

## Il rifiuto di fornitura dei farmaci nella lettura della corte di giustizia

Oggetto del presente contributo è il tema specifico dei contenuti di quella che, nel momento in cui si scrive, rappresenta l'ultima sentenza della Corte di Giustizia in materia di commercio parallelo di farmaci, adottata esattamente un anno fa, il 16 settembre 2008 (nota come caso *Lelos Kai*).

E' una sentenza che si pronuncia su un rinvio pregiudiziale che proviene dalla Grecia, in relazione ad un rifiuto da parte di Glaxo di vendere talune specialità a grossisti che patentemente avrebbero rivenduto i prodotti al di fuori del territorio nazionale. Il rinvio pregiudiziale, come sapete, origina da una controversia pendente davanti un giudice nazionale che viene interrotta perché una delle parti in causa chiede che la Corte di Giustizia verifichi la corretta interpretazione delle norme del Trattato CE.

Nel caso in discussione, la questione oggetto di giudizio, rinviata dalla Corte di Appello di Atene all'esame dei giudici di Lussemburgo, era la seguente: «*Costituisce abuso di posizione dominante ai sensi della normativa comunitaria il comportamento della Glaxo che sul mercato greco si è rifiutata di rifornire determinati grossisti i quali, patentemente, acquistavano determinati prodotti non per venderli ai farmacisti greci, ma per esportarli in altri Paesi della Comunità?*».

La Corte di Giustizia risponde, affermando che, in linea di principio, un comportamento di questo genere, posto in essere da un soggetto in posizione dominante, integra un comportamento abusivo e quindi una violazione del Trattato. Nel caso di specie, tuttavia, i giudici comunitari demandano al giudice del rinvio di verificare se, in concreto, si possano riscontrare delle legittime giustificazioni al comportamento di Glaxo, invitandolo a valutare se: i) l'ordine richiesto dal grossista è coerente rispetto alle vendite normalmente indirizzate al mercato nazionale; ii) i quantitativi richiesti sono in linea con i precedenti ordini dei medesimi grossisti. Dunque, in tutti i casi in cui l'ordine appare sproporzionato rispetto ai due parametri che ho menzionato precedentemente, il comportamento del soggetto in posizione dominante è lecito e non incorre negli strali della normativa antitrust.

Non voglio entrare nel merito delle due scriminanti individuate dalla Corte, mi limito esclusivamente a rilevare che nel caso in cui il presupposto risulti errato (p.es. il quantitativo di vendite «*normali*» sul territorio nazionale), l'argomentazione si presta ad essere viziata, dando luogo ad un errore analogo a quello della c.d. *cellophane fallacy*.

Tornando al merito, credo che sia il caso di evidenziare che la Corte seppure, da una parte, giunga ad una conclusione sufficientemente chiara in favore delle giustificazioni del rifiuto di fornitura nei casi in cui il prodotto sia finalizzato al commercio parallelo, dall'altra, evidenzia varie fattispecie in relazione alle quali potrebbero ravvisarsi in futuro violazioni della normativa antitrust, dettando quasi una sorta di *vademecum* degli spazi che potrebbero essere utilizzati per scalfire la compartimentazione dei mercati nazionali dei farmaci.

In primo luogo, secondo la Corte di Giustizia non è vero che una restrizione del *parallel trade* non produce conseguenze sui consumatori finali. E questo per almeno due ragioni: il commercio parallelo, aumentando il numero dei soggetti che offrono sul mercato, crea una maggiore possibilità di scelta per gli enti che acquistano mediante gare d'appalto; nei Paesi in cui il rimborso è fissato sulla base del prezzo del farmaco della stessa categoria che costa meno, il *parallel trade* dà luogo a risparmi sia per gli enti previdenziali nazionali, sia per il paziente consumatore.

In seconda istanza rileva il principio affermato dalla Corte di Giustizia: non è vero che sul mercato dei farmaci la regolazione di prezzi toglie ogni spazio alle dinamiche concorrenziali. Ciò risulta sostenibile con riferimento a due contesti completamente diversi: nel caso in cui sono le autorità pubbliche che fissano il prezzo di vendita delle specialità medicinali, il prezzo viene comunque determinato a seguito di negoziazioni tra l'impresa da una parte e l'autorità dall'altra (il prezzo è quindi funzione del peso specifico dell'autorità pubblica o dell'impresa farmaceutica); nei casi in cui le autorità pubbliche non intervengono nel processo di fissazione dei prezzi, sono le imprese farmaceutiche che determinano i prezzi di vendita (quindi evidentemente le loro condotte rientrano nell'ambito di applicazione della normativa antitrust).

Infine, *terzo punto da rilevare*, la Corte sottolinea che, in caso di farmaci coperti da brevetto, la concorrenza di prezzo fra produttore e distributore, fra commercianti paralleli e distributori nazionali, costituisce l'unica forma possibile di concorrenza.

In conclusione, possiamo dire che se la Corte di Giustizia, in linea di principio, detta regole che apparentemente dovrebbero giustificare molti dei casi di rifiuto di fornitura da parte di imprese farmaceutiche così, di fatto, mettendo in crisi il *parallel trade* sul territorio comunitario, dall'altra, compie un'operazione che facilita l'emersione degli spazi entro i quali le possibili compressioni del commercio parallelo da parte delle imprese farmaceutiche potrebbero dar luogo ad alterazioni della concorrenza. In altri termini, i giudici comunitari assolvono le imprese farmaceutiche che si rifiutano di fornire il prodotto, ma chiariscono che i loro comportamenti, per i profili evidenziati, restano comunque soggetti all'applicazione della normativa antitrust.