CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
presentate il 1° aprile 2008 [1]

Indice

I — Introduzione ..... I - 7145

II — L'ambito normativo ..... I - 7146

A — Il diritto comunitario ..... I - 7146

B — La normativa nazionale ..... I - 7148

III — I fatti di cui alle cause principali e le questioni pregiudiziali ..... I - 7148

IV — Il procedimento dinanzi alla Corte di giustizia ..... I - 7151

V — Analisi delle questioni pregiudiziali ..... I - 7152

A — Considerazioni preliminari ..... I - 7152

1. Obiezioni relative alla formulazione delle questioni ..... I - 7152

a) La posizione dominante ..... I - 7152

b) La soddisfazione «integrale» degli ordinativi ..... I - 7153

2. Considerazioni metodologiche ..... I - 7153

B — L'abuso di posizione dominante «di per sé» ai sensi dell'art. 82 CE (prima questione pregiudiziale) ..... I - 7154

1. Il diniego di fornitura quale comportamento abusivo ..... I - 7154

a) La giurisprudenza comunitaria ..... I - 7154

b) L'elemento intenzionale come aggravante ..... I - 7156

1 — Lingua originale: lo spagnolo.

2. Il riconoscimento dell'abuso «di per sé» nell'ambito dell'art. 82 CE: un problema metodologico ..... I - 7158

a) Giurisprudenza della Corte ..... I - 7158

b) Inadeguatezza del concetto di abuso di per sé rispetto all'art. 82 CE .. I - 7159

i) Criteri di natura giuridica ..... I - 7159

ii) Criteri di tipo economico ..... I - 7161

3. Soluzione suggerita per la prima questione pregiudiziale ..... I - 7162

C — Elementi che giustificano una condotta normalmente abusiva (seconda questione pregiudiziale) ..... I - 7162

1. Le condizioni di un mercato imperfetto ..... I - 7163

a) Caratteristiche essenziali del mercato ..... I - 7163

b) Esame dei suddetti motivi di giustificazione ..... I - 7164

i) La fissazione dei prezzi da parte degli Stati membri ..... I - 7165

ii) L'obbligo di mantenimento delle scorte ..... I - 7166

2. La difesa di interessi commerciali legittimi ..... I - 7167

a) Analisi della giurisprudenza ..... I - 7167

b) Motivi dedotti nella causa principale ..... I - 7168

3. Il bilancio economico positivo ..... I - 7171

4. Soluzione suggerita per la seconda questione pregiudiziale ..... I - 7172

VI — Conclusione ..... I - 7173

I — Introduzione

1. Giungono nuovamente alla Corte di giustizia, come se si trattasse di un boomerang, le questioni pregiudiziali che essa aveva dichiarato irricevibili due anni orsono [2]. Un organo giurisdizionale greco, il Trimeles Efeteio Athinon (Corte d'appello di

2 — Sentenza 31 maggio 2005, causa C-53/03, Syfait e a. (Racc. pag. I-4609).

Atene), chiede alla Corte di risolvere alcune questioni essenziali del diritto comunitario della concorrenza, riguardanti l'abuso di posizione dominante vietato dall'art. 82 CE e le importazioni parallele di medicinali provenienti dalla Repubblica ellenica e dirette verso altri Stati membri in cui il rimborso del prezzo pagato sui medicinali venduti dietro presentazione di ricetta medica è sensibilmente superiore al rimborso concesso in Grecia.

2. Il motivo che determinò all'epoca il rigetto del rinvio pregiudiziale non impedì all'avvocato generale designato in quell'occasione di elaborare le sue conclusioni [3], cui le parti nel procedimento dinanzi al giudice del rinvio si riferiscono ampiamente, facendole quasi diventare il fulcro della discussione.

3. Tale contesto mi mette a disagio, perché mi sento come un Avellaneda dedito a scrivere la seconda parte di una novella altrui, ciò che potrebbe costarmi un rimprovero come quello che ricevette il menzionato autore, benché le due situazioni non siano comparabili: io mi vedo obbligato a elaborare le presenti conclusioni e adempio i miei obblighi professionali in buona fede e senza nutrire il minimo risentimento che, invece, pare abbia ispirato il plagio di Avellaneda [4].

II — L'ambito normativo

A — *Il diritto comunitario*

4. Il Trattato CE contiene due disposizioni relative alla concorrenza, che sono fondamentali per il funzionamento del mercato comune. Mentre l'art. 81 CE vieta le intese tra imprese concorrenti, l'art. 82, primo comma, vieta lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese in posizione dominate sul detto mercato o su una parte sostanziale di esso. Il secondo comma elenca, in maniera non esaustiva, una serie di esempi tipici di tale condotta arbitraria.

3 — Conclusioni dell'avvocato generale Jacobs nella causa Syfait, cit., lette all'udienza del 28 ottobre 2004, in cui si sostiene la ricevibilità delle questioni pregiudiziali.

4 — Con lo pseudonimo di Alonso Fernández de Avellaneda, probabilmente un sacerdote sconosciuto dal nome Alonso Fernández Zapata, pubblicò nel 1614 il «Segundo tomo del ingenioso hidalgo Don Quijote de La Mancha», provocando le comprensibili ire di Cervantes, che, al momento di scrivere l'autentico seguito del suo racconto, non ha risparmiato gli attacchi contro la grossolana imitazione. La qualità letteraria del testo plagiato è assai distante da quella che pretendeva copiare, ragion per cui Fernando García Salinero, nella sua «Introducción crítica sobre la obra y su autor», in Alonso Fernández de Avellaneda, *El ingenioso hidalgo Don Quijote de La Mancha,* Ed. Castalia, Madrid, 2005, pag. 24, ha qualificato tale esperimento come «un libro de burlas sin las ingeniosidades de la picaresca, cuya gestación se deba quizá a motivos de rencor personal» [«un libro di burle senza l'ingegno del genere picaresco, la cui gestazione si deve probabilmente a qualche rancore personale». Trad. libera].

5. Nel contesto fattuale della causa principale acquistano rilevanza anche alcune norme di diritto derivato; così la direttiva 89/105/CEE [5] prevede misure che mirano ad armonizzare i metodi di determinazione dei prezzi dei medicinali. L'art. 2, nn. 1 e 2, della direttiva così recita:

«Sono applicabili le disposizioni seguenti se la commercializzazione di una specialità medicinale è permessa solo dopo che le autorità competenti dello Stato membro interessato abbiano approvato il prezzo del prodotto:

1) Gli Stati membri assicurano che sia adottata una decisione sul prezzo che può essere imposto per la specialità medicinale in questione e che detta decisione sia comunicata al richiedente entro un termine di novanta giorni dal ricevimento di una richiesta presentata, conformemente alle condizioni stabilite nello Stato membro in questione, dal detentore di un'autorizzazione di commercializzazione. Il richiedente fornisce alle autorità competenti informazioni sufficienti. (…) [L]e autorità competenti (…) prendono una decisione definitiva entro novanta giorni (…). In mancanza di tale decisione, entro il termine precisato, il richiedente ha il diritto di commercializzare il prodotto al prezzo proposto.

2) Se le autorità competenti decidono di non permettere la commercializzazione della specialità medicinale in questione al prezzo proposto dal richiedente, la decisione contiene un esposto dei motivi basato su criteri obiettivi e verificabili. (…)».

6. Benché non sia applicabile ratione temporis ai fatti di cui si discute dinanzi al giudice del rinvio, occorre menzionare, per le eventuali ripercussioni pro futuro dell'emananda sentenza della Corte di giustizia, l'art. 81, secondo comma, della direttiva 2001/83/CE [6], che ha abrogato la direttiva 92/25/CEE [7], a tenore del quale:

«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 responsabilità, 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».

7. Lo stesso art. 81, terzo comma, insiste sul fatto che le disposizioni per l'attuazione del

5 — Direttiva del Consiglio del 21 dicembre 1988 riguardante la trasparenza delle misure che regolano la fissazione dei prezzi delle specialità medicinali per uso umano e la loro inclusione nei regimi nazionali di assicurazione malattia (GU 1989, L 40, pag. 8).

6 — Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano (GU L 311, p. 67), come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/27/CE (GU L 136, pag. 34).

7 — Direttiva del Consiglio 31 marzo 1992, riguardante la distribuzione all'ingrosso dei medicinali per uso umano (GU L 113, pag. 1).

presente articolo dovrebbero essere giustificate da motivi di tutela della sanità pubblica ed essere proporzionate all'obiettivo di tale tutela «conformemente alle norme del trattato, in particolare quelle relative alla libera circolazione delle merci e alla concorrenza».

B — *La normativa nazionale*

8. L'art. 2 della legge n. 703/1977, relativa al controllo dei monopoli e degli oligopoli nonché alla protezione della libera concorrenza (in prosieguo: la «legge ellenica di difesa della concorrenza»), coincide sostanzialmente con le disposizioni di cui all'art. 82 CE.

9. Ai sensi dell'art. 29, secondo comma, della legge n. 1316/1983, che ha modificato l'art. 8 del decreto legislativo 96/1973, i titolari di un'autorizzazione all'immissione in commercio di farmaci devono rifornire regolarmente il mercato con il genere da essi fabbricato o importato.

10. Infine, la normativa greca subordina l'attività dei grossisti di tali prodotti al rilascio di una licenza e all'obbligo di rifornire in maniera sufficiente una determinata area geografica.

III — I fatti di cui alle cause principali e le questioni pregiudiziali

11. L'impresa di ricerca e produzione farmaceutica GlaxoSmithKline plc, con sede nel Regno Unito, provvede alla distribuzione e all'immagazzinaggio dei suoi prodotti in Grecia attraverso la sua controllata GSK AEVE (in prosieguo indicherò congiuntamente le due società come la «GSK»), che è autorizzata dalla società madre alla vendita di tali prodotti nel territorio ellenico. Così, tale società distribuisce i prodotti farmaceutici con il marchio Imigran, per l'emicrania, Lamictal, per l'epilessia e Serevent, per l'asma, tutti soggetti a prescrizione medica obbligatoria, i cui brevetti appartengono alla GSK.

12. Le ricorrenti nelle cause principali acquistavano da vari anni, in qualità di grossisti, le dette specialità medicinali nelle loro diverse forme, per poi rivenderle sul mercato greco o di altri paesi, in particolare in Germania e nel Regno Unito.

13. Invocando una situazione di penuria dei suddetti tre medicinali, rispetto alla quale declinava ogni responsabilità, la GSK, alla fine di ottobre del 2000, trasformava il proprio sistema di distribuzione in Grecia. A partire dal 6 novembre dello stesso anno, la detta società smetteva di evadere gli ordini delle ricorrenti e provvedeva a fornire i detti medicinali agli ospedali e alle farmacie attraverso la società Farmacenter AE.

14. Dopo aver ripristinato il normale sistema di approvvigionamento, nel febbraio 2001, la GSK riprendeva a rifornire i grossisti, sebbene in quantità limitate, delle specialità Imigran, Lamictal e Serevent, ma abbandonava la cooperazione con la Farmacenter AE. Tale comportamento della GSK suscitava l'ira delle ricorrenti, poi sfociata nella presentazione di due ricorsi: l'uno amministrativo e l'altro in sede civile.

15. La GSK proponeva un ricorso amministrativo chiedendo all'Epitropi Antagonismou (commissione ellenica per la concorrenza) un'attestazione negativa sulle alterazioni della sua politica di distribuzione dei medicinali; da parte loro, le ricorrenti nelle cause principali, unitamente ad alcune associazioni greche di farmacisti e di grossisti di medicinali, avviavano un procedimento per i medesimi fatti, chiedendo che la GSK fosse condannata per abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 2 della legge ellenica di difesa della concorrenza e dell'art. 82 CE.

16. Con decisione di provvedimenti urgenti, l'Epitropi Antagonismou obbligava la GSK a soddisfare gli ordinativi relativi ai tre prodotti controversi fino all'adozione di una decisione definitiva nella causa principale. Tuttavia, nutrendo dubbi circa l'interpretazione del diritto nazionale alla luce del diritto comunitario, l'autorità ellenica di regolamentazione della concorrenza sospendeva il procedimento e sottoponeva alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione dell'art. 82 CE, iscritte a ruolo nella cancelleria della Corte con il numero di causa C-53/03.

17. La sentenza della Corte non è entrata nel merito della causa, in quanto la Corte si è dichiarata incompetente a rispondere ad un organo privo di carattere giurisdizionale ai sensi dell'art. 234 CE [8], ma l'Epitropi Antagonismou si pronunciava sulle censure formulate dalle ricorrenti il 1° settembre 2006, stabilendo che: la GSK occupava una posizione dominante solo in relazione al Lamictal, giacché i malati di epilessia avevano difficoltà ad adattarsi ad altri medicinali simili; il gruppo di imprese facenti capo alla GSK aveva violato unicamente l'art. 2 della legge ellenica di difesa della concorrenza nel periodo compreso tra novembre 2000 e febbraio 2001, ma non in epoca successiva, e che non aveva violato l'art. 82 CE.

18. Le ricorrenti contestavano la validità del parere dell'Epitropi Antagonismou in un procedimento dinanzi al Dioikitiko Efeteio Athinon (Corte d'appello di Atene per il contenzioso amministrativo), tuttora pendente.

19. L'azione giudiziaria in sede civile veniva avviata con i ricorsi proposti dalle attuali ricorrenti dinanzi al Polymeles Protodikeio Athinon (Tribunale di primo grado

8 — Discostandosi in tal modo dalla sentenza 21 marzo 2000, cause riunite da C-110/98 a C-147/98, Gabalfrisa e a. (Racc. pag. I-1577), che ho sempre considerato erronea, e avvicinandosi un po' di più alla tesi che difendo nelle mie conclusioni relative alla causa De Coster (definita con sentenza 29 novembre 2001, causa C-17/00, Racc. pag. I-9445); sullo stato di tale dibattito v. le mie conclusioni 22 novembre 2007, nella causa Ing. Aigner (sentenza 10 aprile 2008, causa C-393/06, Racc. pag. I-2339).

di Atene), rispettivamente il 30 aprile [9] e il 30 ottobre 2001 [10], nonché in data 5 marzo [11] e 11 novembre 2002 [12].

20. Esse sostenevano che l'interruzione delle forniture da parte della GSK e la distribuzione dei prodotti di cui trattasi attraverso la Farmacenter costituissero atti di concorrenza sleale e configurassero un abuso di posizione dominante della società GSK sul mercato dei tre farmaci di cui trattasi. Nei loro ricorsi, le ricorrenti chiedevano il proseguimento della fornitura in funzione dei quantitativi medi mensili distribuiti dalla GSK tra il 1° gennaio e il 31 ottobre 2000, aumentati del 20%, oltre al risarcimento del danno subito e del lucro cessante.

21. Fatta eccezione per la domanda di risarcimento relativa al lucro cessante, non ammessa all'esame, il Tribunale di primo grado di Atene si pronunciava sui detti ricorsi nel periodo compreso tra il mese di gennaio e l'ottobre del 2003, e li respingeva per infondatezza, considerando giustificato il rifiuto di fornitura, e facendo quindi cadere l'accusa di sfruttamento abusivo di posizione dominante da parte della GSK.

22. Le ricorrenti nel procedimento nazionale hanno impugnato tali sentenze di primo grado dinanzi al Trimeles Efeteio Athinon (Corte d'appello trimembre di Atene) che, dopo aver atteso invano la pronuncia della Corte di giustizia riguardo alle questioni formulate dall'Epitropi Antagonismou nell'ambito della citata causa C-53/03, ha deciso di sospendere il procedimento di appello e di sottoporre alla Corte due questioni pregiudiziali identiche alle precedenti e del seguente tenore [13]:

«1) Se il rifiuto, da parte di un'impresa in posizione dominante, di soddisfare integralmente gli ordinativi che le vengono inoltrati dai grossisti di prodotti farmaceutici, quando sia 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 incida 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 giudice nazionale 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.

9 — Cause 468/06, C-470/06, C-472/06, C-474/06, C-475/06, C-476/06 e C-478/06.

10 — Causa C-473/06.

11 — .Causa C-477/06.

12 — Cause C-469/06 e C-471/06.

13 — Si riportano le questioni formulate nelle cause da C-476/06 a C-478/06, giacché le questioni oggetto delle cause precedenti (da C-468/06 a C-473/06) menzionavano per errore «un'autorità nazionale competente in materia di concorrenza» al posto dell'espressione corretta «un giudice nazionale», probabilmente perché hanno copiato letteralmente le questioni sottoposte alla Corte di giustizia dall'Epitropi Antagonismou, come infatti espongono nelle loro osservazioni le ricorrenti nelle cause da C-469/06 a C-476/06.

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

2.1. 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 subito in termini di fatturato complessivo e di profitto complessivo. In caso di soluzione affermativa, secondo quali modalità debba essere determinato il livello della percentuale di superamento e del danno subito — consistendo quest'ultimo in una percentuale del fatturato e del profitto complessivo — al di sopra del quale il comportamento in esame sarebbe considerato abusivo.

2.2. 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:

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

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

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

IV — Il procedimento dinanzi alla Corte di giustizia

23. Tutte le ordinanze di rinvio delle questioni pregiudiziali sono pervenute nella cancelleria della Corte il 21 novembre 2006. Conformemente all'art. 43 del regolamento di procedura della Corte di giustizia, il presidente, con ordinanza 29 gennaio 2007, considerata la loro connessione oggettiva, ha disposto la riunione dei procedimenti.

24. Le imprese Sot. Lelos kai Sia EE (causa C-468/06), Farmakemporiki Anonymi Etaireia Emporios kai Dianomis Farmakeftikon Proïonton e a. (cause da C-469/06 a C-476/06) e Kokkoris D. Tsanas K. EPE e a. (cause C-477/06 e C-478/06), ricorrenti nelle cause principali, nonché la GSK, il governo polacco e la Commissione delle Comunità europee hanno presentato osservazioni scritte entro il termine stabilito dall'art. 23 dello Statuto della Corte di giustizia.

25. All'udienza del 29 gennaio 2008 hanno svolto osservazioni orali ed hanno risposto ai quesiti loro rivolti dalla Corte i rappresentanti della Farmakemporiki Anonymi Etaireia Emporios kai Dianomis Farmakeftikon Proïonton e a., della Kokkoris D. Tsanas K. EPE, della GSK, della Repubblica italiana, che non aveva presentato osservazioni scritte, della Repubblica di Polonia e della Commissione delle Comunità europee.

V — Analisi delle questioni pregiudiziali

A — *Considerazioni preliminari*

1. Obiezioni relative alla formulazione delle questioni

a) La posizione dominante

26. Nei precedenti paragrafi ho menzionato la decisione della commissione ellenica per la concorrenza 1° settembre 2006, che ha accertato un potere esorbitante della GSK in relazione al medicinale Lamictal, ma non rispetto ai farmaci Imigran e Serevent. Tuttavia, la GSK, al punto 5 delle osservazioni scritte, nega tale circostanza, basandosi principalmente su due argomenti: l'impossibilità di agire in assenza di concorrenti e l'idea che per mercato rilevante debba intendersi non già il mercato dei prodotti terapeutici, bensì il mercato di tutti i farmaci soggetti all'obbligo di ricetta medica in Europa.

27. Secondo una consolidata giurisprudenza sulla netta separazione tra le funzioni dei giudici nazionali e quelle della Corte di giustizia nell'ambito dei procedimenti di cui all'art. 234 CE, la valutazione dei fatti di causa spetta al giudice nazionale [14].

28. Poiché l'esame della situazione di un'impresa in un determinato mercato, specificando quale sia il mercato rilevante, è un compito che riguarda i fatti, esso può essere deferito unicamente all'autore del rinvio, scartando qualsiasi ipotesi di una pronuncia della Corte in merito a tale aspetto.

29. Il Trimeles Efeteio Athinon dovrà quindi verificare se sia soddisfatto il presupposto sine qua non ai fini dell'applicazione dell'art. 82 CE e, qualora giunga ad una conclusione in senso negativo, respingere i ricorsi di appello dinanzi ad esso proposti.

14 — Sentenze 15 novembre 1979, causa 36/79, Denkavit Futtermittel (Racc. pag. 3439, punto 12); 5 ottobre 1999, cause riunite C-175/98 e C-177/98, Lirussi e Bizzaro (Racc. pag. I-6881, punto 37); 22 giugno 2000, causa C-318/98, Fornasar e a. (Racc. pag. I-4785, punto 31), e 21 giugno 2007, causa C-259/05, Omni Metal Service (Racc. pag. I-4945, punto 17).

30. Ciononostante, la decisione dell'Epitropi Antagonismou è attualmente oggetto di impugnazione dinanzi alla giurisdizione per il contenzioso amministrativo in Grecia, ragion per cui, per risolvere i dubbi dell'organo giurisdizionale remittente, si deve muovere dall'ipotesi che la GSK occupi una posizione dominante.

b) La soddisfazione «integrale» degli ordinativi

31. Nelle proprie osservazioni scritte, la società ricorrente nella causa principale Lelos kai Sia EE censura la formulazione della prima questione pregiudiziale per l'uso dell'espressione «soddisfare integralmente gli ordinativi», che indurrebbe in errore, potendo spostare la discussione dal contesto in cui è sorta su un piano più teorico, in cui si dovrebbe giudicare il fondamento di qualsiasi fornitura ordinata alla GSK, per quanto eccessiva e sproporzionata.

32. Sebbene con minor vigore, anche le altre società ricorrenti espongono la necessità di ricondurre il dibattito nei termini in cui è sorto, come prospettato nei procedimenti dinanzi ai giudici greci, posto che la GSK tende a polarizzare al massimo le richieste dei grossisti greci e a strutturare la propria argomentazione come se si trattasse di evadere qualsiasi ordinativo, a prescindere dal suo carattere eccessivo.

33. Concordo con le imprese di importazione parallela sull'opportunità di incentrare la controversia sulle ipotesi di fatto sulle quali è sorta, e quindi, come si evince dall'ordinanza di rinvio, sulla richiesta che la GSK provveda a rifornire tali imprese dei medicinali controversi in misura pari ai quantitativi medi mensili venduti nel 2000 maggiorati del 20%, giacché, da un lato, nei procedimenti proposti a norma dell'art. 234 CE, il giudice del rinvio fornisce l'esposizione dei fatti, sulla quale la Corte non deve pronunciarsi, e, dall'altro, discostarsi da tale contesto di fatto non gioverebbe alla soluzione delle questioni in esame.

2. Considerazioni metodologiche

34. Ai fini di una migliore comprensione del presente procedimento, appare opportuno avvalersi della facoltà riconosciuta dalla giurisprudenza [15] di riformulare le questioni del Trimeles Efeteio Athinon, giacché con la prima questione il giudice del rinvio intende verificare se il rifiuto di fornitura da parte della GSK, motivato dal proposito di ridurre il commercio parallelo, realizzi di per sé un abuso di posizione dominante, essendo diretto esclusivamente all'eliminazione dei concorrenti della detta società sul mercato della distribuzione all'ingrosso.

15 — Per esempio, nelle sentenze 23 novembre 1977, causa 38/77, Enka (Racc. pag. 2203); 1° aprile 1993, causa C-250/91, Hewlett-Packard-France (Racc. pag. I-1819), e 10 maggio 2001, cause riunite C-223/99 e C-260/99, Agorà e Excelsior (Racc. pag. I-3605).

35. Tuttavia, le questioni successivamente aggiunte riguardano una serie di dati congiunturali che attengono alla sfera dell'eventuale giustificazione dell'abuso, motivo per cui sarebbe più logico trasferirle alla seconda questione pregiudiziale, in cui si chiede quali siano i criteri appropriati per valutare il carattere sproporzionato del comportamento della GSK. Inoltre, le osservazioni scritte presentate nel presente procedimento pregiudiziale si sono ampiamente ispirate alle conclusioni dell'avvocato generale Jacobs nella causa Syfait, le quali insistono parimenti sulle cause di esclusione dell'abuso.

36. Tale modo di impostare le questioni consente altresì di pronunciarsi su un dilemma dottrinale di una certa attualità, vale a dire l'esistenza di pratiche abusive di per sé, e di approfondire la riflessione attinente alle loro eventuali giustificazioni.

B — *L'abuso di posizione dominante «di per sé» ai sensi dell'art. 82 CE (prima questione pregiudiziale)*

37. Nelle cause principali si contesta alla GSK il fatto di aver sospeso la vendita di Imigram, Lamictal e Serevent ai grossisti, sulla base di una pretesa penuria dei detti medicinali; all'impresa convenuta nelle cause principali si contesta altresì il fatto di aver ripreso le spedizioni dei detti farmaci dirette a tali concorrenti limitando il volume delle medesime al fabbisogno del mercato greco, per evitare che i medicinali in questione vengano riesportati ad altri paesi europei, soprattutto in Germania e nel Regno Unito.

38. Prima di verificare se tale comportamento meriti di essere qualificato come abusivo «in sé e per sé» (per sé), occorre esaminare brevemente come, nella giurisprudenza comunitaria, viene trattato il rifiuto di rifornire, nonché gli effetti della manifesta intenzione di bloccare il commercio parallelo come aggravante nella valutazione del comportamento. Una volta rivelata l'incognita relativa alla presenza di un abuso, l'analisi potrà incentrarsi sulla qualificazione dell'abuso in sé.

1. Il diniego di fornitura quale comportamento abusivo

a) La giurisprudenza comunitaria

39. Le rare sentenze della Corte in tale contesto sono state pronunciate in circostanze di fatto che ne rendono dubbia l'applicabilità alla fattispecie in esame, in cui le imprese di distribuzione all'ingrosso dei tre medicinali in parola devono affrontare il diniego di approvvigionamento da parte del loro unico fornitore, ossia l'impresa titolare dei brevetti di fabbricazione dei detti farmaci che, da sempre, è un loro concorrente nella vendita di questi ultimi. Tuttavia, non è superfluo richiamare, data la loro generalità, alcune tra le sentenze più significative riguardanti l'art. 82 CE.

40. Nella causa Commercial Solvents/Commissione [16], la citata società aveva interrotto la fornitura di aminobutanolo alla società italiana Zoja, che fabbricava etambutolo, un derivato di tale materia prima, in quanto entrambe le imprese si trovavano in concorrenza sul mercato. La sentenza ha dichiarato che la detta cessazione di forniture era contraria all'art. 82 CE, considerato che la posizione dominante detenuta dalla Commercial Solvents nella produzione di tale sostanza, che le permetteva di controllare il rifornimento dei fabbricanti dei derivati della sostanza medesima, non l'autorizzava ad eliminare dal mercato i suoi clienti anteriori, in base alla sola circostanza che avesse iniziato anch'essa a produrre gli stessi derivati [17].

41. Esistono alcune evidenti analogie tra la sentenza Commercial Solvents e il caso in esame, poiché, in linea di principio, anche la GSK ha interrotto le forniture dei suoi preparati ai grossisti greci, con il proposito di riorganizzare le vendite dei tre medicinali controversi attraverso il proprio distributore esclusivo nel paese; dopo alcuni mesi, la GSK ha ripreso la spedizione dei suddetti prodotti, ma in quantità limitata alla domanda di questi ultimi sul mercato nazionale della Repubblica ellenica.

42. Nella causa United Brands/Commissione, relativa alle banane «Chiquita» [18], la sentenza ha stabilito che la United Brands, avendo cancellato le vendite di banane al distributore-maturatore danese Olesen, sulla base del rilievo che quest'ultimo aveva collaborato ad una campagna pubblicitaria dell'impresa concorrente Dole, aveva violato il diritto della concorrenza.

43. In tale occasione la Corte ha statuito che un'impresa che detenga una posizione dominante per la distribuzione di un dato prodotto non ha facoltà di sospendere le forniture ad un vecchio cliente «ligio agli usi commerciali, se gli ordini del detto cliente non presentano alcunché di anormale» [19].

44. Occorre sottolineare le analogie della causa United Brands con la controversia in esame riguardo alla posizione dominante dell'impresa nonché al rispetto degli usi commerciali — ovvero all'adempimento del contratto — da parte dei grossisti concorrenti; porrebbe invece problemi diversi, nelle cause principali, il livello di approvvigionamento rivendicato dalle imprese concorrenti dinanzi al Trimeles Efeteio Athinon, in funzione della sua qualificazione come abituale o, al contrario, esagerato. Nella sentenza United Brands quest'ultimo punto non era in discussione, ragion per cui la Corte ha ritenuto che gli ordini della Olesen rientrassero nella norma. Ciononostante, lo scenario per valutare il detto livello è dato dalle possibili giustificazioni del diniego di soddisfare integralmente gli ordinativi delle società dedite al commercio parallelo, ragion per cui non occorre approfondire tale aspetto.

16 — Sentenza 6 marzo 1974, cause riunite 6/73 e 7/73 (Racc. pag. 223).

17 — Sentenza Commercial Solvents, cit. (punti 25 e 26).

18 — Sentenza 14 febbraio 1978, causa 27/76 (Racc. pag. 207).

19 — Sentenza United Brands, cit. (punto 182).

45. Anche in altri casi la Corte di giustizia si è pronunciata in merito al diniego di fornitura, in un contesto fattuale peraltro troppo differente da quello di specie, ovvero riguardante un ambito normativo molto diverso. Quanto alla prima ipotesi, vale la pena ricordare la sentenza CBEM [20], che ha esteso al mercato dei servizi il divieto per le imprese in posizione dominante di riservarsi, o di riservare ad un'impresa appartenente allo stesso gruppo, il mercato di un'attività ausiliare prestata da un'impresa terza in un mercato vicino, ma distinto; nella seconda ipotesi rientrano le sentenze in cui si discuteva l'accesso ad un'infrastruttura essenziale («essential facility»), quale la sentenza Bronner [21], o quelle relative al diniego di una licenza relativa ai diritti di proprietà intellettuale o industriale, come le sentenze Magill [22] e IMS Health [23], tutte assai distanti dai presupposti su cui si basa il presente rinvio.

46. In sintesi, dalle sentenze Commercial Solvents e United Brands si evince che l'impresa detentrice di una posizione dominante che rifiuti la fornitura di merci — soprattutto in mancanza di prodotti alternativi, come nel caso del Lamictal —, riservandosi il mercato di esportazione parallelo, adotta un comportamento abusivo ai sensi dell'art. 82 CE. Rimane da verificare se la volontà di eliminare tale commercio parallelo permetta di qualificare il comportamento in questione come un abuso di per sé, ai sensi del diritto comunitario in materia di concorrenza.

20 — Sentenza 3 ottobre 1985, causa 311/84, detta «Telemarketing» (Racc. pag. 3261).

21 — Sentenza 26 novembre 1998, causa C-7/97 (Racc. pag. I-7791).

22 — Sentenza 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, RTE e ITP/Commissione, detta «Magill» (Racc. pag. I-743).

23 — Sentenza 29 aprile 2004, causa C-418/01 (Racc. pag. I-5039).

b) L'elemento intenzionale come aggravante

47. La giurisprudenza comunitaria ha anzitutto affermato che la nozione di «abuso» di cui all'art. 82 CE è una nozione oggettiva, che si collega alle attività delle imprese in posizione dominante [24] ed è perciò sottratta all'influenza di ogni riferimento ai propositi che abbiano indotto le dette imprese ad adottare un simile comportamento [25]. L'abuso non implica neppure la sussistenza della colpa quale condizione ai fini dell'applicazione dell'art. 82 CE [26].

48. Ciononostante, si devono tenere in considerazione due aspetti importanti che attenuano le precedenti affermazioni.

49. Da un lato, non si può escludere del tutto che gli elementi soggettivi dell'infrazione valgano spesso come indizi del fatto che si sta perseguendo una finalità contraria alla concorrenza, né che costituiscano l'infrazione abusiva [27].

24 — Sentenze 13 febbraio 1979, causa 85/76, Hoffmann-La Roche/Commissione (Racc. pag. 461, punto 91); 9 novembre 1983, causa 322/81, Michelin/Commissione (Racc. pag. 3461, punto 70), e 3 luglio 1991, causa C-62/86, AKZO/Commissione (Racc. pag. I-3359, punto 69).

25 — Pensiero praticamente unanime nella dottrina; v., Schröter, H., «Artikel 82», in Schröter, H., Jacob, T., e Mederer, W., *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht,* Ed. Nomos, Baden-Baden, 2003, pag. 905.

26 — Sentenza 21 febbraio 1973, causa 6/72, Europemballage e Continental Can/Commissione (Racc. pag. 215, punti 25-27; in prosieguo: la sentenza «Continental Can»).

27 — Gleiss, A., e Hirsch, M., *Kommentar zum EWG-Kartellrecht,* Ed. Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft, 3ª ed., Heidelberg, 1978, pag. 347.

50. Dall'altro, la Corte ha confermato la tesi del Tribunale di primo grado secondo cui, data la differenza tra l'art. 81, n. 1, CE e l'art. 82 CE, giacché quest'ultimo non contiene alcun riferimento all'effetto anticoncorrenziale della relativa pratica, al fine di dimostrare l'esistenza di una violazione dell'art. 82 CE è sufficiente provare che il comportamento abusivo dell'impresa dominante tenda a restringere la concorrenza o, in altri termini, che possa produrre effetti di tal genere [28].

51. Pertanto, quanto più l'impresa che detenga una posizione dominante tenda ad ostacolare la libera concorrenza nel mercato, tanto più si avvalora la presunzione di un suo comportamento abusivo. In tale contesto si inquadra la presente causa. Neppure la GSK ha smentito il vero obiettivo di eliminare le esportazioni parallele dei tre medicinali controversi dalla Grecia verso altri paesi comunitari ad opera delle imprese di distribuzione all'ingrosso.

52. Poiché, inoltre, siffatte restrizioni al volume delle vendite degli altri distributori limitano gli sbocchi dei rivali della GSK ai sensi dell'art. 82, secondo comma, lett. b), CE, sussiste il forte sospetto che tale condotta e, pertanto, il proposito che l'ha ispirata, violi il primo comma della detta disposizione [29].

53. È evidente che il proposito della GSK contrasta con gli obiettivi del Trattato, poiché incide sulla libertà del commercio tra gli Stati membri in misura tale da poter nuocere alla realizzazione del mercato unico, secondo l'interpretazione della giurisprudenza e ai sensi dell'art. 3, n. 1, lett. g), CE, giacché, indiscutibilmente, isola i mercati nazionali e modifica la struttura della concorrenza nel mercato comune [30].

54. In sintesi, le suesposte osservazioni evidenziano come la GSK abbia commesso una grave violazione del Trattato, che meriterebbe la qualifica di abuso «in sé e per sé», in quanto alla base del comportamento di tale impresa non si ravvisa un fondamento economico diverso dalla volontà di eliminare il commercio parallelo operato dai suoi concorrenti, i grossisti greci [31]. Tuttavia, nutro dubbi di carattere metodologico circa la gradazione dei comportamenti abusivi delle imprese occupanti una posizione dominante, ragion per cui vale la pena di analizzare tale aspetto in maniera più approfondita.

28 — Sentenza 15 marzo 2007, causa C-95/04 P, British Airways/Commissione (Racc. pag. I-2331, punto 30), con riferimento alle sentenze del Tribunale di primo grado 30 settembre 2003, causa T-203/01, Michelin/Commissione (Racc. pag. II-4071, punto 239), e 17 dicembre 2003, causa T-219/99, British Airways/Commissione (Racc. pag. II-5917, punto 293).

29 — Schröter, H., cit., p. 959.

30 — Sentenze 31 maggio 1979, causa 22/78, Hugin/Commissione (Racc. pag. 1869, punto 17), e 11 dicembre 1980, causa 31/80, L'Oréal (Racc. pag. 3775, punto 27).

31 — Tale tesi trova parzialmente eco nella dottrina; v., Koenig, Ch., e Engelmann, Ch., «Parallel Trade Restrictions in the Pharmaceuticals Sector on the test Stand of Article 82 EC — Commentary on the Opinion of Advocate General Jacobs in the Case *Syfait/GlaxoSmithKline*», in *E.C.L.R.*, n. 6/2005, pag. 341.

2. Il riconoscimento dell'abuso «di per sé» nell'ambito dell'art. 82 CE: un problema metodologico

55. Prima di elencare gli argomenti contrari al riconoscimento di comportamenti di per sé abusivi, occorre esaminare l'evoluzione della nozione di abuso nella giurisprudenza comunitaria.

a) Giurisprudenza della Corte

56. Sino ad ora, la Corte aveva individuato tre pratiche che, se applicate da imprese in posizione dominante, sfociavano irrimediabilmente in un abuso del loro potere di mercato, senza apparentemente ammettere alcuna prova contraria a giustificazione di tali comportamenti.

57. Ciò è stato affermato, in relazione agli obblighi di rifornimento esclusivo imposti dall'impresa in posizione dominante ai suoi acquirenti, riguardo all'ipotesi sia che tali obblighi fossero stati stabiliti sic et simpliciter, sia che essi fossero stati fissati a titolo di corrispettivo per la concessione di sconti [32].

58. Gli sconti fedeltà rappresentano la seconda delle pratiche che si presumono sempre abusive, giacché, a differenza degli sconti quantitativi, che sono connessi unicamente ai quantitativi acquistati presso il produttore interessato, essi tendono ad impedire, mediante l'ottenimento di vantaggi finanziari, che i clienti si riforniscano presso i produttori concorrenti [33].

59. La terza pratica considerata abusiva di per sé attiene ai prezzi predatori. Secondo la Corte, i prezzi inferiori alla media dei costi variabili (vale a dire quei prezzi che variano in funzione dei quantitativi prodotti), in quanto privi di qualsiasi fondamento economico, dimostrano unicamente l'obiettivo di eliminare un concorrente, per cui sono stati ritenuti illeciti [34]. Al contrario, i prezzi inferiori alla media dei costi totali, comprendenti i costi fissi e quelli variabili, ma superiori alla media dei costi variabili, sono da considerarsi illeciti allorché vengano fissati nell'ambito di un disegno inteso ad eliminare un'impresa concorrente [35].

60. La motivazione di tali sentenze ha escluso qualsiasi scriminante per l'impresa

32 — Sentenza Hoffmann-La Roche, cit., punto 89.

33 — Sentenze 16 dicembre 1975, cause riunite da 40/73 a 48/73, 50/73, da 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, Suiker Unie e a. (Racc. pag. 1663), e 9 novembre 1983, Michelin, cit. (punto 71).

34 — Sentenze AKZO, cit. (punto 71), e 14 novembre 1996, causa C-333/94 P, Tetra Pak/Commissione (Racc. pag. I-5951, punto 41).

35 — Sentenza AKZO, cit. (punto 72).

in posizione dominante [36]. Ciononostante, la giurisprudenza più recente, sempre nell'ambito degli sconti fedeltà, non ha confermato il principio che le dette pratiche debbano essere necessariamente considerate abusive. Cosí, in relazione a taluni sconti connessi al perseguimento di obiettivi di vendita individuali nel settore dell'aviazione commerciale di passeggeri, concessi alle agenzie di viaggi da un'impresa in posizione dominante sul mercato aereo anglosassone, la Corte di giustizia ha consentito all'impresa interessata di giustificare economicamente il proprio sistema di incentivi, che implicava la soppressione della concorrenza [37].

61. Di conseguenza, la Corte ammette giustificazioni dalle imprese in posizione dominante, compreso in aree in cui era sembrata presumere la sussistenza, di per sé, di eventuali abusi, seguendo, in realtà, la propria giurisprudenza classica, che si è consolidata con le menzionate sentenze in cui è stata riconosciuta la categoria dei comportamenti di per sé abusivi [38]. Tuttavia, a parte le indicazioni concrete relative alle circostanze di ciascun caso specifico, la Corte non ha fornito criteri di carattere generale per escludere la sussunzione dell'esistenza di eventuali abusi di per sé nella disposizione del Trattato relativa all'abuso di posizione dominante. Sarebbe pertanto opportuno suggerire alcuni di questi criteri.

36 — Loewenthal, P.-J., «The Defence of "Objective Justification" in the Application of Article 82 EC», *World Competition,* n. 28(4), 2005, pag. 470.

37 — Sentenza 15 marzo 2007, British Airways/Commissione, cit. (punto 69).

38 — Sentenza Tetra Pak, cit. (punto 37), e sentenze 15 dicembre 1994, causa C-250/92, DLG (Racc. pag. I-5641, punto 52), e 13 novembre 1975, causa 26/75, General Motors/Commissione (Racc. pag. 1367, punti 20 e 22).

b) Inadeguatezza del concetto di abuso di per sé rispetto all'art. 82 CE

62. L'art. 82 CE non si presta alle esigenze normative dei comportamenti che si presumono di per sé abusivi, per ragioni sia giuridiche che economiche.

i) Criteri di natura giuridica

63. In tale contesto si distingue la struttura dell'art. 82 CE, specialmente se messa a confronto con quella dell'articolo che lo precede nel Trattato.

64. L'art. 81 CE si compone di tre commi che stabiliscono, rispettivamente, il principio che vieta le pratiche concordate, la nullità degli accordi come corollario principale dell'inosservanza del divieto di cui al n. 1, e la possibilità di ottenere una deroga, ammesso che non sia stata ottenuta mediante l'applicazione di un regolamento di esenzione per categoria adottato in conformità dell'art. 83, n. 2, lett. b), CE, in relazione con il disposto di cui al n. 1.

65. Gli esempi di «ententes» [intese] anticoncorrenziali elencati all'art. 81, n. 1,

lett. a)-e), CE, sono tradizionalmente equiparati alle infrazioni di per sé, ragion per cui non vengono inquadrati tra le esenzioni per categoria previste dal n. 3 [39]. Sebbene con molte difficoltà, tali intese non vengono del tutto eliminate, poiché rimangono in vigore grazie all'esenzione individuale qualora gli interessati dimostrino che i loro accordi soddisfino i requisiti di cui all'art. 81, n. 3, CE. In tale contesto, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha recentemente dato un nuovo orientamento alla propria dottrina sull'imposizione dei prezzi minimi di rivendita («Resale price maintenance») negli accordi verticali, sul presupposto di sottometterla alla «rule of reason» [40], discostandosi in tal modo dal rigore della propria inveterata giurisprudenza che, fin dal precedente posto nel 1911 [41], giudicava tale pratica illecita di per sé, in quanto in contrasto alla sezione 1 dello Sherman Act.

66. In sintesi, questa stessa disposizione offre alle imprese diverse strade per impugnare qualsiasi valutazione che consideri le clausole contenute nei loro accordi come infrazioni di per sé. Ciò non vale per le imprese in posizione dominante nell'ambito del corrispondente articolo del Trattato.

67. Alla luce della formulazione dell'art. 82 CE, non contenente una disposizione in cui sia prevista l'esenzione di taluni abusi, l'analisi dei comportamenti abusivi richiede un dibattito dialettico tra gli enti che occupano una posizione dominante in un mercato specifico e le autorità competenti, nazionali o comunitarie, nonché con gli interessati.

68. Ognuno dei partecipanti al dibattito fornisce le prove a sostegno dei propri argomenti, conformemente al tradizionale detto latino «ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat».

69. In tale scenario, se determinati comportamenti facessero sempre nascere la presunzione iuris et de iure di un abuso, le imprese in posizione dominante sarebbero private del diritto di difesa, giacché, come ho in indicato in precedenza, la struttura dell'art. 82 CE, non ammette alcuna esenzione; perciò, una volta che sia stato accertato l'abuso, dovrà essere dichiarata l'infrazione, a meno che esistano prove sufficienti che l'abuso medesimo non sia stato commesso.

39 — In tal senso si esprime l'art. 4, del regolamento (CE) della Commissione 22 dicembre 1999, n. 2790/1999, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate (GU L 336, pag. 21), che contiene una «lista nera».

40 — Sentenza 28 giugno 2007, n. 6-480, Leegin Creative Leather Products, Inc./Psks, Inc; v., Llorente, C. La decisión del Tribunal Supremo de los EEUU en el caso Leegin», in *Gertrude Ryan Law Observatory, Suplemento número 2 de Actualidad Jurídica Aranzadi nº 736,* pagg. 2 e segg.

41 — Sentenza 3 aprile 1911, Dr. Miles Medical Co./John D. Park & Sons Co., (220 U.S. 373).

70. Inoltre, gli esempi elencati nell'art. 82, n. 2, lett. a)-d), CE, non operano come presunzioni iuris et de iure, a differenza dei casi contemplati dall'art. 81, n. 1, lett. a)-e), CE. Tutt'al più, si potrebbero considerare presunzioni iuris tantum, che esimono dall'onere della prova chi le invoca per la logica economica su cui poggiano [42], ma non potrebbero mai sostituire il dibattito dialettico cui mi sono riferito nei paragrafi precedenti. Come nel caso delle pratiche concordate di per sé contemplate dall'art. 81 CE, che trovavano una giustificazione ai sensi del n. 3 della medesima disposizione, si deve ritenere che l'opzione della riconciliazione rimanga aperta anche per determinate pratiche abusive nell'ambito dell'art. 82 CE, mediante una loro giustificazione oggettiva.

ii) Criteri di tipo economico

71. In primo luogo, il riconoscimento di abusi di posizione dominante di per sé sarebbe contrario al presupposto relativo alla necessità di esaminare ciascun caso in base ai parametri del contesto economico e giuridico in cui è sorto.

72. In secondo luogo, tale approccio incentrato sull'abuso di per sé peccherebbe, dal punto di vista strettamente economico, di eccessivo formalismo, difetto questo, criticato da esponenti qualificati della dottrina che propongono un altro approccio all'art. 82 CE, orientato verso le ripercussioni di ciascun abuso e tendente a valutare le circostanze specifiche di ciascun caso attraverso un'analisi del merito [43] (cosiddetta «rule of reason») [44].

73. Dando la priorità a preconcetti e formalismi in materia di abuso di posizione dominante si occulterebbe il fatto che, talvolta, tali pratiche possono anche tradursi in un vantaggio per il consumatore [45]. Ciò si verifica quando il potere di uno degli operatori restringe la concorrenza sul mercato di riferimento, dato che, come è stato giustamente criticato, l'art. 82 CE non contiene alcuna clausola in base alla quale i detti operatori si difendano con successo dall'accusa di abuso, dimostrando l'efficienza del loro comportamento in termini economici [46].

74. In terzo ed ultimo luogo se, come è stato detto, comunemente si suole dividere i presupposti per l'applicazione dell'art. 82 CE in due categorie, ossia, i comportamenti

42 — Sull'applicazione di tali presunzioni relative, v. Paulis, E., «The burden of proof in Article 82 cases», in Hawk, B. E., *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute,* Ed. Juris Publishing, Inc., New York, 2007, pag. 470.

43 — Prendo in prestito la traduzione in lingua spagnola dell'espressione anglosassone «rule of reason» proposta da Arruñada, B., «Economía y Derecho en la nueva política comunitaria de competencia», in Beneyto Pérez, J.M. (direttore) e Maillo González-Orús, J. (coordinadore), *El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia,* Ed. Bosch, Barcellona, 2002, pag. 53.

44 — Report by the EAGCP «An Economic Approach to Article 82», luglio 2005, disponibile su http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf, pagg. 5 e 6.

45 — Jacquemin, A. P., «The criterion of economic performance in the anti-trust policies of the United States and the European Economic Community», in Greaves, R. (coordinatrice), *Competition Law,* Ed. Ashgate/Dartmouth, Aldershot (Regno Unito), 2003, pag. 214, segnala il rischio insito nella regola degli abusi di per sé, anche al di fuori della posizione dominante.

46 — Pelkmans, J., *European Integration — Methods and Economic Analysis,*. Longman Ed., Londra, 1997, pag. 194.

abusivi che pregiudicano i consumatori (sfruttamento abusivo di posizione dominante) e quelli che danneggiano i concorrenti reali o potenziali (pratiche abusive intese ad escludere i concorrenti) [47], talché qualunque atto anticoncorrenziale di un'impresa in posizione dominante possa costituire un abuso [48], in assenza di una gerarchizzazione di tali due scenari contemplati dall'art. 82 CE [49], la difesa dell'impresa in posizione dominante dovrebbe essere impostata sulla base dei risultati economici ottenuti.

75. Solo mettendo a confronto le conseguenze positive e negative per l'utente e per gli altri operatori dello stesso mercato si estrapolano le informazioni utili per trarre le opportune deduzioni.

47 — Il documento di riflessione approvato dalla Commissione europea con il titolo «DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses» si occupa solamente delle pratiche abusive di esclusione ed è consultabile sul sito http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf. Tale modus procedendi non è rimasto esente da critiche: v., Díez Estella, F., «El "Discussion Paper" de la Comisión Europea: ¿reformas en la regulación del artículo 82 del Tratado CE?», in *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n. 242 del maggio 2006, pag. 24.

48 — Hildebrand, D., *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, Ed. Kluwer, L'Aja, 1998, pag. 62.

49 — La mancanza di un obiettivo la cui tutela sia espressamente perseguita attraverso l'art. 82 CE è stata criticata da Whish, R., «Rethinking Article 82 CE», in *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, n. 4/2005, pag. 18, secondo cui tale assenza di orientamento equivale a lasciare l'art. 82 CE «come una barca senza remi». Al contrario, Schröter, H., cit., pag. 813, deduce dalle citate sentenze Hoffmann-La Roche, Michelin, e L'Oréal, che la detta disposizione mira a tutelare anzitutto la concorrenza come istituto, salvaguardia che, in forma indiretta, andrebbe a vantaggio dei concorrenti, dei soci commerciali dell'impresa in posizione dominante e dei consumatori.

3. Soluzione suggerita per la prima questione pregiudiziale

76. Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, i comportamenti di per sé abusivi non sono in contrasto con l'art. 82 CE, ragion per cui la prima questione posta dal Trimeles Efeteio Athinon non meriterebbe una soluzione affermativa. Raccomando pertanto alla Corte di dichiarare, senza esitazioni, che l'art. 82 CE non consente di imputare alle imprese che occupino una posizione dominante comportamenti di per sé abusivi, neppure quando le circostanze del caso ne rivelino, senza dar adito a dubbi, il carattere intenzionale e l'effetto anticoncorrenziale.

77. Alla luce della soluzione proposta per la prima questione, occorre procedere all'esame della seconda questione, che verte su un'eventuale giustificazione oggettiva di tali comportamenti.

C — Elementi che giustificano una condotta normalmente abusiva (seconda questione pregiudiziale)

78. Vorrei anzitutto ricordare che, come ho indicato poc'anzi, una parte della prima questione pregiudiziale trova risposta nella

soluzione della seconda questione, in quanto si collega ai motivi di giustificazione delle pratiche abusive previste dall'art. 82 CE. A mio parere, il giudice del rinvio interroga la Corte precisamente in merito ai criteri capaci di capovolgere il giudizio negativo che, in linea di principio, colpisce l'imprenditore in posizione dominante.

79. Vi sono tre motivi di giustificazione che possono essere invocati dalle imprese in posizione dominante accusate di comportamento abusivo: i motivi che attengono al mercato in cui operano le imprese interessate [50], la difesa legittima dei loro interessi commerciali e la prova del bilancio positivo. Nei paragrafi che seguono esaminerò separatamente ciascuno di tali motivi di giustificazione, tenendo sempre presenti i fatti addotti dinanzi all'organo giurisdizionale remittente.

1. Le condizioni di un mercato imperfetto

80. L'impresa GSK ha insistito sul fatto che la normativa nazionale le impedirebbe di svolgere le proprie operazioni in normali condizioni di concorrenza. Essa adduce due aspetti che spiegano le limitazioni delle esportazioni parallele imposte ai grossisti greci: la fissazione di prezzi massimi di vendita dei medicinali, prassi abituale in tutti gli Stati membri, e l'obbligo di mantenimento di scorte di prodotti in quantità sufficienti a soddisfare la domanda nazionale in qualsiasi momento.

81. Le ricorrenti nelle cause principali, il governo polacco e la Commissione respingono tale argomento, sebbene con alcune sfumature. Prima di iniziare l'esame dei motivi di giustificazione, occorre abbozzare i contorni particolari del mercato di riferimento.

a) Caratteristiche essenziali del mercato

82. È stato giustamente precisato che il mercato europeo dei prodotti farmaceutici, inteso come il commercio e la distribuzione di prodotti tutelati o meno mediante brevetto, è contraddistinto da un grado di armonizzazione ridotto, in conseguenza dell'intervento statale in materia di prezzi e dei sistemi pubblici di rimborso delle spese sostenute dal paziente per l'acquisto di medi-

50 — Nel citato documento di riflessione, la Commissione (punto 80) esige che il comportamento dell'impresa risulti necessario per motivi di sicurezza o di sanitá pubblica; tale via d'uscita per le imprese in posizione dominante mi sembra eccessivamente limitata e quindi ne propongo una più elastica, ma connessa al mercato.

cinali, contesto in cui perde rilevanza l'importo pagato dal consumatore finale [51].

83. Le parti che hanno presentato osservazioni nel presente rinvio pregiudiziale concordano sul fatto che tutti gli Stati membri ordinano il quantitativo di medicinali che le società produttrici del settore pongono a carico dei malati, limitando il volume dei farmaci rimborsati dai diversi organismi previdenziali e contenendo, in tal modo, la spesa pubblica per la sanità. I pareri sono unanimi anche sul fatto che esista un'enorme disparità fra gli Stati membri riguardo i prezzi di vendita dei farmaci. Accanto a tale regime di finanziamento, ne esiste un altro completamente privato, in cui le società farmaceutiche vendono i medicinali a prezzo libero; tuttavia, mi sembra inoltre pacifico che quest'ultimo modello rappresenti una quota di mercato piuttosto ridotta, sebbene diversa da paese a paese.

84. Infine, occorre sottolineare un altro tratto distintivo del mercato in esame, costituito dai numerosi brevetti industriali dei farmaci. Tale aspetto, sebbene non si rifletta sul controllo esercitato dalle autorità pubbliche, costituisce tuttavia un fattore importante, perché i titolari di tali diritti di proprietà industriale si collocano con maggior facilità in posizione dominante, giacché siffatti monopoli costituiscono generalmente barriere d'accesso di natura legale e temporale [52].

85. In tali circostanze, la GSK sostiene che l'imposizione dei prezzi da parte degli Stati membri, unitamente all'obbligo di mantenimento di scorte adeguate alla domanda nazionale, la vincolerebbero a tal punto che, per ristabilire la propria attività commerciale, non avrebbe altra scelta se non cercare di contrastare le esportazioni parallele da parte dei grossisti greci verso i paesi in cui l'importo rimborsato per ciascun medicinale supera di gran lunga il margine ottenuto nella Repubblica ellenica.

b) Esame dei suddetti motivi di giustificazione

86. Sebbene la giurisprudenza comunitaria non ammetta giustificazioni basate sulle particolari caratteristiche della regolamentazione di un determinato mercato, ritengo concepibili ipotesi in cui sarebbe disposta a farlo, in funzione dell'incidenza del controllo statale sul mercato stesso. La GSK ha invocato due fattori fondamentali: l'imposizione dei prezzi e l'obbligo di mantenimento delle scorte.

51 — Myhre, J.W., «The pharmaceutical sector — Article 81 EC and Article 82 EC — Imperfect tools for an imperfect market?», in Johansson, M., Wahl, N., e Bernitz, U. (a cura di), *Liber amicorum in honour of Sven Norberg: a European for all seasons,* Ed. Bruylant, Bruxelles, 2006, pag. 378.

52 — Pelkmans, J., cit., pag. 193.

i) La fissazione dei prezzi da parte degli Stati membri

87. Con riferimento alla politica seguita negli Stati membri per il rimborso, da parte degli enti previdenziali, delle spese sostenute dai pazienti per l'acquisto di medicinali, la sentenza Merck e Beecham [53] ha riconosciuto che l'imposizione di controlli sui prezzi può falsare la concorrenza fra gli Stati membri, ma ha anche precisato che tale distorsione provocata dall'ingerenza dello Stato membro non può giustificare una deroga al principio della libera circolazione delle merci [54].

88. Benché il divieto di cui all'art. 82 CE non sia opponibile alle imprese, queste ultime sono comunque vincolate all'obbligo di non ostacolare la realizzazione degli obiettivi perseguiti dal Trattato, e in particolare della libertà di commercio tra gli Stati membri, in forza degli artt. 81 CE e 82 CE, che dichiarano incompatibili con il Trattato i comportamenti che provocano l'isolamento artificiale dei mercati nazionali e modificano la concorrenza [55]. Sarebbe pertanto opportuno analizzare la giurisprudenza della Corte in materia di libera circolazione delle merci, almeno per quanto riguarda la compartimentazione dei mercati nazionali.

89. In ogni caso, la rigidità della politica dei prezzi è mitigata dal disposto dell'art. 2, nn. 1 e 2, della direttiva 89/105 [56], applicabile a tutti i modelli di intervento statale [57]. Dal citato n. 2 si evince chiaramente che i produttori di medicinali partecipano alle discussioni con le autorità incaricate di fissare i prezzi, che sono tenute a motivare con «criteri obiettivi e verificabili» la decisione di non permettere la commercializzazione di un medicinale al prezzo proposto dal richiedente. Il n. 1 prevede, inoltre, l'ottenimento dell'autorizzazione per silenzio-assenso della pubblica amministrazione, posto che, in mancanza di una decisione dello Stato membro entro novanta giorni dalla presentazione della domanda, il richiedente è autorizzato a commercializzare il medicinale con il prezzo proposto.

90. Per quanto difficili possano risultare le trattative, non va dimenticata la situazione delle imprese farmaceutiche, specialmente quando siano in possesso di nuovi brevetti, che, in generale, presuppongono un miglioramento dello stato di salute del malato trattato con tali farmaci. Tale aspetto è particolarmente importante, poiché lo Stato membro, cui spetta il compito di garantire un sistema sanitario di qualità al servizio del paziente, non è interessato a rinunziare ai migliori ritrovati offerti dal mercato, sempreché possa procurarseli ad un prezzo ragionevole [58].

53 — Sentenza 5 dicembre 1996, cause riunite C-267/95 e C-268/95 (Racc. pag. I-6285, punto 47).

54 — Ibidem.

55 — Sentenza 31 maggio 1979, causa 22/78, Hugin/Comissione (Racc. pag. 1869, punto 17).

56 — Descritti al precedente paragrafo 5.

57 — Art. 1, n. 1, della direttiva 89/105.

58 — Secondo e terzo 'considerando' della direttiva 89/105.

91. Ammetto che, con il passare del tempo, il vantaggio del titolare del brevetto farmaceutico si assottigli, obbligando il produttore ad abbassare i prezzi inizialmente concordati con le autorità sanitarie. Tuttavia, tale evoluzione non è anomala, poiché dipende dalle offerte degli altri fabbricanti di prodotti sostituibili e più efficaci dal punto di vista terapeutico, che si soppiantano vicendevolmente grazie ai progressi della ricerca.

92. Peraltro, il prezzo concordato non deve raggiungere livelli che costringano le società farmaceutiche a vendere i propri prodotti sottocosto.

93. In definitiva, benché il mercato dei prodotti farmaceutici non funzioni in condizioni di normale concorrenza, il sistema di controllo dei prezzi dei medicinali non sfugge interamente all'influenza dei produttori farmaceutici, che negoziano i prezzi con le autorità sanitarie degli Stati membri, guadagnando un certo peso all'interno del mercato e adattandosi facilmente alle vicende della politica sanitaria, per lo meno nell'area dei medicinali.

ii) L'obbligo di mantenimento delle scorte

94. Il secondo aspetto della regolamentazione del mercato che, secondo la GSK, ostacolerebbe il normale svolgimento delle sue attività in Grecia e giustificherebbe la limitazione del commercio parallelo, riguarda l'obbligo di mantenere, in ogni momento, un numero di scorte sufficiente a soddisfare la domanda dei farmaci de quibus sul mercato greco. La detta società sostiene, inoltre, che l'adempimento di tale obbligo le impedirebbe di soddisfare gli ordinativi dei grossisti nei termini desiderati.

95. La portata di tale obbligo richiede talune precisazioni, in quanto alcune tra le ricorrenti nelle cause principali si considerano parimenti tenute a rifornire il mercato, obbligo che deriverebbe dall'art. 81, n. 2, della direttiva 2001/83, ricordato al precedente paragrafo 6. Pertanto, non si ravvisa alcuna ragione per cui la GSK invochi tale obbligo a propria difesa.

96. Senza dubbio, il fabbisogno dei pazienti dello Stato membro interessato non subisce brusche alterazioni, tranne in presenza di epidemie o pandemie, ragione per cui le statistiche sui pazienti affetti da ogni singola malattia sono affidabili e forniscono alle imprese una certa prevedibilità che le aiuta ad adeguarsi al mercato.

97. In sintesi, per tutte le suesposte ragioni, la garanzia dell'approvvigionamento non può giustificare il comportamento dell'impresa GSK laddove interrompe le forniture dirette ai propri concorrenti, i grossisti greci.

98. Pertanto, dovendo essere respinti i motivi di giustificazione proposti dalla GSK, deve essere respinta la tesi secondo cui, nella specie, esisterebbero ragioni oggettive relative all'intervento delle pubbliche autorità nel mercato, capaci di giustificare il comportamento dell'impresa convenuta nella causa a qua.

2. La difesa di interessi commerciali legittimi

a) Analisi della giurisprudenza

99. Un'analisi sommaria della giurisprudenza indica che tale categoria di giustificazioni oggettive è l'unica che risulta attualmente ben definita, essendosi la dialettica intrinseca all'art. 82 CE ridotta alla dicotomia tra pratiche abusive e comportamenti volti a tutelare legittimi interessi commerciali [59].

100. Il rifiuto di soddisfare integralmente gli ordinativi dei grossisti greci equivale al diniego di fornitura, sebbene in forma parziale, motivo per cui mi limito ad analizzare le rare decisioni della Corte di giustizia in materia.

101. La sentenza United Brands ha riconosciuto che la protezione degli interessi commerciali legittimi costituisce uno strumento idoneo ad affrancare un'impresa in posizione dominante dai sospetti di abuso, stabilendo che a tale impresa debba essere consentito compiere gli atti che essa ritenga opportuni per la protezione di tali interessi, sempreché venga rispettato il principio imprescindibile di proporzionalità tra la reazione dell'impresa in posizione dominante e le minacce inferte ai suoi interessi [60].

102. Tuttavia, l'affermazione di tale principio non è stata di alcuna utilità alla

59 — Van Bael, I., e Bellis, J.-F., *Competition Law of the European Community*, 4ª ed., Ed. Kluwer, L'Aja, 2005, pag. 907.

60 — Sentenza United Brands, cit. (punti 189 e 190).

multinazionale americana delle banane, poiché la sentenza, basandosi precisamente sulla mancanza di proporzionalità tra il rifiuto di evadere gli ordini dell'impresa cliente e concorrente Olesen, ha escluso la sussistenza dei presupposti per invocare la legittima tutela dei propri interessi [61].

103. In un'altra causa, la Corte ha esaminato il rifiuto di approvvigionare in una situazione di penuria, durante la crisi petrolifera [62] che si è verificata negli anni settanta del secolo scorso, e ha permesso all'impresa BP di applicare ad un acquirente occasionale, la cooperativa olandese ABG, un coefficiente di riduzione della fornitura di greggio superiore rispetto a quello applicato ai suoi clienti abituali, allo scopo di evitare che questi ultimi risultassero relativamente svantaggiati [63].

104. Motivi di giustificazione sono stati elaborati, oltre alla giurisprudenza comunitaria, anche in altri ambiti. Così, per esempio, la Commissione ha ammesso che un fabbricante in posizione dominante riesamini le proprie relazioni commerciali con un cliente allorché quest'ultimo modifichi la propria politica per dedicarsi alla promozione di una marca rivale [64].

105. La dottrina fornisce ulteriori ipotesi di giustificazione, come quella della controparte commerciale inadeguata, ossia sull'orlo del fallimento, della controparte sistematicamente inadempiente ai propri obblighi contrattuali, ovvero che danneggia l'immagine o la qualità delle merci del fornitore [65]. In tali ipotesi, il buon senso consiglia di rispettare il desiderio dell'impresa in posizione dominante di rifiutare gli ordinativi del cliente.

b) Motivi dedotti nella causa principale

106. Tra gli argomenti addotti dalla GSK nelle osservazioni presentate alla Corte, tutti quelli che si riferiscono ad una diminuzione delle entrate derivante dalla perdita di una quota di mercato a vantaggio dei grossisti greci e alle relative ripercussioni sul recupero degli investimenti nel settore ricerca e sviluppo (in prosieguo: «R&S») sono riconducibili alla difesa degli interessi legittimi.

107. Tanto la GSK quanto un filone della letteratura giuridica adducono il costo enorme degli investimenti in R&S finalizzati all'immissione sul mercato di un medicinale; essi aggiungono che il periodo che intercorre

61 — Sentenza United Brands, cit. (punti 191 e segg.).

62 — Sentenza 29 giugno 1978, causa 77/77, BP/Commissione detta «causa della crisi del petrolio» (Racc. pag. 1513).

63 — Ibidem (punti 32 e 33).

64 — Decisione della Commissione 29 luglio 1987, 87/500/CEE, relativa ad una procedura ai sensi dell'articolo 86 del trattato CEE (IV/32.279 — BBI/Boosey & Hawkes: provvedimenti provvisori) (GU L 286, pag. 36, punto 19).

65 — Van Bael, I., e Bellis, J.-F., cit., pag. 957.

tra il conseguimento del brevetto per il principio attivo e la sua disponibilità terapeutica raggiunge di media i dodici o i tredici anni, per cui la fase redditizia della commercializzazione ha una durata limitata di sette o otto anni [66].

108. Essi osservano che, in tali circostanze, il commercio parallelo e la fabbricazione di prodotti generici al venir meno della protezione offerta dal titolo di proprietà industriale minimizzano il recupero delle spese per la R&S.

109. Non si ravvisa un nesso causale necessario tra l'eventuale danno agli investimenti in R&S ed il commercio parallelo, poiché, anzitutto, la GSK e gli autori cui ho fatto testé riferimento non hanno fornito alcuna informazione circa l'origine del lasso di tempo durante il quale il brevetto non è redditizio. Tuttavia, un'attesa così prolungata deriva dalle stesse strutture interne dei costi delle imprese farmaceutiche. Ad ogni modo, considerando assai breve il periodo di redditività del brevetto, gli interessati rivelano di nutrire la sensazione di sfruttare i propri diritti per un periodo limitato. Mi azzardo a prevedere che esistano anche altri settori in cui si verifica qualcosa di analogo con tale tipo di proprietà immateriale.

110. In secondo luogo, sebbene sia logico ritenere che solo il successo economico di un brevetto garantisca il reperimento di ulteriori capitali per proseguire la ricerca, la politica di R&S nel settore farmaceutico costituisce il criterio fondamentale di tutta l'attività. In tale ramo dell'economia soltanto la continua previsione della scoperta di farmaci rivoluzionari consente di sopravvivere in un mercato molto competitivo, globalizzato e lucrativo. Tuttavia, in assenza di una politica commerciale ben studiata, anche le scoperte più brillanti rischiano di passare inosservate. Ne deriva che ogni azienda di ricerca farmaceutica deve cercare i mezzi più efficaci per convincere e raggiungere il consumatore.

111. La GSK era padrona di strutturare la distribuzione dei propri prodotti in Europa. Essa ha optato per una strategia che includeva i grossisti greci, perché l'ha ritenuta la più utile e vantaggiosa. La GSK avrebbe potuto scegliere un sistema di distribuzione dei suoi farmaci verticalmente integrato, come quello che ha inteso introdurre nel

66 — Krapf, E., *Parallelimporte von Arzheimitteln und europäisches Kartellrecht — eine Untersuchung von Vertriebssystemen zur Verhinderung des Parallelhandels,* Ed. Shaker, Aquisgrana, 2006, pag. 107 e 108.

novembre 2000. Sebbene la detta impresa sia libera di rimodellare i propri sistemi di fornitura, nel rispetto degli usi commerciali, nella fattispecie le viene contestato di aver penalizzato i grossisti per aver questi tratto vantaggio dalle condizioni del mercato, frenando la sua attività di esportazione.

112. In terzo luogo, ponendo a raffronto i dati forniti dalla dottrina nel precedente paragrafo 107, a tenore dei quali, tra il 1998 ed il 2003, la quota di mercato degli importatori paralleli sarebbe aumentata dall'1,8% al 6,8% [67], si ha l'impressione che la vera battaglia consista nel recuperare i detti margini di profitto guadagnati dai concorrenti delle grandi società farmaceutiche.

113. In tali circostanze, mi sembra errato l'argomento basato sul disincentivo provocato dai mancati introiti derivanti dall'importazione parallela dei farmaci brevettati, poiché cerca solamente di convincere l'opinione pubblica, sensibile alla vitale importanza del binomio ricerca e sviluppo per la competitività, spostando lo scenario della rivalità imprenditoriale sul piano della politica di incentivazione della ricerca, un settore, questo, che l'Unione europea ha aggiunto all'elenco delle sue attività fin dal momento in cui l'Atto unico europeo ha introdotto nel Trattato CE il titolo XVIII, denominato appunto «Ricerca e sviluppo tecnologico».

114. In tale contesto, l'Unione europea offre un ambiente favorevole alle imprese, incoraggiandole a ridurre i costi di R&S attraverso l'esenzione per categoria degli accordi orizzontali in tale materia [68], consapevole del fatto che la cooperazione in tale ambito e lo sfruttamento comune dei risultati raggiunti contribuiscono a promuovere il progresso tecnico ed economico, attraverso una maggiore diffusione del know-how; tale cooperazione evita inoltre la duplicazione dei lavori di ricerca e sviluppo, incoraggia nuovi progressi grazie allo scambio di know-how complementare, e permette una maggior razionalizzazione della fabbricazione dei prodotti o dell'utilizzo dei metodi scaturiti dalla R&S [69].

115. Pertanto, anche ammettendo che possa essere giustificato, il comportamento della GSK dovrebbe comunque essere considerato

67 — Krapf, E., cit., pag. 2

68 — Regolamento (CE) della Commissione 29 novembre 2000, n. 2659, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato a categorie di accordi in materia di ricerca e sviluppo (GU L 304, pag. 7).

69 — Decimo 'considerando' del regolamento n. 2659/2000.

sproporzionato, in quanto volto ad eliminare la concorrenza nella distribuzione all'interno dell'Europa, soffocando le importazioni parallele provenienti dalla Grecia.

3. Il bilancio economico positivo

116. L'ultimo motivo di giustificazione invocabile dalle imprese dominanti si riferisce all'efficienza, in termini economici, del comportamento ipoteticamente abusivo («efficiency defence»). Il documento di riflessione della Commissione sull'applicazione dell'art. 82 inquadra tale causa di giustificazione nella sua linea di condotta [70], riecheggiando la dottrina che ne sentiva la mancanza [71].

117. Dalle osservazioni della GSK deduco che tutti i suoi argomenti sulle conseguenze perverse del commercio parallelo dei medicinali soggetti ad obbligo di ricetta medica potrebbero essere inquadrati in tale categoria. La detta impresa adduce che il commercio parallelo non favorisce né i pazienti, né gli enti previdenziali che provvedono al rimborso delle spese mediche. La GSK verifica tale dato alla luce dei cospicui guadagni che i grossisti ottengono dalla vendita di prodotti farmaceutici nei paesi in cui il prezzo pagato dalle assicurazioni malattia è maggiore di quello pagato in Grecia, lamentandosi, al contempo, delle ingenti somme che avrebbe perso.

118. Orbene, a parte la descrizione degli «orrori» provocati dal commercio parallelo, la GSK non indica alcun aspetto positivo derivante dal fatto di aver limitato le forniture di medicinali ai grossisti, salvo il recupero dei suoi margini di guadagno**,** elemento peraltro irrilevante ai fini tanto della qualificazione quanto della giustificazione di un comportamento abusivo, come giustamente osserva il governo polacco.

119. Pur auspicando che le imprese in posizione dominante possano dimostrare i benefici economici prodotti dai loro comportamenti abusivi, la GSK non ha fornito alcun elemento capace di inclinare il piatto della bilancia in suo favore, sebbene i fattori attinenti al benessere del malato e alla riduzione delle spese sostenute dalla sanità pubblica meritino una particolare attenzione nella

70 — Commissione Europea, op. cit., punti 84-91.

71 — Loewenthal, P.-J., cit., pagg. 464 e 465.

causa principale. Può quindi soprassedersi alla dimostrazione della proporzionalità, passaggio definitivo dell'analisi qualora fosse stata provata una giustificazione.

4. Soluzione suggerita per la seconda questione pregiudiziale

120. Alla luce delle suesposte considerazioni, suggerisco alla Corte di risolvere la seconda questione pregiudiziale nel senso che la riduzione, da parte di un'impresa in posizione dominante, degli ordinativi dei grossisti ai quantitativi corrispondenti al soddisfacimento della domanda nazionale, con il proposito di porre fine alle importazioni parallele di tali grossisti in altri Stati membri, configura, in linea di principio, un abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 82 CE.

121. Tuttavia, l'impresa sospettata di abuso può apportare gli elementi opportuni per giustificare oggettivamente il suo comportamento, ed in particolare:

— i fattori di regolamentazione del mercato che, essendo immodificabili da parte dell'impresa interessata, l'abbiano costretta ad adottare il comportamento contestato, dovendosi escludere, nella controversia a qua, la fissazione dei prezzi dei medicinali e l'obbligo di mantenere scorte per l'approvvigionamento dei pazienti;

— le prove del fatto che il detto comportamento fosse motivato unicamente dall'esigenza dell'impresa interessata di difendere i propri legittimi interessi commerciali, tra i quali non risulta, nella specie, l'impatto sugli incentivi all'innovazione, e

— i benefici economici del comportamento addebitatole.

122. Una volta accertata la fondatezza della giustificazione, non si deve dimenticare la verifica della proporzionalità, ossia la verifica che il detto comportamento sia imprescindibile e proporzionato.

VI — Conclusione

123. Alla luce delle suesposte considerazioni, dissentendo dalle citate conclusioni dell'avvocato generale Jacobs nella causa Syfait, propongo alla Corte di giustizia di risolvere le questioni pregiudiziali poste dal Trimeles Efeteio Athinon nei seguenti termini:

«1) L'art. 82 CE non consente di imputare ad un'impresa in posizione dominante comportamenti di per sé abusivi, neppure quando le circostanze del caso di specie evidenzino l'intenzionalità ed un effetto anticoncorrenziale di tali comportamenti.

2) Un'impresa in posizione dominante che rifiuti di soddisfare integralmente gli ordinativi dei grossisti di prodotti farmaceutici, allo scopo di ridurne le esportazioni e di limitare il danno cagionato dal commercio parallelo, incorre in un comportamento abusivo ai sensi dell'art. 82 CE. Ciononostante, la detta impresa può fornire le prove pertinenti al fine di giustificare oggettivamente il proprio comportamento e, in particolare:

— i fattori di regolamentazione del mercato che, non essendo da essa modificabili, l'abbiano costretta a comportarsi in tal modo, dovendosi escludere, nella causa a qua, la fissazione dei prezzi dei medicinali e l'obbligo di mantenere scorte per provvedere all'approvvigionamento dei pazienti;

— gli elementi comprovanti che essa mirasse soltanto a difendere i propri legittimi interessi commerciali, tra i quali non figura, nella specie, l'impatto sugli incentivi all'innovazione, e

— i benefici economici del comportamento addebitato».