μια σωστή χρήση των προϊόντων και να μην αποθαρρύνει τον θηλασμό. Η χρήση των όρων όπως «εξανθρωπισμένο» (humanized), «εξομοιωμένο με το μητρικό» (maternalized), «προσαρμοσμένο» (adapted) ή παρομοίων απαγορεύεται». Βλ. επίσης ενδεικτικά προτάσεις Γενικού Εισαγγελέα Lenz στην υπόθεση C-391/92 παρ. 49-50.

³⁹ Βλ. Οδηγία 2006/141/ΕΚ.

(α) οι συνθήκες υγιεινής, ασφάλειας και αποθήκευσης/ φύλαξης των προϊόντων ρυθμίζονται με κανόνες, οι οποίοι τηρούνται υποχρεωτικά από κάθε προμηθευτή, ο οποίος διανέμει τα συγκεκριμένα προϊόντα.

(β) τα καταστήματα λιανικής πώλησης τροφίμων και ιδίως οι μεγάλες αλυσίδες έχουν εξαιρετικά εξελιγμένα συστήματα διακίνησης και συντήρησης των προϊόντων που μεταπωλούν, η πλειοψηφία των οποίων προορίζονται για τη διατροφή του καταναλωτικού κοινού, πολλά δε εξ αυτών χρησιμοποιούνται για τη διατροφή ατόμων σε παιδική ηλικία.

42. Περαιτέρω, ούτε ο ισχυρισμός περί ωραρίων λειτουργίας των φαρμακείων και πρόσβασης στο προϊόν σε μέρες και ώρες που ένα οποιοδήποτε άλλο κατάστημα είναι κλειστό, φαίνεται να σχετίζεται και να δικαιολογεί **την αποκλειστική** μέσω φαρμακείων διάθεση των παρασκευασμάτων για βρέφη 0 έως 6 μηνών. Εξάλλου, η προτεινόμενη κατάργηση της εν λόγω ρύθμισης δεν οδηγεί σε αποκλεισμό των φαρμακείων από τη διάθεση των εν λόγω προϊόντων αλλά μόνο σε διεύρυνση των σημείων πώλησης τους.

43. Από τα ανωτέρω, συνάγεται ότι η εν λόγω ρύθμιση δεν προκύπτει να αποτελεί πρόσφορο και αναγκαίο κανονιστικό μέσο για την προστασία της υγείας των βρεφών και την προαγωγή της αξίας του θηλασμού και ότι άλλα λιγότερο περιοριστικά μέτρα μπορούν να εξασφαλίσουν την επίτευξη των ως άνω σκοπών όπως, π.χ. καθορισμός κριτηρίων σύνθεσης, κυκλοφορίας, επισήμανσης και διαφήμισης των προϊόντων, τα οποία ήδη προσδιορίζονται από την προαναφερόμενη Οδηγία και θεσπίζονται με την Υπουργική Απόφαση. Εξάλλου, όπως αναφέρεται και στην Έκθεση του ΟΟΣΑ (1997)⁴⁰, «η οικονομική και κοινωνική πολιτική πρέπει να αλληλοσυμπληρώνονται. Οι περιορισμοί στον ανταγωνισμό, όπως για παράδειγμα οι περιορισμοί εισόδου όσον αφορά στην αγορά, την τιμολόγηση, την παραγωγή ή τις παραγωγικές μεθόδους, αποτελούν πολύ δαπανηρά μέσα για την προώθηση τέτοιων δημοσίων συμφερόντων [και] συχνά είναι αναποτελεσματικά. Ενδεχομένως να υπάρχουν προσεγγίσεις με χαμηλότερο κόστος, όπως τα κίνητρα αγοράς ή οι ουδέτερες προς τον ανταγωνισμό προσεγγίσεις, οι οποίες λειτουργούν καλύτερα στις ανταγωνιστικές αγορές...».

ΣΤ. ΟΙ ΔΙΑΤΑΞΕΙΣ ΤΩΝ ΑΡΘΡΩΝ 4 ΣΕΕ ΣΕ ΣΥΝΔΥΑΣΜΟ ΜΕ ΤΑ ΑΡΘΡΑ 101 & 102 ΣΛΕΕ

44. Το άρθρο 4 παρ. 2 ΣΕΕ (πρώην άρθρο 10 ΕΚ) επιβάλλει στα κράτη μέλη να απέχουν από κάθε μέτρο που δύναται να θέσει σε κίνδυνο την πραγματοποίηση των σκοπών της Ένωσης. Σύμφωνα με το ενωσιακό δίκαιο, παρόλο που τα άρθρα 101 και 102 ΣΛΕΕ ρυθμίζουν αποκλειστικά την συμπεριφορά των επιχειρήσεων και δεν αφορούν τα θεσπιζόμενα από τα κράτη μέλη νομοθετικά ή κανονιστικά μέτρα, ωστόσο, τα ως άνω άρθρα σε συνδυασμό προς το άρθρο 4 παρ. 2 ΣΕΕ (πρώην άρθρο 10 ΕΚ) επιβάλλουν στα κράτη μέλη να μην θεσπίζουν ή διατηρούν σε ισχύ μέτρα τα οποία δύνανται να εξουδετερώσουν την πρακτική αποτελεσματικότητα των κανόνων ανταγωνισμού που εφαρμόζονται από τις επιχειρήσεις⁴¹. Το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι υπάρχει παράβαση των άρθρων 4

⁴⁰ http://www.oecd.org/document/48/0,3746,en_2649_40381664_42454576_1_1_1_1,00.html, τόμος 2, σελ. 8.

⁴¹ Βλ. υποθέσεις C-198/01 CIF, σκέψη 45- 13/77, GB-Inno-BM, σκέψη 31- 267/86, Van Eycke, σκέψη 16, C-185/91, Reiff, σκέψη 14, C-153/93, Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft, σκέψη 14, C-96/94, Centro

- παρ. 2 ΣΕΕ (πρώην άρθρο 10 ΕΚ) και 101 ΣΛΕΕ (πρώην 85 ΕΚ) όταν κράτος μέλος είτε επιβάλλει είτε ευνοεί τη σύναψη συμπράξεων ή ενισχύει τα αποτελέσματά τους⁴². Επιπλέον, έχει κριθεί ότι η υπεροχή του ενωσιακού δικαίου επιβάλλει να μην εφαρμοστεί οποιαδήποτε διάταξη εθνικού νόμου αντίθετη προς ενωσιακή διάταξη, καθήκον το οποίο έχουν όχι μόνο τα εθνικά δικαστήρια αλλά και όλα τα κρατικά όργανα περιλαμβανομένων των διοικητικών αρχών⁴³. Έχει, επίσης, κριθεί ότι υποχρεώσεις που βαρύνουν τα κράτη μέλη βάσει των άρθρων 4 παρ. 2 ΣΕΕ (πρώην άρθρο 10 ΕΚ), 101 και 102 ΣΛΕΕ (πρώην 81 και 82 ΕΚ) είναι χωριστές εκείνων που απορρέουν για τις επιχειρήσεις από τα άρθρα 101 και 102 ΣΛΕΕ και εξακολουθούν να υφίστανται. Βάσει της ανωτέρω νομολογίας κάθε εθνική αρχή ανταγωνισμού οφείλει, ενόψει συμπεριφορών επιχειρήσεων οι οποίες επιβάλλονται από εθνική νομοθεσία και είναι αντίθετες προς τις ενωσιακές διατάξεις, να μην εφαρμόζει το εθνικό μέτρο το οποίο κρίνεται ότι περιορίζει τον ανταγωνισμό⁴⁴, όπως εν προκειμένω η υπό κρίση κανονιστική ρύθμιση που επιφυλάσσει την εμπορία συγκεκριμένου προϊόντος σε μια κατηγορία επιχειρήσεων κατά διακριτό τρόπο απονέμοντάς της ένα αποκλειστικό / ειδικό δικαίωμα που δεν συνδέεται με την εκπλήρωση της ειδικής αποστολής που της έχει ανατεθεί, όπως σαφώς προκύπτει τόσο από την κείμενη εθνική νομοθεσία⁴⁵ όσο και από την ανάλυση τυχόν λόγων δημοσίου συμφέροντος που θα δικαιολογούσαν την απονομή ενός τέτοιου αποκλειστικού / ειδικού δικαιώματος.
45. Κατά συνέπεια, ενδεχόμενες συμπεριφορές επιχειρήσεων (οριζόντιες ή κάθετες⁴⁶ συμφωνίες ή/και εναρμονισμένες πρακτικές, αποφάσεις ενώσεων επιχειρήσεων ή δεσπόζουσας επιχείρησης), οι οποίες, επικαλούμενες την συγκεκριμένη νομοθετική διάταξη, αρνούνται τη πώληση βρεφικού γάλακτος σε καταστήματα λιανικής πώλησης που έχουν την δυνατότητα να εξασφαλίσουν την τήρηση των ελάχιστων προδιαγραφών ασφαλείας και υγείας που απαιτούν οι σχετικές νομοθετικές διατάξεις, θα μπορούσαν (εφόσον πληρούνται οι προϋποθέσεις που τάσσει η σχετική νομολογία) να προκαλέσουν παρέμβαση της Επιτροπής στην κατεύθυνση κήρυξης της συγκεκριμένης νομοθετικής διάταξης ως ανεφάρμοστης.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Προτείνεται η κατάργηση της παρ. 2 του άρθρου 2 της Υπουργικής Απόφασης Υ1/Γ.Π.47815/2008-ΦΕΚ 1478/Β/28.7.2008 με την οποία προβλέπεται η διάθεση των προϊόντων γάλακτος πρώτης βρεφικής ηλικίας (για βρέφη 0-6 μηνών) μόνο από τα φαρμακεία και για όσα από τα προϊόντα αυτά δεν χρήζουν ιατρικής συνταγής.

Servizi Spediporto, σκέψη 20, C-35/99, Arduino, σκέψη 34, C-94/04 και C-202/04, Cipolla, σκέψη 46, C-446/05 Doulamis, σκέψη 19.

⁴² Ο.π. υπόθεσις C-198/01, σκέψη 46, υπόθεση 267/86 σκέψη 16, C-185/91 σκέψη 14, C-153/93, σκέψη 14, C-96/94, σκέψη 21, C-35/99, σκέψη 35, C-94/04 και C-202/04, σκέψη 46 και C-446/05 Doulamis, σκέψη 20.

⁴³ Βλ. υπόθεση C-198/01 CIF, σκέψεις 48-49, απόφαση ΕΑ 512/VI/2010, σκέψη 90.

⁴⁴ Βλ. υπόθεση C-198/01 CIF, σκέψεις 51 και 58.

⁴⁵ Βλ. ν. 3918/2011 και ν. 5607/1932.

⁴⁶ Για παράδειγμα μεταξύ εταιριών και φαρμακαποθηκών (βλ. σκέψη 14).

Η Γνωμοδότηση εκδόθηκε την **27η Οκτωβρίου 2011**.

Η Γνωμοδότηση να δημοσιευθεί στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, σύμφωνα με το άρθρο 26 παρ. 6 του ισχύοντος Κανονισμού Λειτουργίας και Διαχείρισης της Επιτροπής Ανταγωνισμού (ΦΕΚ 1890/Β/29.12.2006).

Ο Πρόεδρος

Δημήτριος Κυριτσάκης

Η Γραμματέας

Παρασκευή Α. Ζαχαριά

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ

ΠΙΝΑΚΑΣ 1 : Η εν δυνάμει αγορά του γάλακτος πρώτης βρεφικής ηλικίας στην Ελλάδα										
Γεννήσεις ζώντων στην Ελλάδα κατά τα έτη 2000 - 2009 κατά τόπο μόνιμης κατοικίας της μητέρας										
	Έτος 2000	Έτος 2001	Έτος 2002	Έτος 2003	Έτος 2004	Έτος 2005	Έτος 2006	Έτος 2007	Έτος 2008	Έτος 2009
Ελληνική επικράτεια	102.746	101.823	103.263	104.199	105.444	107.166	111.625	111.517	117.913	117.439
Αττική	36.977	36.967	37.481	38.446	38.901	39.182	40.925	41.218	42.899	42.831
Ανατ. Μακεδονία και Θράκη	5.847	5.797	5.796	5.725	5.774	6.038	6.208	6.108	6.326	6.442
Κεντρική Μακεδονία	18.598	18.383	18.831	18.288	18.549	19.038	19.781	19.895	20.972	20.875
Δυτική Μακεδονία	2.857	2.628	2.649	2.660	2.560	2.568	2.636	2.622	2.696	2.705
Θεσσαλία	6.686	6.418	6.783	6.756	6.783	7.095	7.448	7.225	7.767	7.683
Ήπειρος	2.576	2.547	2.578	2.493	2.745	2.819	3.005	2.905	3.152	3.216
Ιόνια Νησιά	1.854	1.837	1.790	1.878	1.971	2.014	2.076	2.009	2.341	2.134
Δυτική Ελλάδα	6.579	6.240	6.466	6.423	6.445	6.555	6.594	6.434	7.197	7.133
Στερεά Ελλάδα	4.547	4.590	4.659	4.820	4.832	4.809	4.809	4.920	5.338	5.210
Πελοπόννησος	5.035	4.875	4.785	4.945	4.979	5.120	5.356	5.331	5.614	5.655
Βόρειο Αιγαίο	1.797	1.701	1.732	1.699	1.689	1.715	1.748	1.866	1.971	1.914
Νότιο Αιγαίο	3.069	3.273	3.241	3.381	3.338	3.312	3.378	3.484	3.631	3.702
Κρήτη	6.324	6.567	6.472	6.685	6.878	6.901	7.399	7.500	8.009	7.939
Πηγή: Ελληνική Στατιστική Αρχή, έτος 2011										

ΠΙΝΑΚΑΣ 2: Κατανάλωση γάλακτος της 1^{ης} βρεφικής ηλικίας από τους εν δυνάμει καταναλωτές – Ποσοστιαία αναφορά επί του συνόλου 100%		
Ηλικία	Ποσοστό Κατανάλωσης Μητρικού Γάλακτος επί του συνόλου⁴⁷	Ποσοστό κατανάλωσης Υποκατάστατου Μητρικού γάλακτος (Γάλα της 1ης βρεφικής ηλικίας), επί του συνόλου.
1ος μήνας	87,90%	12,10%
3ος μήνας	39,40%	60,60%
6ος μήνας	22,00%	78,00%
Σημείωση: 1 ^{ος} μήνας από 1 ^η ημέρα έως 30 ^η , 3 ^{ος} μήνας από 61 ημέρα έως 90 ^η κτλ. Πηγή: Ινστιτούτο Υγείας του Παιδιού, Δειγματοληπτική έρευνα 2008 (δείγμα 1.800 γυναικών).		

⁴⁷ Ανεξάρτητα εάν ο μητρικός θηλασμός είναι πλήρης ή μερικός.

ΠΙΝΑΚΑΣ 3: Μέθοδοι διάθεσης – Σημεία Πώλησης και ο μέγιστος πιθανός αριθμός καταναλωτών			
Περιοχή	Καταστήματα Supermarkets αλυσίδων και μεμονωμένων*. (Προτεινόμενα σημεία πώλησης). Έτος 2007	Αριθμός φαρμακείων. (Υπαρκτά σημεία πώλησης)**. Έτος 2009	Ο Μέγιστος αριθμός των πιθανών καταναλωτών Βρεφικού γάλακτος της πρώτης βρεφικής ηλικίας*** Έτος 2009
Αττική	1059	4008	42.831
Ανατολική Μακεδονία και Θράκη	165	508	6.442
Κεντρική Μακεδονία	723	2101	20.875
Δυτική Μακεδονία	143	231	2.705
Θεσσαλία	257	778	2.134
Ήπειρος	149	311	7.683
Νησιά Ιονίου	168	178	3.216
Δυτική Ελλάδα	208	543	5.210
Στερεά Ελλάδα	291	425	7.133
Πελοπόννησος	294	470	5.655
Βόρειο Αιγαίο	99	154	1.914
Νότιο Αιγαίο	288	233	3.702
Κρήτη	196	518	7.939
Σύνολο Επικράτειας	4.040	10.458	117.439
Σημείωση: * στοιχεία για τον αριθμό καταστημάτων supermarkets, έτος 2007 πηγή Πανόραμα των Ελληνικών Supermarkets. ** στοιχεία για το έτος 2009, Πανελλήνιος Σύλλογος Φαρμακοποιών και Ελληνική Στατιστική Αρχή 2011. *** Μέγιστος αριθμός, στην περίπτωση που το σύνολο των βρεφών κατανάλωνε γάλα της πρώτης βρεφικής Ηλικίας. Στοιχεία βασισμένα στον πίνακα 1 για το έτος 2009. Ο αριθμός των καταναλωτών διαμορφώνεται στο ήμισυ του αναφερόμενου αριθμού ανά εξαήμερο χρήσης του βρεφικού γάλακτος. Πηγή : Επεξεργασία στοιχείων ΓΔΑ			