

Provvedimento n. 7337 (I331)

**SERVIER ITALIA-ISTITUTO FARMACO
BIOLOGICO STRODER**

L'AUTORITA' GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 1° luglio 1999;

SENTITO il Relatore Professor Marco D'Alberti;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

RITENUTA la propria competenza;

VISTA la propria delibera del 26 febbraio 1998, con la quale è stato avviato un procedimento, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287, nei confronti delle società Servier Italia Spa e Istituto Farmaco Biologico Stroder Srl per presunta infrazione dell'articolo 2 della legge n. 287/90, avente per effetto la fissazione dei prezzi di vendita dei farmaci Ponderal Ritardo/Dima-fen Ritardo, Isomeride/Glypolix e Daflon 500/Arvenum 500;

VISTA la propria delibera del 4 settembre 1998, con la quale è stato deliberato di estendere l'istruttoria nei confronti delle società Les Laboratoires Servier Sa e Servier International Bv, di estendere l'oggetto dell'istruttoria con riferimento al rapporto di franchising di distribuzione fra Servier International Bv e Istituto Farmaco Biologico Stroder Srl e al rapporto di collaborazione commerciale tra Les Laboratoires Servier Sa, Servier International Bv, Servier Italia Spa e Istituto Farmaco Biologico Stroder Srl, e di prorogare il termine di conclusione della medesima al 4 febbraio 1999;

VISTA la propria delibera del 29 ottobre 1998 con la quale è stata integrata la delibera del 4 settembre 1998 fissando il termine di quindici giorni, dalla notifica del provvedimento, per l'esercizio del diritto delle parti a essere sentite in audizione e di prendere in visione gli atti del procedimento;

VISTA la propria delibera del 4 febbraio 1999 con la quale è stato deliberato di prorogare al 1° luglio 1999 il termine di conclusione del procedimento al fine di consentire alle società Servier International Bv e Les Laboratoires Servier Sa l'esercizio dei loro diritti di difesa;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

CONSIDERATO quanto segue:

I. FATTO

A) Le parti

La società Servier Italia Spa (di seguito SERVIER ITALIA) è attiva nel settore farmaceutico. SERVIER ITALIA è controllata da Servier Nederland Bv, che ne detiene il 70,9% del capitale sociale. Quest'ultima a sua volta appartiene al gruppo societario facente capo alla società di diritto francese Les Laboratoires Servier. Il fatturato di SERVIER ITALIA, nell'esercizio chiuso il 30 settembre 1998, è stato pari a circa 105 miliardi di lire.

La società Les Laboratoires Servier SA è a capo di un gruppo attivo nel settore farmaceutico. In Italia, essa controlla, indirettamente, SERVIER ITALIA.

Anche la società Servier International BV (di seguito Servier International), società di diritto olandese, fa parte del gruppo Servier.

La società Istituto Farmaco Biologico Stroder Srl (di seguito STRODER) è attiva nel settore farmaceutico. STRODER era controllata, sino al settembre 1998 (si veda infra par. C.4) da Interbiologie Nv, che deteneva il 99% del capitale sociale. Il fatturato di STRODER è stato nel 1997 di circa 68,5 miliardi di lire e nel 1998 (fino al 30 settembre) di 53 miliardi.

B) L'attività istruttoria

1. L'indagine conoscitiva

Nel mese di novembre 1997 l'Autorità ha concluso l'indagine conoscitiva sul settore farmaceutico¹. Tale indagine si è concentrata sull'analisi delle caratteristiche del "prodotto farmaceutico", dei mercati rilevanti e della struttura della domanda e dell'offerta di tale prodotto, con particolare riferimento ai mercati relativi ai farmaci etici in classe C, ovvero quelli per cui è escluso l'intervento regolatorio nella determinazione dei prezzi.

Nell'indagine conoscitiva l'Autorità ha, in particolare, esaminato l'evoluzione dei prezzi dei farmaci etici in classe C a partire dal novembre 1995, data di effettiva liberalizzazione dei prezzi, a seguito dell'approvazione della legge 20 novembre 1995, n. 490, che ha anche disposto che tali prezzi siano unici su tutto il territorio nazionale.

Dall'indagine conoscitiva è emerso che, sebbene le imprese fossero libere di determinare i prezzi dei propri prodotti in classe C e quindi di utilizzare il prezzo come variabile concorrenziale, si erano verificati numerosi parallelismi di prezzi di farmaci appartenenti agli stessi mercati rilevanti. In particolare, risultava un significativo parallelismo dei prezzi relativamente ad alcuni farmaci delle società SERVIER ITALIA e STRODER.

2. Le attività procedurali

In considerazione del fatto che i comportamenti tenuti dalle società SERVIER ITALIA e STRODER sembravano configurare un'intesa avente per effetto una restrizione della concorrenza, l'Autorità con delibera del 26 febbraio 1998, ha avviato un procedimento, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287, nei confronti delle medesime società per presunta infrazione dell'articolo 2 della legge n. 287/90, avente per effetto la fissazione dei prezzi di vendita dei farmaci Ponderal Ritardo/Dima-fen Ritardo, Isomeride/Glypolix e Daflon 500/Arvenum 500.

In pari data, l'Autorità ha deliberato di procedere a due accertamenti ispettivi presso le società SERVIER ITALIA e STRODER, che sono stati effettuati in data 3 marzo 1998.

Nell'adunanza del 4 settembre 1998, l'Autorità ha deliberato di estendere l'istruttoria nei confronti delle società Les Laboratoires Servier Sa e Servier International Bv, di estendere l'oggetto dell'istruttoria con riferimento al rapporto di franchising di distribuzione fra Servier International Bv e STRODER e al rapporto di collaborazione commerciale tra Les Laboratoires Servier Sa, Servier International Bv, SERVIER ITALIA e STRODER, e di prorogare il termine di conclusione del procedimento al 4 febbraio 1999.

Nell'adunanza del 29 ottobre 1998, l'Autorità ha integrato la delibera del 4 settembre 1998, fissando il termine di quindici giorni, dalla notifica del provvedimento, per l'esercizio del diritto delle parti a essere sentite in audizione e di prendere in visione gli atti del procedimento.

Nell'adunanza del 4 febbraio 1999 l'Autorità ha infine deliberato di prorogare al 1° luglio 1999 il termine di conclusione del procedimento, per assicurare alle parti l'esercizio dei loro diritti di difesa.

Nello svolgimento dell'attività istruttoria sono state sentite in audizione le imprese parti del procedimento: 1) in data 16 giugno 1998 la società SERVIER ITALIA; 2) in data 19 giugno 1998 la società STRODER, che ha depositato una memoria difensiva; 3) in data 10 novembre 1998 congiuntamente le società STRODER e SERVIER ITALIA. Nel corso delle prime due audizioni sono state inoltre richieste informazioni.

La società SERVIER ITALIA ha inviato una memoria difensiva in data 1° dicembre 1998.

¹ Pubblicata nel suppl. n.1 al Boll. n.10/1998.

Sono stati, inoltre, sentiti in audizione i seguenti soggetti: 1) in data 15 giugno 1998, la Società Italiana di Farmacia Ospedaliera (SIFO); 2) in data 24 giugno 1998, la Federazione Nazionale Ordine dei Medici; 3) in data 3 settembre 1998, il prof. Silvio Garattini, in qualità di esperto del settore farmaceutico.

La Direzione ha anche provveduto a inviare alcune richieste di informazioni:

1) a Farindustria, relativamente a documentazione o studi economico-giuridici effettuati sui rapporti di comarketing e su altre forme di cooperazione tra imprese farmaceutiche, nonché all'eventuale corrispondenza intercorsa tra Farindustria e il Ministero della Sanità avente per oggetto tali accordi di cooperazione nel settore farmaceutico;

2) al Ministero della Sanità, al fine di acquisire informazioni sui rapporti di comarketing e sulle loro caratteristiche in Italia;

3) a numerose imprese produttrici di medicinali potenziali concorrenti di quelli oggetto di istruttoria.

In data 4 dicembre è stata inviata alle parti la Comunicazione delle risultanze istruttorie, che ha fissato al 14 gennaio 1999 il termine di conclusione della fase istruttoria. In data 29 dicembre e 12 gennaio 1999 si sono richieste ulteriori informazioni relative alla prospettata concentrazione fra gruppo Servier e STRODER, nonché in merito ai fatturati realizzati nei prodotti farmaceutici oggetto di istruttoria.

In data 9 gennaio 1999 sono infine pervenute memorie difensive delle società SERVIER ITALIA e STRODER e, successivamente, le ulteriori informazioni richieste.

A seguito della proroga del termine di conclusione del procedimento al 1° giugno 1999 si è, inoltre, comunicato il nuovo termine di conclusione dell'istruttoria.

C) Le risultanze istruttorie

Il presente procedimento istruttorio riguarda specialità medicinali a base degli stessi principi attivi (fenfluramina -Ponderal Ritardo e Dima-fen Ritardo-, dexfenfluramina -Glypolix e Isomeride- e diosmina -Arvenum 500 e Daflon 500). Tali principi attivi sono prodotti da società facenti capo a Les Laboratoires Servier e sono distribuiti in Italia come specialità medicinali con denominazioni commerciali/marchi differenziati da due società distinte, SERVIER ITALIA, controllata indirettamente da Les Laboratoires Servier, e STRODER, società indipendente da quest'ultima sino al settembre 1998.

Per quanto riguarda STRODER, risulta l'esistenza di un contratto di franchising tra Servier International, controllata da Les Laboratoires Servier, e STRODER.

In ragione del particolare contesto in cui si inseriscono i comportamenti oggetto di istruttoria, si è pertanto reso necessario verificare, oltre al mercato rilevante ed alle evidenze sui comportamenti delle imprese, la natura del rapporto contrattuale di franchising intercorrente fra STRODER e Servier International e la relazione concorrenziale intercorrente fra SERVIER ITALIA e STRODER (infra. par. C.2).

1. Il mercato farmaceutico e i prodotti oggetto di istruttoria

1.1. La domanda mediata: ruolo dei medici nella scelta dei farmaci e attività informativo-promozionale delle imprese

Relativamente ai farmaci soggetti a obbligo di prescrizione (medicinali etici in classe A, B e C) risulta essere di fondamentale importanza il ruolo assunto dal medico nella determinazione della domanda. Spetta infatti al medico, sulla base della sua preparazione tecnico-scientifica, individuare i farmaci idonei al trattamento di ogni specifica patologia.

A questo riguardo si rileva che l'articolo 3, comma 2, del Decreto Legislativo n. 541 del 30 dicembre 1992 (decreto che ha recepito la direttiva comunitaria 92/28), vieta espressamente la pubblicità presso il pubblico dei medicinali che possono essere forniti soltanto dietro presentazione di ricetta medica.

Per i farmaci etici il medico è, quindi, da un lato il soggetto che genera la cosiddetta "domanda mediata" e dall'altro colui al quale le imprese farmaceutiche indirizzano le diverse proprie attività pubblicitarie e promozionali.

Al fine di comprendere le variabili che determinano la domanda di farmaci con obbligo di prescrizione, si sono approfondite le modalità con le quali le imprese farmaceutiche promuovono i propri prodotti presso gli operatori sanitari.

La promozione dei prodotti farmaceutici viene realizzata dalle varie società attraverso il ricorso a reti di informatori medico-scientifici. Si tratta di strutture normalmente molto vaste e articolate dato l'elevato numero di medici (generali e specialisti) che esercitano la professione sul territorio nazionale e che devono essere contattati per far conoscere e quindi prescrivere i vari farmaci. Ciascuna impresa struttura in modo diverso la propria rete di vendita: alcune hanno un'organizzazione centralizzata, altre invece una distinta per

singole regioni. Normalmente, comunque, a ciascun informatore viene assegnata un'area geografica specifica, corrispondente a una o più ASL.

Relativamente alla modalità con cui gli informatori promuovono i prodotti è stato affermato dalla Federazione Nazionale Ordine dei Medici, che sono il marchio/denominazione commerciale e il nome della casa farmaceutica a essere enfatizzati nell'attività publi-promozionale. In particolare, è stato affermato che *"l'informazione farmaceutica è guidata dal marketing. Negli ultimi anni si è avuto un cambiamento di orientamento; mentre prima il messaggio era pressante sul prodotto, attualmente è più orientato a presentare l'industria nel suo insieme con i diversi prodotti e marchi"* [audizione FNOM].

Gli informatori medico scientifici, in base a quanto stabilito dalle imprese farmaceutiche, adottano strumenti diversi per far memorizzare al medico il marchio/denominazione commerciale del farmaco e il nome della casa farmaceutica produttrice; fra tali strumenti si possono ricordare i campioni gratuiti, il materiale informativo sul farmaco, ecc. Un ruolo importante è anche svolto dall'esperienza e dalla preparazione professionale che contraddistinguono ogni singolo informatore medico-scientifico, ma anche da elementi puramente di *marketing*, quali la facilità di memorizzare determinati nomi commerciali [audizione FNOM].

Proprio perché il medico è il soggetto prescrittore al quale sono destinati i messaggi publi-promozionali delle case farmaceutiche, per le imprese attive nella produzione e commercializzazione di specialità medicinali l'organizzazione degli informatori medico scientifici e le politiche pubblicitarie e di *marketing* sono diventate gli strumenti più importanti delle politiche commerciali sul mercato e del confronto con le imprese concorrenti.

Dall'insieme delle osservazioni sopra riportate emerge, da un lato, il ruolo determinante dei medici nel generare la domanda di specialità medicinali, dall'altro, l'influenza parimenti essenziale svolta, nella promozione del marchio da prescrivere, dall'attività promozionale delle imprese farmaceutiche. Infatti, il medico, grazie alla sua preparazione professionale, prescrive il farmaco sulla base dell'efficacia terapeutica del principio attivo in esso contenuto; tuttavia, proprio per l'orientamento al marchio dell'attività informativa-promozionale svolta delle imprese farmaceutiche, egli normalmente memorizza il marchio del prodotto e prescrive il farmaco contraddistinto da una specifica denominazione commerciale.

Tale fenomeno del settore farmaceutico è del resto stato evidenziato nella Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo "Sugli orientamenti della politica industriale per il settore farmaceutico nella Comunità Europea"², dove si afferma: *"Se il mercato farmaceutico non è sufficientemente competitivo, ciò è dovuto in particolare al fatto che non è sufficientemente trasparente [...] Molto resta tuttavia da fare, soprattutto su scala nazionale, per quanto riguarda l'informazione delle autorità pubbliche, degli operatori sanitari e dei consumatori sul costo dei diversi trattamenti possibili"*.

L'esigenza di disporre di una informazione più precisa e completa anche relativamente al costo/terapia dei vari farmaci è attualmente avvertita da parte della classe medica, la quale è sempre più sensibilizzata dai pazienti a valutare i costi delle specialità a loro carico in quanto non rimborsate dal Servizio Sanitario Nazionale.

1.2. I mercati rilevanti

I prodotti farmaceutici oggetto di istruttoria sono il Ponderal Ritardo, l'Isomeride e il Daflon 500, commercializzati da SERVIER, e il Dima-Fen Ritardo, il Glypolix e l'Arvenum 500 di STRODER.

a) I farmaci antiobesità

Ponderal Ritardo, Isomeride, Dima-Fen Ritardo e Glypolix erano, fino al loro ritiro dal commercio³, farmaci destinati alla cura dell'obesità, ad azione centrale. Ponderal Ritardo e Dima-fen Ritardo avevano come principio attivo di base la fenfluramina (codice ATC A08AA02), Glypolix e Isomeride la dexfenfluramina (codice ATC A08AA04).

Si trattava di farmaci etici, prescritti prevalentemente da medici specialisti (dietologi) per la cura della particolare patologia dell'obesità, che colpisce il 30% della popolazione nazionale.

² COM (93) 718 def.

³ I farmaci Ponderal Ritardo, Dima-fen Ritardo, Glypolix e Isomeride sono stati ritirati dal commercio nel settembre 1997, in quanto con Decreto del Ministero della Sanità del 17 settembre 1997, dopo volontario ritiro da parte delle imprese commercializzanti, è stata sospesa l'autorizzazione all'immissione in commercio relativa alle quattro specialità, viste le "segnalazioni di anomalia delle valvole cardiache in pazienti in corso di trattamento con farmaci a base di fenfluramina e dexfenfluramina e i provvedimenti di ritiro dal mercato adottati negli Stati Uniti, e in diversi stati europei".

I prodotti in questione erano classificati nella classe di rimborso C dal momento in cui questa è stata costituita (1° gennaio 1994). Per essi, dunque, le imprese sono state completamente libere di determinare il prezzo di vendita al pubblico dal novembre 1995 (articolo 1, comma 2, D. L. n. 390/95, convertito in legge n. 490/95)⁴.

Nel provvedimento di avvio dell'istruttoria veniva ipotizzato che il mercato rilevante entro il quale devono essere ricompresi i farmaci anti-obesità commercializzati dalle parti debba essere individuato nella classe ATC A08A, utilizzando il criterio normalmente seguito dalla Commissione e dall'Autorità per la delimitazione dei mercati nel settore farmaceutico (si veda infra, par. E.1).

Al fine di approfondire la conoscenza del mercato, sono state richieste informazioni a altre imprese produttrici di farmaci rientranti in tale classe terapeutica. In particolare, si è richiesto alle società Bruno Farmaceutici Spa e Wyeth Lederle Spa se il proprio farmaco anti-obesità era da considerarsi concorrente di quelli commercializzati dalle parti e per quali motivi, e quali altri prodotti fossero da considerare concorrenti del proprio farmaco.

Nessuna delle due imprese ha indicato come concorrenti del proprio prodotto farmaci rientranti in classi ATC diverse da quella indicata come A08A. La società Bruno Farmaceutici non ha neppure indicato i prodotti oggetto di istruttoria come propri concorrenti, considerando tale solamente il prodotto Linea-Valeas, della società Valeas (in quanto avente un medesimo principio attivo del proprio prodotto); essa ha quindi individuato di fatto un mercato più ristretto rispetto a quello costituito dalla classe A08A. La Wyeth Lederle, pur non escludendo espressamente un rapporto di concorrenzialità tra i farmaci delle parti e il proprio, ha sottolineato la diversità tra essi dal punto di vista Dell' "attività farmacologica" e della tollerabilità.

b) I farmaci capillaroprotettori

I farmaci Daflon 500 e Arvenum 500, contenenti il principio attivo diosmina (codice ATC C05CA03), sono destinati alla cura dell'insufficienza venosa o insufficienza flebo-linfatica, causata da un insufficiente ritorno del sangue venoso che provoca danni alla microcircolazione e al sistema linfatico. Tale patologia può determinare diverse manifestazioni, quali varici, emorroidi, ecchimosi, ematomi, emorragie gengivarie, e in generale situazioni di fragilità capillare. Anche tali farmaci sono sempre stati collocati nella classe C.

Nel provvedimento di avvio dell'istruttoria veniva ipotizzato che il mercato rilevante entro il quale devono essere ricompresi i farmaci capillaroprotettori delle parti debba essere individuato nella classe ATC C05C.

Dalle informazioni fornite dai produttori degli altri farmaci rientranti in tale classe (Novartis Consumer Health Spa e Ce.La.Far. Spa) è risultato che nessuno considera come concorrenti del proprio prodotto farmaci rientranti in classi ATC diverse.

In particolare, la società Novartis Consumer Health ha indicato come propri concorrenti i farmaci Daflon 500 e Arvenum 500 (data l'identità di indicazioni terapeutiche e l'equivalenza della posologia) e altri classificati con il codice C05C, sebbene non tutti i prodotti rientrano in tale classe. La società Ce.La.Far. non considera il proprio prodotto concorrente in senso stretto di Daflon 500 e Arvenum 500, data la diversità nei principi attivi, ma solamente in senso lato, vista l'appartenenza alla medesima classe ATC C05C; in ogni caso, le specialità ritenute da Ce.La.Far. concorrenti dei prodotti delle parti sono solamente quelle rientranti in tale classe.

2. I rapporti fra le imprese e il rapporto concorrenziale tra i farmaci oggetto degli andamenti paralleli di prezzo

Come già indicato, dagli elementi istruttori raccolti è emerso che i farmaci oggetto degli andamenti paralleli di prezzo distribuiti da SERVIER ITALIA e STRODER sono specialità medicinali a base degli stessi principi attivi, prodotti da società facenti capo a Les Laboratoires Servier.

Pur essendo composti dai medesimi principi attivi, tali farmaci sono distribuiti in Italia con denominazioni commerciali/marchi differenziati da due società distinte, SERVIER ITALIA, controllata indirettamente da Les Laboratoires Servier, e da STRODER, società non controllata da società del gruppo Servier, almeno fino al 14 settembre 1998 (cfr. infra par. C4).

Il legame tra STRODER e il gruppo Servier deriva da un contratto di franchising concluso tra Servier International, controllata da Les Laboratoires Servier, e la medesima STRODER.

⁴ A seguito dell'entrata in vigore del d.l. n. 86/95, alle imprese era già stato consentito di determinare autonomamente i prezzi al pubblico, con l'unico vincolo di un aumento massimo del 10%, al netto dell'IVA, rispetto al prezzo in vigore il 20 marzo 1995.

Dagli elementi raccolti risulta inoltre che per nessuna delle molecole indicate esistono esclusive di natura brevettuale; sussiste solamente un brevetto di procedimento per la produzione della dexfenfluramina in capo alla società Adir et Compagnie, del gruppo Servier. Tale procedimento, peraltro, non è l'unico per l'ottenimento del principio attivo indicato.

In ragione del particolare contesto in cui si inseriscono gli andamenti paralleli di prezzo, si è ritenuto necessario verificare la natura del rapporto contrattuale di franchising e dei rapporti commerciali intercorrenti fra SERVIER ITALIA e STRODER.

2.1. I contratti tra le società del gruppo Servier e STRODER

Mentre SERVIER ITALIA si è limitata alla semplice distribuzione dei prodotti che riceveva e riceve già confezionati da società francesi del gruppo, STRODER ha svolto sino all'aprile 1997 la formulazione del Dima-fen a partire dal principio attivo fornito dalla società Oril Sa, del gruppo Servier; per quanto riguarda invece Glypolix e Arvenum, STRODER si è limitata alla sola distribuzione del prodotto finito.

I rapporti tra le società del gruppo Servier e STRODER sono regolati da un contratto di franchising fra la STRODER stessa e Servier International Bv, concluso nel 1988 e rinnovato nel 1993, basato su un "Mode Opérateur de franchisee" che disciplina nel dettaglio l'attività del franchisee STRODER.

Il contratto è finalizzato ad ammettere STRODER nel "sistema Servier" per la distribuzione dei farmaci del gruppo Servier, ed ha per oggetto specifico la creazione e gestione, da parte del franchisee, di un'unità di distribuzione dei prodotti Servier nel territorio italiano. A tal fine viene concesso al franchisee il diritto di utilizzare il marchio Servier, di apporre l'insegna Servier presso i propri locali e di indicare sulla carta usata per la corrispondenza la dicitura "Franchisee Servier International Bv-Exploitée par STRODER" insieme al marchio Servier.

L'attività di distribuzione di STRODER in quanto franchisee riguarda diversi prodotti indicati nel contratto, tra cui tutti quelli oggetto del presente procedimento. Le forniture provengono dalle società Oril Sa e Servier Ireland Technology. Il franchisee si impegna a distribuire esclusivamente i prodotti stabiliti dal franchisor.

Il contratto detta numerose norme di comportamento per mantenere un'omogeneità di presentazione fra franchisor e franchisee e per salvaguardare e promuovere l'immagine e la reputazione del primo. In contropartita dei diritti conferiti al franchisee, il franchisor riceve un compenso forfettario iniziale e una cifra annuale proporzionale alle vendite del franchisee (oltre, per il solo primo anno, una somma annua fissa).

In particolare, il franchisee si impegna a gestire la propria azienda secondo il *mode opératoire* fornito dal franchisor, che disciplina nel dettaglio l'organizzazione di cui il franchisee deve dotarsi e le procedure operative da seguire, in particolare nei rapporti con il franchisor. Tra le altre, vi è quella per cui "*toute demande de prix ou de revalorisation, toute fixation ou réajustement de prix de cession et toute information destinée aux autorités de tutelles (...) devront se faire en étroite collaboration avec le franchiseur et avoir reçu leur accord préalable. Toute information générale ou ponctuelle concernant les prix sera communiquée au franchiseur*".

L'articolo 11 del contratto stabilisce tuttavia che il sistema di franchising non comporta alcuna limitazione dell'indipendenza e della responsabilità del franchisee nella direzione e gestione dell'impresa così come nella sua qualità di impresa commerciale indipendente.

Il contratto ha quale scadenza il 31 dicembre 1998, e può essere rinnovato per cinque anni su richiesta del franchisee. Il franchisor detiene un diritto di prelazione in caso di cessione del controllo del franchisee da parte dei soggetti che lo detengono; inoltre, può risolvere il contratto dopo tre esercizi successivi in perdita da parte del franchisee.

Infine, per tutta la durata del contratto, e per i tre anni successivi alla scadenza del medesimo, il franchisee si impegna a non produrre e/o distribuire specialità farmaceutiche concorrenti a quelle oggetto del contratto di franchising, e a non fornire i prodotti e servizi connessi con l'oggetto del contratto, con riferimento al territorio italiano.

A tale contratto si ricollega un contratto di fornitura di fenfluramina tra STRODER e Oril Sa, stipulato il 4 gennaio 1993. In particolare, in base a tale contratto STRODER si era impegnata ad acquistare presso Oril tutta la fenfluramina necessaria per la formulazione del Dima-Fen e del Dima-fen Ritardo e a non rivendere la materia prima acquistata se non nella forma delle specialità da essa formulate. La durata del contratto era pari a cinque anni, salvo rinnovo automatico per periodi annuali se nessuna delle due parti avesse espressamente dichiarato la sua intenzione di porvi termine. Oril aveva comunque il diritto di risolvere anticipatamente il contratto in caso di cambiamento della struttura di controllo di STRODER.

Dagli elementi raccolti nel corso dell'istruttoria risulta che molte previsioni del contratto di franchising non sono state attuate da STRODER. In particolare, STRODER non ha operato sul mercato come vero e proprio franchisee del gruppo Servier, in quanto non ha utilizzato il marchio Servier nell'attività commerciale e non si è presentata come distributore del gruppo Servier. In altri termini, nonostante il *nomen* di franchising, che comporta l'appartenenza di STRODER al sistema contraddistinto dal marchio Servier, STRODER non ha evidenziato in alcun modo nell'attività commerciale il legame esistente con il franchisor (si veda più ampiamente il paragrafo successivo).

2.2. Il rapporto di comarketing

In base al contratto sopradescritto si è venuta a creare la seguente situazione: STRODER e SERVIER ITALIA commercializzano in Italia farmaci a base dei medesimi principi attivi, prodotti da altre imprese del gruppo Servier, mediante marchi/denominazioni commerciali diverse.

Al fine di qualificare correttamente i rapporti tra le stesse STRODER e SERVIER ITALIA, è necessario approfondire la nozione di "rapporto di *comarketing*", una particolare modalità di distribuzione di farmaci a base del medesimo principio attivo che si caratterizza per l'intervento di più imprese, ciascuna delle quali si presenta con un marchio diverso, e pone in essere una serie di attività funzionali a promuovere tale marchio in modo da differenziarsi agli occhi del mercato.

Il rapporto di "*comarketing*" si caratterizza per i seguenti elementi:

1) un rapporto di fornitura tra un'impresa produttrice dei principi attivi e titolare del *know how* e delle conoscenze scientifico-industriali per la produzione della specialità medicinale derivate, e un'impresa distributrice;

2) l'esistenza di due imprese distributrici, ciascuna delle quali commercializza e promuove lo stesso principio attivo con un marchio e autorizzazioni all'immissione in commercio distinte.

Il rapporto di *comarketing*, come definito in teoria, è una strategia di marketing il cui fine è quello di utilizzare le forze di due o più aziende concorrenti per commercializzare un principio attivo. Esso si è sviluppato negli anni '80, dopo che venne riconosciuta la brevettabilità dei farmaci, rappresentando la modalità attraverso la quale le imprese multinazionali straniere potevano ottenere più facilmente e tempestivamente, tramite partner italiani, le autorizzazioni all'immissione in commercio per i propri prodotti.

Attraverso il *comarketing* si crea un rapporto complesso che viene posto in essere al fine di conseguire una pluralità di obiettivi comuni tra il titolare del brevetto-produttore del principio e le imprese distributrici del prodotto. Più precisamente, per la società che produce il principio attivo l'obiettivo è quello di realizzare, attraverso più distributori, ciascuno con una propria rete di vendita e un proprio marchio, una maggiore diffusione della molecola presso i medici-prescrittori. Il fine è dunque quello di sfruttare l'esperienza, l'efficacia, le strategie di *marketing* e di promozione del prodotto di più reti di vendita le quali, ciascuna con un marchio diverso, riescono a garantire una maggiore penetrazione del prodotto presso la classe medica.

In particolare, mediante il *comarketing* vengono perseguiti alcuni obiettivi, quali:

a) il raggiungimento di un maggior numero di medici, dal momento che il loro elevato numero in Italia (circa 350.000) richiede una notevole rete di informatori medico-scientifici per assicurare il raggiungimento di una quota significativa di operatori sanitari almeno con un messaggio;

b) il raggiungimento di *target* specifici di medici, grazie alla peculiarità della gamma di prodotti di ciascun distributore, alla sua specializzazione nei messaggi promozionali e nelle attività di sponsorizzazione di congressi o convegni;

c) la ripetizione del messaggio, nei casi in cui informatori di più imprese visitino lo stesso medico con conseguente aumento della probabilità di prescrizione della molecola, indipendentemente dal marchio che il medico riesce a memorizzare.

Fra questi, la ripetizione dei messaggi da parte di più distributori del farmaco nei confronti dei medesimi medici è indubbiamente l'aspetto più delicato nel rapporto di *comarketing*. Infatti, per raggiungere l'obiettivo di espansione e penetrazione del principio attivo sul mercato, è essenziale che i vari distributori siano incentivati alla massimizzazione delle vendite; nel caso di sovrapposizione dei medici contattati, tale obiettivo è raggiunto mediante la differenziazione del prodotto di ciascuno rispetto a quello degli altri mediante l'utilizzo di differenti denominazioni commerciali.

L'incremento delle vendite conseguente allo sviluppo di rapporti di *comarketing* è stato confermato dalle stesse parti e da altri operatori del settore sentiti in audizione. La stessa STRODER ha precisato che si tratta di "*una politica commerciale alquanto utilizzata nel mondo farmaceutico allorché vi sono prodotti contenenti lo stesso principio attivo e ha proprio la funzione di massimizzare lo sforzo di penetrazione del*

mercato per un determinato principio attivo, in quanto funge da moltiplicatore delle opportunità di far conoscere ai terzi gli effetti curativi di una determinata molecola".

In estrema sintesi, il *comarketing* viene quindi posto in essere, per comune interesse, adottando politiche promozionali volte, da un lato, alla differenziazione del farmaco di ciascuna impresa e quindi alla maggior diffusione possibile della molecola, dall'altro alla maggior competizione con principi attivi diversi, aventi uguale efficacia terapeutica, prodotti da altre case farmaceutiche e ricomprese nel medesimo mercato.

Con riferimento al sistema di *comarketing* fra le società del gruppo Servier e STRODER, SERVIER ITALIA e STRODER hanno dichiarato di essere concorrenti nei vari mercati individuati. Infatti, sebbene queste società distribuiscano farmaci esattamente uguali in termini di principio attivo contenuto, ciascuna commercializza la propria specialità con un marchio distinto. La diversità di marchio è un elemento essenziale nella scelta del prodotto da parte del medico.

Infatti, ciascuna società è in grado, attraverso il contenuto dei propri messaggi promozionali ai medici, i campioni e le strategie di vendita dei propri informatori medico-scientifici, di porre particolare enfasi sul marchio e quindi di far memorizzare dal medico il nome commerciale del farmaco.

A conferma di quanto appena evidenziato, STRODER ha affermato che *"gli informatori medico-scientifici nell'ambito dell'attività di promozione dei prodotti della Stroder, presentano i prodotti farmaceutici come prodotti Stroder, ciascuno contraddistinto da uno specifico marchio, quali appunto Arvenum 500, Glypolix e Dimafen Ritardo"*. Di conseguenza, essa ha affermato che il *"rapporto esistente tra Stroder e Servier Italia... è di natura concorrenziale a livello di rete distributiva, di utilizzazione degli informatori medico scientifici, di politica promozionale e di disponibilità di depositi"* e che *"ognuna adotta una propria e distinta politica di marketing"*.

SERVIER ITALIA d'altro canto ha precisato che *"gli informatori medico scientifici della Servier Italia presentano i prodotti Servier, comunicando le loro caratteristiche terapeutiche"*. In relazione ai rapporti con STRODER, essa ha affermato che *"la distribuzione dei prodotti avviene attraverso i rispettivi canali e i rispettivi informatori medico-scientifici, che operano in totale autonomia e indipendenza"*.

Mediante le diverse modalità di promozione SERVIER ITALIA e STRODER realizzano pertanto l'obiettivo di concentrare l'attenzione del medico sul marchio dei propri prodotti e quindi di far memorizzare al medico il nome commerciale del farmaco, essendo quest'ultimo e non il nome della molecola che viene ricordato al momento della prescrizione.

Va inoltre segnalato che il sistema di *comarketing* sopra descritto, caratterizzato da una pluralità di distributori dei farmaci prodotti dal gruppo Servier, viene utilizzato soltanto in Italia. La società STRODER ha infatti affermato che *"l'Italia - per una serie di ragioni storiche e commerciali - risulta essere l'unico Paese ove è presente sia una società del Gruppo Servier sia un franchisee. Altrove, il Gruppo Servier è presente o attraverso una propria filiale o attraverso un franchisee"*.

3. I comportamenti coordinati fra le imprese

Il sistema di *comarketing* tra le imprese parti del procedimento ha prodotto una pluralità di effetti nei rapporti tra i distributori, tanto in relazione alle politiche promozionali quanto ai meccanismi di determinazione del prezzo dei farmaci.

3.1. Coordinamento su variabili diverse dal prezzo

Sebbene SERVIER ITALIA e STRODER si ritengano in concorrenza tra loro, e pur basandosi tale concorrenza sull'attività promozionale, le evidenze documentali raccolte consentono di affermare che esse hanno coordinato le rispettive politiche promozionali.

In un documento acquisito presso SERVIER ITALIA (doc. 4G), costituito da una serie di documenti e appunti manoscritti predisposti in vista di una riunione con STRODER da tenersi il 22 luglio 1994, lo scrivente descrive una serie di comportamenti aggressivi da parte della STRODER e dei suoi informatori medico-scientifici che occorre evitare:

"Concentration des "efforts promotionnels" Stroder sur le médecins prescripteurs Servier. Exemples:.....pas d'investissements Stroder dans les zones où Servier n'a pas de bons résultats (Arezzo, Ravenna, Reggio Emilia, Vercelli, Bergamo, Bolzano, Torino) - investissements là où Servier vend (ou vendait) plus. Les conséquences: pas d'augmentation des PM de groupe (cf. Isomeride/Glypolix et Daflon/Arvenum depuis janvier 94), mais une augmentation des dépenses.....

Dans ce contexte très difficile, Stroder mène une stratégie extrêmement dangereuse:

1. confusion des images sociétés = le medecin confond les VM et s'irrite de la frequence apparent des visites Servier.....

2. confusion des images produits....
autodestruction reciproque....".

Come rimedio a tale politica commerciale negativa, nel documento si indica la necessità di avere una "Identità, Immagine chiara di CIASCUNA SOCIETÀ", e a tal fine si propongono le direttive:

"1) Il nome della molecola riservato ai Cong.ssi INTERNAZIONALI - Ciascuno parla del suo prodotto sotto il suo nome di marca;5) Mai, Mai, Mai chiedere la prescrizione del solo nostro prodotto, citando il prodotto fratello. Evitare qualsiasi confronto delle vendite ...".

Nel doc. SERVIER ITALIA 6G, una lettera inviata dalla Direzione di SERVIER ITALIA ai Direttori regionali della rete distributiva, si riportano le decisioni prese durante la suddetta riunione "per un comarketing di successo":

"Non ci deve essere nessuna confusione di immagine, di Società né di Farmaco;

Nelle riunioni Operative/Riunioni Regionali/Seminario Nazionale non deve figurare alcun rapporto tra i prodotti in co-marketing;

Stop richieste dati I.T.S. di "diosmina/perindopril/dexfenfluramina" dell'altra Società [dati di vendita], già a partire dal mese di giugno e in cumulo;

Le tattiche delle due Società sono totalmente autonome: non devono essere criticate, sminuite o divulgate le azioni dell'altra Società;....

Maggiore disciplina a tutti i livelli...

Queste "regole del gioco" apprezzate, approvate e auspiccate dalla nostra Direzione Maison, dovranno essere seguite da subito. Sono convinto che tutti Voi siate d'accordo che il nostro futuro in Italia passi attraverso un ottimo comarketing fra le 2 Società".

Nel documento SERVIER ITALIA 10G, nota inviata ai Direttori regionali sempre a seguito della riunione, emergono con precisione gli obiettivi perseguiti da tali imprese nell'ambito della loro relazione di comarketing: a) essere più forti rispetto ai prodotti "realmente" concorrenti, vale a dire a base di principi attivi differenti; b) essere più forti rispetto alle società "realmente" concorrenti; c) allargare il mercato. Fra le direttive per raggiungere tali obiettivi sono incluse: la differenziazione dei prodotti di SERVIER ITALIA e STRODER sulla base del marchio, evitando confusione fra i prodotti in comarketing, come avverrebbe ad esempio enfatizzando il principio attivo o utilizzando affermazioni che indichino la loro identità e quindi una concorrenza diretta; la precisa definizione e l'attenta sorveglianza sui prodotti "realmente" concorrenti.

In particolare, si segnalano le presenti direttive:

"- En aucun cas le médicament CM ne doit être considéré comme concurrent...-

"- En aucun cas le médecin ne doit être mis dans la situation où il doit lui-meme choisir ou arbitrer entre le deux Sociétés (ou le 2 médicaments).

Cette situation, très désagréable, ne peut qu'induire le médecin à faire jouer la concurrence (ce que nous ne voulons pas) ou, meme, à se fâcher contre le 2 Sociétés".

Anche nelle memorie finali sia STRODER che SERVIER ITALIA hanno confermato l'esistenza di un coordinamento nelle politiche commerciali.

Da quanto precede si evince che, nonostante la dichiarata competizione tra SERVIER ITALIA e STRODER sulle attività promozionali, queste hanno realizzato una serie di attività volte ad evitare un confronto diretto tra le due società in questo ambito.

3.2. I parallelismi degli aumenti di prezzo

Un ulteriore aspetto di coordinamento risultante dagli elementi acquisiti riguarda i prezzi di vendita dei farmaci distribuiti da SERVIER ITALIA e STRODER.

Nel provvedimento di avvio si sottolineava un evidente parallelismo dei prezzi di alcuni farmaci distribuiti da SERVIER ITALIA e STRODER verificatisi dopo la liberalizzazione dei prezzi dei farmaci in classe C, avvenuta nel 1995. Le risultanze istruttorie hanno confermato l'esistenza di variazioni identiche, quanto a entità e tempi, tra i prodotti Ponderal Ritardo/Dima-fen Ritardo, Isomeride/Glypolix, Daflon 500/Arvenum 500.

Dalla tabella 1 si può evincere che i prezzi delle specialità medicinali distribuite rispettivamente da SERVIER ITALIA e STRODER sono stati modificati numerose volte a partire dal maggio 1995 e che tali variazioni risultano tutte esattamente di pari entità per farmaci a base del medesimo principio attivo, nonché poste in essere a partire dal medesimo giorno.

Tab. 1: Variazioni dei prezzi dei farmaci commercializzati da Servier Italia e Stroder

Nome del farmaco	impresa	Date degli aumenti di prezzo					
		24/2/95 - 3/5/95 - 1/9/95 - 17/1/96 - 1/4/96 - 24/6/96 - 2/1/97					
1) <u>Farmaci contro l'obesità</u> Ponderal Ritardo 30CPS	SERVIER I.	37.200	40.900	42.700	45.000	46.500	47.000
			10%				
Dima-fen Ritardo 30CPS	STRODER		40.900	42.700	45.000	46.500	47.000
Isomeride 60CPS 15MG	SERVIER I.	40.100	44.000	46.000	48.500	49.900	
			10%				
Glypolix 60CPS 15MG	STRODER		44.000	46.000	48.500	49.900	
2) <u>Sostanze</u> <u>capillaroprotetttrici</u> Daflon 500 30CPR 500MG	SERVIER I.	17.700	19.450	19.900		21.500	23.000
			10%				
Arvenum 500 30CPR 500MG	STRODER	17.700	19.450	19.900		21.500	23.000

Fonti: L'informatore farmaceutico, fascicoli mensili, Banca dati SIFO, dati forniti dalle parti o acquisiti in sede ispettiva.

3.3. Evidenze documentali di contatti tra le imprese relativamente alla fissazione dei prezzi al pubblico

Dai documenti acquisiti in sede ispettiva risultano molteplici comunicazioni fra SERVIER ITALIA e STRODER preventivamente alla data di entrata in vigore delle diverse variazioni di prezzo dei farmaci.

In un documento acquisito presso SERVIER ITALIA, doc. 12F, risulta che STRODER, in data 26 aprile 1995, comunica alla stessa SERVIER ITALIA: "Come concordato telefonicamente, Le confermo che invieremo le comunicazioni dell'aumento del prezzo dei nostri farmaci in classe "c" [alle agenzie che comunicano i nuovi prezzi ai grossisti e farmacie] il giorno 28 aprile p.v. in tarda mattinata". L'aumento dei prezzi è stato poi applicato dalle due imprese il successivo 3 maggio 1995.

In una lettera del 27 luglio 1995 inviata da STRODER a SERVIER ITALIA (doc. SERVIER ITALIA 6F) e avente ad oggetto Daflon 500/Arvenum 500 si scrive: "In riferimento alla conversazione telefonica odierna, nella quale ci informava dell'aumento del prezzo di Daflon 500/Arvenum 500 a L. 19.450, La informo che il relativo prezzo al grossista è di L. 12.350. In attesa di una vostra conferma,". Tale aumento è stato poi applicato da entrambe le imprese in data 1° settembre 1995.

In una comunicazione di SERVIER ITALIA alla società madre del 23 ottobre 1996, doc. 17G, si informa delle modifiche dell'aliquota IVA in vigore dallo stesso giorno, concludendo: "Veuillez trouver ci-joint le nouveau tableau des prix des produits Servier Italia (concordés avec Stroder)". Seguono tabelle con i prezzi al pubblico, ai grossisti e agli ospedali.

Nel documento STRODER 11, SERVIER ITALIA risponde a STRODER in data 23 ottobre 1996 inviando il nuovo listino prezzi da applicare a partire dalla stessa data e precisando a margine: "listino prezzi concordato S.I. [SERVIER ITALIA] + Stroder sconto grossisti e Farmacie".

Nel documento SERVIER ITALIA 15F, STRODER comunica in data 22 ottobre 1996 le variazioni di prezzo per i grossisti derivanti dalla modifica dell'aliquota IVA che saranno applicate dal giorno successivo.

Nel documento SERVIER ITALIA 14F, STRODER comunica a SERVIER ITALIA in data 2.1.97: "Allegato alla presente Le rimetto nuovi prezzi in vigore da oggi. Resto in attesa di una Sua conferma in merito ...". A margine si trova la risposta manoscritta: "OK per prezzi pubblico, grossista e ospedaliero. Per i prezzi farmacista Le invio un fax con i ns. calcoli. Cordiali saluti...".

Numerose sono inoltre le comunicazioni fra STRODER e SERVIER ITALIA, molto spesso contestuali all'applicazione dei nuovi prezzi al pubblico, effettuate per definire in modo uniforme quali siano i valori dei prezzi per i grossisti, i farmacisti e per gli ospedali (calcolati proprio a partire dal prezzo al pubblico), in modo che non vi siano neppure lievi scarti derivanti da diverse modalità di calcolo dei margini riconosciuti ai distributori.

Tali comunicazioni appaiono significative se si considera che da un documento contenente un'analisi dei prezzi ospedalieri di SERVIER ITALIA e STRODER (SERVIER ITALIA 18F), risulta che almeno fino al 1993 si erano determinate significative differenze nei prezzi ospedalieri applicati dai due distributori, in ragione di una diversa modalità di calcolo dello sconto ospedaliero a partire dal prezzo al pubblico.

Dalla documentazione acquisita in sede ispettiva non risultano invece evidenze di un coordinamento sui prezzi di vendita al pubblico fra franchisor e franchisee, nonostante che il contratto di franchising fra STRODER e Servier International preveda tale forma di collaborazione. Fra STRODER e le società del gruppo Servier fornitrici dei principi attivi risultano, infatti, semplici comunicazioni relative alle variazioni dei prezzi che STRODER effettuava. Lo stesso vale per i rapporti tra società madre e società controllata nel caso di SERVIER ITALIA.

Si tratta di mere comunicazioni fra ciascuna impresa distributrice in Italia e la società produttrice, frequentemente contestuali all'applicazione del nuovo prezzo, con le quali si informa semplicemente delle variazioni del prezzo al pubblico (cfr. doc. STRODER 6, 7, 9, 16, 18 e 24, doc. SERVIER ITALIA 29F e 17G).

3.4. Concertazione dei prezzi per le gare ospedaliere

Dalla documentazione raccolta in sede ispettiva è emerso un coordinamento in relazione ai prezzi che SERVIER ITALIA e STRODER intendevano offrire in alcune gare ospedaliere (doc. SERVIER ITALIA 1G, 2G e 3G).

Nel doc. SERVIER ITALIA 1G, nota interna datato 24 maggio 1994, emerge come STRODER si sia aggiudicata un'asta bandita dall'Ospedale San Martino di Genova per una fornitura di prodotti tipo Arvenum 500/Daflon 500, offrendo un prezzo inferiore del 5% rispetto al prezzo concordato con SERVIER ITALIA ("*...malgrado i nostri accordi con Stroder di mantenere lo stesso prezzo di 307,07 lire/cp*"); nella lettera si esprime grande insoddisfazione, ma vi è anche accenno all'assicurazione da parte di STRODER "*che quanto è successo non si ripeterà più*".

Nel doc. SERVIER ITALIA 2G, memo interno datato 5 luglio 1994, si fornisce spiegazione sull'aggiudicazione al Daflon 500 di una gara bandita dall'Ospedale Martini Nuovo di Torino. In particolare, su sollecitazione di STRODER che considera anomala tale aggiudicazione, si è appurato che essa è avvenuta per trattativa privata, in relazione alla quale SERVIER ITALIA non è stata neppure contattata. Di tale circostanza STRODER è stata informata. Il documento riporta le seguenti affermazioni: "*....il DAFLON 500 per allinearsi al prezzo ARVENUM 500 era offerto al [sic] L. 307,7/cpr: solo dal 1 giugno la Stroder ci ha comunicato il nuovo prezzo a L. 308,33/cpr, al quale ci siamo subito adeguati*".

Nel doc. SERVIER ITALIA 3G, datato 20 ottobre 1995, STRODER chiede a SERVIER ITALIA come intende comportarsi di fronte a una richiesta di offerta migliorativa fatta da parte dell'USL 3 Genova per Arvenum 500: "*Poiché è probabile che tale richiesta di miglioria sia stata fatta anche alla Servier Italia, vorrei sapere come intendi procedere tu, perché da parte mia credo che potremmo offrire loro il prezzo di Lire 311,70/compressa*".

Nel documento SERVIER ITALIA 11G vi è un resoconto di una riunione STRODER/SERVIER ITALIA del 26 gennaio 1998 nella quale si stabilisce:

"1. Prezzi Convenuti

Procaptan/Coversyl	Lire 350/compressa (IVA esclusa)
Arvenum 500/Daflon 500	Lire 280/compressa (IVA esclusa)

Questi prezzi sono da applicare per ASTA PUBBLICA e per le STRUTTURE che richiedono il listino prezzi".

3.5. Relazione fra gli aumenti del prezzo di vendita al pubblico, i prezzi di acquisto e le quantità vendute dei farmaci oggetto di istruttoria

Nel corso dell'istruttoria si è verificato l'andamento dei prezzi di fornitura dei farmaci da parte delle società del gruppo Servier alle società SERVIER ITALIA e STRODER.

In primo luogo è emerso che i prezzi di fornitura dei farmaci oggetto di istruttoria sono identici per le imprese SERVIER ITALIA e STRODER.

Quanto all'evoluzione di tali prezzi di acquisto, dagli elementi raccolti non è risultato che vi sia stato un aumento corrispondente o analogo all'evoluzione del prezzo di vendita al pubblico applicato da parte di SERVIER ITALIA e STRODER (Doc. SERVIER ITALIA 20F).

Le tabelle sottostanti mostrano l'andamento dei prezzi di acquisto dei farmaci Daflon 500/Arvenum 500 e Isomeride/Glypolix dal Gruppo Servier nel periodo compreso tra il 1995 e il 1997 nonché la diversa incidenza percentuale di tali costi rispetto al prezzo applicato dalle società SERVIER ITALIA e STRODER ai grossisti (prezzo netto a loro riconosciuto a partire dal prezzo al pubblico).

Tab. 2: Evoluzione dei prezzi di fornitura e di vendita al pubblico farmaci Daflon 500/Arvenum 500

data	prezzo di acquisto frf	prezzo di acquisto lire	prezzo di vendita al pubblico	prezzo netto IVA e margini grossisti (33%)	incidenza del prezzo della materia prima sul prezzo al netto margini distributori
24/2/1995	21	6.709	17.700	11.403	58,8%
1/9/1995	21	6.709	19.450	12.530	53,5%
17/1/1996	18	5.546	19.900	12.820	43,3%
24/6/1996	18	5.546	21.500	13.851	40%
23/10/96	18	5.546	21.500	13.096	42,4%
2/1/1997	18	5.261	23.000	13.933	37,8%

Tab. 3: Evoluzione dei prezzi di fornitura e di vendita al pubblico farmaci Isomeride/Glypolix

data	prezzo di acquisto frf	prezzo di acquisto lire	prezzo di vendita al pubblico	prezzo netto IVA e margini grossisti (33%)	incidenza del prezzo della materia prima sul prezzo al netto margini distributori
24/02/1995	40.74	13.016	40.100	24.649	52,8%
03/05/1995	40.74	13.016	44.000	28.346	45,9%
17/01/1996	40.74	12.552	46.000	29.635	42,4%
01/04/1996	40.74	12.552	48.500	31.245	40,2%
24/06/1996	40.74	12.552	49.900	32.147	39%
23/10/1996	40.74	12.552	49.900	30.394	41,3%

Dai dati riportati in queste tabelle risulta che, già a partire dal periodo di parziale liberalizzazione dei prezzi dei farmaci in classe C, i prezzi di fornitura (in lire italiane) hanno avuto un andamento di segno opposto rispetto ai prezzi di vendita al pubblico. Considerando le variazioni di prezzo avvenute a partire dal 3 maggio 1995, si osserva che i prezzi di acquisto sono diminuiti o sono rimasti stabili, mentre i prezzi di vendita hanno registrato, nel medesimo arco di tempo, un progressivo aumento.

Significativa è anche l'analisi delle variazioni di prezzo dal 1992 al 1996 effettuata da una società del gruppo Servier, la società Axios (doc. SERVIER ITALIA 14G). Da tale documento risulta come vi siano stati aumenti regolari e importanti delle specialità non rimborsabili:

"Daflon 500/Arvenum + 19%
Isomeride/Glypolix + 52% "

mentre i prezzi di trasferimento sono rimasti stabili (Isomeride/Glypolix) o hanno subito una diminuzione (-38,9% Daflon 500/Arvenum).

Dai dati raccolti nel corso dell'istruttoria è emerso, inoltre, che agli aumenti di prezzo di vendita al pubblico siano seguiti aumenti delle quantità vendute dei medesimi farmaci, anche nel caso in cui questi siano stati trasferiti nella classe C ovvero a totale carico del cittadino.

Significativo sembra, in particolare, il trend che ha seguito il farmaco Arvenum 500 della STRODER, che a seguito della riclassificazione derivante dalla legge n. 537/93 è stato trasferito dal regime di rimborsabilità, seppure parziale, alla classe C, ovvero a totale carico del cittadino e con libera fissazione del prezzo da parte dell'impresa dal 1995. In sede di audizione, la società STRODER ha precisato che *"All'inizio del 1992, anno della sua prima commercializzazione, le vendite sono state pari a circa 1 milione di confezioni che sono aumentate, nel 1993, a circa 1,5 milioni di confezioni. Arvenum è stato originariamente classificato in fascia A nell'ambito del regime allora vigente, con quota a carico del paziente pari al 50%; a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 537/93, la CUF ha riclassificato tale farmaco in classe C, ovvero totalmente a carico del paziente. Per effetto di questa classificazione le vendite sono inizialmente diminuite per poi registrare un trend positivo giungendo nel corso del 1997 a circa 1,7 milioni di confezioni. Tale progressivo incremento delle vendite è stato conseguito grazie alle politiche di marketing e mediante l'ampliamento del numero degli informatori medico scientifici"*.

Anche SERVIER ITALIA ha confermato tale evoluzione positiva verificatasi successivamente alla classificazione del Daflon 500 in classe C. Dai dati forniti dalla SERVIER ITALIA, cfr. tabella seguente, risultano incrementi significativi nelle vendite nel periodo 1995-1997, nonostante gli aumenti di prezzo.

Tab. 4 Daflon 500

Anno	1995	1996	1997
Quantità	2.047.700	2.222.477	2.346.570
Variazione %.		+8,5	+5,6

Nello stesso periodo si è invece registrata un'evoluzione negativa delle vendite dei farmaci Glypolix e Isomeride, ma questa sembra trovare una spiegazione esogena rispetto alle strategie commerciali delle imprese, ovvero nella *"evoluzione clinica di tipo restrittivo, in ragione delle evidenze che hanno condotto l'EMEA e le autorità sanitarie francesi a una serie di interventi restrittivi circa il suo utilizzo e, in particolare, la durata del periodo di somministrazione e la prescrivibilità solamente da parte di medici specialisti"* (verbale audizione STRODER) che si è poi risolta nella sospensione volontaria della commercializzazione da parte delle due imprese nel settembre 1997.

4. L'acquisizione di Stroder da parte del gruppo Servier

Nel corso dell'audizione del 10 novembre 1998 le società SERVIER ITALIA e STRODER hanno reso noto che era in corso di perfezionamento l'acquisizione del controllo di STRODER da parte del gruppo Servier.

Dalle informazioni successivamente fornite da STRODER è risultato che l'operazione di trasferimento del controllo di STRODER era già stata perfezionata. In particolare, in data 14 settembre 1998 è stato siglato un contratto di cessione per una quota nominale del capitale della stessa STRODER, pari a 19.800.000, da Interbiologie NV a Servier International BV, e in data 29 settembre 1998 un contratto di cessione per una quota nominale del capitale di lire 200.000 da Finmedia BV a Servier Nederland BV.

Il trasferimento del controllo si è dunque verificato successivamente ai comportamenti oggetto di istruttoria.

D) Le argomentazioni delle parti

Entrambe le imprese hanno contestato la rilevanza delle attività di marketing al fine di orientare la scelta del farmaco da parte del medico-prescrittore, in quanto tale soggetto effettua le sue scelte secondo scienza e coscienza e in piena consapevolezza delle caratteristiche medico-scientifiche dei prodotti.

In merito all'individuazione del mercato relativo ai farmaci Ponderal Ritardo, Isomeride, Dima-Fen Ritardo e Glypolix, STRODER ha affermato che fra i rimedi contro l'obesità vanno ricompresi: 1) la farmacoterapia, includente farmaci etici prodotti industrialmente e preparazioni magistrali a base dei medesimi principi attivi dei prodotti preconfezionati; 2) i farmaci da banco, medicinali omeopatici, prodotti dietetici alimentari a base di fibre alimentari e erbe, e prodotti della c.d. Diet Industry (imbonitori, diete, pasti sostitutivi, creme, ecc.); 3) la terapia chirurgica.

In particolare, si è precisato che solamente il 5% delle persone colpite dall'obesità si rivolgerebbe al medico, mentre la restante parte farebbe ricorso al consiglio del farmacista, dell'erborista, ecc.; infatti, la gran massa delle persone affette da obesità percepisce quest'ultima non come una malattia, ma come semplice problema estetico.

Quanto alle cure mediche dell'obesità, esse vengono realizzate soprattutto mediante farmaci e preparazioni galeniche; queste ultime sono particolarmente importanti per questa patologia, in quanto permettono di somministrare il principio attivo nell'esatta dose adatta a ciascun paziente, circostanza favorevole dati i delicati risvolti psicologici connessi all'obesità; più precisamente, si rileva che negli anni 1994-96 circa il 50% dei farmaci anti-obesità sarebbe stato costituito da preparazioni galeniche.

In sostanza, il mercato rilevante per il caso in questione dovrebbe includere tutti i rimedi per la patologia obesità, o per lo meno quelli indicati dal medico specialista, comprendenti i farmaci collocati nella classe ATC A08A, i preparati galenici a base dei medesimi principi attivi, altri farmaci che agiscono su altri organi del corpo con il medesimo effetto curativo (Antiadiposo e Cinetic) e i prodotti dietetici, indispensabile complemento per la cura.

Anche SERVIER concorda con le osservazioni di STRODER relativamente all'inclusione nel mercato delle preparazioni magistrali a base dei medesimi principi attivi dei farmaci industriali, dei prodotti da banco, dei dietetici alimentari e dei rimedi chirurgici, adducendo le medesime puntuali motivazioni al riguardo.

In merito all'individuazione del mercato in cui sono inclusi i farmaci Daflon 500 e Arvenum 500, STRODER ha affermato che la diffusione della malattia costituita dall'insufficienza venosa, la varietà di manifestazioni della patologia e la rilevanza spesso estetica del fenomeno conducono a una pluralità di approcci terapeutici: consigli sullo stile di vita, farmaci etici antiemorroidari e antivaricosi, prodotti di automedicazione (farmaci da banco, integratori dietetici, cosmetici, prodotti di erboristeria, omeopatici), preparazioni magistrali, trattamenti elastocompressivi mediante calze, collants o bende, trattamenti chirurgici.

In particolare, i medici tenderebbero soprattutto a indicare i trattamenti elastocompressivi e un regime di vita più sano, adottando in pochi casi, e sempre in associazione con gli strumenti precedenti, la cura farmacologica.

Ciò premesso, il mercato rilevante dovrebbe quantomeno comprendere tutti quei farmaci aventi la medesima efficacia terapeutica di quelli oggetto di istruttoria e come tali a essi sostituibili; in base a tale criterio, appartenerebbero al medesimo mercato specialità medicinali classificate nelle classi ATC C05A, C05B, C05C e S01X.

Le affermazioni di SERVIER ricalcano in parte quelle di STRODER: anch'essa sostiene che per la patologia in esame esiste un'ampia varietà di rimedi, oltre a quelli farmacologici, e che i pazienti fanno ampio ricorso al consiglio del farmacista, anziché del medico, per la scelta della cura.

In ogni caso, possono essere individuate differenti dimensioni del mercato, tutte maggiori rispetto a quella evidenziata dall'Autorità nella comunicazione delle risultanze istruttorie:

- mercato comprendente tutti i rimedi per l'insufficienza venosa;
- mercato comprendente tutti i farmaci prescritti per l'insufficienza venosa, appartenenti alle classi ATC B01A, B01B, B01C, C01C, C03A, C04A, C05A, C05B, C05C, M01A, N02B e S01X (secondo IMS, servizio SPM);
- mercato comprendente i farmaci delle classi C05A (antiemorroidari topici), C05B (antivaricosi topici) e C05C (sostanze capillaroprotettrici), dato che le indicazioni terapeutiche dei due farmaci oggetto di istruttoria comprendono la cura delle varici e delle emorroidi.

In particolare, si contesta l'esclusione di quei farmaci, classificati nella classe ATC C05B che pur avendo lo stesso principio attivo di quelli classificati nella classe ATC C05C sono venduti nella forma della pomata o del gel.

SERVIER contesta, inoltre, l'attendibilità delle informazioni raccolte presso i concorrenti, in quanto fondate su considerazioni di natura economico-commerciale e non tecnica.

In relazione ai rapporti intercorrenti con le società del gruppo Servier, la società STRODER ha distinto, da un lato, il rapporto intercorrente tra STRODER e Servier International, e, dall'altro, il rapporto con SERVIER ITALIA. Relativamente al primo rapporto, si è precisato che *"Stroder è mero distributore dei prodotti forniti dalla Servier Francia [Servier International] e che svolge un ruolo analogo a quello svolto da una "filiale" in virtù del rapporto di franchising [e che proprio in base al contratto di franchising] il gruppo Servier esercita un controllo completo sulle politiche di Stroder, attuando un controllo sui prezzi, sul marketing, sul raggiungimento di uno standard di qualità elevato degli IMS [informatori medico scientifici], sulle politiche di retribuzione del personale"*.

Quanto al rapporto esistente tra STRODER e SERVIER ITALIA, la STRODER ha *"evidenziato che esso è di natura concorrenziale a livello di rete distributiva, di utilizzazione degli informatori medico scientifici, di politica promozionale e di disponibilità di depositi"*.

Nella memoria finale STRODER ha inoltre aggiunto che qualsiasi eventuale intesa fra SERVIER ITALIA e STRODER non può che essere qualificata come "verticale", e che, in virtù degli intensi rapporti contrattuali e di collaborazione e coordinamento esistenti tra il gruppo Servier e STRODER, quest'ultima non doveva propriamente ritenersi indipendente, bensì strettamente collegata o controllata dal gruppo Servier, senza pertanto una reale autonomia nella determinazione delle linee di condotta. Si sarebbe di fronte a un'unica entità economica, all'interno della quale non è possibile configurare l'esistenza di intese restrittive.

STRODER ha inoltre aggiunto che il rapporto contrattuale con Servier International configura un vero e proprio accordo di franchising, in quanto il franchisor avrebbe concesso al franchisee il necessario know-how e supporto per la produzione e commercializzazione dei propri principi attivi, mentre non sarebbe condizione essenziale l'utilizzo del nome commerciale del franchisor. In subordine, si è sostenuto che STRODER dovrebbe essere considerata come mera commissionaria alla vendite dei principi attivi prodotti dalle società del Gruppo Servier.

Con riferimento al rapporto di comarketing, STRODER ha precisato che *"sussiste un rapporto di comarketing tra la Stroder e la Servier Italia in relazione ai prodotti oggetto di istruttoria, in quanto prodotti uguali e basati sul medesimo principio attivo. Tale rapporto esclude che le società possano attuare politiche concorrenziali in termini di prezzo, mentre il gioco concorrenziale si svolge attraverso diverse politiche promozionali dei prodotti citati da parte degli informatori medico-scientifici"*.

Nella memoria finale Stroder ha aggiunto che l'obiettivo del comarketing è quello di massimizzare l'espansione e la penetrazione del principio attivo sul mercato e che ciò *"è raggiungibile e realizzato dal produttore differenziando il prodotto, attraverso una diversa denominazione commerciale, e coordinando le politiche commerciali delle imprese interessate. Questo è quanto ha fatto il produttore della Maison Servier nel caso di specie"*.

La società SERVIER ITALIA, pur ammettendo l'esistenza di un rapporto di comarketing, ha precisato che esso concerne *"tutta una serie di comportamenti tra le parti stesse, che regolano i rapporti commerciali tra di loro"* e che *"è stato di volta in volta implementato attraverso riunioni nelle quali venivano discusse le linee generali di marketing delle due società"*.

Le imprese hanno, inoltre, ricondotto il parallelismo dei prezzi ai rapporti esistenti tra STRODER e il gruppo Servier. STRODER ha affermato che *"gli aumenti dei prezzi sono, dunque, il risultato delle concertazioni derivanti dall'applicazione del contratto di franchising...A seguito di tali concertazioni Stroder riceve, poi, una segnalazione dal gruppo Servier Francia nelle quali è "ufficializzato" l'aumento del prezzo. Tale aumento è concretamente applicato contestualmente da Stroder e Servier Italia"*. STRODER non ha, tuttavia, prodotto documentazione relativa alla concertazione con il franchisor, dichiarando che le concertazioni *"sono sempre state molto informali e dirette, in virtù dell'ottima conoscenza reciproca delle due società"* (comunicazione pervenuta l'8 luglio 1998).

Nella memoria finale STRODER ha poi spiegato il parallelismo di prezzo in ragione dei *"lunghi e intensi rapporti contrattuali esistenti tra i soggetti"*, (il contratto di franchising e il co-marketing), e ha riconosciuto l'esistenza di uno scambio di informazioni sui prezzi, sebbene abbia aggiunto che il prezzo non era il frutto di un accordo o di un'intesa.

Anche SERVIER ITALIA ha attribuito la sua politica di prezzi ai rapporti con la società madre: *"i prezzi sono discussi da Servier Italia con la casa madre del Gruppo Servier.... L'unica spiegazione a tale parallelismo dei prezzi è che si tratta dei medesimi prodotti, in quanto sono composti dalla stessa molecola e dagli stessi eccipienti"*.

Entrambe le imprese hanno poi sostenuto che le comunicazioni tra loro erano dirette a puntualizzare il prezzo di fatturazione da praticare al grossista e, dunque, rappresentavano soltanto il momento tecnico conclusivo della procedura con la quale si aumentava il prezzo. Nella memoria finale, la società SERVIER ITALIA ha ribadito che le comunicazioni delle variazioni dei prezzi *"erano meramente di natura tecnica e avevano lo scopo di giungere a un'esatta determinazione del prezzo da fatturare al grossista"*.

In merito alle gare ospedaliere, infine, entrambe le imprese hanno rilevato la marginalità per loro di tale canale di sbocco, che rappresenta soltanto lo 0,5% del fatturato globale di SERVIER ITALIA e lo 0,2% di quello di STRODER.

Le società SERVIER ITALIA e STRODER hanno inoltre invocato il ricorso al principio *de minimis* in quanto esisterebbero numerosi concorrenti, non vi sono barriere all'entrata e non vi sono ulteriori accordi tra i soggetti di cui è causa e imprese terze concorrenti. Entrambe hanno poi contestato che dalla propria condotta potesse derivare un ostacolo all'entrata di nuove imprese concorrenti.

II. DIRITTO

E) Il mercato rilevante

1. Il mercato del prodotto

Il criterio per l'individuazione del mercato rilevante nel settore farmaceutico fa riferimento all'efficacia terapeutica dei medicinali oggetto di indagine. Più precisamente, rientrano nel medesimo mercato tutti quei

farmaci sostituibili tra loro, in quanto hanno le medesime proprietà terapeutiche e sono indicati per la cura della medesima patologia.

Non si può invece individuare una relazione di sostituibilità fra prodotti farmaceutici ed altri trattamenti sanitari in relazione al fatto che vengano utilizzati per la cura di una medesima patologia, in quanto il trattamento farmacologico ha contenuti, costi e natura completamente diversi dagli eventuali trattamenti terapeutici alternativi.

Si considerino, ad esempio, con riferimento specifico al trattamento dell'obesità e dell'insufficienza venosa, le diverse modalità attraverso le quali si forma rispettivamente la domanda del trattamento farmacologico rispetto ai trattamenti alternativi. È infatti evidente che a seconda dell'interlocutore cui il paziente si rivolge (medico, farmacista o altro) cambia il grado di professionalità del soggetto che effettua la scelta, livello di competenza che è a sua volta oggetto di specifica preferenza del paziente; se, ad esempio, solamente il 5% dei pazienti affetti da obesità si rivolge al medico, ciò significa che un ristretto sottoinsieme considera l'intervento del medico indispensabile ed è pertanto disponibile a una cura farmacologica.

Rimanendo nell'ambito dei prodotti prescrivibili dal medico, quali quelli oggetto di istruttoria, se è vero, come affermato dalle parti, che tale soggetto prescrive accanto e contemporaneamente alla terapia farmacologica quella basata su prodotti dietetici, ciò significa soltanto che le due tipologie di prodotti sono complementari, e non sostituibili tra loro. Del resto, la stessa STRODER riconosce che *"dalla Diet Industry si stacca nettamente la cura dell'obesità con i farmaci"*.

Alla luce di quanto precede non può essere accolta l'argomentazione delle parti che tutti gli strumenti finalizzati alla cura delle medesime patologie sarebbero intercambiabili dal punto di vista dei pazienti e dunque rientrerebbero tutti in un medesimo mercato rilevante.

Nell'ambito dei prodotti farmaceutici, il criterio normalmente seguito per la definizione dei mercati, adottato anche dalla Commissione della Comunità Europea consiste nel fare riferimento alle classi terapeutiche, ovvero all'azione chimica e allo scopo terapeutico del prodotto. L'individuazione di tali classi viene realizzata facendo ricorso all'Anatomical Therapeutic Classification (ATC). L'ATC è un sistema di classificazione dei farmaci, a cura del Nordic Council on Medicines di Uppsala, adottato dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (WHO Collaborating Centre for International Drug Monitoring). Tale sistema divide i farmaci in base a una classificazione di tipo alfa-numerico, individuando cinque livelli gerarchici.

Il primo e il secondo gruppo identificano rispettivamente l'apparato o il sistema a cui il farmaco è destinato (sistema nervoso, sistema respiratorio, sistema cardiaco, ecc.) e la tipologia di farmaco (anestetici, antiasmatici, vasodilatatori periferici, ecc.). Tali livelli non risultano essere sufficienti a individuare prodotti sostituiti dal lato della domanda: il primo, poiché individua solo la parte anatomica per cui il farmaco viene impiegato; il secondo, in quanto identifica farmaci aventi effetti terapeutici diversi e impiegati per patologie differenti e quindi non perfettamente sostituiti.

È il sottogruppo terapeutico, quello definito dal terzo livello del codice ATC, ad avere il maggior impiego per la definizione del mercato del prodotto. Tale livello, infatti, individua in linea di massima classi di medicinali aventi le stesse proprietà terapeutiche e quindi prodotti sostituiti in quanto destinabili alla cura della stessa patologia.

Può capitare comunque che farmaci appartenenti a diverse classi terapeutiche ATC siano utilizzabili l'uno in sostituzione dell'altro o, viceversa, solo medicinali con identico principio attivo, all'interno di una determinata classe terapeutica, possano essere impiegati come trattamento per la patologia diagnosticata. Di conseguenza, si rende in questi casi necessario individuare il mercato del prodotto aggregando più classi terapeutiche del terzo livello o considerare il principio attivo scendendo al quarto.

1.1. I farmaci antiobesità (classe ATC A08A)

I farmaci Ponderal Ritardo, Dima-Fen Ritardo, Glypolix e Isomeride appartenevano alla classe terapeutica dei farmaci anti-obesità, contraddistinta dal codice ATC A08A. I farmaci compresi in tale classe appaiono costituire un mercato a sé stante; infatti, nessuno dei produttori di altri farmaci appartenenti alla classe ATC A08A interpellati ha indicato farmaci appartenenti a classi diverse come concorrenti dei propri, indicando come le specialità tra cui si svolge il confronto concorrenziale siano tutte incluse nella classe citata⁵.

⁵ A questo proposito, non rileva l'obiezione di SERVIER ITALIA, secondo la quale le risposte dei produttori interpellati sono basate su considerazioni di natura economico-commerciale e non tecnica, in quanto, a prescindere dalla circostanza che valutazioni di natura tecnica sono presenti (relativamente ad esempio alle indicazioni terapeutiche e alla posologia), è ovvio che le imprese effettuano le proprie valutazioni sul comportamento delle imprese concorrenti e sull'esistenza di prodotti concorrenti anche da un punto di vista commerciale.

Le preparazioni magistrali o galeniche non possono invece essere incluse nel medesimo mercato dei farmaci industriali preconfezionati quali quelli distribuiti dalle imprese parti del procedimento, come sostenuto dalle parti. Dal punto di vista dell'offerta, le preparazioni galeniche si distinguono in quanto vengono preparate dal farmacista e per tale ragione hanno composizione, prezzo e modalità distributive sostanzialmente diversi da quello delle specialità corrispondenti.

Dal punto di vista della domanda, come affermato da STRODER, la preparazione galenica è adottata dal medico che vuole personalizzare la terapia rispetto al singolo paziente, quando egli ritiene che il farmaco di origine industriale non sia adatto, data la sua composizione in termini di quantità del principio attivo (perché troppo elevata), e in relazione di conseguenza alla sua efficacia e tollerabilità, alle esigenze di quest'ultimo. Agli occhi del medico, vale a dire del soggetto che effettua la scelta, prodotto preconfezionato e farmaco galenico non risultano dunque perfettamente sostituibili tra loro.

Nessuna delle imprese concorrenti interpellate ha, peraltro, indicato quali prodotti concorrenti delle proprie specialità le preparazioni galeniche.

Ne consegue che il mercato rilevante ai fini del presente procedimento è costituito dalle specialità medicinali anti-obesità aventi codice ATC A08A. La tabella sottostante riporta i farmaci definiti dal sistema di classificazione ATC come farmaci contro l'obesità e, per ciascuno di essi, l'ammontare delle vendite in valore realizzate nel 1996.

Tab 5: Farmaci contro l'obesità

nome farmaco	impresa farmaceutica	valore delle vendite 1996 (milioni di lire)	quote di mercato 1996
Glypolix	STRODER	10.965	36,2%
Isomeride	SERVIER ITALIA	10.638	35,1%
Ponderal*	SERVIER ITALIA	2.705	8,9%
Plegine	WYETH	2.690	8,8%
Tenuate Dospan	BRUNO	1.494	4,9%
Linea Valeas	VALEAS	846	2,8%
Dima-fen*	STRODER	811	2,7%
Pesos	VALEAS	131	0,4%
Totale		30.281	100%

* Include le vendite del prodotto a azione normale e ritardata (versione Ritardo).

Fonte: dati IMS.

Dai dati riportati in tabella risulta che tale mercato presentava un grado di concentrazione elevato, con un indice del CR4 pari al 96,8%. In esso le parti del presente procedimento rappresentavano i principali operatori, con una quota di mercato complessiva dell'83,9%.

STRODER ha sostenuto che nel mercato rilevante rientrerebbero anche due specialità medicinali, Antiadiposo e Cinetic, aventi rispettivamente codice ATC H03C e H03A. In ogni caso, se anche venisse accolta tale tesi, la quota di mercato complessiva detenuta da SERVIER e STRODER diminuirebbe solamente in misura marginale rispetto al valore desumibile dalla tabella, attestandosi al 78,4%.

1.2. Le sostanze capillaroprotettici

I farmaci Daflon 500 e Arvenum 500 appartengono alla classe terapeutica delle sostanze capillaroprotettici (codice ATC C05C). Si tratta, come visto in precedenza, di medicinali indicati nella cura delle patologie derivanti dalla cattiva circolazione del sangue venoso, consistenti nelle varici, fenomeni emorroidali e, in generale, di fragilità capillare.

Il mercato rilevante ai fini del presente procedimento può essere limitato alle sostanze capillaroprotettici aventi codice ATC C05C. Infatti, i produttori di altri farmaci appartenenti a tale classe non hanno citato nessun prodotto appartenente a classi ATC diverse come concorrente dei propri, indicando come le specialità tra cui si svolge il confronto concorrenziale siano tutte incluse nella classe citata. Anche la società di ricerche IMS, dei cui dati le imprese farmaceutiche si avvalgono in misura notevole per le loro valutazioni sull'andamento dei mercati, pur effettuando riclassificazioni dei farmaci rispetto alla codifica ATC per meglio tenere conto delle relazioni di sostituibilità in termini di efficacia terapeutica, enuclea un mercato delle sostanze capillaroprotettici a sé stante, coincidente a grandi linee con la classe C05C. Anche nella

decisione della Commissione *Ciba-Geigy/Sandoz*⁶ è stato espressamente individuato quale mercato rilevante quello delle sostanze capillaroprotettrici (codice ATC C05C).

Le parti hanno indicato che il mercato rilevante dovrebbe includere tutti i prodotti indicati e normalmente prescritti per la cura della patologia qui in esame, a prescindere dalla classificazione ATC loro attribuita. Tale criterio porterebbe a includere nel mercato, nella accezione più ampia indicata dalle parti, prodotti farmaceutici appartenenti a ben 12 classi del terzo livello della codifica ATC.

A questo riguardo, si deve osservare come, al fine di individuare il mercato rilevante di un prodotto farmaceutico, si debbano ricomprendere i prodotti aventi la stessa efficacia terapeutica e per tale ragione sostituibili, e non invece tutti quelli utilizzati per terapie diverse, sebbene volti a curare la medesima patologia, in quanto si differenziano per l'azione che essi comportano, la durata e la tollerabilità dei medesimi.

In questa prospettiva, i farmaci indicati dalle parti e appartenenti a classi ATC diverse dalla C05C presentano contenuto, composizione e modalità di utilizzo tali da presentare un'efficacia terapeutica diversa da quella dei farmaci oggetto di istruttoria. In tal senso, i farmaci definiti secondo diversi codici di classificazione ATC, sebbene utilizzabili anche per la cura dell'insufficienza venosa, sono sostituiti solamente imperfetti delle sostanze capillaroprotettrici, e, di conseguenza, non sono classificabili nello stesso mercato rilevante.

Pur considerando il mercato rilevante come quello dei farmaci con codifica ATC C05C, si è tuttavia ritenuto di includervi anche quei farmaci in forma di gel o pomata che, sebbene classificati in una diversa classe del terzo livello del codice ATC, presentano identica indicazione d'uso e quindi efficacia terapeutica del corrispondente farmaco in capsule classificato nella classe ATC C05C (Venoruton, Venosmine, Diosmin, Diosven e Flebil). La tabella sottostante riporta i farmaci rientranti nel mercato come definito e, per ciascuno di essi, l'ammontare delle vendite in valore realizzate nel 1996.

Tab. 6: Sostanze capillaroprotettrici

nome farmaco	impresa farmaceutica	valore delle vendite 1996 (milioni di lire)	quote di mercato 1996
Daflon 500	SERVIER ITALIA	29.260	25,6%
Arvenum*	STRODER	22.178	19,4%
Venoruton	NOVARTIS	15.775	13,8%
Tegens	INVERNI D. BEFFA	14.756	12,9%
Centellase	ROUSSEL PHARMA	8.243	7,2%
Venosmine	GEYMONAT	5.230	4,6%
Flebostasin	LUITPOLD	3.015	2,6%
Fludarene	MERCK	2.558	2,2%
Reparil	IBI	2.157	1,9%
Fleboside	SYNTHELABO	1.323	1,2%
Flebil	MOLTENI	1.238	1,1%
Essaven	RHONE POULENC	1.173	1,0%
Curaven	BIOMEDICA FOSCAMA	1.121	1,0%
Capillarema	BALDACCI	1.024	0,9%
Nevanil	DERMALIFE	815	0,7%
Venoplant	ALSO	712	0,6%
Diosmin	SALUS	612	0,5%
Diosven	CT	544	0,5%
Rutisan	PHARMACIA	538	0,5%
Idro P2 Ascorbico	MIDY	436	0,4%
Cvp	RHONE POULENC	353	0,3%
Pericel	SYNTHELABO	332	0,3%
Angiorex	LAMPUGNANI	314	0,3%
Venoplus	ALSO	119	0,1%
Varicogel	SCHIAPPARELLI	107	0,1%
Doven	EUROFARMACO	85	0,1%
Bres	FARM. MILANESE	85	0,1%

⁶ Caso IV/M737, *Ciba Geigy/Sandoz*, in GUCE L201 del 29 luglio 1996.

Venolen	FARM. MILANESE	16	0,01%
Venalisin	AGIPS	7	0,01%
Totale		114.126	100%

* Include sia le vendite di Arvenum che di Arvenum 500.

Fonte: dati IMS.

Dai dati riportati in tabella risulta che tale mercato presentava un grado di concentrazione elevato, con un indice del CR4 pari al 73,2%. In esso le parti del presente procedimento rappresentavano i principali operatori, con una quota di mercato complessiva del 45%.

2. Il mercato geografico

In merito alla dimensione geografica del mercato rilevante, si osserva che la sua estensione è riferibile al livello nazionale. Due sembrano, in particolare, i fattori che portano a "segmentare" il mercato geografico a livello nazionale: le politiche sanitarie dei singoli paesi (per tali intendendosi regolamentazione dei prezzi, delle modalità di rimborso, della classificazione dei medicinali, dei canali distributivi, ecc.) e i regimi di accesso (ovvero i regimi di brevettazione e di autorizzazione all'immissione in commercio). Quanto a quest'ultimo, nel corso degli ultimi anni si è cercato di ridurre tali differenziazioni e di armonizzare il più possibile le norme che regolano tale settore, ad esempio consentendo di ottenere un brevetto europeo, adottando regimi di brevetto uniformi, attribuendo agli organi comunitari il potere di rilasciare in modo centralizzato l'autorizzazione all'immissione in commercio valida per tutti gli Stati membri e prevedendo in ciascuno Stato un iter più rapido per il rilascio dell'autorizzazione a quei farmaci già autorizzati in altri paesi della Comunità.

Se questa progressiva armonizzazione dei regimi di accesso al mercato ha ridotto sempre di più le differenze a livello europeo, l'esistenza di politiche sanitarie estremamente diverse rende tuttora difficile adottare una definizione del mercato geografico rilevante più ampia di quella nazionale.

F) Le intese realizzate

1. Il sistema di comarketing per la distribuzione dei farmaci a base dei medesimi principi attivi e la relazione "orizzontale" fra i due distributori

Il contratto di franchising tra Servier International e STRODER e i rapporti tra SERVIER ITALIA e le altre imprese del gruppo Servier hanno dato luogo a un sistema produttivo-distributivo, in base al quale risulta che sul mercato italiano operano due imprese concorrenti, produttrici e distributrici di farmaci a base del medesimo principio attivo, ma con marchi diversi. Tale sistema, denominato comarketing, viene realizzato al fine di garantire una maggiore penetrazione di un principio attivo, mediante una differenziazione del prodotto di ogni impresa, incentrata sul marchio e accentuata dall'azione degli informatori medico-scientifici nei confronti dei medici prescrittori. Mediante tale sistema, vengono a crearsi nel mercato le premesse di un vero e proprio confronto concorrenziale tra farmaci che, nonostante l'identità del principio attivo, risultano distinti in quanto denominati con marchi diversi.

Come si è visto in precedenza, i rapporti tra gruppo Servier e STRODER sono regolati da un contratto di *franchising*, integrato da un *mode opératoire* che specifica nel dettaglio le procedure mediante le quali la collaborazione deve realizzarsi. Le parti hanno dichiarato che tale contratto costituisce il mezzo giuridico adottato per perseguire le rispettive strategie aziendali in modo legittimo, nel rispetto dei principi della libera concorrenza.

Dagli elementi raccolti risulta tuttavia un'applicazione del contratto diversa rispetto al suo contenuto tradizionale. Difatti, secondo il regolamento di esenzione CEE 4087/88⁷ "per accordo di franchising si intende un accordo col quale un'impresa, l'affiliante, concede a un'altra, l'affiliato, dietro corrispettivo finanziario diretto o indiretto, il diritto di sfruttare un franchising allo scopo di commercializzare determinati tipi di beni e/o servizi" (articolo 1.3, lettera b), ove per franchising si intende "un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti d'autore, know-how o brevetti da utilizzare per la rivendita di beni o per la prestazione di servizi a utilizzatori finali" (articolo 1.3, lettera a)⁸. Tali accordi si caratterizzano dunque per la concessione

⁷ Regolamento n. 4087/88, in GUCE L359 del 28 dicembre 1988.

⁸ Tali definizioni si riferiscono espressamente agli accordi di franchising di distribuzione, a cui si riferisce esclusivamente il citato Regolamento d'esenzione.

al franchisee del diritto di utilizzare il marchio del franchisor, in vista della creazione di una rete distributiva unica e con caratteristiche omogenee, come tali ben distinguibili dalla clientela⁹.

Nel caso di specie, invece, STRODER non solo non ha mai fatto uso del marchio e dei segni distintivi Servier, ma ha al contrario tenuto comportamenti volti proprio a differenziare i propri prodotti, in modo che non emergesse alcun elemento di collegamento con il gruppo Servier. Questo era peraltro necessario affinché la differenziazione dei prodotti fra STRODER e SERVIER ITALIA avesse successo.

In altri termini, dunque, sebbene fra STRODER e le società del gruppo Servier intercorra un contratto di franchising, i comportamenti effettivamente tenuti da STRODER sul mercato non sembrano corrispondere a quanto stabilito dallo stesso contratto, che quindi deve valutarsi alla stregua di un semplice contratto di distribuzione di medicinali prodotti dal gruppo Servier.

Ciò premesso in merito alla natura del contratto di franchising fra Servier International e STRODER, si osserva che la circostanza che il produttore di alcuni principi attivi operi, attraverso la controllata SERVIER ITALIA, anche in veste di distributore dei medesimi a fianco di un'altra impresa distributrice, STRODER, conduce a valutare alcuni comportamenti assunti da tali imprese non in un'ottica verticale bensì di confronto concorrenziale diretto (orizzontale) nel mercato della distribuzione dei farmaci. In altri termini, la scelta del produttore dei principi attivi e distributore diretto di farmaci a base dei medesimi principi attivi di affiancare a sé uno o più distributori (c.d. *dual distribution*) comporta la necessità di distinguere se le restrizioni imposte o concordate per tutto ciò che riguarda propriamente lo svolgimento dell'attività distributiva siano funzionali all'efficacia del rapporto distributivo fornitore/distributore, c.d. rapporto verticale, ovvero abbiano diversa natura, potendo anche integrare un'intesa fra imprese direttamente concorrenti, c.d. rapporto orizzontale.

D'altra parte, il rapporto di concorrenza tra SERVIER ITALIA e STRODER è stato sostenuto nel corso dell'istruttoria da entrambe, in relazione al fatto che ciascuna di esse svolge in modo autonomo la propria attività imprenditoriale, in particolare le scelte relative alle politiche promozionali, al fine di raggiungere il massimo volume di vendite dei propri farmaci. Tale obiettivo viene perseguito utilizzando uno specifico marchio e sfruttando le peculiarità della propria rete di vendita (esperienza degli informatori medico-scientifici, gamma di prodotti offerti, target di medici visitati, ecc.).

Soltanto in sede di memoria finale, la società STRODER ha sostenuto che in virtù dei rapporti contrattuali con il gruppo Servier, STRODER non godrebbe di indipendenza economica e non sarebbe pertanto configurabile alcuna intesa restrittiva con SERVIER ITALIA e le altre società del gruppo Servier.

In proposito, si osserva che analoga spiegazione non è stata fornita da SERVIER ITALIA che ha invece sostenuto la totale estraneità al rapporto intercorrente fra Servier International e STRODER. Dalle risultanze istruttorie non è, inoltre, emersa l'esistenza di precisi vincoli contrattuali che confermino questa ricostruzione, in quanto lo stesso contratto fra Servier International e STRODER esclude espressamente che vi sia alcuna limitazione dell'indipendenza e responsabilità direzionale e gestionale di STRODER (cfr. articolo 11 del contratto).

Pertanto, non può ammettersi che quello che risulta propriamente l'effetto dell'intesa, ovvero il coordinamento delle politiche commerciali (infra par. 2.1.) e la fissazione dei prezzi (infra par. 2.2.), possa spiegarsi come derivante da una situazione di controllo contrattuale che non trova precisi e circostanziati elementi di conferma nei contratti stessi. Nè tantomeno può assumere rilevanza, al fine di escludere l'esistenza di un'intesa, se il potere decisionale in merito alle politiche commerciali sia affidato in via prioritaria od esclusiva a una delle imprese partecipanti all'intesa.

2. Applicabilità dell'articolo 2, comma 1, della legge n. 287/90

E' possibile rilevare l'esistenza di un accordo quando le imprese manifestano una comune volontà, anche implicita, di comportarsi sul mercato in un determinato modo. La nozione di accordo contenuta

⁹ *Nello stesso senso Corte di Giustizia, sent. 28 gennaio 1986, causa 161/84, Pronuptia, in Raccolta 353, che ha definito il contratto di franchising di distribuzione come un sistema nel quale “un’impresa che si sia stabilita su di un mercato come distributore e che abbia così potuto mettere a punto un insieme di metodi commerciali concede, dietro corrispettivo, a dei commercianti indipendenti la possibilità di stabilirsi su altri mercati usando la sua insegna e i metodi commerciali che le hanno garantito il successo... I contratti di franchising in materia di distribuzione si differenziano in questo dai contratti di concessione di vendita o da quelli che vincolano i rivenditori autorizzati in un sistema di distribuzione selettiva, i quali non contemplano né l’uso della stessa insegna, né l’applicazione di metodi commerciali uniformi...(15). ... In secondo luogo, il concedente deve poter prendere le misure idonee a preservare l’identità e la reputazione della rete distributiva contraddistinta dall’insegna (17)”.*

nell'articolo 2 della legge n. 287/90 è molto ampia e ricomprende tutte le forme con cui la comune volontà si manifesta.

Dai principi dell'ordinamento comunitario fissati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europea, risulta in maniera inequivoca che non è necessario che un accordo sia rappresentato da un vero e proprio contratto giuridicamente valido¹⁰ o in forma scritta¹¹. In particolare, nelle ricordate decisioni, la Corte di Giustizia ha precisato che possono ricadere nella nozione di accordo anche dei meri gentlemen's agreements. Conformemente si è già pronunciata numerose volte sia la stessa Autorità che il giudice amministrativo (TAR Lazio e Consiglio di Stato): *"il concetto di accordo, nel linguaggio comune e in quello giuridico, presuppone una espressione della volontà delle parti e in questo senso si è pronunciata anche la giurisprudenza comunitaria nell'interpretazione dell'articolo 85 del trattato CEE, pur con la precisazione che l'accordo non deve necessariamente costituire un contratto valido e vincolante secondo il diritto nazionale"* (Consiglio di Stato, sent. n. 1792/96).

2.1. L'accordo per il coordinamento delle politiche commerciali dei comarketers

Dalle risultanze istruttorie emergono una serie di elementi che inducono a ritenere che SERVIER ITALIA e STRODER si siano coordinate in merito alle modalità di promozione e distribuzione dei rispettivi prodotti a base dei medesimi principi attivi.

I documenti raccolti (cfr. C.3.1.) danno evidenza di come le parti si siano coordinate per disciplinare i contenuti e le modalità di attuazione della rispettiva attività promozionale al fine di evitare che i rispettivi sforzi promozionali fossero tali da mettere in diretto confronto concorrenziale i prodotti in comarketing presso i medici prescrittori. In particolare, risulta che le imprese hanno dettato delle specifiche disposizioni alla propria rete commerciale affinché fossero eliminate tutte quelle attività promozionali che potevano dare luogo a tale confronto diretto, quali ad esempio forme di comparazione dei prodotti in base all'identità del principio attivo e ai legami esistenti fra le imprese comarketers.

Tale coordinamento è stato realizzato attraverso incontri tra i rappresentanti di SERVIER ITALIA e STRODER, durante i quali sono state assunte congiuntamente *"decisioni"* sulle regole a cui attenersi nell'ambito della promozione presso la classe medica.

Tali elementi permettono di individuare una precisa volontà delle imprese di realizzare un coordinamento delle rispettive attività promozionali, stabilendo linee direttrici delle loro azioni sul mercato, che configurano un vero e proprio accordo ai sensi dell'articolo 2, comma 1, della legge n. 287/90. L'accordo in questione non è rappresentato dal sistema di comarketing in quanto tale, bensì da una particolare modalità di attuazione di questo da parte delle imprese interessate.

Le stesse imprese in sede di memorie finali hanno confermato l'esistenza di un coordinamento nelle politiche commerciali attraverso riunioni nelle quali venivano discusse le linee di marketing di ciascuna società. In particolare, la società STRODER ha precisato che l'obiettivo del comarketing, la massimizzazione della penetrazione del principio attivo, *"è raggiungibile e realizzato dal produttore differenziando il prodotto, attraverso una diversa denominazione commerciale, e **coordinando le politiche commerciali delle imprese interessate**"* (neretto aggiunto). Anche SERVIER ITALIA ha affermato nella memoria finale che in base al rapporto di comarketing sono stati regolati i rapporti commerciali fra le imprese.

A tale riguardo, va osservato che l'esistenza di un rapporto di comarketing non giustifica né tantomeno comporta un coordinamento delle politiche commerciali fra imprese comarketers. Elemento essenziale di tale rapporto è infatti, soltanto quello secondo il quale più imprese distribuiscono farmaci a base del medesimo principio attivo con denominazioni commerciali diverse, mentre un coordinamento delle politiche commerciali risulta una particolare e non necessaria modalità di implementazione di tale rapporto.

¹⁰ Corte di Giustizia, 15 luglio 1970, ACF Chemiefarma NV c. Commissione, causa 41/69; Corte di Giustizia, 15 luglio 1970, Buchler et Co. c. Commissione, causa 44/69; Corte di Giustizia, 15 luglio 1970, Boehringer Mannheim GmbH c. Commissione, causa 45/69; Corte di Giustizia 29 ottobre 1980, Heintz Van Landewyck Sarl c. Commissione, cause 209/78 a 215/78 e 218/78 e, più recentemente, Corte di Giustizia, 11 gennaio 1990, Sandoz prodotti farmaceutici c. Commissione, causa 277/87; Tribunale di primo grado, 24 ottobre 1991, Rhone-Poulenc SA c. Commissione, causa T-1/89; Tribunale di primo grado, 17 dicembre 1991, BASF AG c. Commissione, causa T-4/89; Tribunale di primo grado, 17 dicembre 1991, Hercules Chemicals NV-SA c. Commissione, causa T-7/89

¹¹ Tra le altre, Corte di Giustizia, Tepea BV c. Commissione, 20 giugno 1978, causa 28/77.

L'espresso riconoscimento di una volontà comune delle imprese diretta a tale condotta permette di ritenere che si tratti di un vero e proprio accordo fra imprese, ai sensi dell'articolo 2, comma 1, della legge n. 287/90.

2.2. L'accordo avente per oggetto la fissazione dei prezzi

Dalle risultanze istruttorie emergono una serie di elementi che inducono a ritenere, accanto al coordinamento sopra descritto relativamente alle modalità di attuazione delle politiche promozionali rivolte ai medici, l'esistenza di un ampio coordinamento tra SERVIER ITALIA, Servier International e STRODER, con riferimento ai prezzi di vendita dei prodotti.

La documentazione raccolta dà evidenza di aumenti paralleli di prezzo delle specialità farmaceutiche oggetto di istruttoria distribuite da SERVIER ITALIA e STRODER. Risultano, inoltre, numerosi documenti che provano l'esistenza di specifici contatti fra SERVIER ITALIA e STRODER aventi ad oggetto i prezzi dei prodotti a base dei medesimi principi attivi.

Le stesse imprese hanno ricondotto tale comportamento alle previsioni del contratto fra Servier International e STRODER e al sistema di comarketing.

Con riferimento al primo aspetto, STRODER ha sostenuto che *"...gli aumenti dei prezzi sono, dunque, il risultato delle concertazioni derivanti dall'applicazione del contratto di franchising"* che come si è visto prevede una espressa clausola al riguardo.

Proprio tale clausola contrattuale, invece di giustificare l'andamento parallelo dei prezzi¹², dimostra che il sopraevidenziato parallelismo di prezzi realizzato fra SERVIER ITALIA e STRODER deriva da un vero e proprio accordo in tal senso. In particolare, si può ritenere che, sebbene il rapporto contrattuale intercorra fra STRODER e Servier International, quest'ultima appartiene al medesimo gruppo societario a cui partecipa anche SERVIER ITALIA, configurando pertanto un'unica impresa dal punto di vista economico, in virtù dell'unitarietà della gestione che le caratterizza¹³.

Con riferimento al secondo profilo, l'esistenza di un rapporto di comarketing, STRODER ha inoltre precisato che tale rapporto *"esclude che le società possano attuare politiche concorrenziali in termini di prezzo, mentre il gioco concorrenziale si svolge attraverso diverse politiche promozionali dei prodotti citati da parte degli informatori medico-scientifici"*.

Tale affermazione, invece di giustificare il parallelismo dei prezzi, conferma che tali comportamenti non sono stati spontanei. Infatti, né il sistema distributivo di comarketing, né l'identità del principio attivo comportano come conseguenza diretta un'identità di prezzo di vendita dei farmaci.

Quanto al primo aspetto, elemento caratterizzante del sistema di comarketing è la differenziazione dei marchi e non vi è, dunque, alcuna necessità che i prezzi dei prodotti distribuiti da imprese diverse coincidano.

Quanto al secondo, diversamente da quanto previsto per i farmaci ammessi al rimborso da parte del S.S.N., ove vige il principio di corrispondenza tra forma farmaceutica uguale e prezzo uguale (peraltro il più basso) (legge 28/12/1995 n. 549), per i farmaci classificati in fascia C, le imprese farmaceutiche sono, invece, libere di determinarne i prezzi in funzione degli obiettivi e delle strategie da ciascuna perseguiti e quindi è possibile una concorrenza di prezzo anche fra prodotti a base del medesimo principio attivo.

In base a tali considerazioni si può ritenere che proprio il contratto fra Servier International e STRODER e il rapporto di comarketing dimostrino l'esistenza di una comune volontà, finalizzata al coordinamento delle politiche di prezzo, fra STRODER e SERVIER ITALIA, per il tramite di Servier International, che integra un accordo ai sensi dell'articolo 2, comma 1, della legge n. 287/90.

Manifestazioni specifiche di tale accordo si rinvencono nella definizione del prezzo ai grossisti e dei prezzi offerti in relazione a gare ospedaliere.

2.2.1. Il prezzo ai grossisti

Gli elementi documentali raccolti dimostrano una pluralità di comunicazioni fra SERVIER ITALIA e STRODER volti alla esatta definizione del prezzo ai grossisti.

¹² Si osserva comunque che la fissazione del prezzo da parte del franchisor costituisce causa di inapplicabilità del regolamento di esenzione CEE 4087/88.

¹³ Sentenza *Hydrotherm*, causa C170/83, in *Raccolta*, 1984, pagg. 2999ss.

Le due imprese hanno proceduto, infatti, a confrontare i rispettivi risultati derivanti dall'applicazione dei margini ai distributori ai prezzi di vendita al pubblico in modo che non vi fosse neanche una minima differenza nei rispettivi prezzi di vendita ai grossisti, attribuendo pertanto rilevanza commerciale anche a tali esigue differenze di prezzo nei rapporti con i grossisti. SERVIER ITALIA ha riconosciuto che *"la comunicazione fra le due imprese si riferiva ai "prezzi al grossista". L'unica spiegazione a tale parallelismo dei prezzi è che si tratta dei medesimi prodotti, in quanto sono composti dalla stessa molecola e dagli stessi eccipienti"*.

Tuttavia, non essendo per i farmaci in classe C fissato per legge il margine dei distributori, questo rappresenta una variabile concorrenziale nei rapporti fra imprese concorrenti; in tale prospettiva, le comunicazioni sopraevidenziate rappresentano un'ulteriore manifestazione di una precisa volontà delle imprese SERVIER ITALIA e STRODER di eliminare qualsiasi forma di concorrenza di prezzo.

2.2.2. Il prezzo per le gare ospedaliere

Un accordo relativo ai prezzi tra SERVIER ITALIA e STRODER può essere infine individuato con riferimento alle gare per la fornitura agli ospedali e alle strutture sanitarie pubbliche.

Dalla documentazione acquisita in sede istruttoria risulta l'esistenza di una concertazione volta a determinare prezzi di offerta uguali per le due imprese, validi per ogni gara. Il contenuto di tale documentazione non lascia spazio a dubbi circa la volontà di STRODER e SERVIER ITALIA di presentarsi con offerte identiche, in quanto si parla di *"accordi"* sui prezzi e *"prezzi convenuti"*, ed è evidente come in casi in cui una delle due imprese abbia ottenuto una fornitura a un prezzo inferiore a quello concordato siano intervenuti i vertici commerciali dell'altra al fine di evitare la ripetizione dell'accaduto.

3. Le violazioni

Ciascuna delle due intese sopra descritte, l'una tra STRODER e SERVIER ITALIA per il coordinamento degli ambiti concorrenziali e dei principali aspetti delle politiche promozionali, l'altra tra STRODER, SERVIER ITALIA e Servier International relativa alla fissazione dei prezzi, determinano una consistente restrizione della concorrenza, in contrasto con l'articolo 2, comma 2, della legge n. 287/90.

3.1. Il coordinamento dell'attività promozionale

Nonostante STRODER e SERVIER ITALIA abbiano dichiarato di operare in concorrenza nell'ambito delle attività informative e promozionali nei confronti della classe medica, dalle risultanze istruttorie risulta che esse abbiano di comune accordo circoscritto le possibilità di un confronto concorrenziale diretto. In particolare, a partire dall'estate 1994 esse hanno inteso evitare che la concorrenza reciproca divenisse incontrollata, stabilendo che ciascuna orientasse l'attività promozionale verso la valorizzazione del proprio marchio, senza porsi in confronto con l'altra parte.

Dai documenti acquisiti (cfr. C.3.1.), risulta espressamente che le parti si sono coordinate per disciplinare i contenuti e le modalità di attuazione della rispettiva attività promozionale al fine di evitare che i rispettivi sforzi promozionali fossero tali da mettere in diretto confronto concorrenziale i prodotti in comarketing presso i medici prescrittori. In particolare, risulta che le imprese hanno dettato delle specifiche disposizioni alla propria rete commerciale affinché fossero eliminate tutte quelle attività promozionali che potevano dare luogo a un confronto diretto, quali ad esempio forme di comparazione dei prodotti in base all'identità del principio attivo e indicazioni relative ai legami esistenti fra le imprese comarketers.

L'obiettivo di tale coordinamento dell'attività informativa-promozionale è stato quello di evitare che le politiche commerciali delle imprese fossero tali da mettere i medici prescrittori nella condizione di poter scegliere fra i due prodotti direttamente concorrenti. Le parti rilevano infatti che *"Cette situation, très désagréable, ne peut qu'induire le médecin à faire jouer la concurrence (ce que nous ne voulons pas)..."* (doc. SERVIER ITALIA 10G).

Tale coordinamento comporta una limitazione di una delle principali variabili sulle quali si confrontano le imprese farmaceutiche, quale l'attività informativa-promozionale, determinando in relazione alla rilevante quota di mercato detenuta dalle imprese SERVIER ITALIA e STRODER un'intesa restrittiva, ai sensi dell'articolo 2, comma 2, della legge n. 287/90.

In particolare, non appare ammissibile che il legittimo obiettivo di aumentare la diffusione di un principio attivo venga perseguito attraverso una strategia cooperativa nelle attività promozionali, volta alla ripartizione dei mercati e/o dei medici da visitare.

Si osserva, inoltre, che il sopradescritto coordinamento delle attività promozionali appare volto ad agevolare il raggiungimento e/o il mantenimento di un potere di mercato che un'impresa, operando da sola, non avrebbe potuto conseguire; SERVIER ITALIA e STRODER hanno, infatti, raggiunto elevate quote nei due mercati rilevanti, pari rispettivamente al 83,9% e 45% nel 1996.

Dal momento che il comarketing permette una proliferazione dei marchi e dei messaggi promozionali che intendono legare i medici ai marchi stessi, nella misura in cui le imprese distributrici comarketers raggiungono un accordo per ridurre o eliminare un confronto concorrenziale diretto, tale coordinamento rende più difficile e costoso l'accesso al mercato rilevante di potenziali concorrenti.

In particolare, tale restrizione si verifica quando, come nel caso di specie, il principio attivo non sia coperto da brevetto (e dunque l'entrata sia possibile per produttori di specialità copia di quelle presenti sul mercato o di generici), sia stato da lungo tempo immesso sul mercato e l'ingresso dell'impresa comarketer si verifichi soltanto a distanza di alcuni anni dalla prima commercializzazione di una specialità medicinale a base dello stesso principio attivo. Nel caso di specie, ricorrono tutte le circostanze descritte.

Da una parte, quattro dei sei farmaci oggetto di istruttoria sono stati commercializzati da prima della metà degli anni '80, e i prodotti SERVIER ITALIA sono stati messi in commercio molto prima degli analoghi prodotti STRODER; infatti, Ponderal (Servier) è venduto in Italia dal 1973, Dima-fen (Stroder) dal 1980; Daflon (Servier) dal 1976 e Arvenum (Stroder) dal 1984¹⁴. Dall'altro lato, nessuna delle sostanze alla base dei medicinali suddetti gode di protezione brevettuale.

In questa situazione, le particolari modalità di attuazione del rapporto di comarketing non sono giustificate per diffondere un nuovo principio attivo, bensì risultano volte esclusivamente a rafforzare la presenza dello stesso principio attivo, rendendo più difficile l'ingresso di nuovi concorrenti e soprattutto di produttori di generici, che si caratterizzano per strategie basate principalmente sull'offerta di prezzi ridotti.

3.2. La fissazione dei prezzi

L'accordo tra STRODER, SERVIER ITALIA e Servier International sopra evidenziato ha per oggetto la fissazione congiunta dei prezzi di vendita, ponendosi in tal modo in contrasto con l'articolo 2, comma 2, lettera a), della legge n. 287/90. Tale accordo, come si è visto, ha interessato non solo la determinazione del prezzo di vendita al pubblico, ma anche il prezzo da applicare ai grossisti e il prezzo da offrire in occasione di gare ospedaliere.

In particolare, tale accordo è stato realizzato con la partecipazione di imprese direttamente concorrenti nella fase distributiva, nell'ambito quindi di un rapporto c.d. orizzontale, in quanto ha avuto come oggetto e effetto quello di procedere a un aumento concordato e significativo del prezzo di farmaci concorrenti sullo stesso mercato. Le evidenze documentali raccolte dimostrano che i contatti avvenuti fra STRODER e SERVIER ITALIA avevano lo scopo dichiarato di procedere ad aumenti di prezzo contestuali e di identica entità e realizzare in tal modo una collusione di prezzo a vantaggio di entrambi i distributori.

Non si può invece ricondurre tali comportamenti a un rapporto verticale fra produttore e distributore, in quanto non erano finalizzati a limitare il prezzo di rivendita del prodotto da parte delle imprese distributrici, come invece avviene nei casi in cui il produttore non partecipa all'attività distributiva, bensì a eliminare il rischio di strategie di prezzo non uniformi fra imprese concorrenti nello stesso mercato.

Tale accordo comporta effetti restrittivi in quanto elimina l'incertezza circa il reciproco comportamento ed è all'origine quindi il raggiungimento di un equilibrio di prezzo diverso rispetto a quello che si sarebbe determinato in regime di concorrenza. Nel caso di specie, dal momento che i farmaci oggetto di istruttoria erano a totale carico del paziente, la strategia delle imprese di non utilizzare il prezzo come variabile concorrenziale e di procedere a un significativo coordinamento dei prezzi ha determinato effetti restrittivi a danno del consumatore.

Le intese di prezzo rappresentano inoltre, come è noto, una delle restrizioni più gravi della concorrenza secondo il costante orientamento dell'Autorità, della Commissione e della Corte di Giustizia delle Comunità europee.

Quanto alla rilevanza del prezzo come variabile concorrenziale in questo mercato, si osserva che i prezzi dei farmaci in fascia C, come quelli oggetto di istruttoria, non sono soggetti a regolamentazione da parte delle autorità sanitarie, ma sono liberamente fissati dalle imprese. In tale contesto, le imprese potrebbero utilizzare il prezzo come variabile concorrenziale, fornendo un'adeguata informazione anche sugli aspetti attinenti il costo-terapia delle diverse specialità medicinali ai medici.

¹⁴ Le date indicate si riferiscono non specificamente alle specialità oggetto di istruttoria, Ponderal Ritardo, Dima-Fen Ritardo, Daflon 500 e Arvenum 500, che tuttavia costituiscono varianti a base dei medesimi principi attivi, quindi diffusi a partire dagli anni indicati nel testo, dei farmaci ivi riportati. Glypolix e Isomeride sono commercializzati dal 1990.

La stessa Commissione, nelle conclusioni della sua Comunicazione precedentemente citata, si è proposta di *"accrescere la concorrenza sul mercato farmaceutico, rendendolo più trasparente, e consentendo in tal modo di stimolare la competitività attraverso i prezzi"*.

3.3. La consistenza delle intese

Le imprese coinvolte nelle intese descritte, e in particolare SERVIER ITALIA e STRODER, detenevano complessivamente nel 1996 l'83,9% delle vendite nel mercato dei farmaci contro l'obesità e il 45% in quello delle sostanze capillaroprotettrici.

L'entità di tali quote e la posizione occupata dalle altre imprese attive nei medesimi mercati, che risultano titolari di quote inferiori, nonché l'elevato grado di concentrazione (CR4 pari a 96,8% per i farmaci contro l'obesità e 73,2% per le sostanze capillaroprotettrici), evidenziano la consistenza degli effetti restrittivi dell'intesa.

G) Le Sanzioni

1. La gravità e durata delle infrazioni

L'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90 prevede che l'Autorità, nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della loro gravità e durata, disponga l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria.

L'intesa relativa al coordinamento delle rispettive attività promozionali non appare valutabile, nel caso di specie, come un'infrazione grave, tenuto conto della novità della fattispecie, non ancora oggetto di interventi da parte dell'Autorità, realizzata nell'applicazione di un contratto considerato in sé lecito e diffuso nell'industria farmaceutica.

L'intesa relativa alla fissazione dei prezzi posta in essere da SERVIER ITALIA, Servier International e STRODER ha invece determinato gravi restrizioni della concorrenza, in quanto ha limitato un fondamentale strumento di concorrenza delle imprese nel determinare la propria condotta sul mercato rilevante.

Essa si è, inoltre, manifestata non soltanto nella fissazione dei prezzi al pubblico, ma anche nella determinazione dei prezzi per i grossisti e soprattutto nell'ambito delle gare ospedaliere. In particolare, occorre sottolineare che in quest'ultimo ambito, le imprese hanno alterato quei meccanismi di selezione pubblica volti proprio a assicurare che si pervenga alla migliore offerta in termini di corrispettivo per l'acquirente pubblico e, dunque arrecando anche danno alla pubblica amministrazione.

Sul piano degli effetti, l'intesa ha avuto concreta applicazione e ha determinato significativi aumenti di prezzo, che hanno permesso alle due imprese di incrementare in maniera sensibile i propri margini, con pregiudizio immediato dei consumatori, che in relazione ai particolari meccanismi di questo mercato (domanda mediata), ne hanno subito interamente gli effetti.

Tale effetto è stato particolarmente significativo in relazione alla elevata quota di mercato detenuta complessivamente dalle società SERVIER ITALIA e STRODER nei mercati rilevanti, pari all'83,9% e 45%.

Per quanto concerne la durata delle infrazioni, occorre rilevare che la concertazione sui prezzi ha avuto inizio a far data dal momento in cui è stato consentito alle imprese di determinare liberamente i prezzi di vendita al pubblico delle specialità in classe C, ovvero dal momento in cui poteva avere inizio una concorrenza basata sul prezzo, che invece per volontà congiunta delle imprese non è iniziata, ed è proseguita fino al 2 gennaio 1997, data in cui si sono registrati gli ultimi aumenti.

Sussistono, pertanto, i presupposti per la comminazione, nei confronti delle società che hanno preso parte all'accordo, di una sanzione amministrativa pecuniaria, ai sensi dell'articolo 15, comma 1 della legge n. 287/90.

2. La quantificazione

In ordine alla quantificazione della sanzione, ai sensi della legge n. 689/81, deve tenersi conto, oltre che della gravità delle violazioni, delle condizioni economiche delle imprese coinvolte, nonché dell'opera svolta dalle stesse per la eliminazione e l'attenuazione delle conseguenze della violazione.

Quanto alla gravità, in aggiunta alle sopradescritte considerazioni in merito alla particolare restrittività delle intese volte alla fissazione dei prezzi, si osserva quale elemento che attenua la stessa gravità, che l'intesa in questione si è realizzata nel primo periodo successivo alla liberalizzazione dei prezzi e dunque in una fase in cui le imprese non erano abituate a confrontarsi su tale variabile concorrenziale.

Va, inoltre, considerato che le imprese mostrano condizioni economiche positive. In particolare, con riferimento all'ultimo bilancio approvato, SERVIER ITALIA ha realizzato nell'esercizio chiuso al 30 settembre 1998 un fatturato di circa 105 miliardi di lire e un utile di circa 1,96 miliardi di lire, mentre la società STRODER ha realizzato nel 1998 (relativo a soli 9 mesi) un fatturato di circa 53 miliardi con un utile di circa 383 milioni (nel 1997 un fatturato di circa 68 miliardi con un utile di circa 600 milioni).

Tenuto conto di quanto sopra esposto riguardo alla gravità delle violazioni commesse in relazione alla loro natura, alla loro qualificata durata, alle dimensioni delle imprese e alla loro importanza sul mercato, si ritiene congruo stabilire l'entità della sanzione nella misura del 4,5% del fatturato per SERVIER ITALIA e STRODER.

Al fine di mantenere la proporzione richiesta dalla legge fra l'entità della sanzione e il fatturato dell'impresa relativamente ai prodotti oggetto dell'intesa, ai sensi dell'articolo 15, comma 1, le infrazioni in esame richiedono di assumere quale parametro di riferimento il fatturato realizzato con le vendite dei prodotti oggetto di istruttoria nel mercato nazionale. L'articolo 15 della legge n. 287/90 pone, infatti, in relazione diretta la sanzione, attraverso il riferimento al fatturato delle imprese quale base di calcolo della medesima, con il mercato rilevante nel quale si apprezza la consistenza e la gravità della restrizione concorrenziale.

Nel caso di specie l'infrazione alle regole a tutela della concorrenza è stata verificata nel corso del procedimento con riguardo ai prodotti Ponderal Ritardo, l'Isomeride e il Daflon 500, commercializzati da SERVIER ITALIA e il Dima-Fen Ritardo, il Glypolix e l'Arvenum 500 distribuiti da STRODER. Con riferimento a Servier International, società del gruppo Servier e franchisor di STRODER, non si applica alcuna sanzione amministrativa in quanto tale impresa non ha realizzato alcun fatturato relativamente ai prodotti oggetto di istruttoria.

La tabella seguente indica il fatturato realizzato da SERVIER ITALIA e STRODER rispettivamente per il Daflon 500 e l'Arvenum 500 nel 1998, nonché l'ammontare della sanzione calcolata in base alla percentuale di cui sopra.

Tab. 7

Impresa (prodotto)	Fatturato 1998	Sanzione
SERVIER ITALIA (Daflon 500)	35.355.000.000	1.590.975.000
STRODER (Arvenum 500)	20.940.425.000	942.319.000

La tabella successiva indica invece il fatturato realizzato da SERVIER ITALIA per il Ponderal Ritardo e l'Isomeride e da STRODER per il Dima-Fen Ritardo e il Glypolix nel 1997, ultimo periodo di commercializzazione di tali farmaci, nonché l'ammontare della sanzione calcolata in base alla percentuale di cui sopra. In particolare, risulta necessario assumere quale parametro di riferimento l'ultimo esercizio nel quale le società responsabili dell'infrazione hanno realizzato un fatturato relativamente ai prodotti oggetto dell'intesa.

Tab. 8

Impresa (prodotto)	Fatturato 1997	Sanzione
SERVIER ITALIA (Ponderal R.)	529.000.000	23.805.000
SERVIER ITALIA (Isomeride)	4.470.000.000	201.150.000
STRODER (Dima-Fen R.)	223.000.000	10.035.000
STRODER (Glypolix)	5.169.000.000	232.605.000

Tutto ciò premesso e considerato;

DELIBERA

a) che le società SERVIER ITALIA Spa e Istituto Farmaco Biologico STRODER Srl hanno posto in essere un accordo volto al coordinamento delle rispettive politiche commerciali, che integra una fattispecie di intesa lesiva della concorrenza, in violazione dell'articolo 2, comma 2, della legge n. 287/90;

b) che le società SERVIER ITALIA Spa, Servier International BV e Istituto Farmaco Biologico STRODER Srl hanno posto in essere un accordo volto alla fissazione dei prezzi dei farmaci Ponderal Ritardo/Dima-Fen Ritardo, Isomeride/Glypolix e Daflon 500/Arvenum 500, che integra una fattispecie di intesa lesiva della concorrenza, in violazione dell'articolo 2, comma 2, lettera a), della legge n. 287/90;

c) che, in ragione della gravità e durata dell'infrazione indicata al punto b), alle seguenti imprese venga applicata la sanzione amministrativa pecuniaria nella misura di seguito indicata:

SERVIER ITALIA Spa	Lire 1.815.930.000
Istituto Farmaco Biologico STRODER Srl	Lire 1.184.959.000

Le sanzioni descritte al punto c) devono essere pagate entro il termine di novanta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, con versamento diretto al concessionario Monte dei Paschi di Siena - Servizio Riscossione Tributi - Concessione di Roma via dei Normanni 5 - 00184 Roma, oppure mediante delega alla banca, presentando il modello allegato al presente provvedimento, così come previsto dal Decreto Legislativo 9 luglio 1997, n. 237.

Dell'avvenuto pagamento delle stesse le imprese citate al punto a) sono tenute a dare immediata comunicazione all'Autorità attraverso l'invio di copia del modello attestante il versamento effettuato.

Il presente provvedimento verrà notificato ai soggetti interessati e successivamente pubblicato ai sensi di legge.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR Lazio, ai sensi dell'articolo 33, comma 1, della legge n. 287/90, entro il termine di sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE
Alberto Pera

IL PRESIDENTE
Giuseppe Tesaro

* * *