

# IL MERCATO RILEVANTE NEL SETTORE FARMACEUTICO: QUANDO È LA SINGOLA SPECIALITÀ MEDICINALE A DETERMINARLO

*Maria Guglielmino*

## I

**CORTE D'APPELLO DI MILANO;** ordinanza 10 novembre 2005; Pres. ed est. MARESCOTTI; Soc. Farmacie Petrone (Avv. G. e R. FLORIDIA, LAMANDINI, DALLA VERITÀ) c. Soc. Pharmacia Italia e Pfizer Italia (Avv. OSTI, PRASTARO, GUASTADISEGNI, RIVA).

**Concorrenza (disciplina della) – Reclamo al collegio – Competenza – Modalità di attuazione del provvedimento cautelare** (Disposizioni sulla legge in generale, art. 12; cod. proc. civ., art. 669 *bis* seg., 669 *duodecies*, 669 *terdecies*, 669 *quaterdecies*; l. 10 ottobre 1990 n. 287, norme per la tutela della concorrenza e del mercato, art. 33).

**Concorrenza (disciplina della) – Mercato rilevante – Farmaci – Obbligo a contrarre del produttore – Importazioni parallele** (D.lgs. 30 dicembre 1992 n. 538, attuazione della direttiva 92/25/Cee riguardante la distribuzione all'ingrosso dei medicinali per uso umano, art. 7).

*Il giudice che ha emanato il provvedimento cautelare è competente in merito al controllo e alla determinazione delle modalità di attuazione del provvedimento stesso; nella specie, considerato il rigetto del provvedimento di prima istanza, la sentenza d'appello, sebbene confermativa, si sostituisce interamente ad esso in virtù dell'efficacia sostitutiva; la competenza circa le modalità di attuazione della misura cautelare concessa in sede di reclamo, avente ad oggetto obblighi di fare o non fare, spetta alla Corte in composizione collegiale e non al giudice di prima istanza. (1)*

*Posto che il mercato rilevante nel settore del farmaco va individuato con riferimento: a) come mercato del prodotto, alla singola specialità medicinale, oggetto di esclusiva brevettuale, considerato il carattere vincolante della prescrizione medica; b) come mercato geografico, ai confini nazionali, ed in particolare a quelli regionali, nella specie campani, non può essere accolta la richiesta volta a soddisfare anche il fabbisogno commerciale esterno al mercato nazionale, o ad una sua parte rilevante, ossia relativo al commercio comunitario o extraeuropeo. (2)*

## II

**CORTE D'APPELLO DI MILANO;** ordinanza 23 luglio 2005; Pres. ed est. MARESCOTTI; Soc. Farmacie Petrone (Avv. G. e R. FLORIDIA, LAMANDINI, DALLA

VERITÀ) c. Soc. Pharmacia Italia e Pfizer Italia (Avv. OSTI, PRASTARO, GUASTADISEGNI, RIVA).

**Concorrenza (disciplina della) – Competenza della corte d’appello – Misura cautelare – Rifiuto di somministrazione – Abuso di posizione dominante – Violazione dell’obbligo legale a contrarre** (Trattato Ce, art. 82; cod. civ., art. 1559, 1564, 1565, 2597; cod. proc. civ., art. 10, 669 *terdecies*, 700; l. 10 ottobre 1990 n. 287, art. 33).

**Concorrenza (disciplina della) – Competenza delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale – Abuso di posizione dominante** (L. 10 ottobre 1990 n. 287, art. 33; d.leg. 10 febbraio 2005 n. 30, codice della proprietà industriale, a norma dell’art. 15 l. 12 dicembre 2002 n. 273, art. 134).

**Concorrenza (disciplina della) – Mercato rilevante – Farmaci – Abuso di posizione dominante – Fonti di approvvigionamento alternative – Obbligo a contrarre del titolare** (Trattato Ce, art. 82; l. 10 ottobre 1990 n. 287, art. 3; d.leg. 30 dicembre 1992 n. 538, art. 7).

*La Corte d’Appello, in primo e unico grado di giudizio di merito, può emettere provvedimenti cautelari volti alla tutela giurisdizionale della disciplina antitrust nazionale; nella specie, la corte è competente, ai sensi dell’art. 700 c.p.c. e dell’art. 33, 2° comma, l. n. 287/90, nell’emissione di un provvedimento cautelare con funzione anticipatoria così da ovviare al pericolo di un pregiudizio grave e irreparabile prospettato da un grossista di farmaci per un ipotizzato abuso di posizione dominante, sub specie di rifiuto immotivato (secondo la prospettazione del ricorso) della controparte a continuare a fornire le proprie specialità medicinali alla ricorrente. La corte ha determinato la propria competenza per materia in base alla prospettazione principale della domanda, senza così rilevare l’eccezione, sollevata dalla ricorrente, che il rifiuto di approvvigionamento della controparte potesse avere, in via eventuale, anche rilevanza comunitaria, quindi di competenza del tribunale, sotto forma di violazione dell’art. 82 Trattato Ce, in quanto idoneo a realizzare una compartimentazione tra i mercati e, di conseguenza, ad impedire il commercio parallelo. (3)*

*La Corte d’Appello, in primo e unico grado di giudizio di merito, può emettere provvedimenti cautelari volti alla tutela giurisdizionale della disciplina antitrust nazionale; nella specie, la corte è competente, ai sensi dell’art. 700 c.p.c. e dell’art. 33, 2° comma, l. n. 287/90, nell’emissione di un provvedimento cautelare con funzione anticipatoria così da ovviare al pericolo di un pregiudizio grave e irreparabile prospettato da un grossista di farmaci per un ipotizzato abuso di posizione dominante, sub specie di rifiuto immotivato (secondo la prospettazione del ricorso) della controparte a continuare a fornire le proprie specialità medicinali alla ricorrente; non sono invece competenti le sezioni specializzate di tribunale in materia di proprietà industriale ed intellettuale, atteso che l’art. 134 cod. proprietà industriale (divenuto operativo solo successivamente al deposito del reclamo) limita la competenza delle sezioni specializzate alle fattispecie antitrust afferenti all’esercizio dei diritti di proprietà industriale, da intendersi restrittivamente con riferimento alle sole fattispecie in cui il titolo di proprietà industriale sia presupposto costitutivo della causa petendi della domanda. (4)*

*Posto che: a) il mercato rilevante nel settore del farmaco va individuato con riferimento alla singola specialità medicinale, oggetto di esclusiva brevettuale, e al corrispondente farmaco generico e considerato che la prescrizione medica ha carattere vincolante in quanto effettuata tenendo conto degli effettivi bisogni del consumatore; b) è, di conseguenza, irrilevante la possibilità, sebbene prevista dalla normativa di settore, di un approvvigionamento alternativo del grossista presso fornitori non produttori presenti nella stessa area geografica, è ammissibile la domanda proposta ai sensi dell'art. 33 l. 287/90, volta a conseguire la tutela cautelare a fronte di un ipotizzato abuso di posizione dominante consistente nell'immotivato rifiuto della controparte a continuare a fornire le proprie specialità medicinali al ricorrente, grossista di tali prodotti. (5)*

---

(1)

I. - Sulla questione della competenza dell'organo in merito alle modalità di attuazione del provvedimento cautelare avente ad oggetto obblighi di fare o non fare, emanato *ante causam* in materia antitrust e rientrante nella competenza della corte d'appello, come giudice di primo e unico grado, cfr. in giurisprudenza, in senso conforme alla tesi secondo cui tale competenza debba essere riservata allo stesso giudice cautelare – nella specie, la corte in composizione collegiale qualificatasi come “giudice che ha emanato il provvedimento” –, App. Torino 7 agosto 2001, in *Dir. ind.*, 2002, 3, 261, con commento di PORTINCASA; Pret. Latina-Gaeta 14 gennaio 1999, in *Foro it.*, 1999, I, 1669, con osservazioni di GAMBINERI; App. Catanzaro 3 luglio 1998, *ibidem*, I, 2359; Trib. Messina 9 aprile 1998, *id.*, Rep. 1999, voce *Procedimenti cautelari*, n. 35; Trib. Padova 22 novembre 1996, in *Foro it.*, 1997, I, 1264; *contra*, nel senso che la competenza a provvedere in ordine all'attuazione del procedimento cautelare spetta al giudice di prima istanza, che nella specie aveva negato la misura cautelare, cfr. App. Milano 2 maggio 2003, in *Dir. ind.*, 2003, 6, 537, con commento di PERONI; Trib. Piacenza 30 dicembre 1997, *id.*, Rep. 1998, voce *cit.*, n. 41; Trib. Venezia 5 luglio 1997, in *Foro it.*, 1999, I, 1668, con osservazioni di GAMBINERI; App. Venezia 17 luglio 1996, *id.*, Rep. 1999, voce *cit.*, n. 189; Pret. Trani-Molfetta 5 dicembre 1995, in *Giur. merito*, 1996, 917, con nota di SIRACUSANO, *Osservazioni in tema di attuazione delle misure cautelari*; Trib. Ravenna 19 ottobre 1994, *id.*, Rep. 1994, voce *cit.*, n. 56; Pret. Salerno, sez. Eboli, 23 novembre 1993, in *Giur. merito*, 1995, 68, con nota di DI CECILIA, *Ambito di applicazione dell'art. 669-duodecies c.p.c. e individuazione del giudice competente*.

(3-4)

I. - Le resistenti hanno risollevato l'eccezione preliminare del difetto di competenza funzionale della Corte d'appello di Milano, deducendo sia una connotazione comunitaria del preteso illecito, sia una possibile connessione/afferenza con titoli di proprietà industriale.

Riguardo la questione della competenza della corte, si richiamano le osservazioni di CASABURI relative ad App. Milano, ord. 26 aprile 2005, in *Foro it.*, 2005, I, 1885; cfr. anche Trib. Napoli, ord. 21 maggio 2004, *Foro it.*, 2004, I, 2875, con osservazioni di BITETTO.

Riguardo la questione della competenza delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale, oltre agli anteriori precedenti sopra detti, cfr., da ultimo, CASABURI, *La tutela giurisdizionale innanzi al giudice ordinario nazionale*, 18 novembre 2005, reperibile sul sito <[www.aippi.it](http://www.aippi.it)>.

(2, 5)

I. - Le due ordinanze della Corte d'appello di Milano, riportate in epigrafe, fanno riferimento alla medesima vicenda, di cui la corte stessa si era già occupata – in sede cautelare – con ordinanza 26 aprile 2005 in *Foro it.*, 2005, I, 1885, con osservazioni di CASABURI, precedentemente affrontata anche da Trib. Napoli, ord. 21 maggio 2004, *Foro it.*, 2004, I, 2875, con osservazioni di BITETTO.

In tutti i procedimenti sopra citati, lo stesso grossista di prodotti medicinali lamenta il rifiuto – a suo dire immotivato – da parte delle società resistenti (controllata e controllante) di fornirgli i farmaci con proprio marchio; tuttavia, nel caso napoletano la questione era posta sotto il profilo della concorrenza sleale per boicottaggio e della violazione dell'obbligo a contrarre del monopolista legale, mentre dinnanzi alla Corte di Milano la questione è stata vagliata ai sensi della normativa antitrust nazionale, l. 287/90, nella fattispecie di abuso di posizione dominante. Non è stato rilevato alcun ostacolo all'ammissione della domanda e, a differenza dei due provvedimenti precedenti, nelle ordinanze in rassegna manca una “vera e propria identità di prospettazione e di *causa petendi*, pur nella analogia degli elementi effettuali e storici, su cui era fondata la domanda cautelare”.

Tuttavia, se l'esito è stato sfavorevole per la società ricorrente in entrambi i provvedimenti antecedenti, la corte in sede di reclamo, sulla base di nuove motivazioni, capovolge la decisione precedentemente emessa in favore delle resistenti. Viene quindi accolta la domanda cautelare proposta dalla ricorrente e, di conseguenza, viene ordinato alle società resistenti di dare esecuzione alle richieste di acquisto di farmaci che sono pervenute, e che perverranno, in data successiva al 1° marzo 2005 e relative anche a farmaci di nuovo lancio, secondo le modalità stabilite dall'ultimo dei provvedimenti in esame.

II. - Per capire se il rifiuto di contrarre possa configurarsi come abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 3 l. 287/90, è necessario innanzitutto determinare il mercato rilevante nel settore farmaceutico. Nell'ordinanza *sub II*, l'individuazione del mercato rilevante rappresenta il momento cruciale dell'iter logico seguito dalla corte; essa, prendendo spunto dalle istanze presentate dalla società reclamante, argomenta diversamente proprio sulla delimitazione in concreto del mercato rilevante del farmaco, facendolo coincidere con la singola specialità medicinale – farmaco coperto da brevetto e commercializzato con un nome di fantasia o con uno specifico marchio – e i corrispondenti generici. La conclusione a cui la corte giunge in questa seconda ordinanza ribalta completamente quella sostenuta nel provvedimento precedente, in cui, invece, il mercato rilevante del farmaco faceva riferimento a tutte le specialità farmaceutiche destinate alla cura della stessa patologia ed aventi le stesse proprietà terapeutiche.

La corte ritorna sul punto della dimostrazione della insostituibilità/infungibilità dei farmaci – la cui prova non era stata fornita, dalla ricorrente, nel caso precedente né dal lato

della domanda espressa dal grossista né da quello del consumatore o del medico (qualora fosse considerato mediatore di quest'ultimo) – deducendo la necessità di prendere in considerazione non solo i riferimenti alle diverse classi terapeutiche – criterio normalmente adottato in diverse decisioni sia dall'Autorità che dalla Commissione Europea – che possono risultare inadeguati se applicati a casi specifici (come quello in esame) perché vengono a crearsi segmenti distinti e ristretti per cui la sostituibilità è bassa, ma anche ulteriori parametri, che potrebbero discostarsi dai riferimenti standard. La sostituibilità dei farmaci deve, inoltre, essere definita di volta in volta dal medico sulla base delle specificità del paziente e della situazione clinica.

La seconda delle ordinanze in esame dà grande rilievo alla prescrizione medica, da considerarsi come il frutto di un giudizio determinato dagli effettivi bisogni del singolo paziente/consumatore finale del medicinale. Pertanto, poiché la scelta del medico non è una semplice comparazione tra principi attivi e prodotti chimici, la prescrizione del farmaco che ne deriva è unica, insostituibile e non sindacabile ad opera del grossista, del farmacista o del produttore. In un mercato rilevante del farmaco così individuato, i prodotti non sono fungibili a meno che non siano generici.

Conforme all'orientamento interpretativo seguito dalla corte, secondo cui ogni singola specialità medicinale costituisce un mercato a sé, è la tesi – sebbene soltanto accennata – del Conseil de la Concurrence (commissione francese per la concorrenza) nella decisione n. 04-D-05, Phoenix Pharma, 24 febbraio 2004, disponibile sul sito <[www.conseil-concurrence.fr/](http://www.conseil-concurrence.fr/)>; anch'esso ha opinato che una singola specialità medicinale oggetto di prescrizione basta a costituire un “marché pertinent” su cui, potenzialmente, “le laboratoire fabricant serait en position dominante” verso i grossisti, i quali si trovano nell'impossibilità di fornire farmaci diversi rispetto a quelli indicati nella prescrizione medica per via dell'assenza di prodotti ad essi sostituibili con riferimento alle proprietà farmacologiche (il Conseil, tuttavia, non ha rilevato l'esistenza del danno grave e irreparabile lamentato dalla ricorrente – grossista di prodotti farmaceutici – a seguito della messa in atto di “mesures de contingentement” da parte “des laboratoires pharmaceutiques”).

In linea con questa impostazione, un primo precedente rilevante è riscontrabile anche nella linea adottata dall'Epitropi Antagonismou (commissione ellenica per la concorrenza), come emerge nella causa C-53/03, “Syfait” e a. c. Glaxosmithkline, conclusasi con una sentenza della Corte di giustizia CE (che, però, si è pronunciata sul solo profilo attinente al riconoscimento dell'*authority* greca come organo giurisdizionale) in data 31 maggio 2005, disponibile sul sito <[www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int)>. Nella circostanza, l'E.A. aveva affermato che ogni specialità soggetta a prescrizione medica obbligatoria determina un mercato separato, su cui il produttore detiene una posizione dominante per ciascuna specialità medicinale prodotta e/o commercializzata. Al riguardo, sono degne di nota le *Conclusioni nella causa C-53/03* presentate dall'AG Jacobs il 28 ottobre 2004, disponibili sul sito <[www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int)>.

Va da sé che, quanto più ristretti sono i limiti entro cui è definito il mercato (ad un singolo prodotto equivale un singolo mercato), tanto più è probabile che un'impresa assurga ad un ruolo egemone; con la conseguenza che una sua condotta unilaterale (quale il rifiuto di proseguire le forniture) risulta viepiù esposta al rischio di essere ritenuta abusiva.

Il criterio primario per la definizione del mercato del prodotto, adottato sia a livello comunitario che a livello nazionale, è rappresentato dal concetto di sostituibilità. Sotto il profilo merceologico, pertanto, il mercato rilevante è formato da tutti i prodotti dell'impresa

indagata legati da un rapporto di forte sostituibilità, o intercambiabilità, da determinarsi: a) con riferimento al lato della domanda, per cui viene identificata la gamma di prodotti considerati tra loro intercambiabili dai consumatori sulla base di criteri specifici (funzione d'uso, caratteristiche e prezzo) e, con riferimento alla sostituibilità dal lato dell'offerta, si "intende verificare se (...) vi siano imprese capaci di produrre il bene di riferimento, convertendo la propria capacità produttiva in un breve periodo di tempo e senza affrontare ingenti investimenti" (cfr. FATTORI e TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2004); e b) sulla scorta di parametri quali: le caratteristiche tipiche del bene (cioè la sua composizione, le sue proprietà, ecc.); i bisogni che esso è in grado di soddisfare; le aspettative, i gusti, le abitudini del consumatore; il prezzo; le condizioni (cioè le tecniche, le attrezzature, i metodi) di produzione. (cfr. AGCM, *Formulario per la comunicazione delle concentrazioni*, parte I; AGCM, *Relazioni annuali*, 1992 e 1993; cfr. anche CALAMIA, *La nuova disciplina della concorrenza nel diritto comunitario*, Milano, 2004, 13-26; DI PORTO, *L'individuazione del mercato geografico rilevante nei casi di abuso di posizione dominante: il mercato ristretto o sub-nazionale*, working paper, 1999; BRUZZONE, *L'individuazione del mercato rilevante nella tutela della concorrenza*, disponibile sul sito <www.agcm.it>. Per la definizione data dalla Commissione, cfr. Comunicazione della Commissione del 9 dicembre 1997, sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, II, par. 7, in GUCE 1997, C-372/03). Bisogna dunque prendere in considerazione il prodotto fornito dall'impresa di cui si sta valutando la condotta e verificare l'esistenza di prodotti ad esso sostituibili o intercambiabili.

Sotto il profilo geografico, il mercato rilevante tende ad essere definito con la determinazione delle fonti reali di approvvigionamento a cui i clienti dell'impresa, oggetto di valutazione ai fini antitrust, possono fare ricorso dal punto di vista della localizzazione geografica del fornitore. Viene, dunque, identificato un ambito geografico di riferimento, e viene effettuata una analisi delle caratteristiche del prodotto. (cfr. Comunicazione della Commissione del 9 dicembre 1997, cit. par. 8).

Secondo il parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, la delimitazione del mercato di prodotto rilevante nel settore farmaceutico risulta essere particolarmente complessa in quanto, se da un lato è possibile trovare prodotti con la stessa forma farmaceutica e confezione ma destinati a diversi usi terapeutici, dall'altro esistono specialità con differente composizione ma terapeuticamente equivalenti. (cfr. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Indagine conoscitiva nel settore farmaceutico*, 1994, disponibile sul sito <www.agcm.it>, richiamata anche dall'estensore dell'ordinanza; cfr. anche Comunicazione della Commissione del 9 dicembre 1997, cit.). Nel corso dell'indagine conoscitiva nel settore farmaceutico, l'Autorità Garante ha esaminato le caratteristiche del mercato rilevante del farmaco, deducendo due fondamentali caratteristiche: 1) la pressoché totale assenza di sostituibilità nell'uso tra farmaci appartenenti a diverse classi terapeutiche e la conseguente necessità di valutare le proprietà terapeutiche e non la forma farmaceutica, il tipo e la concentrazione di principio attivo, al fine di definire il mercato di prodotto rilevante; 2) l'estensione nazionale del mercato geografico rilevante, a causa della persistenza di politiche sanitarie estremamente differenziate tra paese e paese (nella regolamentazione dei prezzi, dei canali distributivi,

delle modalità di accesso e dei meccanismi di rimborso) e ciò nonostante gli sforzi di armonizzazione adottati a livello comunitario.

Per la giurisprudenza, cfr. decisione della Commissione, sui casi: IV/36.957/F3, “Glaxo Wellcome” (notifica), IV/36.997/F3, “Aseprofar e Fedifar” (denuncia), IV/37.121/F3 “Spain Pharma” (denuncia), IV/37.138/F3, “BAI” (denuncia) e IV/37.380/F3, “EAEPIC” (denuncia); Decisione 97/469/CE della Commissione nel caso IV/M.737, “Ciba-Geigy/Sandoz”. Tra i diversi provvedimenti dell’Autorità, cfr. “Merck Holdings/Istituto Gentili” (C2743), n. 4939, in Bollettino n. 17/1997, “Pfizer/Biofin” (C2258), n. 3516, in Bollettino n. 1-2/1996, “Restiva/Ircaram” (C2412), n. 3910, in Bollettino n. 20/1996, “Citrosil Sanites/Glaxo” (C1614), n. 227, in Bollettino n. 34/1994.

III. - La delimitazione del mercato rilevante del farmaco, con riferimento sia all’area merceologica sia, e soprattutto, alla sua estensione geografica, diventa, nell’ultimo dei provvedimenti in rassegna, punto di partenza per rigettare la parte delle richieste espresse dalla società ricorrente, relativa al soddisfacimento anche delle esigenze commerciali esterne al mercato nazionale del prodotto rilevante e riguardante le modalità di attuazione delle prestazioni da parte delle società ricorrenti, sulla base di quanto stabilito dall’ordinanza cautelare del luglio 2005.

Secondo il ragionamento seguito dalla corte, il fabbisogno commerciale della ricorrente, che le resistenti sono tenute a soddisfare, deve fare riferimento solo al territorio regionale, o nazionale, e non anche a quello internazionale, europeo o extraeuropeo. Inoltre, le controversie relative al commercio comunitario, o extra comunitario, oltre a non essere oggetto di giudizio nella fattispecie, non rientrano nella competenza della corte, circoscritta, in materia di antitrust, alle condotte che pregiudicano la concorrenza solo in ambito nazionale o in una sua parte rilevante, come nel caso di specie. cfr. Trib. Milano 18 marzo 1999, in *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Concorrenza* (disciplina), n. 243.

Tuttavia, nell’ordinanza *sub I*, la corte, se da una parte determina le modalità di ripristino delle somministrazioni da chiedere alle resistenti (in ordine all’attuazione della misura cautelare già concessa), dall’altra, nel definire l’entità di tali forniture sottolinea la distinzione tra mercato rilevante nazionale (oggetto della controversia e su cui ha competenza) e mercato rilevante comunitario, quasi a voler ribadire che la tutela concessa alla ricorrente per l’ipotizzato comportamento anticoncorrenziale delle resistenti è attuabile solo entro i confini nazionali.

Quello delle importazioni parallele è un tema già noto e ampiamente dibattuto (cfr., una per tutte, Trib. I grado 26 ottobre 2000, causa T-41/96, *Bayer AG c. Commissione*, in *Foro it.*, 2001, IV, 78 con note di PARDOLESI, *C’era una volta in Europa: di antitrust comunitario, importazioni parallele ed idoli infranti*, e BASTIANON, *Antitrust e importazioni parallele: il caso Adalat*). Gli intermediari, nel settore dei prodotti farmaceutici, acquistano i prodotti in un mercato in cui i prezzi sono più bassi per poi rivenderli in mercati esteri in cui i medesimi farmaci sono commercializzati ad un prezzo più elevato, avvantaggiandosi così del differenziale di prezzo esistente negli Stati Membri. Il consumatore/paziente finale, invece, non trae alcun vantaggio da questa pratica, perché di solito il farmaco immesso sul mercato di destinazione è venduto allo stesso prezzo praticato, sul medesimo prodotto, dal produttore originario. Va tenuto conto anche della circostanza per cui, spesso, il consumatore è insensibile rispetto a qualsiasi variazione di

prezzo in quanto la spesa per il farmaco è a carico, se non in tutto almeno in parte, dello stesso stato acquirente (*the government pays as much for medicines subject to parallel trade as for those bought by wholesalers directly from the producer at a higher price* – così AG Jacobs, in *Conclusioni nella causa C-53/03*, cit. –; di conseguenza, se avesse un particolare interesse a pagare meno, stabilirebbe esso stesso prezzi minori per il proprio mercato nazionale). Inoltre, un prezzo più alto potrebbe essere percepito, soprattutto da particolari categorie di pazienti, come garanzia di maggiore qualità e affidabilità.

Anche la Commissione Europea ha affermato, nel 1998, che il commercio parallelo “*creates inefficiencies because most, if not all, of the financial benefit accrues to the parallel trader rather than to the health care system or patient*”. cfr. Commission Communication on the Single Market in Pharmaceuticals, COM (1998), 588.

La giurisprudenza si è spesso imbattuta in casi in cui i produttori di specialità medicinali si erano rifiutati di fornire determinati distributori perché dediti unicamente o in via principale alle esportazioni parallele, considerando tale comportamento come lesivo delle norme poste a tutela della concorrenza (in particolare l’art. 2 l. 287/90 e l’art. 81.1 Trattato Ce, cfr. casi Organon, rif. IP/95/1345 del 5 dicembre 1995, e Bayer, *cit.*). Nella specie, l’interruzione delle forniture non aveva l’intento di escludere la ricorrente dal mercato e la corte non sostiene che le resistenti abbiano una posizione dominante sul mercato della singola specialità medicinale. Tuttavia, ipotizzando che le resistenti detengano una posizione dominante sul mercato, il rifiuto di dar seguito alle forniture, verso i grossisti di medicinali, al fine di contenere il commercio parallelo “non configura automaticamente un abuso di posizione dominante”. Così AG Jacobs, in *Conclusioni nella causa C-53/03*, cit.

Ipotizzando ancora che la questione avesse assunto dimensione comunitaria (di competenza del tribunale) e presumendo che un’impresa dominante abusi della sua posizione quando rifiuta di fornire beni o servizi al fine di effettuare una ripartizione del mercato (così la prospettazione del reclamo), vanno considerate le pronunce a favore della libertà del produttore di adottare la politica di fornitura che ritiene necessaria per proteggere i propri legittimi interessi commerciali anche se, per la natura stessa del suo scopo, questa sia tesa al fine di impedire le importazioni parallele di farmaci. È possibile “ostacolare” legittimamente le importazioni parallele di farmaci attraverso una politica di fornitura mirata a tal fine – purché tale politica non si traduca in un abuso di posizione dominante, non comporti restrizioni della concorrenza e non incida sugli scambi tra Stati Membri (cfr. a tale proposito Corte Giust. CE 6 gennaio 2004, cause C-2/01 P e C-3/01 P, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2004, 865).

In quest’ottica, l’interruzione delle forniture da parte delle resistenti non costituirebbe più una misura restrittiva imposta in maniera unilaterale dal produttore nel contesto delle relazioni commerciali continuative tra lo stesso e un suo grossista. (cfr. anche Trib. Napoli 21 maggio 2004, cit.). Secondo l’opinione espressa dall’AG Jacobs in *Conclusioni nella causa C-53/03*, cit., inoltre, laddove esistano differenze di prezzi tra stati membri, la mera interruzione, o limitazione, delle forniture di medicinali non basterebbe ad evitare un commercio parallelo, piuttosto funge da deterrente l’obbligo esistente in capo ai grossisti e alle case farmaceutiche, di detenere un quantitativo minimo di medicinali atto a soddisfare la domanda interna, nel rispetto dei vincoli giuridici e morali imposti da ciascuno stato e rafforzati dalla normativa comunitaria in vigore.



IV. - Se è vero che la determinazione del mercato rilevante sotto il profilo merceologico e geografico costituisce un'operazione propedeutica all'accertamento di ogni condotta concorrenziale, tale operazione assume rilievo diverso a seconda della fattispecie oggetto di accertamento. In materia di abuso di posizione dominante, la definizione del mercato richiede un'attenzione e un rigore particolari, essendo necessario, ai fini dell'imputabilità di una condotta abusiva, verificare preliminarmente se l'impresa indagata detenga, o non, una posizione dominante su un dato mercato (così FATTORI e TODINO, *cit.*).

L'orientamento adottato dalla corte, basato sulla tesi di un mercato elementare o mono-prodotto, porterebbe a dimostrare che, in siffatto mercato, automaticamente le società resistenti sono in posizione dominante (ed anzi necessariamente monopolistica), come se il semplice fatto di essere titolare di un diritto di proprietà intellettuale fosse atto a costituire posizione dominante, o il rifiuto di fornitura fosse atto a costituire un abuso di siffatta posizione (cfr. anche Corte Giust. CE 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 e C-242/91, in *Riv. dir. ind.*, 1996, II, 115, con conclusioni dell'AG Gulmann e nota di LEVI, *Rifiuto di fornire, licenza obbligatoria, dottrina dell'«essential facility» e «monopoly leveraging» nel diritto antitrust*).

Contemporaneamente, la corte sostiene che l'eventualità di un approvvigionamento alternativo rappresenta solo un modo, per l'impresa, di limitare il danno temuto dalla interruzione delle forniture. Tuttavia, "per mancanza di elementi", lascia aperta l'eventualità che il comportamento attuato dalle società resistenti, tramite la disdetta delle forniture, possa rientrare nella fattispecie di abuso di posizione dominante e, dunque, essere sanzionato.

Sulla definizione del concetto di posizione dominante, cfr. Corte Giust. CE, 13 febbraio 1979, *Hoffmann La Roche/Commissione*, 85/76, Racc., 461, e 14 febbraio 1978, *United Brands/Commissione*, 27/76, Racc., 207. Tale definizione, richiamata dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale, tuttavia in dottrina è stata ritenuta non pienamente soddisfacente, con riguardo alla formulazione adottata. A tale proposito, cfr. WHISH, *Competition Law*, London 2001, 152-153. Per un esame della disciplina nazionale sull'abuso, cfr. BASTIANON, *L'abuso di posizione dominante*, Milano, 2001; CAVANI, *Abusi di posizione dominante*, in *Concorrenza e Mercato*, 4/1996, 41-68; FALCE, *Abusi di posizione dominante*, *id.*, 10/2002, 29-49; CALAMIA, *cit.*, 71-88. Sulla disciplina comunitaria, cfr. WHISH, *cit.*; ESTEVA MOSSO e RYAN, *The abuse of dominance*, in Faull & Nickpay, *The EC law of Competition*, Oxford, 1999; AMATO, *Commento all'art. 82 Trattato CE*, in *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità europea*, a cura di Tizzato, Milano, 2004.

V. - In considerazione della disciplina speciale nel settore della distribuzione dei farmaci, è importante stabilire se sussiste una limitazione della libertà contrattuale a carico delle imprese produttrici e fornitrici di specialità medicinali, la cui scelta non è effettuata liberamente dal consumatore bensì dal medico tramite prescrizione; la peculiarità del sistema distributivo italiano fa sì che tanto le farmacie quanto i distributori siano sempre "acquirenti forzati" dei farmaci di cui ricevono domanda. (cfr. Fabbio, *Obblighi a contrarre e distribuzione farmaceutica, tra diritto comune e regolamentazione di settore. Appunti per una teoria della dipendenza relativa o di gruppo ovvero della posizione dominante plurima non collettiva o disgiunta*, disponibile sul sito <[www.dircomm.it/2005/n10/02.html](http://www.dircomm.it/2005/n10/02.html)>. cfr. anche le osservazioni di BITETTO, Trib. Napoli 21 maggio 2004, *cit.*). Tuttavia, l'esistenza

di un obbligo in capo al produttore nei confronti del grossista limiterebbe la libertà del produttore stesso di interrompere le forniture anteriormente somministrate; e resterebbe da chiedersi se il contemperamento tra l'esigenza di promuovere la libera circolazione delle merci, da una parte, e quella di contrastare le distorsioni (eventuali) della concorrenza, dall'altra, richieda necessariamente il sacrificio di uno degli attori economici.