CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
F. G. JACOBS
presentate il 28 ottobre 2004 [1]

1. Nella presente controversia l'Epitropi Antagonismou (Commissione ellenica per la concorrenza; in prosieguo: la «Commissione per la concorrenza») domanda alla Corte se, ed eventualmente in quali circostanze, un'impresa farmaceutica in posizione dominante possa, al fine di limitare il mercato parallelo dei suoi prodotti, rifiutare di soddisfare integralmente gli ordinativi che riceve da grossisti di medicinali.

2. Per prima cosa, però, la Corte è chiamata a pronunciarsi sulla ricevibilità della domanda pregiudiziale ovvero a valutare se la Commissione per la concorrenza sia un organo giurisdizionale cui l'art. 234 CE riconosce il diritto di sottoporre alla questioni pregiudiziali.

Causa nazionale e questioni sollevate

3. Le ricorrenti nella causa principale sono grossisti greci di medicinali. Le convenute sono la società farmaceutica Glaxosmithkline PLC e la sua controllata Glaxosmithkline Aeve (già Glaxowellcome), la quale ne importa e distribuisce i prodotti in Grecia (in prosieguo, collettivamente: la «GSK»).

4. Oggetto della causa principale è la fornitura di tre farmaci, Imigran, Lamictal e Serevent, brevettati e prodotti dalla GSK (in prosieguo: i «farmaci in discussione»).

5. Fino al novembre 2000 la GSK soddisfaceva integralmente gli ordinativi che riceveva sia dalle ricorrenti sia da altri grossisti di medicinali. Una parte rilevante di tali ordinativi era poi destinata dai grossisti ai mercati di altri Stati membri dell'Unione europea dove i loro prezzi erano molto più alti.

6. Dagli inizi del novembre 2000, invece, la GSK smetteva di soddisfare gli ordinativi dei grossisti di medicinali e dichiarava che avrebbe rifornito direttamente gli ospedali e le farmacie. Asseriva che l'esportazione dei

1 — Lingua originale: l'inglese.

farmaci in discussione da parte dei grossisti stava creando una situazione di penuria sul mercato greco. In seguito tornava a rifornire i grossisti, ma ancora rifiutandosi di dar seguito ai loro ordinativi per l'intero.

7. Tale rifiuto veniva portato all'attenzione della Commissione per la concorrenza sia dai grossisti, che lo censuravano, sia dalla GSK, che presentava più domande di attestazione negativa del suo sistema di distribuzione.

8. Nell'agosto 2001 la Commissione per la concorrenza adottava provvedimenti provvisori, obbligando la controllata greca della GSK a soddisfare in toto gli ordinativi che riceveva, cosa che essa faceva limitatamente al proprio approvvigionamento da parte della società capogruppo. Tale approvvigionamento superava certamente il fabbisogno di consumo del mercato nazionale, ma non i sempre più consistenti ordinativi dei grossisti.

9. Sentite le difese orali delle parti e le risposte ai quesiti loro posti nel corso di un'audizione, la Commissione per la concorrenza decideva, il 22 gennaio 2003, di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di giustizia talune questioni.

10. Nel provvedimento di rinvio la Commissione per la concorrenza osserva che tutti gli Stati membri dell'Unione europea intervengono sul mercato per fissare i prezzi dei medicinali sul loro territorio. I prezzi così determinati variano da Stato a Stato, ma in Grecia sono sempre i più bassi dell'Unione.

11. La Commissione per la concorrenza muove dall'assunto che la GSK detenga una posizione dominante nel senso di cui all'art. 82 CE sul mercato pertinente greco in ordine ad almeno uno dei farmaci in discussione, il Lamictal. Dubita, però, che il rifiuto della GSK di soddisfare integralmente gli ordinativi provenienti dai grossisti di medicinali possa costituire un abuso nel senso del suddetto articolo.

12. Essa ammette che un accordo o una pratica concordata che limiti il commercio tra Stati membri costituisce una grave violazione dell'art. 81 CE e si presume inteso/a a restringere la concorrenza, con riserva della regola *de minimis*, indipendentemente dal suo reale effetto sul mercato. Su tale assunto, qualunque politica di limitazione delle esportazioni praticata da un'impresa in posizione dominante sarebbe per se stessa abusiva.

13. D'altro canto, però, un libero mercato parallelo potrebbe pregiudicare seriamente gli interessi finanziari e l'organizzazione delle ditte farmaceutiche, erodendo le loro entrate e disgregando l'assetto degli impegni da esse assunti negli Stati destinatari delle importazioni parallele. Il commercio parallelo apporterebbe, inoltre, un beneficio più alle imprese che lo praticano che ai consumatori finali. Ad ogni modo, sono gli Stati membri gli effettivi acquirenti della maggior parte dei prodotti farmaceutici, attraverso strutture socio-previdenziali, sicché, se avessero un interesse particolare a pagare meno, stabilirebbero essi stessi prezzi minori per il mercato nazionale.

14. La Commissione per la concorrenza si chiede, pertanto, se imprese farmaceutiche in posizione dominante possano giustificare una limitazione delle forniture su un dato mercato nazionale con la necessità di tutelare i loro legittimi interessi commerciali contro importazioni parallele; e, in caso affermativo, quali siano i fattori da considerare per stabilire se tale giustificazione sussista in un caso particolare.

15. La Commissione per la concorrenza sottopone, quindi, alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se il rifiuto di un'impresa in posizione dominante di soddisfare integralmente gli ordinativi che le vengono inoltrati dai grossisti di medicinali, quando è diretto a restringere le attività di esportazione di questi ultimi e a limitare in tal modo il danno causato dal commercio parallelo, costituisca di per sé un comportamento abusivo ai sensi dell'art. 82 CE. Se sulla soluzione di tale questione influisca il fatto che il commercio parallelo è molto proficuo per i grossisti in ragione delle differenze di prezzo esistenti nell'ambito dell'Unione europea a causa dell'intervento statale, cioè in ragione del fatto che il mercato dei prodotti farmaceutici non presenta condizioni di concorrenza assolute, essendo invece caratterizzato da un grado elevato di intervento da parte dello Stato. Infine, se sia compito di un'autorità nazionale competente in materia di concorrenza applicare le regole comunitarie di concorrenza in modo indifferenziato ai mercati che funzionano in modo concorrenziale e a quelli in cui la concorrenza viene falsata dall'intervento statale.

2) Come si debba valutare l'eventuale carattere abusivo nel caso in cui la Corte giudichi che la restrizione del commercio parallelo, per le ragioni precedentemente esposte, non costituisce sempre una pratica abusiva, quando è posta in essere da un'impresa in posizione dominante.

In particolare:

a) Se sia appropriato usare il criterio della percentuale di superamento del normale consumo nazionale e/o quello del danno che l'impresa in posizione dominante ha subìto in termini di fatturato complessivo e di profitto complessivo. In caso di soluzione affermativa, come si debba determinare il livello della percentuale di superamento e del danno subìto — consistendo quest'ultimo in una percentuale del fatturato e del profitto complessivo — al di sopra del quale il comportamento in esame è considerato abusivo.

b) Se debba essere seguita un'impostazione fondata sulla ponderazione degli interessi e, in caso di risposta affermativa, quali siano gli interessi che devono rientrare in tale ponderazione.

Più specificamente:

i) se in proposito rilevi il fatto che il paziente consumatore finale riceve un vantaggio economico limitato dal commercio parallelo; e

ii) se debbano essere presi in considerazione, e in quale misura, gli interessi degli organismi previdenziali ad ottenere farmaci meno cari.

c) Quali altri criteri e impostazioni possano essere considerati appropriati nel caso di specie».

16. Quattro serie di osservazioni scritte sono state presentate da molte delle ricorrenti: la prima dalla Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) ed altre quindici associazioni farmaceutiche (in prosieguo: le «prime ricorrenti»); la seconda dall'associazione Panellinios Syllogos Farmakapothikarion insieme alle società K. P. Marinopoulos Anonymos Etairia emporias kai dianomis farmakeftikon proïonton, Ionas Stroumsas EPE e Farmakapothiki Pharma Group Messinias A.E. (in prosieguo: le «seconde ricorrenti»); la terza dalla Farmakeftikos Syndesmos Anonymi Emporiki Etairia (in prosieguo: le «terze ricorrenti») e l'ultima dall'Interfarm — A. Aggelakou & Sia O.E. insieme ad altri trentanove grossisti (in prosieguo: le «quarte ricorrenti»). Osservazioni scritte hanno presentato anche la GSK, la Commissione e il governo svedese. Ad eccezione di quest'ultimo, tutte le parti o gruppi di parti sopra elencati hanno presenziato e svolto osservazioni all'udienza.

Ricevibilità

17. In forza dell'art. 234, secondo comma, CE, solo una «giurisdizione di uno degli Stati membri» può domandare alla Corte di giustizia una pronuncia pregiudiziale. Dalla giurisprudenza della Corte appare evidente che la nozione di «giurisdizione» va definita ai sensi del diritto comunitario.

18. Per valutare se una certa entità possegga le caratteristiche di un giudice ai sensi dell'art. 234 CE, la giurisprudenza ha individuato una serie di criteri quali l'origine legale dell'organo, il suo carattere permanente, il fatto che applichi regole di diritto, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la sua indipendenza, la natura contraddittoria del procedimento [2] e il carattere giurisdizionale della sua pronuncia [3].

19. La Commissione per la concorrenza ritiene di possedere tutte le caratteristiche suddette. Del medesimo parere sono la Commissione e la GSK. Le seconde e le quarte ricorrenti contestano la ricevibilità del rinvio pregiudiziale nelle loro osservazioni scritte. In udienza, però, le seconde ricorrenti hanno cambiato avviso e ammesso che la Commissione per la concorrenza agisce ex art. 234 CE. Il governo svedese non svolge osservazioni circa la ricevibilità.

20. Dal mio punto di vista, sulla base dei dati forniti nella domanda pregiudiziale, la Commissione per la concorrenza chiaramente soddisfa molti dei requisiti che la Corte ha già identificato come idonei a stabilire se un dato organo possa essere considerato un organo giurisdizionale. Essa è istituita a carattere permanente dall'art. 8 della legge [greca] 703/77, relativa al controllo dei monopoli e degli oligopoli e alla protezione della libera concorrenza (in prosieguo: la «legge 703/77»), per vigilare sul rispetto delle disposizioni di tale legge; adotta decisioni applicando le regole di concorrenza nazionali e comunitarie; è l'unico organo competente ad imporre le sanzioni comminate dalla legge 703/77 e, pertanto, la sua giurisdizione è obbligatoria.

21. I detti requisiti, probabilmente necessari per un'autorità giudiziaria, si applicherebbero parimenti ad un ente amministrativo incaricato di far rispettare una data normativa. L'udienza dinanzi alla Commissione per la concorrenza è il tratto più caratteristico di un organo giurisdizionale, perché entrambi i contendenti possono farsi rappresentare legalmente e godono di garanzie procedurali

2 — V., in particolare, sentenze 17 settembre 1997, causa C-54/96, Dorsch Consult Ingenieursgesellschaft (Racc. pag. I-4961, punto 23 e giurisprudenza ivi citata); 21 marzo 2000, cause riunite da C-110/98 a C-147/98, Gabalfrisa e a. (Racc. pag. I-1577, punto 33); e 30 maggio 2002, causa C-516/99, Schmid (Racc. pag. I-4573, punto 34).

3 — V. sentenze 18 giugno 1980, causa C-138/80, Borker (Racc. pag. 1975, punto 4); 19 ottobre 1995, causa C-111/94, Job Centre (Racc. pag. I-3361, punto 9); e 15 gennaio 2002, causa C-182/00, Lutz e a. (Racc. pag. I-547, punti 15 e 16).

simili a quelle delle parti di un processo ordinario. Tali garanzie in qualche modo integrano il necessario elemento dell'*inter partes* nel processo decisionale della Commissione per la concorrenza.

22. Queste le caratteristiche della Commissione per la concorrenza. Mi sembra nondimeno opportuna un'analisi più dettagliata per stabilire se la sua struttura e la sua composizione corrispondano a quelle di un organo giurisdizionale, in particolare se soddisfino le sostanziali garanzie d'indipendenza che costituiscono il tratto distintivo per eccellenza di tali organi.

23. Come è riportato nel provvedimento di rinvio, la Commissione per la concorrenza è composta di nove membri, designati per un triennio dal Ministro dello Sviluppo. Quattro vengono scelti dal Ministro da terne di candidati presentate da organizzazioni del commercio e dell'industria. Cinque sono un consigliere dell'Avvocatura dello Stato o altro giudice delle supreme magistrature; due accademici, specializzati l'uno in diritto e l'altro in economia; e due persone di autorità riconosciuta e pertinente esperienza. Il Ministro nomina il Presidente della Commissione per la concorrenza fra i suoi stessi membri.

24. L'art. 8, n. 1, della legge 703/77 definisce esplicitamente la Commissione per la concorrenza un'«autorità indipendente» e specifica che ai suoi membri è «garantita un'indipendenza dal punto di vista personale e funzionale» e che «nell'esercizio delle loro funzioni sono sottoposti solo alla legge e alla propria coscienza». Come precisa la detta Commissione, l'imparzialità dei suoi membri risulta altresì dal divieto di esercitare qualsiasi altra attività professionale in rapporto con le questioni di sua competenza.

25. Alla Commissione per la concorrenza è annesso un Segretariato, incaricato di svolgere indagini sui casi portati dinanzi alla Commissione e di proporre per iscritto possibili soluzioni. Ai termini del provvedimento di rinvio, il Presidente della Commissione coordina e dirige il Segretariato quale superiore amministrativo nell'esercizio di poteri disciplinari. La Commissione per la concorrenza sottolinea, tuttavia, che esiste una separazione completa tra le sue funzioni e quelle del Segretariato e che né il Presidente né essa stessa interferiscono con le proposte del Segretariato.

26. Nutro due dubbi specifici sulla struttura e sulla composizione della Commissione per la concorrenza così descritta. Il primo. Dal mio punto di vista, nel valutare se un organo abbia natura giurisdizionale non si può prescindere dal considerare quanti dei suoi membri siano avvocati o giudici. Nel caso della Commissione per la concorrenza, come illustra il provvedimento di rinvio, è obbli-

gatorio che siano giuristi appena due membri su un totale di nove, rispettivamente un docente ovvero un ricercatore in materie giuridiche e un consigliere dell'Avvocatura dello Stato, in attività o meno, ovvero un ex giudice delle supreme magistrature civili o amministrative. Nulla garantisce, in apparenza, che il Presidente abbia una formazione giuridica. È mia opinione che il numero relativamente ristretto di posti nella Commissione per la concorrenza assegnati espressamente a giuristi non possa non generare dubbi sull'identificazione della stessa come organo giurisdizionale.

27. Il secondo dubbio, relativo all'autonomia della Commissione per la concorrenza, attiene alla struttura dei rapporti tra essa Commissione e il suo Segretariato, quali ho illustrato sopra [4].

28. Dalla sentenza della Corte nella causa *Gabalfrisa* [5] risulta che la separazione di funzioni tra un organo giurisdizionale e un'autorità amministrativa determina indipendenza di giudizio. In quel caso la Corte dichiarò ricevibile la domanda di pronuncia pregiudiziale di un organo regionale spagnolo competente a conoscere reclami fiscali sul presupposto, in parte, che le sue funzioni e quelle degli uffici dell'ente tributario statale che avevano adottato la decisione impugnata fossero separate [6]. Nel caso di specie, le funzioni della Commissione per la concorrenza e quelle del Segretariato possono ritenersi separate nel senso della sentenza *Gabalfrisa* solo se le indagini sulle asserite infrazioni alla legge 703/77, condotte dal Segretariato, siano distinguibili dal ruolo decisionale della Commissione.

29. Questo punto mi sembra strettamente correlato alla questione se il procedimento dinanzi alla Commissione per la concorrenza possa essere qualificato per sua natura *inter partes*. Solo qualora sia sufficientemente separato dalla Commissione per la concorrenza, il Segretariato può essere definito terzo rispetto alla parte indagata e alla Commissione per la concorrenza quale giudice.

30. Il Presidente, benché il provvedimento di rinvio sottolinei che non influisce realmente sulle indagini svolte dal Segretariato, con tutta evidenza gode su quest'ultimo di una certa autorità. Nel documento non è parola di regole o di altre forme di garanzia per l'autonomia investigativa del Segretariato.

31. Alla luce delle due perplessità di cui sopra, la posizione della Commissione per la concorrenza mi appare essere in preciso equilibrio. La Commissione si colloca, a mio

4 — Al paragrafo 25.

5 — Cit. sopra, alla nota 2.

6 — Ai punti 39 e 40 della sentenza.

parere, quasi a metà strada tra gli organi giurisdizionali e quelli amministrativi aventi talune caratteristiche giurisdizionali.

32. Tutto sommato, però, ritengo che essa abbia caratteristiche giurisdizionali sufficienti a qualificarla organo giurisdizionale nel senso di cui all'art. 234 CE.

33. Quanto alla perizia giuridica di tale organo, si osservi che, oltre ai due riservati espressamente ai giuristi, altri due posti spettano a persone di autorità riconosciuta con esperienza in materia di diritto dell'economia nazionale e comunitario e di politica della concorrenza. I membri dell'organo sono poi definiti nel provvedimento di rinvio persone di autorità riconosciuta e di esperienza nel diritto della concorrenza. Ciò considerato, e atteso che i membri della Commissione per la concorrenza sono esplicitamente tenuti ad un esercizio dei loro doveri conforme a legge, sono convinto che il ristretto numero di posti riservati ad avvocati e giudici non esclude di per sé il carattere giurisdizionale del detto organo. Sarebbe peraltro lecito attendersi una percentuale più bassa di giuristi in senso stretto in un organo giurisdizionale preposto ad un settore tecnicamente così complesso come il diritto della concorrenza, dove, oltre alle qualificazioni giuridiche, è necessaria anche un'esperienza di economia e di commercio.

34. Quanto ai legami strutturali tra la Commissione per la concorrenza e il suo Segretariato, ritengo che essi non siano così marcati da prevalere sugli altri fattori denotanti lo status giurisdizionale. Anzitutto, non trovo probabile che l'esercizio di poteri disciplinari sul Segretariato da parte del Presidente influisca sullo svolgimento di una data indagine. Poi, anche a condividere l'opinione contraria, mi sembra che per garantire una separazione a livello operativo nel corso delle indagini sia sufficiente il contraddittorio assicurato dalla Commissione per la concorrenza, il quale risulta offrire adeguate possibilità a tutte le parti di svolgere osservazioni, assicurando in tal modo l'adozione di una decisione finale equa.

35. Si ricordi che la Corte ha già dichiarato ricevibile una domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da un'autorità per la concorrenza, il Tribunal de Defensa de la Competencia spagnolo [7], il quale possedeva molte delle caratteristiche della Commissione ellenica per la concorrenza. Anch'esso era un organo a carattere permanente istituito con legge allo scopo di applicare le regole di concorrenza con un procedimento in contraddittorio. Anch'esso interveniva a seguito di un rapporto, presentato nel caso di specie da un organo separato [8].

7 — Causa C-67/91, Asociación Española de Banca Privada e a. (Racc. pag. I-4785).

8 — Il procedimento con cui un organo investigativo separato ha avanzato una proposta è illustrato alla pag. 4790 della relazione d'udienza.

36. Nessuno dei rilievi svolti dalle seconde e dalle quarte ricorrenti mi pare possa revocare in dubbio la ricevibilità della domanda pregiudiziale.

37. Le dette ricorrenti notano in primo luogo che, nonostante l'autonomia affermata all'art. 8, n. 1, della legge 703/77, la Commissione per la concorrenza non è fra le cinque autorità indipendenti specificamente previste dalla Costituzione greca, quale sottoposta a revisione nel 2001. Essa non gode, perciò, delle stesse specifiche garanzie costituzionali riconosciute a queste ultime. I suoi membri non sono designati in conformità con la speciale procedura prevista dalla Costituzione e le sue norme procedurali non hanno origine in una legge, bensì in una decisione interministeriale.

38. In secondo luogo, le ricorrenti sostengono che le norme procedurali della Commissione per la concorrenza non sono al momento consone ai principi fondamentali del processo, perché non permettono agli interessati di intervenire nel procedimento dinanzi alla Commissione.

39. In terzo luogo, esse lamentano che la Commissione per la concorrenza non abbia emesso una decisione sulla loro denuncia entro i sei mesi prescritti dalla legge.

40. Le allegazioni delle ricorrenti non mi convincono. La circostanza che la Commissione per la concorrenza non sia un'autorità indipendente ai sensi del diritto costituzionale greco non inficia né il riconoscimento legislativo né le garanzie di fatto della sua indipendenza.

41. Ritengo, inoltre, che gli organi giudiziari possano legittimamente distinguersi in funzione dei livelli ai quali permettono ai terzi interessati di intervenire nei procedimenti senza per questo compromettere il loro status giurisdizionale. In ogni caso, le ricorrenti risultano essere state in condizione di partecipare adeguatamente al procedimento principale dinanzi alla Commissione per la concorrenza registrando le loro censure come denuncie.

42. Infine, è mia opinione che eventuali ritardi nella trattazione di un caso non possano infirmare la natura giurisdizionale dell'organo celebrante, sebbene possano senz'altro incidere sulla qualità della giustizia amministrata.

43. Queste le mie considerazioni sulle peculiarità della Commissione per la concorrenza,

quali descritte nel testo del provvedimento di rinvio. Può essere comunque utile verificare brevemente la ricevibilità di quest'ultimo nella prospettiva del diritto della concorrenza e, in particolare, del regolamento n. 1/2003, che ha introdotto con effetto dal 1° maggio 2004 un sistema di applicazione decentrata della normativa comunitaria sulla concorrenza [9].

44. Primo. È da notare che il regolamento n. 1/2003 autorizza gli Stati membri ad attribuire i compiti di un'autorità per la concorrenza ad organi dotati di caratteristiche giurisdizionali [10] e contiene disposizioni intese a preservare l'indipendenza di tali organi [11].

45. Secondo. A mio parere, numerose ragioni di ordine pratico depongono a favore della ricevibilità delle domande di pronuncia pregiudiziale provenienti da organi siffatti. Per economia dei mezzi di giudizio sarebbe preferibile ammettere tali domande al primo stadio possibile, in modo che non siano necessarie ulteriori impugnazioni per poter procedere ad un rinvio pregiudiziale. Si può senz'altro sostenere, poi, che un'apposita autorità per la concorrenza dotata di caratteristiche giurisdizionali è in condizione di individuare i temi rilevanti di diritto comunitario della concorrenza meglio di una corte d'appello ordinaria incaricata di rivedere le decisioni di tale organo. Con il decentramento del diritto comunitario della concorrenza, la possibilità per le autorità per la concorrenza nazionali aventi struttura giurisdizionale di rivolgersi alla Corte di giustizia aumenterebbe le garanzie d'interpretazione uniforme del diritto comunitario. Peraltro appare adesso chiaro che le autorità nazionali per la concorrenza sono autorizzate e anzi tenute a disapplicare la legislazione nazionale che implichi o favorisca gli effetti di comportamenti contrari all'art. 81, n. 1, CE, o li rafforzi, specie in materia di fissazione di prezzi o di accordi di ripartizione dei mercati [12]. Ciò potrebbe indurre a considerare con maggior favore i rinvii provenienti da tali autorità, così da assicurare che alcune incertezze nell'applicazione delle regole comunitarie siano chiarite prima di disapplicare la legislazione nazionale.

46. Queste considerazioni pratiche mi rafforzano nella già raggiunta conclusione che il presente provvedimento di rinvio è ricevibile. Di conseguenza passo ad esaminare le considerazioni di merito formulate dalla Commissione per la concorrenza.

9 — Regolamento del Consiglio (CE) 16 dicembre 2002, n. 1/2003, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (GU 2003, L 1, pag. 1).

10 — Art. 35 e 'considerando' 35.

11 — V., in particolare, art. 35, n. 4.

12 — Sentenza della Corte 9 settembre 2003, causa C-198/01, CIF. (Racc. pag. 8055).

Merito

47. Osservo, in via preliminare, che alcune delle allegazioni dinanzi alla Corte riguardano definizione del mercato e posizione dominante. Le questioni pregiudiziali presuppongono, però, una posizione dominante sui mercati pertinenti. La Commissione per la concorrenza ha ravvisato una posizione dominante con riferimento ad uno dei farmaci in discussione, il Lamictal, ma non ha chiesto alla Corte di pronunciarsi sui criteri pertinenti per la definizione del mercato o per la posizione dominante. Mi limiterò pertanto ad esprimere il mio parere in merito all'abuso nel senso dell'art. 82 CE, al quale la Commissione per la concorrenza ha invece fatto riferimento.

48. A tale proposito la Commissione per la concorrenza vorrebbe sapere (1) se il semplice rifiuto di un'impresa farmaceutica in posizione dominante di soddisfare integralmente gli ordinativi ricevuti al fine di limitare il commercio parallelo praticato dai suoi clienti debba sempre essere considerato un comportamento abusivo nel senso dell'art. 82 CE; e (2), in caso di risposta negativa, quali fattori determinino se un'impresa è responsabile o meno per un tale rifiuto.

49. La Commissione europea sostiene che una tale limitazione delle forniture è abusiva salvo obiettiva giustificazione, adeguata e sufficientemente importante. A suo parere, nessuno dei fattori individuati dalla Commissione ellenica per la concorrenza potrebbe integrare una giustificazione siffatta.

50. La conclusione della Commissione europea si basa, da un lato, sul carattere anticoncorrenziale del comportamento in causa. Si presume che un'impresa dominante abusi della sua posizione quando rifiuta di fornire beni o servizi al fine di limitare o di escludere concorrenti attuali o potenziali da un dato mercato e di rafforzare la sua posizione su di esso. Dato che i tentativi dei produttori di limitare le forniture per contenere il commercio parallelo sono di solito finalizzati a restringere la concorrenza tra marchi sul mercato dell'importazione, limitazioni del genere vanno normalmente considerate abusive. Dall'altro lato, poi, la Commissione fa leva sul fatto che oggetto del comportamento in causa è una ripartizione del mercato. Secondo la costante interpretazione della Corte, gli artt. 81 CE e 82 CE proibiscono gli atti intesi a ripartire il mercato comune.

51. Le ricorrenti e il governo svedese sostanzialmente concordano con la Commissione.

52. Secondo la GSK, una limitazione delle forniture da parte di un'impresa farmaceutica in posizione dominante per contenere il commercio parallelo non costituisce un abuso nel senso dell'art. 82 CE. Una limitazione del genere non rientra in quelle circostanze eccezionali in cui il rifiuto di forniture è considerato abusivo. Ove la si valuti nel suo esatto contesto economico e normativo e si prenda atto delle peculiarità dell'industria farmaceutica in Europa, essa non può essere ritenuta un abuso, bensì l'adeguata tutela da parte di un'impresa dei suoi legittimi interessi commerciali.

Il comportamento in causa costituisce di per sé un abuso?

53. Per quanto riguarda la prima parte della prima questione pregiudiziale, trovo corretta la conclusione della Commissione e della GSK secondo cui un'impresa farmaceutica dominante non abusa della sua posizione solo perché si rifiuta di soddisfare integralmente gli ordinativi ricevuti da grossisti di medicinali, e ciò anche quando essa intende così contenere il commercio parallelo. Tale conclusione mi sembra chiaramente in linea con la costante giurisprudenza della Corte in materia di riconducimento all'art. 82 CE di rilevanti rifiuti di forniture. Secondo tale giurisprudenza — come dimostra la rassegna che segue, per forza di cose alquanto dettagliata —, un obbligo di conformarsi all'art. 82 CE può essere imposto solo dopo un esame accurato del contesto fattuale ed economico, e anche allora unicamente entro limiti piuttosto ristretti.

54. Una conferma che un'impresa dominante può in date circostanze essere tenuta a rifornire i suoi clienti proviene innanzi tutto dalla sentenza *Commercial Solvents* [13]. La causa verteva sul rifiuto della Commercial Solvents di continuare a rifornire un terzo, la Zoja, di materie prime indispensabili alla fabbricazione di un prodotto finito e acquistabili solo presso la Commercial Solvents. Il rifiuto dipendeva dalla decisione di tale società di entrare in concorrenza con la Zoja sul mercato a valle del prodotto finito. La Corte dichiarò che un'impresa in posizione dominante sul mercato di una materia prima la quale, nell'intento di riservare tale materia alla fabbricazione di propri prodotti, rifiuti di rifornirne un proprio cliente, anch'esso fabbricante di prodotti finiti, sfrutta in modo abusivo la propria posizione dominante, ma solo se in tal modo «risch[i] di eliminare del tutto dal mercato il cliente e concorrente» [14].

55. Nella sentenza *United Brands* [15] un'impresa in posizione dominante nella produ-

13 — Causa 6/73, Istituto Chemioterapico Italiano spa e Commercial Solvents Corporation/Commissione (Racc. pag. 223).

14 — Punto 25 della sentenza.

15 — Causa 27/76 (Racc. pag. 207).

zione di banane (UBC), che distribuiva la merce sotto il marchio Chiquita, sospese le forniture ad un maturatore/distributore allorché quest'ultimo, in seguito a un disaccordo con l'impresa dominante, iniziò a promuovere la vendita delle banane di un concorrente e a riporre minor cura nella maturazione delle banane dell'UBC. La Corte affermò che «è opportuno premettere che un'impresa la quale detenga una posizione dominante per la distribuzione di un dato prodotto — che goda del prestigio di un marchio noto ed apprezzato dai consumatori — non ha facoltà di sospendere le forniture a un vecchio cliente, ligio agli usi commerciali, se gli ordini di detto cliente non presentano alcunché di anormale» [16].

56. La Corte giudicò il detto comportamento incompatibile con l'art. 82 CE «poiché il rifiuto di vendita limita gli sbocchi a danno dei consumatori e provoca una discriminazione che può spingersi fino all'eliminazione di un operatore commerciale dal mercato considerato» [17]. Affermò anche, tuttavia, che il fatto di detenere una posizione dominante non può privare un'impresa del diritto di intraprendere congrue misure di tutela dei propri interessi commerciali, purché il suo comportamento sia ragionevole e non miri a rafforzare o a sfruttare tale sua posizione [18].

57. La causa *BP* [19] verteva su une limitazione di forniture da parte di una società petrolifera in posizione dominante durante la crisi del greggio del 1973/74. La BP impugnava una decisione della Commissione che le imputava un abuso di posizione dominante per aver limitato le forniture ad un dato cliente in misura sostanziale e ben maggiore che agli altri clienti senza obiettive giustificazioni. Secondo la Commissione, un'impresa in posizione dominante deve ripartire equamente il suo prodotto fra tutti i suoi clienti, fatte salve situazioni commerciali particolari o differenti. Nel caso di una crisi di approvvigionamento generalizzata tale impresa deve per prima cosa negoziare con i suoi clienti abituali e limitare le forniture agli acquirenti, in periodo di ristrettezza, in base ad un periodo di riferimento. La Commissione proponeva di considerare all'uopo l'anno precedente la crisi.

58. L'avvocato generale Warner considerava fuori luogo la qualifica di abuso formulata dalla Commissione, data la difficoltà di determinare il periodo di riferimento proposto e di valutare se eventuali differenze fra i clienti potevano giustificare trattamenti differenziati [20]. La Corte convenne che la *BP* non aveva abusato della sua posizione dominante. Nell'anno precedente la crisi il

16 — Punto 182 della sentenza.
17 — Punto 183 della sentenza.
18 — Punti 189 e 190 della sentenza.
19 — Causa 77/77 (Racc. pag. 1513).
20 — Pag. 1539, seconda colonna.

cliente in questione non si era più approvvigionato con regolarità. Al momento dello scoppio della crisi egli era, dunque, solo un acquirente occasionale, ragion per cui la BP non era tenuta a riservargli il trattamento usato alla clientela tradizionale [21]. La Corte dubitava, peraltro, che potesse applicarsi un periodo di riferimento, quantomeno rispetto ad un cliente che non aveva mantenuto con la BP rapporti commerciali durante quello stesso periodo [22]. Essa notava, infine, che il detto cliente aveva potuto superare le difficoltà della crisi [23], sicché non aveva subìto uno svantaggio concorrenziale certo, immediato e sostanziale, né era stato esposto al rischio di eliminazione dal mercato [24].

59. Il caso *Tele-marketing* [25] prese le mosse da una domanda presentata ad un tribunale belga affinché diffidasse un'emittente televisiva dal rifiutare di vendere tempi di programmazione ad un'impresa concorrente sul mercato a valle delle vendite telefoniche. La detta emittente si rifiutava inoltre di vendere tempi agli inserzionisti per annunci che invitavano ad operazioni di marketing telefonico televisivo con impiego di un numero telefonico diverso dal suo.

60. Al giudice nazionale la Corte rispondeva che costituisce abuso ai sensi dell'art. 82 CE il fatto che un'impresa, che detenga una posizione dominante su un determinato mercato, si riservi o riservi ad un'impresa appartenente allo stesso gruppo, e senza necessità obiettiva, un'attività ausiliaria, che potrebbe essere svolta da una terza impresa nell'ambito delle sue attività su un mercato vicino, ma distinto, con il rischio di eliminare qualsiasi concorrenza da parte di detta impresa. La Corte osservava che in un caso siffatto la fornitura omessa dall'impresa in posizione dominante sarebbe stata indispensabile alle attività dell'altra impresa [26].

61. I casi finora considerati vertevano tutti su un'omessa fornitura ad un vecchio cliente. In un'altra serie di casi la Corte ha preso in considerazione dinieghi di permettere a terzi di utilizzare per la prima volta i propri diritti d'autore o infrastrutture materiali.

62. Nella causa *Volvo/Veng* [27] la Corte affermava che non costituiva uno sfruttamento abusivo di posizione dominante da parte di un costruttore di autovetture che aveva brevettato modelli relativi a parti componenti della carrozzeria delle sue automobili il rifiuto di concedere a terzi una licenza per produrre componenti di ricambio. Secondo la Corte, la facoltà del titolare di un brevetto di vietare a terzi la fabbrica-

21 — Punti 28 e 29, nonché 32 e 33 della sentenza.

22 — Punto 30 della sentenza.

23 — Punto 42 della sentenza.

24 — Punto 20 della sentenza.

25 — Causa 311/84, CBEM/CLT e IPB (Tele-marketing) (Racc. pag. 3261).

26 — Punti 25 e 27, nonché il dispositivo, della sentenza.

27 — Causa C-238/87 (Racc. pag. 6211).

zione e la vendita o l'importazione, senza il suo consenso, di prodotti che incorporino il modello costituisce la sostanza stessa del suo diritto esclusivo. Ne consegue che il rifiuto di concedere una siffatta licenza non può, di per sé, costituire un abuso. L'esercizio del diritto esclusivo può tuttavia essere abusivo qualora dia luogo, da parte di un'impresa in posizione dominante, a comportamenti come l'arbitrario rifiuto di fornire pezzi di ricambio ad officine di riparazione indipendenti, il fissare i prezzi dei pezzi di ricambio ad un livello non equo o la decisione di non produrre più pezzi di ricambio per un dato modello nonostante numerose vetture di questo modello siano ancora in circolazione [28].

63. In seguito, nella causa *Magill* [29], la Corte confermava la pronuncia del Tribunale di primo grado che accoglieva una decisione della Commissione secondo la quale emittenti televisive irlandesi avevano abusato della loro posizione dominante sul mercato relativa ai propri elenchi di programmi allorché avevano invocato il diritto d'autore su questi ultimi per impedire ad un terzo la pubblicazione di una guida settimanale che avrebbe fatto concorrenza alle guide che ciascuna emittente pubblicava per i propri programmi. Per la Corte l'abuso risultava dalle seguenti circostanze. In primo luogo, il rifiuto delle emittenti di fornire informazioni sui loro programmi, materia prima indispensabile per produrre una guida settimanale completa, ostacolava la comparsa di un prodotto nuovo che le emittenti non offrivano e per cui sussisteva una domanda potenziale da parte del consumatore. Un tale rifiuto costituiva un abuso nel senso dell'art. 82, secondo comma, CE [30]. In secondo luogo, tale rifiuto non era giustificato [31]. In terzo luogo, con tale comportamento le emittenti si riservavano un mercato derivato, quello delle guide televisive settimanali, escludendo qualunque tipo di concorrenza, poiché negavano l'accesso all'informazione grezza, materia prima indispensabile per elaborare una guida del genere [32].

64. Un rifiuto di fornitura costituiva oggetto anche della causa *Bronner* [33]. La Corte doveva risolvere la questione se commette un abuso di posizione dominante contrario all'art. 82 CE un gruppo editoriale detentore di una significativa quota del mercato dei quotidiani che rifiuti di inserire nel suo sistema di recapito di giornali a domicilio la distribuzione di un quotidiano concorrente ovvero la inserisca solo a condizione che il suo editore acquisti dal gruppo alcuni servizi addizionali. La Corte faceva presente di aver affermato nelle sentenze *Commercial Solvents* e *Tele-marketing* che il rifiuto di fornire ad un concorrente beni o servizi indispensabili per l'esercizio della sua attività costitui-

28 — Punti 8 e 9 della sentenza.

29 — Cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, RTE e ITP/Commissione (Racc. pag. 743).

30 — Punti 53 e 54 della sentenza.

31 — Punto 55 della sentenza.

32 — Punto 56 della sentenza.

33 — Causa C-7/97 (Racc. pag. I-7791).

rebbe un abuso solo se idoneo ad eliminare del tutto la concorrenza da questi esercitata [34]. La Corte richiamava altresì la sentenza *Magill* e osservava che, anche supponendo che questa giurisprudenza relativa all'esercizio di un diritto di proprietà intellettuale sia applicabile all'esercizio di qualsivoglia diritto di proprietà, occorrerebbe pur sempre, onde concludere per la sussistenza di un abuso, non solo che il diniego del servizio costituito dal recapito a domicilio possa eliminare del tutto la concorrenza sul mercato dei quotidiani da parte della persona che richiede il servizio e non sia obiettivamente giustificabile, ma anche che il detto servizio sia di per sé indispensabile per l'esercizio dell'attività di tale persona, nel senso che non esiste alcun modo di distribuzione che possa realmente o potenzialmente sostituirsi al predetto sistema di recapito a domicilio [35]. Non era questo il caso di specie [36].

65. Infine, nella recente causa *IMS Health* [37], la Corte è ritornata sulle circostanze in cui il rifiuto da parte di un'impresa in posizione dominante di concedere una licenza d'uso del suo diritto d'autore può costituire un abuso ai sensi dell'art. 82 CE. Come nella causa *Magill*, la Corte ha statuito che, affinché il rifiuto di un'impresa titolare di un diritto d'autore di dare accesso ad un prodotto o ad un servizio indispensabile per esercitare una data attività possa essere qualificato abusivo, è sufficiente che siano soddisfatte tre condizioni cumulative, e cioè che tale rifiuto costituisca ostacolo alla comparsa di un nuovo prodotto per il quale esiste una domanda potenziale dei consumatori, che sia ingiustificato e idoneo ad escludere qualsiasi concorrenza sul mercato derivato [38].

66. Mi sembra che dalla giurisprudenza e dalla prassi comunitaria costanti possano trarsi le seguenti considerazioni per la presente controversia. La prima. È evidente che un'impresa in posizione dominante sarà tenuta, all'occorrenza, a fornire i suoi beni e servizi. Così, ad esempio, se l'interruzione della fornitura comprometta gravemente la concorrenza sul mercato a valle tra l'impresa e il cliente o tra l'impresa e i suoi concorrenti attuali o potenziali nel settore delle forniture. Un'impresa dominante sarà altresì obbligata in un ristretto novero di casi a concedere a terzi per la prima volta servizi o licenze d'uso del suo diritto d'autore. All'uopo dev'essere dimostrato un eccezionale pregiudizio alla concorrenza.

67. Seconda considerazione. È altresì chiaro che gli obblighi di fornitura ex art. 82 CE di un'impresa in posizione dominante sono limitati sotto vari profili. Coma la Corte ha

34 — Al punto 38.

35 — Punto 41 della sentenza.

36 — Punti 42-44 della sentenza.

37 — Sentenza 29 aprile 2001, causa C-418/01 (Racc. pag. 0000).

38 — Punto 38 della sentenza.

affermato nella sentenza *United Brands*, un'impresa dominante non è tenuta a soddisfare ordinativi anormali ed è autorizzata a tutelare congruamente i propri interessi commerciali. Allo stesso modo, nella causa *BP*, un'impresa dominante ha potuto vittoriosamente difendere dinanzi alla Corte una politica commerciale che faceva una distinzione tra i clienti da approvvigionare in periodi di penuria. La Corte ha peraltro sempre circoscritto gli obblighi delle imprese dominanti in presenza di giustificazioni oggettive.

68. Terza considerazione. La questione se il rifiuto di approvvigionamento da parte di un'impresa sia o meno abusivo va valutata in gran parte in base al contesto economico e normativo proprio del caso. In tal senso si è espressa la Commissione europea nella recente decisione *Microsoft* [39] e simile è il punto di vista recentemente espresso dalla Suprema Corte statunitense [40].

69. Alla luce dell'analisi sopra svolta mi sembra evidente che alla prima questione pregiudiziale debba darsi una soluzione negativa: un'impresa farmaceutica in posizione dominante che limiti le forniture dei suoi prodotti non abusa necessariamente della sua posizione dominante nel senso dell'art. 82 CE solo perché intende in tal modo contenere il commercio parallelo.

70. Trovo plausibile, come sostiene la Commissione, che l'intenzione di contenere il commercio parallelo sia una di quelle circostanze che rendono di solito abusivo un rifiuto di fornitura da parte di un'impresa dominante. Un tale comportamento è di regola inteso a rimuovere una fonte di concorrenza per l'impresa dominante sul mercato dello Stato membro dell'importazione. Quand'anche non in tutti i casi possa essere dimostrato un effetto anticoncorrenziale sufficiente, dalla ripartizione del mercato oggetto del comportamento in causa si può ricavare un ulteriore argomento a sostegno di una conclusione del genere.

71. Nella presente fattispecie, sebbene un intento di ripartire il mercato sia presunto e perfino manifestamente ammesso, la ripartizione non costituisce lo scopo primario, bensì una conseguenza inevitabile, date le caratteristiche del mercato, del tentativo della GSK di proteggere quelli che le appaiono i suoi legittimi interessi commerciali mediante il rifiuto di evadere integralmente gli ordinativi che riceve. Il problema dell'intento non dovrebbe perciò distogliere

39 — Decisione della Commissione 24 marzo 2004, relativa ad un procedimento ai sensi dell'art. 82 CE (Caso COMP/C-3/37.792 Microsoft). La Commissione afferma al punto 555 che «non può persuadere un approccio secondo cui esiste un elenco esaustivo di circostanze eccezionali e la Commissione, nel valutare un rifiuto di forniture, non può per principio considerarne altre che pure meritino attenzione».

40 — Nella causa *Verizon Communications Inc./Uffici legali di Curtis V. Trinko*, LLP, vertente su un rifiuto di forniture rientrante nella normativa antitrust statunitense, Scalia J., a nome della Corte Suprema, ha affermato che «l'analisi antitrust dev'essere sempre rapportata alla particolare struttura e alle caratteristiche dell'industria in questione. L'attenzione al contesto economico denota, in parte, la consapevolezza del significato di una regolamentazione».

l'attenzione dal punto essenziale, cioè se un rifiuto del genere sia comunque giustificato.

72. In ogni caso, però, come sostiene la Commissione, è chiaro che la casistica comunitaria permette alle imprese dominanti di dimostrare l'oggettiva necessità dei loro comportamenti anche se essi risultino *prima facie* abusivi; torno, perciò, all'argomento dell'oggettiva giustificazione. Vorrei aggiungere che per me l'analisi bifasica suggerita dalla distinzione tra un abuso e la sua giustificazione oggettiva è alquanto artificiosa. L'art. 82 CE, a differenza dell'art. 81 CE, non prevede esplicite eccezioni ai comportamenti cui altrimenti si applica. Al contrario, il mero fatto che una pratica sia definita «abusiva» suggerisce che già è stata tratta una conclusione negativa, laddove l'art. 81 CE utilizza una terminologia più neutra («(...) impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza»). Ritengo perciò più preciso affermare che certe pratiche di un'impresa dominante non costituiscono affatto un abuso. Tuttavia, dato che la Commissione, alla luce di una passata giurisprudenza comunitaria, ha svolto le sue osservazioni sul piano della giustificazione obiettiva, ai fini presenti può essere opportuno impostare il discorso analogamente.

Il comportamento in causa è obiettivamente giustificabile?

73. Avendo proposto una soluzione negativa della prima parte della prima domanda pregiudiziale, devo ora verificare se comportamenti come quello in causa siano giustificabili in base ad alcuni dei vari criteri identificati dalla Commissione per la concorrenza, vale a dire l'assenza di una concorrenza assoluta nel settore farmaceutico europeo; la percentuale in cui le forniture da parte dell'impresa dominante eccedono il fabbisogno nazionale; l'impatto del commercio parallelo sul volume d'affari ovvero sui profitti dell'impresa dominante; e l'ampiezza del beneficio che il consumatore finale/paziente e acquirente dei prodotti commercializzati trae dall'esportazione parallela.

74. A prima vista è difficile confutare il punto di vista della Commissione europea secondo cui una limitazione delle forniture al fine di contenere il commercio parallelo sarebbe ammissibile solo in un numero assai ristretto di casi. Il più delle volte i benefici del commercio parallelo sono evidenti: esso favorisce la concorrenza tra marchi riducendo i prezzi nello Stato dell'importazione a vantaggio dei consumatori locali. Ad un'analisi più accurata delle peculiarità del settore farmaceutico europeo, tuttavia, non sono convinto che le possibilità di giustificazione siano così esigue come la Commissione lascia intendere.

75. Al contrario, nel valutare la responsabilità di un'impresa farmaceutica in posizione dominante che limiti le forniture al fine di contenere il commercio parallelo, mi sembra

che si debba tener conto di varie caratteristiche del detto settore alle quali la Commissione per la concorrenza fa riferimento.

76. I fattori da prendere in considerazione sono, a mio parere: (1) l'ampia regolamentazione dei prezzi e distribuzione nel settore; (2) il probabile impatto di un commercio parallelo smodato sulle imprese farmaceutiche alla luce dell'economia del settore; e (3) l'effetto di tale commercio su consumatori e acquirenti di prodotti farmaceutici.

La regolamentazione dei prezzi e la distribuzione nel settore farmaceutico europeo

77. Ritengo impossibile, nel valutare comportamenti come quello oggetto del presente procedimento, ignorare l'ampia e differenziata regolamentazione del settore farmaceutico tanto a livello nazionale quanto a livello comunitario, la quale mi sembra distinguere il detto settore da tutte le altre industrie di beni di pronto scambio.

78. Gli Stati membri pongono limiti ai prezzi dei medicinali sui propri territori. Interventi siffatti sono diretti a preservare il bilancio dei fondi previdenziali, che sopportano la maggior parte del costo di detti prodotti. Gli Stati intervengono a vari livelli e con vari metodi per fissare o indirizzare i prezzi dei farmaci. Alcuni Stati sono disposti a consentire che i farmaci siano venduti sul loro territorio a prezzi maggiori che altrove. È questo forse un riconoscimento, esplicito o implicito, della necessità di assicurare alle imprese farmaceutiche un guadagno sufficiente ad incentivare la ricerca e lo sviluppo di nuovi medicinali. Di conseguenza, il prezzo dei farmaci in alcuni Stati membri suole essere maggiore che in altri. È la differenza di prezzi tra Stato e Stato a spingere al commercio parallelo. In una recente Comunicazione, pubblicata prima dell'ultimo ampliamento dell'Unione europea, la Commissione ha pronosticato che a seguito di tale ampliamento il divario si accentuerà [41].

79. La regolamentazione dei prezzi da parte degli Stati membri è solo in parte armonizzata dal diritto comunitario [42]. Nella sua Comunicazione del 1998 sul mercato unico del settore farmaceutico [43] la Commissione concludeva che un sistema centralizzato di fissazione dei prezzi dei medicinali

41 — Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni — Rafforzare l'industria farmaceutica stabilita in Europa a vantaggio dei pazienti — Un invito ad agire [COM (2003) 383 def., pag. 14].

42 — Ai sensi della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1988, 89/105/CEE, riguardante la trasparenza delle misure che regolano la fissazione dei prezzi delle specialità per uso umano e la loro inclusione nei regimi nazionali di assicurazione malattia (GU 1989, L 40, pag. 8), gli Stati membri devono assicurare che le decisioni relative a prezzi e a rimborsi siano adottate secondo criteri trasparenti, non discriminatori ed entro termini precisi.

43 — COM(1998) 588 def.

gestito a livello europeo non era una soluzione auspicabile e al momento neppure praticabile, perché «sarebbe estremamente difficile fissare un livello adeguato di prezzi per tutta la Comunità. La riduzione dei prezzi dei prodotti farmaceutici andrebbe ad immediato vantaggio della spesa pubblica destinata all'assistenza sanitaria (almeno negli Stati membri nei quali i prezzi al momento sono elevati), ma provocherebbe una diminuzione permanente del contributo europeo agli investimenti complessivi per la ricerca e lo sviluppo nel settore farmaceutico producendo in definitiva un disinvestimento dell'economia europea. Prezzi elevati ridurrebbero invece l'accesso del pubblico, pagante o meno, in quei paesi in cui le condizioni economiche e sociali non consentono di sostenere tali livelli» [44]. La Commissione proponeva, al contrario, una serie di misure per attenuare le distorsioni del mercato interno causate dalla regolamentazione statale dei prezzi dei farmaci.

80. Un secondo rilevante risvolto del fatto che mancano in Europa nel settore dell'industria farmaceutica normali condizioni di concorrenza è l'elevato grado di regolamentazione cui la distribuzione dei medicinali è assoggettata sia a livello nazionale che a livello comunitario. Ai sensi delle disposizioni comunitarie relative ai medicinali per uso umano, gli Stati membri devono stabilire un sistema di autorizzazione per chi esercita l'attività di grossista di medicinali. L'autorizzazione è subordinata al soddisfacimento di una serie di requisiti minimi [45].

81. In molti Stati membri imprese farmaceutiche e grossisti sono soggetti a vari obblighi addizionali prescritti dall'ordinamento nazionale al fine di garantire la disponibilità dei farmaci. Ad esempio, come la Commissione ellenica per la concorrenza spiega nel provvedimento di rinvio, la legge greca impone ad alcune delle ricorrenti un obbligo di servizio pubblico consistente nell'avere sempre scorte complete e diversificate di prodotti farmaceutici sufficienti a soddisfare il fabbisogno di un'area geografica definita e ad assicurare nella stessa una pronta consegna delle merci richieste.

82. Il seconda comma dell'art. 81 della direttiva 2001/83/CEE, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, come modificato, prescrive, poi, alle case farmaceutiche e ai loro distributori quanto segue:

«Il titolare di un'autorizzazione all'immissione in commercio di un medicinale e i distributori di tale prodotto immesso attualmente sul mercato in uno Stato membro assicurano, nei limiti delle loro responsabi-

44 — Alla pag. 10.

45 — Le disposizioni principali sono contenute nel titolo VII della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 6 novembre 2001, 2001/83/CE, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano (GU 2001, L 311, pag. 67), quale modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/27/CE (GU 2004, L 136, pag. 34).

lità, forniture appropriate e continue di tale medicinale alle farmacie e alle persone autorizzate a consegnare medicinali in modo da soddisfare le esigenze dei pazienti nello Stato membro in questione».

83. È mio parere che, nell'analizzare comportamenti come quello in causa, la regolamentazione nazionale e comunitaria del settore farmaceutico europeo rilevi a più riguardi.

84. In primo luogo, tale regolamentazione fa luce sulla ragionevolezza e sulla proporzionalità di una limitazione delle forniture. Allorché tentano di contenere un commercio parallelo, le imprese farmaceutiche non intendono proteggere le differenze di prezzo da loro create, ma piuttosto scongiurare gli effetti di una generalizzazione a livello comunitario dei prezzi molto bassi loro imposti in alcuni Stati membri.

85. Una limitazione di forniture, poi, non impedisce ai grossisti di esportare le scorte ricevute. Di norma, una limitazione siffatta non basterebbe ad evitare un commercio parallelo dove esistono differenze di prezzi tra Stati membri. Qualsiasi quantitativo fornito in Stati membri che fissano prezzi bassi sarebbe riesportato, sicché l'impresa non avrebbe alcun interesse a rifornire tali Stati. Nell'industria farmaceutica ciò che trattiene i grossisti dall'esportare prodotti in loro possesso è manifestamente l'imposizione di obblighi di pubblico servizio ossia di mantenimento di scorte sufficienti a soddisfare la domanda interna. L'effetto di ripartizione del mercato connesso ad una limitazione delle forniture dipende dalle misure adottate dalle autorità pubbliche dello Stato dell'esportazione.

86. In secondo luogo, gli obblighi giuridici e morali in ossequio ai quali le imprese farmaceutiche dominanti devono mantenere forniture in ogni Stato membro fanno dubitare dell'opportunità e dell'adeguatezza del fatto di esigere che esse riforniscano i grossisti degli Stati in cui i farmaci sono meno cari, intenzionati a riesportare la merce. Non è pacifico che un'impresa farmaceutica possa ritirarsi da uno Stato membro che le imponga un prezzo basso. Mi sembra che ad un tale ritiro ostino due impedimenti di legge. Il primo è che le circostanze in cui le imprese dominanti possono interrompere relazioni commerciali pregresse, salvo ragionevole preavviso, sono precisate dall'art. 82 CE. Il secondo è che l'art. 81 della direttiva 2001/83/CEE impone alle imprese farmaceutiche di assicurare, nei limiti della loro responsabilità, forniture appropriate e continue dei prodotti autorizzati attualmente in commercio in uno Stato membro alle farmacie e alle persone autorizzate a consegnare medicinali in modo da soddisfare le esigenze dei pazienti nello Stato membro in questione. I precisi parametri di tale obbligo vanno ancora definiti, ma esso sembra potenzialmente già limitare la libertà di un'impresa farmaceutica di

ritirare un prodotto già in commercio in un dato Stato.

87. In terzo luogo, la regolamentazione della distribuzione di prodotti farmaceutici in Europa si basa su uno schema circoscritto ai confini nazionali, diretto ad assicurare la disponibilità di scorte sufficienti nel territorio di ciascuno Stato, che pone obblighi alle case farmaceutiche come ai grossisti e che è specificamente rafforzato dalla normativa comunitaria in vigore. Le attività degli esportatori paralleli rompono il detto schema e, col tempo, rischiano di destabilizzare, tanto nello Stato membro dell'importazione quanto in quello dell'esportazione, gli accordi di diritto nazionale e comunitario che produttori e grossisti di medicinali sono tenuti a concludere in esecuzione dei loro obblighi di servizio pubblico. La decisione di un'impresa farmaceutica dominante di limitare le forniture a quanti intendono intraprendere un commercio parallelo dev'essere valutata, a mio avviso, alla luce di tali obblighi.

88. Infine, come ho esposto sopra, il fatto che gli Stati membri abbiano fissato nei propri territori livelli di prezzi radicalmente differenti per i farmaci, e che siano proprio essi i principali acquirenti di questi ultimi, fa dubitare che il commercio parallelo procuri un concreto vantaggio a chi compra tali prodotti.

L'economia dell'industria farmaceutica innovativa

89. Ritengo di dover altresì considerare alcuni fattori economici concernenti la politica commerciale delle imprese farmaceutiche. L'innovazione è un importante parametro di concorrenza nel settore farmaceutico [46]; inoltre nella ricerca e nello sviluppo di un nuovo farmaco sono normalmente necessari finanziamenti adeguati [47]. La produzione di un farmaco si caratterizza di solito per costi fissi elevati (per ricercare e sviluppare il prodotto) e costi variabili in proporzione bassi (per sintetizzarlo una volta sviluppato) [48]. La decisione di investire nello sviluppo di un nuovo farmaco dipenderà ovviamente anche dalle aspettative del produttore di realizzare profitti sufficienti a coprire i relativi costi. Una volta realizzato l'investimento, comunque, tali costi si riducono. È perciò logico che un'impresa rifornisca dei propri prodotti i mercati dove il loro prezzo supera i costi variabili. Il mero fatto che un prodotto sia immesso su un dato mercato ad un dato prezzo non significa che un'impresa farmaceutica riesca a recuperarne integralmente i costi in caso di generalizzazione di quel prezzo in tutta la Comunità. Lo si potrebbe accertare qualora il

46 — Decisione della Commissione 8 maggio 2001, relativa ad un procedimento a norma dell'articolo 81 del trattato CE (Glaxo Wellcome) (GU 2001, L 302, pag. 1), punto 155.

47 — In un rapporto preparato per la Direzione generale per le imprese della Commissione europea, dal titolo «Global Competiviness in Pharmaceuticals — A European Perspective», gli AA., A. Gambardella, L. Orsenigo e F. Pammolli, scrivono, alla pag. 38, che «un progetto di ricerca e sviluppo per un nuovo farmaco richiede all'incirca 8-12 anni, con un costo compreso tra i 350 e i 650 milioni di dollari».

48 — Ibidem, pag. 3, nota 1, dove gli AA. scrivono che «la fabbricazione è irrilevante in questa industria rispetto a ricerca sviluppo e commercializzazione, che determinano la massa degli investimenti».

giudice nazionale fosse in grado di stabilire se il prezzo ottenuto dall'impresa dominante in un certo Stato membro le abbia permesso di coprire i costi fissi e variabili e di trarre un profitto ragionevole.

90. I suddetti elementi fanno luce sulle possibili conseguenze del divieto di limitazioni delle forniture da parte di imprese farmaceutiche dominanti intenzionate a contenere il commercio parallelo.

91. Le dette imprese sarebbero senz'altro indotte a non commercializzare prodotti con cui potrebbero conseguire una posizione dominante negli Stati in cui i farmaci sono meno cari. Come si è visto, a causa dei loro obblighi giuridici e morali le imprese potrebbero avere difficoltà a ritirare prodotti già in commercio in quegli Stati. Ancora più probabile è che esse ritardino ivi il lancio di nuovi prodotti. Di conseguenza, nella Comunità i livelli di produzione e di benessere dei consumatori generati da alcuni farmaci precipiterebbero.

92. Allo stesso modo, la negoziazione per la fissazione dei prezzi negli Stati in cui i farmaci sono meno cari diverrebbe quasi certamente più difficile. Ci sarebbero considerevoli pressioni per innalzare i prezzi in tali Stati, se essi dovessero essere generalizzati in tutta la Comunità in conseguenza di un commercio parallelo. Aumenti siffatti, se approvati, ridurrebbero di nuovo la produzione di farmaci e il benessere dei consumatori negli Stati in cui si verificassero. Peraltro essi si tradurrebbero de facto in una ridistribuzione di risorse dai consumatori degli Stati meno cari a quelli degli Stati dai prezzi alti.

93. Se gli Stati membri in cui i farmaci sono meno cari riuscissero a resistere alle pressioni per l'aumento dei prezzi e le imprese farmaceutiche non ritirassero i loro prodotti o non ne ritardassero il lancio, gli introiti generati dai prodotti rispetto ai quali era stata accertata la posizione dominante si ridurrebbero. L'incentivo per un'impresa farmaceutica ad investire nella ricerca e nello sviluppo in quel caso si affievolirebbe, considerati i minori utili che tale impresa potrebbe attendersi nel periodo coperto da brevetto.

94. Secondo la Commissione, le imprese farmaceutiche sono libere di scegliere se commercializzare un prodotto ad un dato prezzo e, ove decidano di commercializzarlo, si deve presumere che quel prezzo sia

redditizio. Come ho chiarito sopra [49], è, questa, a mio avviso, una conclusione azzardata. Un'impresa può acconsentire ad un prezzo in un certo Stato membro nonostante esso possa non bastare a ricoprire i costi fissi e quelli di sviluppo di un certo farmaco, purché i costi di produzione variabili siano coperti e quel prezzo non sia generalizzato in tutta la Comunità a scapito delle entrate assicurate negli altri Stati.

95. Di conseguenza, è del tutto plausibile che, se non possono spuntare un aumento dei prezzi negli Stati in cui i farmaci sono meno cari, le imprese farmaceutiche dominanti reagiscano ad un obbligo di rifornire esportatori paralleli in un dato Stato membro ritirando, se possono, i prodotti già commercializzati in quello Stato e ritardandovi il lancio di quelli nuovi. Al posto dei prezzi differenziati ci sarebbe un mercato ancor più frammentato, con una disponibilità di prodotti diversa da Stato a Stato.

Le conseguenze del commercio parallelo per i consumatori e gli acquirenti nello Stato membro dell'importazione

96. In chiusura, ritengo importante esaminare l'effetto del commercio parallelo su consumatori e acquirenti nello Stato membro dell'importazione. Di regola i benefici del commercio parallelo sono avvertiti da chi può comprare i prodotti a un prezzo più basso sul mercato al quale sono destinati. Le speciali caratteristiche dell'industria farmaceutica europea mi sembrano, però, revocare in dubbio questi vantaggi.

97. Il commercio parallelo di prodotti farmaceutici non si traduce per forza in una concorrenza sui prezzi evidente agli occhi dei consumatori. In molti Stati membri i pazienti contribuiscono solo per una piccola quota al pagamento dei farmaci loro prescritti. La restante parte del prezzo d'acquisto ricade sulla previdenza pubblica. In quegli Stati il commercio parallelo non arreca, perciò, alcun beneficio ai consumatori finali dei farmaci così venduti.

98. Né il commercio parallelo si traduce sempre in una concorrenza sui prezzi a vantaggio degli enti pubblici che di fatto acquistano i prodotti commercializzati oppure dei contribuenti che alimentano tali fondi. In alcuni Stati, per esempio, le farmacie sono autorizzate a chiedere in pagamento dei prodotti venduti il prezzo che, nello Stato interessato, si applica agli stessi farmaci importati in forma diretta. Ne deriva che la differenza di prezzi che incentivava il commercio parallelo si è interamente trasformata in un utile per gli

49 — Ai paragrafi 89-93.

intermediari della catena di distribuzione. Alcuni dei detti Stati hanno perciò introdotto sistemi di recupero («claw-back schemes») di parte dei profitti conseguiti dalle farmacie. Nella sua Comunicazione del 1998 sul mercato unico del settore farmaceutico la Commissione ha ammesso che «[s]e il commercio parallelo non è in grado di influire in maniera dinamica sui prezzi, produce situazioni di inefficienza perché gran parte dei benefici finanziari — ma non tutti — è incamerata dal commercio parallelo piuttosto che dal sistema sanitario o dai pazienti» [50].

99. In ogni caso, dato che le autorità pubbliche acquistano i prodotti farmaceutici, ma svolgono anche un ruolo importante nella determinazione dei loro prezzi, non si può ritenere che l'unica preoccupazione degli acquirenti in uno Stato dai prezzi alti sia di ottenere prezzi più bassi. Se quello Stato volesse prezzi minori, dovrebbe adoperarsi maggiormente per ridurli direttamente. Questa concorrenza sui prezzi quale comporta il commercio parallelo può, perciò, non incontrare affatto le preferenze degli acquirenti.

Conclusioni sulla possibilità di una giustificazione oggettiva

100. Alla luce di tutti i fattori analizzati, ritengo che una limitazione delle forniture da parte di un'impresa farmaceutica dominante al fine di limitare il commercio parallelo sia giustificabile ove ragionevole e adeguata alla difesa degli interessi commerciali dell'impresa stessa. Una tale limitazione non giustifica le differenze di prezzo, che un'impresa ben può praticare, né impedisce direttamente il commercio, il quale è ostacolato piuttosto dagli obblighi di servizio pubblico imposti dagli Stati membri. Esigere che un'impresa soddisfi tutti gli ordinativi di esportazione che riceve significherebbe in molti casi onerarla oltremisura, dati i suoi obblighi morali e giuridici di assicurare le forniture in tutti gli Stati membri. Considerate le specifiche caratteristiche dell'industria farmaceutica, un'esigenza di fornitura non favorirebbe necessariamente la libera circolazione o la concorrenza e potrebbe anzi disincentivare le case farmaceutiche dall'innovazione. Non si può neppure assumere che il commercio parallelo benefici di fatto i consumatori finali dei farmaci o gli Stati membri, quali principali acquirenti degli stessi.

101. Ad ogni buon conto, la conclusione cui sono pervenuto in questa sede vale precipuamente per l'industria farmaceutica nella sua condizione attuale e per il particolare tipo di comportamento oggetto del presente procedimento.

50 — Cit. sopra (nota 43); qui: pag. 6.

102. Trovo altamente improbabile che altri settori presentino le caratteristiche che mi hanno indotto a considerare giustificabile una limitazione delle forniture al fine di contenere il commercio parallelo relativamente ai prodotti farmaceutici. Allo stesso modo, se mutasse il contesto economico e normativo del settore farmaceutico in Europa, potrebbe rivelarsi necessario riconsiderare la ragionevolezza e la proporzionalità delle restrizioni delle forniture negli Stati membri in cui i farmaci sono meno cari.

103. Ritengo anche che una giustificazione siffatta non possa valere per il comportamento di un'impresa farmaceutica dominante che abbia ripartito il mercato comune in maniera più esplicita e diretta. L'adeguatezza della limitazione di una fornitura dipende anche dall'esigua misura in cui essa contribuisce, nel settore farmaceutico, alla ripartizione del mercato.

104. Vorrei far notare, infine, che l'analisi svolta non toglie che una limitazione di forniture da parte di un'impresa farmaceutica dominante non sia suffragata dalla costante giurisprudenza della Corte in materia di rifiuti di forniture ove sortisca sulla concorrenza conseguenze negative diverse da quelle costituite dal contenimento del commercio parallelo.

Conclusione

105. Per le ragioni suesposte sono dell'opinione che la Corte debba risolvere le questioni pregiudiziali come segue:

1) Un'impresa farmaceutica in posizione dominante che si rifiuti di soddisfare integralmente gli ordinativi ricevuti da grossisti di medicinali non abusa

necessariamente della sua posizione solo perché intende in tal modo contenere il commercio parallelo.

2) Un tale rifiuto è oggettivamente giustificabile, e non costituisce quindi un abuso, allorché la differenza di prezzo che incentiva il commercio parallelo discende dal fatto che lo Stato membro dell'esportazione ha fissato il prezzo sul suo territorio ad un livello più basso di quello praticato altrove nella Comunità, considerata la complessiva situazione del settore farmaceutico europeo al suo attuale stato di sviluppo, in particolare:

— l'ampio e diversificato intervento dello Stato nella fissazione dei prezzi dei medicinali, dal quale dipendono le differenze di prezzi tra Stati membri;

— la regolamentazione comunitaria e nazionale della distribuzione dei medicinali, che pone obblighi delimitati sotto il profilo nazionale alle imprese farmaceutiche e ai grossisti affinché garantiscano la disponibilità di adeguate riserve di tali prodotti;

— le conseguenze potenzialmente negative del commercio parallelo per la concorrenza, il mercato comune e gli incentivi all'innovazione, date le caratteristiche economiche dell'industria farmaceutica;

— il fatto che i consumatori finali di farmaci non traggono sempre e comunque un beneficio dal commercio parallelo e che non può presumersi che le autorità pubbliche degli Stati membri, che sono i principali acquirenti di tali prodotti, si avvantaggino di prezzi più bassi, visto che sono esse stesse a fissare i prezzi da praticare nei propri territori.