C11961 – COOPERATIVA ESERCENTI FARMACIA/AL-PHARMA
Provvedimento n. 25255

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA dell' 8 gennaio 2015;

SENTITO il Relatore Dottor Salvatore Rebecchini;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO, in particolare, l'articolo 19, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, ai sensi del quale, nel caso in cui le imprese non abbiano ottemperato agli obblighi di comunicazione preventiva di cui al comma 1 dell'articolo 16 della medesima legge, l'Autorità può infliggere loro sanzioni amministrative pecuniarie fino all'1% del fatturato dell'anno precedente a quello in cui è effettuata la contestazione;

VISTA la legge 24 novembre 1981 n. 689 e, in particolare, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II;

VISTA la comunicazione ed i relativi atti allegati della società COOPERATIVA ESERCENTI FARMACIA S.c.a r.l., pervenuti in data 30 luglio 2014;

VISTO il proprio provvedimento del 24 settembre 2014, con il quale è stato avviato nei confronti della società COOPERATIVA ESERCENTI FARMACIA S.c.ar.l., relativamente ad un'operazione di concentrazione realizzata nel 2010, un procedimento per l'eventuale irrogazione della sanzione pecuniaria di cui all'articolo 19, comma 2, della legge n. 287/90, prevista per l'inottemperanza all'obbligo di comunicazione preventiva delle operazioni di concentrazione, disposto dall'articolo 16, comma 1, della medesima legge;

VISTA la propria richiesta di informazioni, inviata in data 24 ottobre 2014;

VISTE le informazioni fornite dalla società COOPERATIVA ESERCENTI FARMACIA S.c.ar.l., pervenute in data 30 ottobre 2014 e 4 novembre 2014;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. COOPERATIVA ESERCENTI FARMACIA S.c. a r.l. (di seguito C.E.F.) è una cooperativa costituita da 820 soci, tutti titolari di farmacia con partecipazioni minimali.[1] C.E.F. è attiva principalmente nella distribuzione all'ingrosso di prodotti farmaceutici e parafarmaceutici e, in maniera residuale, nella fornitura di servizi accessori all'attività di distribuzione.

Negli anni dal 2011 al 2013, in Italia, C.E.F. ha realizzato i fatturati indicati nella tabella n. 1.

Tab. n. 1 – Fatturato di CEF per vendite in Italia (in milioni di euro)

2011	2012	2013
463	522	663

2. AL-PHARMA S.p.A. (di seguito AL-PHARMA) è una società attiva nel commercio all'ingrosso di specialità medicinali ad uso umano e veterinario, prodotti dietetici ed alimentari per l'infanzia, nonché nella prestazione di servizi utili alle farmacie per l'espletamento della loro attività.
AL-PHARMA ha realizzato in Italia, nel 2011, un fatturato pari a circa 83 milioni di euro.

II. DESCRIZIONE DELL'OPERAZIONE

3. Nel 2012, anteriormente alla suddetta comunicazione pervenuta in data 30 luglio 2014, è stata realizzata l'acquisizione, da parte di C.E.F., del controllo esclusivo di AL-PHARMA. In particolare, C.E.F. ha acquisito la totalità del capitale sociale di AL-PHARMA sulla base di una lettera di intenti conclusa dalle Parti in data 27 febbraio 2012, integrata da una scrittura privata stipulata in data 15 marzo 2012.

[1] *[La percentuale massima di partecipazione al capitale sociale è lo 0,77%.]*

III. QUALIFICAZIONE DELL'OPERAZIONE

a) La natura dell'operazione

4. L'operazione comunicata, in quanto comportava l'acquisizione del controllo esclusivo di un'impresa, costituiva una concentrazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera *b*) della legge n. 287/90.

b) L'obbligo di comunicazione

5. L'operazione descritta rientrava nell'ambito di applicazione della legge n. 287/90, non ricorrendo le condizioni di cui all'articolo 1 del Regolamento CE n. 139/04, ed era soggetta all'obbligo di comunicazione preventiva disposto dall'articolo 16, comma 1, della medesima legge, in quanto il fatturato totale realizzato a livello nazionale, per il periodo al quale l'acquisizione si riferisce (2011), dall'insieme delle imprese interessate era superiore alla soglia di cui al citato articolo, vigente al momento della realizzazione dell'operazione (468 milioni di euro).
Dalle informazioni fornite e da quanto sopra esposto emerge che l'operazione di concentrazione è stata perfezionata in un momento anteriore rispetto a quello in cui ne è stata data comunicazione, ovvero al 30 luglio 2014.

IV. VIOLAZIONE DELL'OBBLIGO DI COMUNICAZIONE PREVENTIVA

6. L'operazione di cui trattasi non è stata oggetto di comunicazione preventiva a questa Autorità, la quale ne ha avuto conoscenza solo successivamente alla sua realizzazione, a seguito della comunicazione volontaria effettuata da C.E.F. in data 30 luglio 2014.

V. LE ARGOMENTAZIONI DI C.E.F.

7. Nelle comunicazioni inviate dalla Parte, pervenute in data 30 luglio 2014, 30 ottobre 2014 e 4 novembre 2014, C.E.F. ha richiesto all'Autorità di non procedere all'irrogazione della sanzione pecuniaria o, in subordine, di applicare una sanzione simbolica in considerazione dei seguenti fattori: i) assenza di dolo; ii) carattere spontaneo della comunicazione; iii) assenza di effetti restrittivi determinati dalla conclusione dell'operazione. Le argomentazioni fornite a supporto di tale richiesta vengono sintetizzate qui di seguito.

a) L'elemento soggettivo dell'infrazione

8. In relazione all'omissione della comunicazione contestata, la Parte esclude qualsiasi profilo di intenzionalità.
La Parte osserva, in primo luogo, che l'assenza di una specifica volontà di "occultare" l'operazione sarebbe provata dalla circostanza che tale operazione è stata debitamente pubblicizzata presso il Registro delle Imprese.
In secondo luogo, la totale buona fede della Parte sarebbe provata dalla spontaneità della comunicazione, sia pure tardiva. La propria condotta omissiva sarebbe infatti dipesa esclusivamente da un "*mero disguido amministrativo interno*", con ciò escludendo qualsiasi volontà di elusione dolosa del controllo preventivo dell'Autorità.

b) L'elemento oggettivo dell'infrazione

9. C.E.F. ha sottolineato i limitati effetti negativi dell'omissione della comunicazione, atteso che la conclusione dell'operazione non ha comportato significative variazioni dell'assetto concorrenziale esistente sui mercati rilevanti.
Secondo quanto sostenuto dalla Parte, dalla comunicazione originariamente trasmessa e dalle informazioni fornite, si evince che la fusione sopra descritta non ha comportato la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sui mercati rilevanti della società C.E.F. *"tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza sulla base degli indici di cui all'articolo 6 L. 287/90".*
In particolare, la quota complessiva che C.E.F è venuta a detenere in ciascun mercato - una volta conclusa l'operazione - risulta modesta e notevolmente inferiore alle quote di mercato detenute dai principali operatori concorrenti.

VI. VALUTAZIONI IN RELAZIONE ALL'OMESSA COMUNICAZIONE DELL'OPERAZIONE DI CONCENTRAZIONE

10. Dagli atti del procedimento risulta che l'operazione di concentrazione descritta è stata realizzata in un momento precedente a quello in cui ne è stata data comunicazione, cosicché il menzionato obbligo di comunicazione preventiva è stato violato.
Relativamente all'individuazione del soggetto responsabile ex articolo 16 della legge n. 287/90, si osserva che, incombendo l'obbligo di comunicazione preventiva in capo all'impresa che acquisisce il controllo[2], la responsabilità della mancata comunicazione dell'operazione deve essere attribuita alla società C.E.F..

a) Sull'elemento soggettivo dell'infrazione

11. Relativamente all'elemento soggettivo dell'infrazione, le circostanze accertate portano ad escludere l'esistenza di una volontà diretta ad eludere dolosamente il controllo preventivo dell'Autorità sulle operazioni di concentrazione.
Sebbene si possa rilevare la sussistenza di un errore involontario, non si è tuttavia in presenza di elementi tali da configurare una fattispecie di errore scusabile, poiché quest'ultima ipotesi ricorre solo in presenza di un elemento

[2] *[In proposito, cfr. il Formulario predisposto dall'Autorità relativo alle "Modalità per la comunicazione di un'operazione di concentrazione tra imprese" (paragrafo D. 1).]*

positivo, estraneo all'autore, che sia stato idoneo ad ingenerare nell'agente l'incolpevole opinione di liceità del suo agire.
L'omessa comunicazione è invece imputabile ad una manchevolezza da parte di C.E.F., per cui la colpevolezza dell'omissione non può essere esclusa. Alla luce di tali considerazioni, deve ritenersi applicabile l'articolo 3 della legge n. 689/81, che prevede la responsabilità per qualsiasi azione od omissione cosciente e volontaria, "*sia essa dolosa o colposa*".

b) Sull'elemento oggettivo dell'infrazione

12. C.E.F. ha sottolineato come l'operazione di concentrazione tardivamente comunicata non appaia idonea a determinare significativi mutamenti dell'assetto concorrenziale dei mercati interessati.
Al riguardo, si osserva come qualsiasi considerazione in ordine agli effetti delle operazioni non possa comunque rilevare, né ai fini dell'accertamento della violazione dell'obbligo di comunicazione preventiva, né ai fini dell'applicabilità della relativa sanzione, ma solo relativamente alla quantificazione di tale sanzione: infatti, le disposizioni di cui all'articolo 19, comma 2, della legge n. 287/90 sono state previste dal legislatore al fine di tutelare il rispetto delle competenze dell'Autorità in relazione al controllo delle concentrazioni, controllo consistente in attività di analisi e verifica necessariamente preventive che risultano, di conseguenza, irrimediabilmente eluse in caso di omessa comunicazione.

c) Irrogazione della sanzione e sua determinazione

13. Verificata, alla luce di quanto sopra considerato, la violazione dell'articolo 19, comma 2, della legge n. 287/90, e la sua imputabilità in capo alla società C.E.F., si ritiene di procedere all'irrogazione della sanzione.
A tal fine, l'articolo 11 della legge n. 689/81 dispone di fare riferimento, per la determinazione dell'ammenda, *"alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche".*
14. Ai fini della valutazione della gravità dell'infrazione, rilevano innanzitutto gli effetti concorrenziali delle operazioni tardivamente comunicate: sulla base della valutazione svolta più avanti, tali effetti, non risultano pregiudizievoli per la concorrenza nei mercati rilevanti.
15. Da un punto di vista soggettivo occorre, invece, rilevare quanto segue:

i) C.E.F., nel porre in essere l'omissione in violazione del disposto dell'articolo 16, comma 1, della legge n. 287/90, non ha fornito sufficienti e validi elementi volti a giustificare le suddette omissioni;
ii) appare necessario tener conto della circostanza che l'operazione è stata comunicata spontaneamente dalla Parte responsabile dell'infrazione e che la stessa ha prestato piena collaborazione nel corso del procedimento.

16. Quanto alla durata dell'infrazione il ritardo risulta, nel caso di specie, di poco superiore ai 2 anni.

VII. VALUTAZIONE DELL'OPERAZIONE DI CONCENTRAZIONE

a) Il mercato rilevante

17. In considerazione dell'attività svolta dalle società interessate, l'operazione in esame riguarda la distribuzione all'ingrosso di prodotti farmaceutici.

Seguendo la definizione adottata dalla Commissione e dall'Autorità nei più recenti precedenti[3], il mercato della distribuzione all'ingrosso di specialità medicinali (sia prodotti etici, soggetti cioè a prescrizione, sia prodotti da banco) e di prodotti parafarmaceutici (prodotti cosmetici, dietetici, igienici e veterinari) è individuato nella distribuzione all'ingrosso di tali beni realizzata da grandi operatori intermedi (*full-line wholesalers*) in grado, diversamente dagli operatori di minori dimensioni (*short-line wholesalers*) e dalle imprese farmaceutiche, di rifornire le farmacie in tempi estremamente rapidi e con una gamma completa di prodotti. Secondo i dati Federfarma del 2013, i grandi operatori intermedi distribuiscono circa il 75,5% dei medicinali trattati a livello nazionale.
L'esistenza di normative diverse tra i vari Stati dell'Unione Europea per quanto concerne, ad esempio, le licenze, i margini sui prodotti, i tempi di consegna e l'obbligo di assortimento, induce a ritenere, innanzitutto, che il mercato geografico abbia un'estensione non superiore a quella del territorio nazionale. Inoltre, dal momento che tali distributori intermedi devono rifornire le farmacie in tempi estremamente rapidi, la rete distributiva dei grossisti è normalmente organizzata, all'interno di ciascun Paese, a livello regionale. Le circostanze descritte hanno portato la Commissione UE e l'Autorità a restringere il mercato geografico rilevante ad un livello sub-nazionale, spesso coincidente con il territorio regionale.

---

[3] *[Si vedano, ad esempio, la decisione della Commissione del 3 agosto 2010 sul caso COMP/M.5865 - Teva/Ratiopharm, i provvedimenti dell'Autorità del 30 aprile 2014 n. 24890 C11945 – COMIFAR Distribuzione/Unioneffe in Boll. 19/2014, dell'8 agosto 2012, n. 23832, C11716 - Federfarma.Co/Farmintesa Logistica, e n. 23828, C11706 - Unifarm-Unifarm Sardegna/Ramo di azienda di CO.SA.FA.CA, in Boll. n. 32/12, nonché da ultimo, il provvedimento del 18 giugno 2013, n. 24419, C11910 - DMWSL 723/DOC GENERICI, in Boll. n. 26/13.]]*

In via di prima approssimazione, pertanto, l'operazione in esame interessa il mercato regionale della Regione Lombardia.

b) Effetti dell'operazione

18. La quota detenuta da C.E.F. nella distribuzione intermedia di farmaci nel 2011 a livello nazionale, tenuto conto dei dati forniti dalle Parti[4] , è stata pari a circa l' [1-5%][5]. Nel medesimo periodo, AL-PHARMA deteneva una quota stimabile in circa [inferiore all'1%].
Sul territorio italiano sono attualmente presenti altri importanti e qualificati operatori, quali COMIFAR con quota di circa il 15-20%, ALLIANCE HEALTHCARE, con una quota pari a circa il 10-15%, e UNICO, con circa il 5-10%.
19. Nel più circoscritto ambito della distribuzione intermedia di farmaci in Lombardia, CEF e AL-PHARMA detenevano quote nel 2011 stimabili, rispettivamente, in circa il [15-20%] e [1-5%].
20. Tenuto conto delle evidenze sopra esposte, la concentrazione non appare comportare una modifica della posizione delle Parti sui mercati rilevanti, idonea a pregiudicare la struttura dell'offerta. Ciò sia in ragione della presenza di numerosi e qualificati concorrenti, sia a causa della ridotta sovrapposizione di quote di mercato nel più circoscritto ambito geografico regionale di riferimento.

CONSIDERATO, pertanto, che l'operazione in esame, in quanto ha comportato l'acquisizione del controllo di un'impresa, costituiva concentrazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1 lettera b), della legge n. 287/90;

CONSIDERATO che, nell'operazione di cui trattasi, il fatturato totale realizzato a livello nazionale dall'insieme delle imprese interessate, per il periodo in relazione al quale l'acquisizione si riferisce, è stato superiore alla soglia minima prevista dell'articolo 16, comma 1, della legge n. 287/90 vigente al momento della realizzazione dell'operazione e che, pertanto, l'operazione in esame era soggetta all'obbligo di comunicazione preventiva previsto dallo stesso articolo;

CONSIDERATO che l'operazione suddetta non è stata preventivamente comunicata, in violazione dell'articolo 16, comma 1, della legge n. 287/90;

RITENUTI sussistenti i presupposti che giustificano l'irrogazione della sanzione di cui all'articolo 19, comma 2, a carico della società C.E.F. nella misura di 5.000 € (cinquemila euro), sanzione che appare congrua a realizzare l'obiettivo di assicurare che l'attività di controllo delle concentrazioni, attribuita all'Autorità, si fondi sul sistematico e diligente rispetto dell'obbligo di comunicazione preventiva stabilito dall'articolo 16 della legge n. 287/90;

RITENUTO, inoltre, con riferimento alla valutazione concorrenziale dell'operazione di concentrazione in esame, che la stessa non è stata suscettibile di determinare, ai sensi dell'articolo 6 comma 1 della legge n. 287/90, la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante nei mercati interessati, tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza;

ORDINA

alla società COOPERATIVA ESERCENTI FARMACIA S.c.a r.l., di pagare, quale sanzione amministrativa per la violazione accertata, la somma complessiva di 5.000 € (cinquemila euro), per la mancata comunicazione dell'operazione dell'acquisizione del controllo esclusivo di AL-PHARMA.

La sanzione amministrativa di cui sopra deve essere pagata entro il termine di novanta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando l'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997. Tale modello può essere presentato in formato cartaceo presso gli sportelli delle banche, di Poste Italiane S.p.A. e degli Agenti della riscossione. In alternativa, il modello può essere presentato telematicamente, con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di *home-banking* e Cbi messi a disposizione dalle banche o da Poste Italiane S.p.A., ovvero utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle entrate, disponibili sul sito internet *www.agenziaentrate.gov.it.*
Ai sensi dell'articolo 37, comma 49, del decreto legge n. 223/2006, i soggetti titolari di partita Iva sono obbligati a presentare il modello F24 con modalità telematiche.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore ad un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso, la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

---

[4] *[Stime fornite dalle Parti su dati IMS Health.]*

[5] *[Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.*
]

Dell'avvenuto pagamento, la società COOPERATIVA ESERCENTI FARMACIA S.c.ar.l., è tenuta a dare immediata comunicazione all'Autorità attraverso l'invio di copia del modello attestante il versamento effettuato.

DELIBERA

di non avviare l'istruttoria di cui all'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lettera *b*), del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'articolo 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'articolo 8 del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE
Roberto Chieppa

IL PRESIDENTE
Giovanni Pitruzzella