

Newsletter

Pharmaceuticals, Healthcare and Life Sciences

Un sintetico commento a TAR Marche n. 106_del 9 febbraio 2021

Sull'applicabilità della disciplina delle incompatibilità dei titolari di farmacie anche in caso di partecipazione indiretta. Un sintetico commento a TAR Marche n. 106 del 9 febbraio 2021

Summary/Abstract

Con la sentenza n. 106 del 9 febbraio 2021, il Tribunale Amministrativo per la Regione Marche si è pronunciato in maniera innovativa sull'applicabilità della disciplina delle incompatibilità stabilite in relazione alla titolarità di farmacie, estendendo tale applicabilità non solo ai soci che partecipano direttamente nel capitale sociale della società titolare della farmacia ma anche al socio della società controllante quest'ultima, almeno nei casi in cui la controllante detenga il 100% del capitale sociale della società titolare dell'esercizio della farmacia. Con la richiamata decisione il TAR Marche ha sancito che, al fine di evitare intenti elusivi della disciplina, i requisiti di cui agli art. 7 e 8 della L. 362/1991 (che stabiliscono l'impossibilità, per il farmacista e/o socio della società di gestione della farmacia di svolgere qualsiasi altra attività nel settore della produzione e informazione scientifica del farmaco come pure l'esercizio della professione medica) devono essere verificati anche rispetto al *cd. socio "indiretto"* della società titolare di farmacia.

I. Premessa

CHIOMENTI

Con la Sentenza n. 106 del 9 febbraio 2021, il Tribunale Amministrativo per la Regione Marche è intervenuto offrendo un'interpretazione sistematica e innovativa del regime delle incompatibilità dettate per i soggetti titolari di farmacie dagli articoli 7 e 8 della Legge 8 novembre 1991, n. 362, recante "*Norme di riordino del settore farmaceutico*" così come recentemente novellate dalla Legge 4 agosto 2017, n. 124, recante "*Legge annuale per il mercato e la concorrenza*"¹.

L'ambito di applicazione della disciplina citata, in passato interpretata dalla giurisprudenza, anche costituzionale, in maniera estensiva (ossia nel senso di includere nelle incompatibilità di legge qualsiasi attività ricadente nel settore della produzione farmaceutica e/o di esercizio della professione medica) era infatti, almeno sino ad ora, sempre stato limitato ai soggetti che direttamente esercitavano la professione farmaceutica: i titolari – persone fisiche – di farmacie, ovvero, ad esito della riforma di cui alla l.124/2007 (che ha introdotto la possibilità per le società di capitali di gestire farmacie) i soci diretti della società di gestione di farmacie.

La sentenza in commento è intervenuta ora estendendo l'applicabilità della verifica delle incompatibilità richiamate anche al socio indiretto che partecipi al 100% nel capitale sociale della società titolare della farmacia.

II. La fattispecie oggetto di sentenza.

La decisione definisce un contenzioso avviato con due ricorsi amministrativi proposti, rispettivamente, dalla Federazione Ordini farmacisti Italiani (c.d. FOFI) e dalla Federazione Nazionale Unitaria dei Titolari di Farmacia Italiani (c.d. Federfarma), poi riuniti, avverso il provvedimento con cui, all'esito di una procedura di evidenza pubblica, il Comune di Ascoli Piceno ha attribuito alla Società San Marco S.r.l. (in seguito "**San Marco**") la titolarità di una farmacia comunale.

Secondo le Associazioni ricorrenti, il Comune avrebbe infatti violato la disciplina delle incompatibilità di cui agli artt. 7 e 8 della legge n. 362/1991 nonché all'art. 102 del Regio Decreto n. 1265 del 1934, in quanto la titolarità e la gestione della farmacia sono state trasferite, ad esito di gara, ad una società di capitali (San Marco s.r.l. unipersonale), senza che fosse verificato il rispetto della disciplina delle incompatibilità anche rispetto al socio unico di tale società (la Casa di Cura Privata Villa San Marco s.r.l.), titolare dell'omonima clinica in Ascoli Piceno, nonché di un laboratorio medico, e nella cui compagine sociale figurerebbero due medici iscritti all'Albo, uno dei quali membro del consiglio di amministrazione della stessa società.

III. Il Tar Marche, nella sentenza in commento, dopo aver effettuato un'analisi della *ratio* sottesa alla disciplina delle incompatibilità in commento, ha chiarito come la stessa risieda nella necessità di garantire al massimo (i) l'indipendenza e l'autonomia dell'attività di dispensazione dei farmaci (i.e. farmacie), soprattutto rispetto all'attività di prescrizione degli stessi (i.e. professione di medico), nonché (ii) la necessità di evitare possibili conflitti di interessi, garantendo un accesso da parte dei cittadini al servizio farmaceutico e, quindi, ai farmaci sicuri e di qualità. Il Giudice adito, ha in proposito ricordato anche come, proprio in tale ottica,

¹ L'articolo 7, comma 2, secondo periodo, della legge n. 362 del 1991 (come novellato dalla legge n. 124 del 2017), stabilisce che "*la partecipazione alle società ...[titolari dell'esercizio della farmacia privata] è incompatibile con qualsiasi altra attività svolta nel settore della produzione e informazione scientifica del farmaco, nonché con l'esercizio della professione medica*".

Il successivo art. 8 estende tale disciplina, in quanto compatibile, anche alle società di capitali (oggi ammesse, sempre in forza della L. 124/2017 a divenire socie di veicoli societari titolari di farmacie).

CHIOMENTI

l'incompatibilità dell'esercizio della professione di farmacista con altre professioni mediche o sanitarie fosse già stata stabilita sin dagli anni 30, in base al disposto dell'art. 102 del R.D n. 1265 del 1934².

IV. Accertata la *ratio* sottesa alla disciplina dell'incompatibilità stabilita in relazione alla titolarità di farmacie, il Tar evidenzia come – in accoglimento dei rilievi proposti dai ricorrenti – l'indagine circa il rispetto della disciplina delle incompatibilità e dei divieti in materia di titolarità delle farmacie avrebbe dovuto essere condotta non soltanto nei confronti della società aggiudicataria, formale titolare della farmacia, ma anche con riferimento alla società (Casa di Cura Privata Villa San Marco s.r.l.), socia unica e in posizione di sostanziale controllo della prima.

Soltanto una simile verifica, secondo il Tar, laddove fosse stata svolta, avrebbe potuto condurre a rilevare la sussistenza, nel caso di specie, di una causa di incompatibilità dovuta al fatto che la Casa di Cura Privata Villa San Marco s.r.l. socia unica della società titolare di farmacia svolge attività medica erogando servizi di diagnosi e cura e impiega medici per lo svolgimento della propria attività.

Secondo il Giudice Amministrativo una simile statuizione non sarebbe frutto di una interpretazione estensiva del regime delle incompatibilità quanto piuttosto della semplice applicazione delle disposizioni secondo "un'interpretazione letterale e sistematica delle disposizioni dell'ordinamento", da cui si ricaverebbe, il principio secondo cui la partecipazione alle società che hanno come oggetto esclusivo la gestione di una farmacia è incompatibile con qualsiasi altra attività svolta nel settore della produzione e informazione scientifica del farmaco, nonché con l'esercizio della professione medica.

Detta interpretazione è del resto l'unica percorribile, secondo il Tribunale, per evitare un *vulnus* nella disciplina sulle incompatibilità; diversamente interpretando, infatti, grazie alla semplice costituzione di un veicolo societario, si consentirebbe ad altra società, in posizione di controllo rispetto alla società titolare della farmacia, ovvero ai suoi soci medici, di ottenere il risultato di continuare a svolgere l'attività nel settore medico-sanitario anche acquisendo (sia pur indirettamente) la proprietà di farmacie, in elusione della *ratio* sottesa agli artt. 7 e 8 della legge n. 362 del 1991 e di tutto il sistema delle incompatibilità voluto dal legislatore, teso, come evidenziato ad assicurare indipendenza tra coloro che sono chiamati a prescrivere i farmaci (medici) e coloro che i medesimi farmaci dispensano (farmacisti).

V. La sentenza interviene ad estendere il perimetro dell'applicabilità dell'incompatibilità tra la titolarità di una farmacia e l'esercizio delle professioni di medico anche sotto un diverso profilo. Nella decisione in commento il TAR adito arriva in fatti a statuire - pur in assenza di uno specifico riferimento normativo in tal senso - che il regime di incompatibilità impedirebbe altresì la partecipazione di un medico nell'organo di gestione di una società, a sua volta socia unica della società titolare di farmacia. Nella sentenza viene infatti affermato che "sebbene sia vero che non vi sia un espresso divieto normativo a che i componenti del Consiglio di amministrazione di società titolare di farmacia possano esercitare la professione di medico, è tuttavia indubbio che la partecipazione di un medico in un organo a cui spetta la gestione della

² L' art. 102, I comma, del R.D. 27/07/1934, n. 1265 prevede che "1. Il conseguimento di più lauree o diplomi dà diritto all'esercizio cumulativo delle corrispondenti professioni o arti sanitarie, eccettuato l'esercizio della farmacia che non può essere cumulato con quello di altre professioni o arti sanitarie".

società, che a sua volta è socio unico della società titolare di farmacia, non esclude quella commistione fra gestione di una farmacia e gestione, diretta o indiretta, di attività medica, che può dar vita ad un potenziale conflitto di interessi”.

VI. La sentenza in commento non è, al momento, oggetto di appello. Sarà tuttavia estremamente interessante, per le rilevanti conseguenze nel settore della gestione delle farmacie, monitorare gli sviluppi processuali di questa prima pronuncia, che potrebbe esser confermata – ovvero riformata - in sede di appello da parte del Consiglio di Stato.

La decisione ha il pregio di esser la prima a riferire l'applicabilità del regime delle incompatibilità previsto dagli artt. 7 e 8 della Legge 8 novembre 1991, n. 362 al socio unico – o in ogni caso al socio controllante – di una società titolare di farmacie, e costituisce un significativo precedente di cui non si potrà non tener conto nella disciplina di settore. La pronuncia si presenta tuttavia come precedente rilevante anche in settori contigui a quello più propriamente farmaceutico. Essa appare infatti di particolare interesse anche per operatori e investitori attivi in diversi ambiti regolamentati del settore “salute” (si pensi ad es. a laboratori medici e diagnostici, alle attività produttive nel settore medicale in genere e in quello della produzione e distribuzione di dispositivi medici). L'interpretazione estensiva offerta dal giudice marchigiano non potrà infatti non esser considerata, in termini precauzionali, tanto nella strutturazione di operazioni societarie che interessino trasversalmente i citati ambiti regolamentati, quanto nell'adozione delle successive strategie di governance e di gestione di portafogli di investimento in segmenti differenziati e affini del settore salute. Un'attenta analisi del regime delle incompatibilità professionali appare sempre più un elemento imprescindibile da parte degli investitori nella pianificazione di nuove strategie di investimento e nella strutturazione di sinergie di mercato, come pure la necessità di un costante monitoraggio dell'evoluzione interpretativa di tali incompatibilità da parte di dottrina e giurisprudenza.

Contatti

Filippo Brunetti

Partner – Chiomenti
Diritto Amministrativo
T. +39.02.72157.625
filippo.brunetti@chiomenti.net

Luca Liistro

Partner – Chiomenti
Pharmaceuticals, Healthcare and Life Sciences
T. +39.02.72157.422
luca.liistro@chiomenti@net.

Elisabetta Mentasti

Counsel – Chiomenti
Diritto Amministrativo
T. +39.02.721.571
elisabetta.mentasti@chiomenti.net

Eugenio Tagliaferro

Associate – Chiomenti
Diritto Amministrativo
T. +39.02.721.571
eugenio.tagliaferro@chiomenti.net
