

Luca Arnaudo, Roberto Pardolesi

Sul giusto prezzo, tra Aquino e Aspen

(doi: 10.1434/85668)

Mercato Concorrenza Regole (ISSN 1590-5128)

Fascicolo 3, dicembre 2016

Ente di afferenza:

Università statale di Milano (unimi)

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.

Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

Licenza d'uso

L'articolo è messo a disposizione dell'utente in licenza per uso esclusivamente privato e personale, senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali. Salvo quanto espressamente previsto dalla licenza d'uso Rivisteweb, è fatto divieto di riprodurre, trasmettere, distribuire o altrimenti utilizzare l'articolo, per qualsiasi scopo o fine. Tutti i diritti sono riservati.

Sul giusto prezzo, tra Aquino e Aspen

DI LUCA ARNAUDO E ROBERTO PARDOLESI

SOMMARIO: Dopo un tour tra idee e teorie in materia di giusto prezzo, passando anche nei paraggi di recenti casi in materia di prezzi eccessivi applicati a farmaci essenziali, il saggio si sofferma sull'opportunità di rivedere alcune assunzioni dell'analisi antitrust corrente rispetto alle condotte unilaterali d'impresa, col suggerimento di tenere in conto (anche) una serie di studi multidisciplinari, tra cui ricerche di economia comportamentale in tema di equità e percezioni di giustizia.

1. *Introitus*

(Ci arriviamo ai farmaci, abbiate fede.) Secondo la storiografia economica tradizionale, e più ancora nel sentire culturale comune, i principi del capitalismo andrebbero rinvenuti nell'etica calvinista: la fortuna delle tesi di Max Weber in proposito ha mostrato, in effetti, una resistenza sorprendente, nonostante le numerose proposte alternative e la plausibile ipotesi che qualsiasi tipo di etica storicamente definita funzioni più per chiarire le interpretazioni culturali di un fenomeno sociale complesso, all'interno di una determinata società, che non il fenomeno in sé (quanto dire, insomma, che il protestantesimo ascetico potrebbe andar bene per spiegare le tesi weberiane sul capitalismo occidentale, ma non il loro oggetto). Del resto, anche tra le ricerche che hanno evocato i fondamenti del pensiero economico lungo la tradizione cattolica, la retrodatazione delle prime meditate riflessioni sulle dinamiche di mercato è limitata in maniera assolutamente prevalente alla Scolastica tardo-medievale¹.

Le opinioni espresse nel testo sono degli Autori e non impegnano le istituzioni di appartenenza.

¹ Cfr. J. Schumpeter, *History of Economic Analysis*, Abingdon, Routledge, 2009 (ed. originale 1954), pp. 73 ss. Per un'interessante rilettura *austriaca* del pensiero economico tomista, volta a

E, invece, solo a risalire il corso di un tema dagli evidenti risvolti economici quale la definizione di giusto prezzo, il quadro geo-cronologico circa possibili origini del pensiero economico di marca cristiana cambierebbe di molto, con plausibili avvisi già dalle parti di Costantinopoli intorno al V secolo d.C., dove il vescovo Giovanni Crisostomo – o perlomeno la persona che gli venne attribuita dai successivi esegeti medievali – si dedicò approfonditamente alla questione del commercio buono e cattivo.

Ora, secondo lo pseudo-Crisostomo la ragione della cacciata dal tempio dei mercanti nel celebre episodio del *Vangelo* di Matteo sarebbe dipesa dalle attività da questi svolte rispetto alla dinamica del commercio, in base al criterio etico secondo cui, se un oggetto viene venduto a un prezzo maggiore di quello di acquisto senza che gli sia stata apportata alcuna modifica, si tratterà di un profitto ingiustificato, e di conseguenza cattiva mercatura (con altrettanto conseguente ira divina). Diverso il caso di una modifica in senso utile dell'oggetto, per esempio quando vi venga applicata una determinata quantità di lavoro al fine di trasformare il bene originario in altro: nell'esempio offerto dal commentatore di cui all'*Opus imperfectum in Matthaeum*, la condotta mercantile di un fabbro che compri ferro per produrre un utensile e lo rivenda a un prezzo maggiore viene considerata pienamente legittima².

Di fatto, le origini del *iustum pretium* di Tommaso d'Aquino come teoria del valore legata all'apporto del venditore in termini di lavoro – ancorché raffinato fino a comprendere l'attività di spostamento delle merci da un luogo all'altro – sono rinvenibili qui, in anticipo di quasi un millennio sugli sforzi tomistici di aggirare il divieto di *usura* e *turpe lucrum* per le attività commerciali. Tutto ciò, si badi, a meno di non volersi semplicemente lasciare alle spalle le rive del pensiero cristiano classico e prendere atto che tutte le sue principali considerazioni in materia economica sono state semplicemente un aggiornamento delle riflessioni su etica, politica ed economia già svolte da Aristotele nell'*Etica Nicomachea* e la *Politica*, con un'idea di giustizia a fare da motore immobile di ogni commercio materiale o spirituale.

Bene, questa è la solita antifona. Eppure, se in un personale aggiornamento del vecchio adagio crociano non possiamo non dirci aristotelici, si deve anche riconoscere che non possiamo non dirci parenti stretti delle scimmie – una consapevolezza, questa, che potrebbe aiutare non poco a chiarire

sottolineare l'apertura ideale di quest'ultimo alle attività di mercato, v. M. Rothbard, *Economic Thought Before Adam Smith. An Austrian Perspective on the History of Economic Thought*, vol. I, Auburn, Ludwig von Mises Institute, 2006, pp. 51 ss. (<https://mises.org/library/austrian-perspective-history-economic-thought>); più di recente, in chiave puramente introduttiva, v. invece B. Koehler, *The Thirteenth-Century Economics of Thomas Aquinas*, in «Economic Affairs», 2016, vol. 36, n. 1, pp. 56 ss. (<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/ecaf.12163/full>).

² Sulla questione, per una prima introduzione, si veda O. Bazzicchi, *Giusto prezzo*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero – economia*, Roma, Treccani, 2012 ([http://www.treccani.it/enciclopedia/giusto-prezzo_\(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero-Economia\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/giusto-prezzo_(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero-Economia)/)).

alcune tensioni di fondo del sentire e agire, individuale e sociale, rispetto a temi economici direttamente connessi alla questione del giusto prezzo nelle società contemporanee (ci arriviamo ai farmaci, portate pazienza).

La tesi, così come riassunta di recente da uno stimato studioso, è che si possa legittimamente ragionare di una «storia naturale della morale umana», rintracciando cioè le origini dei modelli di comportamento degli esseri umani nella biologia ben prima che nella storia culturale. Per farla breve, il senso comune circa l'esistenza di sentimenti positivi innati, relativi a equità nei rapporti interindividuali, troverebbe una spiegazione scientifica di tipo evolutivo nella cooperazione come soluzione efficiente di equilibrio, per cui, in presenza di risorse scarse, gli esseri umani avrebbero sviluppato una *intenzionalità congiunta* retta sia da mutuo rispetto e fiducia strategica tra i partecipanti a una determinata impresa (una battuta di caccia, tanto per cominciare dal principio), che dall'avversione a battitori liberi (il termine *free rider* suonerà più comune agli economisti). Nel processo di evoluzione della cooperazione e conseguente selezione sociale che avrebbe portato ai modelli societari vigenti, anche i mercati andrebbero poi intesi come istituzioni culturali cooperative, dove il perseguimento dell'interesse personale, quando effettuato nel rispetto di determinate regole, consente di raggiungere risultati migliori per la collettività: in questo senso, «le regole che potenziano gli interessi individuali nel mercato capitalista sono perciò come le regole che potenziano gli interessi individuali di un giocatore di tennis che cerca di sconfiggere un avversario, ossia si trovano all'interno del contesto di regole cooperative che in primo luogo costituiscono il gioco. È solo se si ignora il contesto culturale-istituzionale del comportamento umano che si può prendere l'abbaglio per cui è il carro competitivo che porterebbe il cavallo cooperativo»³.

Purtroppo, come è già stato argutamente notato, «a differenza delle ossa i comportamenti non fossilizzano, e si può solo testare l'accuratezza delle assunzioni evuzionistiche sul comportamento triangolando le informazioni disponibili»⁴. Ad avvicinarsi all'idea di principi di diritto naturale derivati da una storia naturale della morale d'impronta evuzionista – ché di questo, a esser chiari, qui si tratta – aiutano nondimeno le ricerche sperimentali riconducibili all'economia comportamentale, tra le quali proprio quelle relative all'individuazione di sentimenti di giusto prezzo risultano particolarmente adatte (ci siamo quasi, ai farmaci).

³ Cfr. M. Tomasello, *Storia naturale della morale umana*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2016, pp. 215-216. Sulla questione della necessità di una cornice concettuale evuzionista per la comprensione dei comportamenti aventi una rilevanza economica e giuridica, sia consentito rinviare a L. Arnaudo, *La ragione sociale. Saggio di economia e diritto cognitivi*, Roma, Luiss University Press, 2012, pp. 141 ss.

⁴ Cfr. P. Robinson, R. Kurzban, O. Jones, *The Origins of Shared Intuitions of Justice*, in «Vanderbilt Law Review», vol. 60, n. 6, 2007, p. 1651.

Ricerche del genere sono state finora meno frequenti di quanto ci si sarebbe aspettati, ma si può comunque dare conto di alcuni studi significativi, concordi nel rilevare la necessità di ricomprendere tra i tratti standard dell'agente economico in contesti di mercato l'aspettativa di essere trattato in modo equo (*fair*) dalla controparte, «sulla base di regole implicite sistematiche che specificano quali azioni delle imprese siano considerate inique»⁵. Di particolare interesse, nello studio sperimentale appena citato, sono le conclusioni circa il fatto che il modello c.d. di *cost-plus* nella definizione del proprio prezzo di vendita da parte di un'impresa, cioè la fissazione di un sovrappiù di guadagno fisso rispetto ai costi, contrariamente alle attese degli stessi autori della ricerca non sarebbe ritenuto il più equo dai consumatori, i quali non troverebbero affatto inadeguato il comportamento di un'impresa che, a fronte di costi decrescenti, mantenga i propri prezzi costanti, così aumentando il proprio margine. Due regole fondamentali governerebbero, però, le percezioni dei consumatori rispetto alle politiche di prezzo: da un lato, sarebbe «iniquo per un'impresa sfruttare un aumento del proprio potere di mercato per alterare i termini della transazione di riferimento a spese dirette di un consumatore»; dall'altro, risulterebbe «inaccettabile che un'impresa mantenga i propri profitti al medesimo livello di riferimento innalzando i prezzi»⁶. E tutto ciò per la ricorrenza nei consumatori di un «effetto incorniciamento» (*framing effect*) circa le condizioni di riferimento di una transazione economica rispetto a quanto già avvenuto in passato.

Tali rilievi sono stati ripresi da altri ricercatori nella direzione di una comparazione di prezzo operata da un agente su più livelli, i quali ricomprenderebbero sia le condizioni individuali dell'agente medesimo che quelle sociali relative a suoi simili. Centrale, in questa prospettiva, è l'aspetto della ripetizione della transazione, per cui, a fronte di compravendite reiterate di un medesimo bene, la stabilità delle condizioni è il caposaldo delle aspettative sociali dell'acquirente⁷.

Sulla medesima linea, un altro studio ha posto in correlazione il tema del giusto prezzo con la fattispecie dei prezzi eccessivi di matrice antitrust. Nello specifico, è stato proposto il ricorso a un concetto proprio dell'economia comportamentale, quello di «doppio diritto assegnato» (*dual entitlement*), secondo

⁵ D. Kahneman, J. Knetsch, R. Thaler, *Fairness and the Assumptions of Economics*, in «The Journal of Business», vol. 59, n. 4, 1986, p. 299.

⁶ D. Kahneman, J. Knetsch, R. Thaler, *op. cit.*, p. 296.

⁷ Al tempo stesso, lo studio sottolinea come nel corso del tempo sia possibile che la percezione dell'iniziale iniquità di condizioni di prezzo muti fino a scemare: l'esempio citato al proposito è quello del *dynamic pricing* combinato a tecniche di gestione dei ricavi tramite tariffazione in tempo reale (c.d. *yield* o *revenue management*), tipico delle compagnie aeree – e chiunque si serva abitualmente di tali trasporti potrà confermare di averci ormai fatto l'abitudine (cfr. L. Xia, K. Monroe, J. Cox, *The Price is Unfair! A Conceptual Framework of Price Fairness Perceptions*, in «Journal of Marketing», 2004, p. 6).

cui impresa e consumatore dispongono ciascuno di un diritto a condizioni commerciali (tra cui il prezzo) stabili rispetto a una transazione di riferimento, con la conseguenza che il prezzo viene percepito come eccessivo, e dunque iniquo, quando – a parità di ogni altra condizione, in particolare riguardo i costi – l'impresa ne modifichi l'importo a svantaggio dell'acquirente⁸.

Ecco, finalmente ci siamo: abbiamo ritenuto opportuno partire da lontano per avvicinare un caso antitrust deciso di recente dall'Autorità garante della concorrenza («AGCM») in materia di prezzi eccessivi di farmaci essenziali, nella convinzione che solo una rinnovata considerazione dei sentimenti sociali di equità possa consentire un'utile riconsiderazione di fattispecie normative e relative prassi applicative, destinate, per la portata degli interessi e diritti coinvolti, a riproporsi con sempre più pressante attualità.

2. Aspen, Italia

Nel settembre 2016 l'AGCM ha concluso un'istruttoria per abuso di posizione dominante nei confronti di alcune società riconducibili al gruppo farmaceutico sudafricano Aspen Pharmacare («Aspen»)⁹, comminando una sanzione complessiva di poco superiore a cinque milioni di euro e – quel che più conta in termini di apprezzamento della gravità della violazione riscontrata – con la fissazione di una percentuale dell'importo-base sanzionatorio rispetto al valore delle vendite nella misura del 10-15%¹⁰, a fronte di una misura massima del 30% prevista dalle linee guida adottate nel 2014 dall'AGCM¹¹.

Il procedimento ha avuto per base normativa l'art. 102, lett. a), TFUE, il quale prevede che una pratica abusiva possa consistere «nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque». Le condotte contestate, infatti, hanno riguardato gli aumenti – richiesti e ottenuti da Aspen alla competente Agenzia Italiana del Farmaco («AIFA») – dei prezzi di una serie di farmaci antitumorali a totale carico del Sistema Sanitario Nazionale («SSN»): segnatamente Alkeran (a base del prin-

⁸ P. Akman, L. Garrod, *When Are Excessive Prices Unfair?*, in «Journal of Competition Law and Economics», vol. 7, n. 2, 2011, pp. 410 ss. (<http://jcle.oxfordjournals.org/content/early/2011/01/28/joclec.nhq024.abstract>).

⁹ AGCM, procedimento A480 – *Incremento prezzo farmaci Aspen*, provvedimento n. 26185 del 29 settembre 2016, «Provvedimento» (http://www.agcm.it/component/joomdoc/allegati-news/A480_chiusura.pdf/download.html), sul quale v. altresì, per ulteriori ragguagli, M. Colangelo, *Farmaci, prezzi iniqui e concorrenza*, in questo fascicolo, p. 539-548.

¹⁰ AGCM, provv. A480 cit., §§ 389-402 (la forcella di grandezze riportata, così come le successive presenti nelle pagine seguenti, discendono dalla versione omissata del provvedimento).

¹¹ Cfr. AGCM, delibera n. 25152 del 22 ottobre 2014, *Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90* (<http://www.agcm.it/normativa/concorrenza/7426-delibera-agcm-22-ottobre-2014-n25152-linee-guida-sulla-modalita-di-applicazione-dei-criteri-di-quantificazione-delle-sanzioni-amministrative-pecuniarie-irrogate-dallautorita-in-applicazione-dellarticolo-15-comma-1-della-legge-n-28790-.html>).

cipio attivo melfalan), Leukeran (clorambucile), Purinethol (mercaptopurina) e Tioguanina (tioguanina).

Riguardo i «fondamentali» propri dei casi di abuso di posizione dominante, basti qui ricordare che, nel Provvedimento: (1) i mercati rilevanti sono stati definiti in base al tradizionale criterio delle classi terapeutiche dei farmaci (cioè, tenuto conto di azione chimica e scopo terapeutico) a livello ATC5, corrispondente ai singoli principi attivi dei farmaci, vista la totale mancanza di versioni generiche degli stessi e l'inesistenza di alternative indirette rappresentate da altre specialità medicinali appartenenti al medesimo sottogruppo chimico-terapeutico autorizzate per il trattamento delle medesime patologie; (2) la posizione dominante di Aspen è stata individuata nel suo essere l'unica titolare di autorizzazioni all'immissione in commercio («AIC») per l'Italia di farmaci a base di melfalan, clorambucile, mercaptopurina e tioguanina, a fronte di una sostanziale indisponibilità di alternative terapeutiche (ciò pur trattandosi di prodotti *out-of-patent*: le dimensioni economiche dei mercati di riferimento non sarebbero, infatti, tali da rendere profittevole lo sviluppo di versioni generiche da parte di imprese concorrenti)¹².

Le questioni della definizione dei mercati rilevanti e dell'addebito di una posizione dominante, ad ogni buon conto, non rappresentano di certo gli elementi di principale interesse sotto il profilo antitrust del caso Aspen, interesse che va invece rinvenuto nella fattispecie in sé, ossia il riscontro di prezzi eccessivi, tradizionalmente considerato una delle pareti più verticali nell'accertamento di un illecito anticoncorrenziale¹³. Per ragionare del caso, sia pure di scorcio, è ora necessaria una sintesi dei suoi elementi di fatto e diritto, che tenteremo nelle poche righe seguenti.

2.1. Sulle condotte d'impresa

Nel loro complesso, i prodotti interessati dalle condotte di Aspen sono molto maturi sotto il profilo commerciale, come dimostrato dal loro essere da tempo privi di coperture brevettuali. Nel 2009 i rispettivi diritti di commer-

¹² Cfr. AGCM, provv. 4480 cit., §§ 276-306.

¹³ Nella bibliografia più recente in materia v., tra gli altri, L. Hou, *Excessive Prices within EU Competition Law*, in «European Competition Journal», n. 1, 2011, pp. 47 ss. (<http://ccdp.sjtu.edu.cn/userfiles/1/files/20123933418628.pdf>); F. Maier-Rigaud, *Excessive Prices*, in «OECD Best Practice Roundtables in Competition Policy», 2012, pp. 1 ss. (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1946779); nonché, riassuntivamente e con riguardo alla prospettiva cinese – prima, però, che nel 2015 il caso *Qualcomm* ne definisse i contorni in modo inatteso e spettacolare – D. Evans, V. Zhang e X. Zhang, *Assessing Unfair Pricing under China's Anti-Monopoly Law for Innovation-Intensive Industries*, marzo 2014 (<http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>). In una prospettiva più allargata possono tornare utili i lavori di M.S. Levy, *Big Pharma Monopoly: Why Consumers Keep Landing on "Park Place" and How the Game Is Rigged*, in «American University Law Review», vol. 66, 2016, pp. 247 ss., e di B. Murphy, *Getting High on Profits: An Analysis of Current State and Federal Proposals to Rein in Soaring Drug Prices*, in «Journal of Health & Biomedical Law», vol. 12, 2016, pp. 3 ss.

cializzazione di tali medicinali, individuati dalla denominazione complessiva di «farmaci Cosmos», sono stati ceduti in blocco dal loro originario titolare, il gruppo britannico GlaxoSmithKline («Gsk»), ad Aspen. Quest'ultima, che ad oggi è la principale impresa farmaceutica di tutto il continente africano, opera nella produzione e vendita di medicinali generici, con attività di ricerca e sviluppo di nuovi prodotti soltanto marginali; coerentemente a tale impostazione aziendale, l'acquisizione del portafoglio di farmaci Cosmos ha segnato l'ingresso del gruppo sudafricano sui ricchi mercati dell'UE nel remunerativo segmento dei prodotti antitumorali attraverso la mera sostituzione di un operatore con un altro, lasciando a Gsk e a un terzista tedesco la responsabilità della produzione effettiva degli stessi.

Con specifico riferimento alle condotte di Aspen, queste sono state ricondotte a un'asserita strategia di aumento dei prezzi dei farmaci Cosmos avviata in Italia nell'aprile 2013, quando l'impresa del gruppo subentrata a Gsk nella titolarità delle rispettive Aic ha richiesto una radicale modifica dei regimi di rimborsabilità dei medicinali, con il loro passaggio dalle rispettive classi A e H, a totale carico del SSN, alla classe C, a totale carico dei pazienti. Tale passaggio avrebbe consentito all'impresa, ai sensi della normativa vigente, l'autonoma determinazione dei prezzi al pubblico, senza più sottostare al regime di contrattazione con AIFA¹⁴, con tanto di opportunità di attingere anche in Italia i più alti livelli di prezzo già praticati in altri paesi UE. Siffatta mira commerciale è stata esposta da Aspen nel corso delle trattative con AIFA e debitamente registrata dalla commissione tecnica competente dell'agenzia in un verbale di riunione, dove, secondo quanto riportato nel Provvedimento, si legge: «nota della ditta: la scrivente società necessita di pervenire con urgenza ad un significativo aumento di prezzo di vendita per allineamento con i prezzi vigenti nei principali paesi di area UE. [...] Nota dell'ufficio: la ditta chiede la riclassificazione dalla classe A-RNR alla fascia C, per motivi circa l'allineamento del prezzo di vendita ai prezzi in EU (sensibilmente più elevati secondo quanto asserito dalla ditta)». Sempre AIFA ha fatto presente in corso d'istruttoria che il richiesto passaggio dei prodotti in fascia C avrebbe rappresentato una circostanza eccezionale, trattandosi per l'agenzia del primo caso in assoluto di farmaci antitumorali, «data la loro natura di farmaci salvavita e l'insostituibilità degli stessi attestata dagli esperti»¹⁵.

La posizione assunta da Aspen nei confronti di AIFA sarebbe stata sin dall'inizio caratterizzata da una schietta aggressività, come dimostrato dalla minaccia, formalizzata in una lettera indirizzata nell'ottobre 2013, di sospen-

¹⁴ Per primi approfondimenti sulla definizione dei prezzi dei farmaci in Italia a seconda delle categorie di rimborso, v. F. Pammolli, G. Baio, A. Rungi, *Il prezzo delle specialità medicinali alla luce di alcune recenti tendenze*, in «questa rivista», n. 2, 2014, pp. 201 ss.

¹⁵ AGCM, provv. A480 cit., §§ 94-92.

dere la commercializzazione dei farmaci Cosmos in Italia ove AIFA non avesse provveduto al loro passaggio in fascia C, oppure rigettato la proposta di nuovi prezzi in classe A e H indicata nella medesima lettera. A seguito della lettera, nella fase di ri-negoziazione dei prezzi AIFA ha chiesto ad Aspen di produrre dati di prezzo, fatturato e volumi di vendita relativi a diversi paesi UE, dai quali è risultato che tra il 2012 e il 2013 il gruppo ha avviato a livello continentale una complessa strategia di aumento dei prezzi, di volta in volta implementata a seconda delle peculiarità normative e regolamentari degli ordinamenti statali interessati¹⁶. Le trattative si sono concluse nel gennaio 2014 con la sostanziale accettazione delle richieste di Aspen, da cui sono conseguiti aumenti di prezzo rispetto a quelli in precedenza vigenti, compresi, a seconda dei prodotti, tra il 257% e il 1540%¹⁷.

Al riguardo, mette conto segnalare come nel Provvedimento l'AGCM abbia dato risalto all'esistenza di alcuni strumenti approntati da Aspen per sostenere concretamente le proprie richieste, riferendosi in particolare a un sistema di allocazione dei quantitativi dei prodotti oncologici tra i diversi mercati nazionali. Tale sistema, incentrato sulla pianificazione della disponibilità di quote di prodotto a partire da un sito di stoccaggio in Germania e mirante a contenere i flussi di commercio parallelo dovuti ai differenziali di prezzo dei farmaci tra Paesi, avrebbe avuto un ruolo fondamentale nel determinare e quindi strumentalizzare temporanee irreperibilità dei farmaci Cosmos nel mercato italiano, con la conclusione che «in sostanza, attraverso la propria direzione "supply chain", Aspen è stata in grado di determinare i quantitativi dei medicinali Cosmos destinati a diversi paesi anche in ragione dei differenziali di prezzo esistenti»¹⁸.

2.2. Sull'analisi dei prezzi eccessivi

Una volta definito il quadro comportamentale di riferimento, il Provvedimento intraprende la verifica della politica di prezzo praticata in Italia da Aspen rispetto ai farmaci Cosmos con una premessa metodologica volta, da un lato, a dare conto dell'obiettivo complessità dell'analisi richiesta in materia di prezzi eccessivi, dall'altro a stabilire alcuni capisaldi concettuali della stessa. Vale riportare alcuni stralci di tale premessa poiché, al di là della rarità della fattispecie nella giurisprudenza antitrust che già di per sé la rendono una lettura inusuale, solo a tendere l'orecchio s'intendono riecheggiare tra le righe – ben oltre gli omaggi pagati alla scarsa giurisprudenza europea dispo-

¹⁶ AGCM, provv. A480 cit., §§ 97-106.

¹⁷ Cfr. Alkeran in soluzione iniettabile, da € 69,2 a € 247,3; Alkeran compresse, da € 5,8 a € 95,1. I prezzi sono quelli di una confezione venduta al pubblico. Per una rassegna completa degli aumenti applicati a tutti i farmaci Cosmos, v. AGCM, provv. A480 cit., § 4.

¹⁸ AGCM, provv. A480 cit., § 119.

nibile in materia – alcune delle teorie e degli assunti in tema di giusto prezzo ricordati nell'antifona di cui sopra.

Presupposto dell'analisi contenuta nel Provvedimento, dunque, è che i prezzi assumano carattere abusivo quando siano privi «di ogni ragionevole rapporto con il valore economico della prestazione fornita», con l'avvertenza che, «in mancanza di una definizione normativa, si ritiene che tale valore debba almeno riflettere una misura dei costi di produzione sostenuti dall'impresa per realizzare il bene o il servizio reso». Dal momento che «non esistono soglie quantitative o precise relazioni aritmetiche che definiscano quale misura debba assumere la sproporzione tra prezzi e costi per essere considerata indicativa di un abuso di sfruttamento», assume in tal senso una rilevanza fondamentale l'assenza di «ragionevolezza» del rapporto tra prezzo e valore economico del prodotto, alla luce delle specificità del caso, considerando eventuali elementi idonei a incidere sul valore complessivo della prestazione resa». Tra tali elementi rientrano: «(1) un confronto tra i prezzi imposti dall'impresa e i prezzi applicati in precedenza o in altri mercati dalla stessa impresa per i medesimi prodotti o rispetto ai prezzi di farmaci concorrenti e la misura stessa del divario che ne risulta; (2) dal lato della domanda, fattori di carattere qualitativo non direttamente riflessi nei costi sostenuti dall'impresa, quali, ad esempio, miglioramenti del prodotto sotto il profilo terapeutico [...] o distributivo, e, più in generale, il livello di servizio reso all'acquirente, che possono incidere sul valore economico». D'altra parte, «data la peculiare natura dei prodotti in esame (farmaci salvavita), la determinazione del loro valore non può essere effettuata prendendo in considerazione la disponibilità a pagare del consumatore: la *willingness to pay* per farmaci salvavita privi di alternativa terapeutica non può che tendere a infinito, giustificando in potenza qualsiasi incremento dei prezzi»¹⁹.

Fatte tali premesse, nel Provvedimento sono state utilizzate due metodologie di valutazione delle politiche di prezzo di Aspen in termini di analisi di sproporzione tra prezzi e costi: una incentrata sul margine di contribuzione lordo – cioè la differenza fra il prezzo di vendita di un'unità di prodotto e l'insieme dei relativi costi variabili – di ciascuno dei farmaci Cosmos, l'altra volta a verificare la differenza tra i ricavi d'impresa e un «*cost plus*» definito come la somma di (i) costi diretti, (ii) una quota dei costi indiretti attribuita ai prodotti, e (iii) una misura di redditività dell'impresa.

Quanto alla prima metodologia, l'analisi dà grande risalto al fatto che, in base alle estrapolazioni dei dati di bilancio condotte dagli uffici istruttori dell'AGCM, il margine di contribuzione lordo di tutti i farmaci Cosmos risultasse ampiamente positivo già prima degli aumenti di prezzo ottenuti da Aspen

¹⁹ AGCM, provv. 4480 cit., §§129-137, *passim*.

nel 2014, raggiungendo valori compresi tra il 20-30% e il 70-80% a seconda dei prodotti, con la conclusione che, «una volta applicate ai ricavi di vendita dei prodotti Cosmos le percentuali di aumento deliberate da AIFA nel marzo 2014 (da +300% a +1500%), i ricavi ottenuti da Aspen per la vendita dei farmaci Cosmos in Italia eccedono in misura notevole i costi complessivamente attribuibili ai prodotti in esame, almeno in pari misura percentuale»²⁰. Con riferimento alla seconda metodologia, le scelte di merito effettuate in sede di analisi circa una «congrua remunerazione» e un «ragionevole profitto» delle attività d'impresa hanno portato dal canto loro a concludere che i nuovi prezzi dei farmaci Cosmos «determinano un rilevante divario dei ricavi sui costi complessivamente attribuibili alla realizzazione dei singoli farmaci (incluso un congruo margine di remunerazione). Tale eccesso in percentuale dei costi complessivi (*cost plus*) assume valori compresi tra il 100-150% e il 350-400%»²¹.

Nel loro complesso, le analisi sulla congruità dei prezzi svolte dall'AGCM richiamano il tradizionale criterio di matrice UE – perlomeno a partire dalla sentenza *United Brands*, come riletta nella decisione *Porto di Helsingborg*²² – incentrato sui rapporti tra ricavi e costi. Nella specie detta impostazione pare facilitata dalla circostanza che, nel caso dei farmaci Cosmos, Aspen non solo non ha mai svolto nessuna attività di ricerca, ma nemmeno si è occupata della loro produzione, limitandosi a stoccare e commercializzare prodotti realizzati da terzi²³. Con specifico riferimento alla prima tipologia di analisi impiegata nel Provvedimento, vale quindi richiamare come la stessa riecheggi con forza una delle regole fondamentali di governo delle percezioni dei consumatori rispetto alle politiche di prezzo stilate dagli studi di economia comportamentale, ovvero l'attribuzione di uno stigma di iniquità alla condotta di un'impresa – in presenza di transazioni ripetute – non già quando questa aumenti i propri profitti tramite prezzi costanti a fronte di costi decrescenti, bensì quando ciò avvenga aumentando i prezzi (*supra*, § 1). In questa prospettiva,

²⁰ AGCM, provv. A480 cit., § 155.

²¹ AGCM, provv. A480 cit., §§ 170-184.

²² V. Corte di Giustizia, sentenza del 14 febbraio 1978, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV contro Commissione delle Comunità europee*, causa 27/76, dove viene specificato che il prezzo non equo va inteso come «un prezzo eccessivo, privo di ogni ragionevole rapporto con il valore della prestazione fornita» (§ 250); v. Commissione CE, decisione del 23 luglio 2004, COMP/26.568 – *Scandlines Sverige AB e Sundbussern c. Porto di Helsingborg*, dove, con riferimento al c.d. test *United Brands*, viene sottolineato come la sproporzione del prezzo rispetto al valore della prestazione non possa essere determinata solo rispetto ai costi, dovendosi tener conto, a seconda delle circostanze, di altri fattori.

²³ In proposito v. AGCM, provv. A480 cit., § 311. Si ricorda peraltro come proprio l'AGCM, in un altro recente esercizio analitico circa struttura dei costi dei prodotti farmaceutici e relativa congruità dei livelli di prezzo richiesti, si sia soffermata sia sulle difficoltà di quantificazione dei costi di R&D che sulla peculiarità propria del settore farmaceutico di «costi determinati dai prezzi» a fronte di alti costi fissi di produzione: cfr. AGCM, procedimento IC50 – *Mercati dei vaccini per uso umano*, testo dell'indagine allegato al provvedimento n. 26015 dell'11 maggio 2016, in particolare §§ 105-113 ss. (http://www.agcm.it/component/joomdoc/allegati-news/IC50_testo.pdf/download.html).

la giustificazione pubblica della propria condotta adottata dall'impresa a valle del Provvedimento, incentrata sull'opportunità di aggiornare i prezzi dei farmaci Cosmos in ragione «dei prezzi di partenza estremamente bassi e di fatto irrisori rispetto al reale valore clinico, terapeutico ed economico dei farmaci in esame»²⁴, sembra lasciare impregiudicata la questione della percezione di un'iniquità di fondo in aumenti di prezzo che riguardino prodotti già producenti margini positivi e con costi decrescenti, così come l'AGCM dichiara di aver accertato nel caso di specie.

Quanto alla seconda analisi dei prezzi, il dover tenere conto di un margine di profittabilità per le attività d'impresa svela la natura intrinseca di stima alla base dell'accertamento: come ogni stima, essa non può che risultare opinabile, ma, se non altro, può vantare modelli ideali assai risalenti. A questo proposito, in una prospettiva di storia delle idee ci permettiamo di richiamare l'attenzione sulla scelta metodologica adottata dall'AGCM di applicare una remunerazione d'impresa misurata dalla redditività delle vendite (*Return on Sales-Ros*, sostanzialmente l'indice di ricavo netto conseguito per ogni euro di fatturato) anziché dai più comuni indici di remunerazione del capitale (*Return on Investment-ROI*, *Return on Equity-ROE*, *Return on Capital Employed-ROCE*)²⁵. In effetti, nel suo essere stata dettata dalla considerazione delle attività concrete di Aspen (che, si ripete, vende ma non produce), la soluzione riecheggia le tesi antiche secondo cui ciò che legittima i guadagni della mercatura sarebbe l'applicazione di un *quid novi* al bene commerciato (pseudo-Crisostomo *dixit*: v. *supra*, § 1).

Per altro verso, il fatto che nei pochi precedenti a disposizione a livello internazionale gli aumenti di prezzo ritenuti eccessivi siano stati ben più contenuti di quelli contestati dall'AGCM ad Aspen non fornisce comunque una soluzione univoca circa il limite dell'equità di un aumento di prezzo: va da sé che il 257% è ben più di quel 25% già ritenuto espressione di uno sfruttamento abusivo in alcuni precedenti²⁶, e in questo senso il caso italiano ambisce evidentemente a una superiore solidità decisionale, ma l'incertezza sulla soglia di partenza rimane. Così, del resto, non potrebbe non essere, trattandosi di stime – e vale qui riprendere la chiosa dell'Aquinate, secondo cui «il giusto prezzo delle cose spesso non è puntualmente determinato, ma consiste in una stima, di modo che un aumento o una diminuzione modiche non sembrano

²⁴ Cfr. l'articolo di redazione *Aspen Pharma risponde alle accuse dell'Antitrust*, in «About-PharmaOnline», 20 ottobre 2016 (<http://www.aboutpharma.com/blog/2016/10/20/448828/>).

²⁵ AGCM, provv. A480 cit., §§ 171-173.

²⁶ Cfr. AGCM, provv. A480 cit., § 320. Quanto a precedenti, il Provvedimento richiama espressamente (§ 317) la decisione della Commissione CE del 25 luglio 2001, caso n. COMP/C-1/36.915 – *Deutsche Post AG – Intercettazione di posta transfrontaliera* (in particolare i §§ 156, 162, 166 e 167), nonché la decisione dello *Uk Competition Appeal Tribunal* del 7 novembre 2008, *Albion Water Ltd, Albion Water Group Limited v Water Services*.

essere contrarie all'eguaglianza propria della giustizia»²⁷. Lo stigma dell'ingiustizia s'imprime, dunque, sulla soglia di una percezione comune di ingiustificata enormità dell'aumento, col superamento della modicità che va di volta in volta definito per varie approssimazioni (il che, se non altro nella prospettiva della ricerca accademica, è di certo un bene: v. *infra*, § 4).

3. Prezzi eccessivi, regolazione – e ordinamenti in affanno

Il Provvedimento dell'AGCM ha riportato l'attenzione degli studiosi di antitrust sulla questione dei prezzi eccessivi, ma è significativo che il caso Aspen non sia isolato. L'applicazione della fattispecie a mercati del settore farmaceutico sta infatti emergendo come una tendenza importante dell'antitrust a livello internazionale: lo dimostrano, in recentissima successione, un caso appena chiuso e un altro di prossima decisione relativi al Regno Unito.

Nel dicembre 2016, infatti, la Competition and Markets Authority («CMA») ha sanzionato la società farmaceutica Pfizer e la sua distributrice inglese, Flynn, per l'applicazione di «*excessive and unfair prices*» nella vendita di un farmaco anti-epilettico a base di fenitoina, a fronte di aumenti fino al 2600% applicati dopo la «genericizzazione» del prodotto, e conseguente libera determinazione del suo prezzo, avvenuta nel settembre 2012. Sempre nel dicembre 2016 la CMA ha contestato ad Actavis, tramite invio di una comunicazione degli addebiti, l'applicazione di prezzi eccessivi a carico del sistema sanitario britannico per l'acquisto di medicinali a base di idrocortisone, con aumenti superiori al 12000% applicati a partire dal 2008 rispetto ai prezzi precedenti. Al momento, sul caso Pfizer-Flynn è disponibile soltanto un comunicato stampa diffuso dal governo di Sua Maestà²⁸, e il testo del provvedimento della CMA non sarà con ogni probabilità disponibile prima di alcuni mesi; quanto al caso Actavis, anche per esso non si può fare affidamento che su un comunicato stampa e conseguenti lanci giornalistici²⁹. Nell'astenersi dallo strologare su fonti necessariamente limitate³⁰, vale nondimeno sottolineare come in Europa

²⁷ «[...] iustum pretium rerum quandoque non est punctaliter determinatum, sed magis in quadam aestimatione consistit, ita quod modica additio vel minutio non videtur tollere aequalitatem iustitiae» (Tommaso d'Aquino, *Summa Theologiae*, II^a-IIae q. 77 a. 1 ad 1. Una pratica edizione *on-line* dell'opera è all'indirizzo http://www.edizionistudiodomericano.it/Docs/Sfogliabili/La_Somma_Teologica_Seconda_Parte_2/index.html#736).

²⁸ Cfr. la nota *CMA fines Pfizer and Flynn £90 million for drug price hike to NHS*, 7 dicembre 2016 (<https://www.gov.uk/government/news/cma-fines-pfizer-and-flynn-90-million-for-drug-price-hike-to-nhs>). Per gli aspetti procedurali del caso v. inoltre la scheda aggiornata dalla CMA, *Phenytoin sodium capsules: suspected unfair pricing* (<https://www.gov.uk/cma-cases/investigation-into-the-supply-of-pharmaceutical-products>).

²⁹ Cfr. la nota *The CMA has provisionally found that Actavis UK has broken competition law by charging excessive prices to the NHS for hydrocortisone tablets*, 16 dicembre 2016 (<https://www.gov.uk/government/news/pharmaceutical-company-accused-of-overcharging-nhs>).

³⁰ Qualcuno, per la verità, ci ha già provato, con risultati interessanti: cfr. F. Bokhari, B. Lyons, *Pfizer and Flynn: How are 'excessive' prices for generic drugs possible and should competition authorities do more about exploitative pricing?*, in «Competition Policy Blog», 16 dicembre

la questione dei prezzi eccessivi sia divenuta il nuovo fronte antitrust dell'industria farmaceutica. E, tenuto conto delle pressioni di bilancio a cui sono sempre più sottoposti (anche) gli acquirenti pubblici del ricco Occidente, non c'è bisogno di vestire i panni di Nostradamus per pronosticare che tale fronte andrà a consolidarsi ed espandersi.

Il richiamo alla domanda pubblica di medicinali, tipicamente generata dai sistemi sanitari nazionali, ci porta ora a soffermarci brevemente su un aspetto dei casi di prezzi eccessivi nel settore farmaceutico che, ad avviso di chi scrive, potrebbe anche far parte della soluzione, ma al momento è sicuramente componente del problema: ci riferiamo ai rapporti tra condotte d'impresa e regolazione. Sul piano teorico, a seconda della normativa nazionale rilevante, la fattispecie di prezzi eccessivi può in effetti essere verificata rispetto a tre distinti scenari: (1) totale mancanza di libertà di definizione di prezzi da parte dell'impresa farmaceutica; (2) definizione dei prezzi di concerto tra impresa farmaceutica e una o più autorità pubbliche competenti; (3) totale libertà di definizione di prezzi da parte dell'impresa farmaceutica.

Anche ammesso che nella realtà possa mai esistere, lo scenario (1) si sottrae ad ogni considerazione analitica per la sua vocazione a eliminare alla radice ogni margine di libertà d'impresa e, di conseguenza, possibili responsabilità antitrust per decisioni di prezzo. È invece evidente come questioni di rilevanza concorrenziale possano emergere nel secondo e terzo assetto, ancorché in termini assai diversi. Mentre, infatti, quando siano previste competenze pubblicistiche di controllo, contrattazione o perlomeno validazione dei prezzi di un farmaco occorrerà verificare caso per caso gli effettivi margini di potere di mercato detenuti dall'impresa e relativi contropoteri delle autorità pubbliche, in presenza di una totale libertà di determinazione dei prezzi applicati la condotta d'impresa potrà – quanto meno in astratto – più facilmente connotarsi d'illiceità in termini di prezzi eccessivi.

Il caso Aspen rappresenta un esempio dello scenario (2). In Italia, infatti, opera un'agenzia (AIFA) preposta anche alla contrattazione dei prezzi per molti dei farmaci in commercio, a seconda delle fasce di rimborsabilità a carico del SSN in cui questi sono ricompresi³¹. Quanto siano ampi i margini di contrattazione sul prezzo di un determinato prodotto tra AIFA e impresa titolare dell'Atc, dipende evidentemente da una pluralità di elementi di volta in volta rilevanti (innovatività del farmaco, mancanza di alternative terapeutiche, giusto per citare i primi che vengono in mente) e, insieme, dalla cor-

2016 (<https://competitionpolicy.wordpress.com/2016/12/16/pfizer-and-flynn-how-are-excessive-prices-for-generic-drugs-possible-and-should-competition-authorities-do-more-about-exploitative-pricing/>).

³¹ Per una prima introduzione al tema v. la scheda predisposta e aggiornata dalla Camera dei Deputati, *Temi dell'attività parlamentare. Farmaci e spesa farmaceutica* (<http://leg16.camera.it/561?appro=215&Farmaci+e+spesa+farmaceutica>).

nice normativa rilevante: va da sé, ai confini della regolazione si entra nella dimensione dell'antitrust, con le sue verifiche circa l'abusività delle condotte. E si è visto come proprio AIFA si sia lamentata presso l'AGCM circa l'inusuale aggressività delle condotte di Aspen (*supra*, § 2.1). Con riferimento alla normativa, peraltro, è interessante rilevare come a seguito di un intervento di qualche anno addietro (decreto legge 13 settembre 2012, n. 158, convertito con modifiche con legge 3 novembre 2012, n. 189, c.d. decreto Balduzzi) sia stata introdotta una distinzione procedimentale tra autorizzazione alla commercializzazione e tassonomia a fini di rimborso, con un'automatica classificazione provvisoria del farmaco in un'apposita sezione denominata «classe C non negoziata» da cui discende che il prezzo rimanga liberamente stabilito dall'impresa fino alla conclusione della negoziazione con AIFA³². Per quanto la questione non sembri rilevare direttamente nel caso Aspen, in una prospettiva più generale pare opportuno segnalare come la modifica normativa citata abbia rafforzato la posizione contrattuale (e conseguente potere di mercato, su cui innestare eventualmente condotte abusive) delle imprese farmaceutiche richiedenti per la prima volta un'AIC, le quali sono in grado così di (a) contrattare i prezzi dopo aver già ottenuto l'ingresso sul mercato del prodotto, e (b) stabilire liberamente i prezzi fino a quando il farmaco rimanga nella classe C non negoziata.

Quanto allo scenario (3), le vicende inglesi sopra richiamate – al di là dei loro esiti concreti, su cui come già avvertito pare opportuno sospendere per il momento il giudizio – consentono senz'altro di svolgere alcune considerazioni, così come di allungare lo sguardo fino agli Stati Uniti. In via preliminare, va ricordato che, per le peculiarità dell'ordinamento amministrativo farmaceutico vigente nel Regno Unito, alla pleora di autorità pubbliche competenti non sono attribuite competenze di contrattazione dei prezzi dei farmaci. Variazioni al rialzo di questi potrebbero pertanto essere apportate liberamente da parte delle imprese, le quali tuttavia finiscono spesso per astenersene – o, addirittura, provvedere correzioni al ribasso – per la necessità di mantenere rapporti commerciali con un acquirente di peso, ancorché non monopsonista, come il sistema sanitario pubblico, il quale ha poi il potere di orientare anche il resto della domanda attraverso valutazioni del rapporto costo/efficacia dei prodotti rese da un apposito organismo riconducibile al Ministero della Salute. Quando si tenga conto di tali elementi, dunque, appare evidente come pure nel Regno Unito operino meccanismi di *bargaining* tra mano pubblica e imprese farmaceutiche, anche se in maniera per così dire indiretta (ci si passi una pessima battuta: niente prezzo, siamo inglesi). La conseguenza è che, alla formale libertà di determinazione dei prezzi da parte delle imprese, non con-

³² AGCM, provv. A480 cit., §§ 41 ss.

segue necessariamente la possibilità concreta di darvi seguito: vicende molto recenti non sono che l'ennesima conferma al riguardo³³.

All'interno di tale contesto, i casi *Pfizer-Flynn* e *Actavis* assumono così specifica rilevanza più per la tipologia dei prodotti sotto il profilo merceologico-concorrenziale che per l'aumento in sé dei prezzi operato dalle imprese titolari. I medicinali in discorso risultano, infatti, essere versioni generiche di farmaci originatori, le quali, in un mondo farmaceutico non al rovescio, avrebbero dovuto esibire prezzi più bassi di quelli di partenza, non certo più elevati per svariati multipli. Il meno che si possa opinare, di nuovo con riserva di leggere carte più complete e sviluppare più puntuali considerazioni, è che i tradizionali meccanismi di concorrenza operanti nel settore farmaceutico non paiono più operare in maniera efficiente, e che la regolazione esistente si presta evidentemente a essere piegata a fini di extra-profitti privati suscettibili di mettere in seria crisi la sostenibilità del *welfare* sanitario-farmaceutico, come conosciuto negli ordinamenti che se ne sono sin qui fatti carico.

Gli Stati Uniti, notoriamente, hanno adottato un approccio di tipo prevalentemente privatistico alla gestione del fabbisogno farmacologico della propria popolazione, con una libertà di determinazione dei prezzi dei prodotti per le imprese tale da rappresentare nella versione più pura il predetto scenario (3). Peraltro, è parimenti noto – perlomeno tra i lettori di questa rivista – che l'antitrust Usa disconosce la fattispecie dei prezzi eccessivi. Risulta dunque particolarmente significativo l'infittirsi di istanze di revisione del modello di mercato farmaceutico vigente oltreoceano. Al di là degli slogan politici spesi da entrambi i candidati nella recente campagna elettorale sulla necessità di porre un freno ai continui scandali da *price gouging*³⁴, rileva la finora inusuale ricerca di soluzioni tecniche, sotto il profilo giuridico, per limitare in qualche

³³ V. per tutti la notizia *Roche drops price of breast cancer drug for NICE approval*, in «Pharma Times», 17 novembre 2016 (http://www.pharmatimes.com/news/roche_drops_price_of_breast_cancer_drug_for_nice_approval_1177216), da leggersi in opportuna combinazione con una di pochi mesi precedente: *NICE rejects Roche's breast cancer drug Perjeta*, in «Pharma Times», 20 maggio 2016 (http://www.pharmatimes.com/news/nice_rejects_roches_breast_cancer_drug_perjeta_1026018).

³⁴ Per un incisivo sommario degli episodi che tanta eco hanno destato nell'opinione pubblica statunitense (tutti corrispondenti allo schema dell'acquisizione di un'entità detentrica dei diritti su un medicinale, il cui prezzo viene subito dopo stravolto al rialzo: aumento del 555% per il Daraprim appena rilevato dalla Turing Pharmaceuticals, una *start-up* guidata da un ex gestore di *hedge fund*, Martin Shkreli; aumento del 525% per l'Isuprel acquisito dalla società Valeant, del 597% per il Vimovo entrato nel portafoglio di Horizon Pharma nel 2014, salva un'ulteriore miglioramento del 5% un anno più tardi), v. H. First, *Unfair Drug Prices and Section 5*, in «CPI Antitrust Chronicle», novembre 2015 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2699843). In proposito, sulle possibili posizioni del neo presidente Donald Trump, è interessante un recente articolo di J. Hopkins, Z. Tracer, *Trump May Be More 'Vicious' on Drug Prices*, *Pharma CEO Says*, in «Bloomberg», 1° dicembre 2016 (<https://www.bloomberg.com/news/articles/2016-12-01/trump-may-be-more-vicious-on-drug-prices-allergan-ceo-says>); per considerazioni più propriamente antitrust, v. poi M. Carrier, *Pharmaceutical Antitrust: What the Trump Administration Can Do*, in «Concurrences. Competition Law Review», n. 4, 2016, pp. 63 ss. (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2880184).

modo la libertà di determinazione dei prezzi, ricerca esemplificata da ipotesi di applicazione di fattispecie penali quali il *profiteering*³⁵ o la reviviscenza di remote disposizioni tali da consentire al sistema sanitario pubblico l'acquisto di farmaci a prezzi calmierati³⁶. Al di là dell'applicabilità in concreto delle diverse soluzioni proposte, non è azzardato ritenere che, nel complesso, anche l'ordinamento statunitense si stia faticosamente interrogando sulla possibilità di introdurre un controllo in termini dei prezzi dei farmaci, con l'antitrust chiamato in causa proprio attraverso la fattispecie di *excessive pricing*³⁷.

4. Dimissio

La scienza economica si affanna a spiegare che il concetto di prezzo «giusto» è privo di significato. Il prezzo – così insegna l'ortodossia neoclassica – non si rapporta al costo, ma risulta dall'utilità marginale in chiave di valore soggettivo, fortemente condizionata dalla relativa scarsità della risorsa. Ecco perché nel deserto un bicchier d'acqua può valere assai più di uno scrigno di pietre preziose. Quando ne va della vita, la *willingness to pay* trova il solo limite della disponibilità economica di chi aspira a quel bene. Il settore farmaceutico presenta, non di rado, situazioni estreme di questo tipo³⁸. La molecola salva- o, perlomeno, allunga-vita ha, per la persona malata, valore tendenzialmente infinito: in difetto di alternativa, sacrificherà l'intero suo patrimonio per ottenerlo³⁹. Che i prezzi non salgano alle stelle dipende, com'è ovvio, dalla contropinta di offerte alternative e concorrenti.

³⁵ Cfr. B. Hillner, T. Smith, *Efficacy Does Not Necessarily Translate To Cost Effectiveness: A Case Study in the Challenges Associated with 21st-Century Cancer Drug Pricing*, in «Journal of Clinical Oncology», n. 27, 2009, pp. 2111 ss. (<http://ascopubs.org/doi/pdf/10.1200/JCO.2008.21.0534>); la proposta è stata ripresa da H. Kantarjian, T. Fojo, M. Mathisen, L. Zwelling, *Cancer Drugs in the United States: Justum Pretium-The Just Price*, in «Journal of Clinical Oncology», n. 28, 2013, p. 3600 (<http://ascopubs.org/doi/full/10.1200/jco.2013.49.1845>).

³⁶ Cfr. H. Brennan, A. Kapczynski, C. Monahan, Z. Rizvi, *A Prescription for Excessive Drug Pricing: Leveraging Government Patent Use for Health*, in «Yale Journal of Law & Technology», vol. 18, 2016, pp. 275 ss. (<http://yjolt.org/prescription-excessive-drug-pricing-leveraging-government-patent-use-health>); v. pure A. Kapczynski, A. Kesselheim, «Government Patent Use: A Legal Approach To Reducing Drug Spending», in «Health Affairs», n. 5, 2016, pp. 791 ss. (https://www.law.yale.edu/system/files/documents/faculty/papers/kapczynski_govpatentuse.pdf).

³⁷ Con toni da manifesto programmatico v. in proposito J. Baker, S. Salop, *Antitrust, politica della concorrenza e disuguaglianza*, in questa rivista 2016, 7, in particolare p. 27 ss. Per quanto riguarda più specificamente l'ambito farmaceutico v. invece, da ultimo, F. Abbott, *Excessive Pharmaceutical Prices and Competition Law: Doctrinal Development to Protect Public Health*, in «UC Irvine Law Review», in corso di pubblicazione (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2719095). Meno radicale, ma anche – si direbbe – di più limitata efficacia, la proposta avanzata da M. A. Carrier, N. Levidow e A.S. Kesselheim, *Using Antitrust Law to Challenge Turing's Daraprim Price Increase*, gennaio 2016 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2724604).

³⁸ Per un quadro d'insieme relativamente a un comparto del settore farmaceutico in cui il tema dei prezzi si sta imponendo con una drammaticità se possibile maggiore della media, cfr. A. Parziale, *Il futuro dei farmaci orfani tra promozione della ricerca di malattie rare e i rischi di prezzi eccessivi: il ruolo del diritto della concorrenza*, in «Contratto e impresa», 2016, pp. 1245 ss.

³⁹ Emblematico in tal senso il caso degli Stati Uniti, dove il 62% delle *personal bankruptcies*

Non a caso, la reazione «ortodossa» è quella di ripristinare la viabilità del mercato, quand'essa sia venuta meno per qualche ragione, come migliore e più affidabile garanzia per gli interessi dei clienti consumatori: col vantaggio, tra l'altro, di mettere a tacere le critiche di chi paventa che interventi di tal fatta spalanchino porte che sarebbe bene tenere ben chiuse. E tuttavia, perché la soluzione così ipotizzata funzioni davvero occorre che sia effettivamente assicurata all'acquirente/consumatore una *ability to walk away* alla ricerca di un'alternativa meno penalizzante. Vano, quindi, illudersi; se la disponibilità è ristretta o addirittura inesistente, il prezzo s'impennerà verso l'alto. Tanto per complicare ulteriormente la questione, c'è poi il fatto che la scarsità della risorsa è spesso artificiosamente indotta dall'ordinamento giuridico-economico, sul presupposto che ciò sia utile in termini sistemici: la ricerca farmaceutica – ma il discorso trascende questo perimetro e investe qualsiasi vicenda caratterizzata da siffatti presupposti – è estremamente onerosa, e per sostenerla, si sente ripetere, occorre garantire incentivi in termini di diritti di proprietà intellettuale, dunque riconoscendo un monopolio. Si apre così il varco allo sfruttamento virtuoso del *blockbuster*, che servirebbe a ripagare i tanti tentativi risultati infruttuosi, e per conseguenza renderebbe virtuosa l'*exploitation*⁴⁰, sino al punto, obietteranno in molti, in cui essa non appaia eccessiva. Il che ci riporta al palo: quand'è che il tanto diventa davvero troppo?

La risposta è sulle ginocchia di Giove – ma è intanto opinione condivisa tra i mortali che vadano condannati aumenti di prezzo ingiustificatamente «stratosferici»⁴¹. Chi abbia tentato di articolarla nel dettaglio, perché costretto dalle *black letters* della legge, fa normalmente ricorso a una qualche variazione dello schema regolatorio del controllo dei prezzi, assumendo quale paradigma una misura complessiva di costo da cui derivare un prezzo «ragionevole»⁴² sul

sarebbe conseguenza di spese mediche (le stime sono relative a una decina di anni fa, ma è plausibile che le grandezze correnti non siano troppo diverse: cfr. H. Kantarjian, T. Fojo, M. Mathisen, L. Zwelling, *Cancer Drugs in the United States*, cit., p. 3603).

⁴⁰ In effetti, Martin Shkreli, il rapace protagonista dell'*affaire Daraprim* (v. *supra*, n. 32), oltre a difendersi col dire che «*profits are a great thing to sustain your corporate existence*», ha promesso di usare il guadagno da sovrapprezzo per finanziare la ricerca di nuovi medicinali contro la toxoplasmosi. Ma vale, allora, il sapido commento di First, cit.: «Se solo Willie Sutton [il leggendario rapinatore di istituti di credito] avesse pensato a questo argomento mentre svaligiava banche [...]».

⁴¹ «[W]e are still bound to come across cases where competition hasn't been enough to provide a real choice. Where dominant businesses are exploiting their customers, by charging excessive prices or imposing unfair terms [...] we still have the option of acting directly against excessive prices. Because we have a responsibility to the public. And we should be willing to use every means we have to fulfil that responsibility»: così Margrethe Vestager in un recente discorso pubblico (cfr. *Protecting consumers from exploitation*, Chillin' Competition Conference, 21 novembre 2016, https://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager/announcements/protecting-consumers-exploitation_en).

⁴² Cosa che si vorrebbe diversa dal fissare direttamente il prezzo «giusto» come suol fare il regolatore. Chiosa infatti la Vestager, cit. alla nota precedente: «*The last thing we should be doing is to set ourselves up as a regulator, deciding on the right price*». Alle medesime coordinate dovrebbe ispirarsi l'argine frapposto all'opportunismo, quando non all'*bold-up*, del detentore di

quale trarre quello smodato (il caso Aspen *docet* e, si scommette, non sarà diverso per le lezioni inglesi di prossimo studio). Così si tagliano i ponti con la deriva economica dominante per tornare ai temi della premessa, che, lo si voglia o no, hanno lasciato un precipitato importante in diversi quadranti. Se, insomma, l'*exploitation* ad opera del monopolista non è un problema per l'ordinamento USA (anche se la compattezza del fronte, di fronte agli episodi più eclatanti denunciati dai *media*, sembra registrare non poche smagliature: v. *supra*, § 3), molte altre esperienze giuridiche, con in testa il sistema UE, conoscono norme intese a mettere al bando abusi da prezzi iniqui⁴³. Che nei loro confronti sia emerso negli ultimi decenni un atteggiamento di estrema cautela e scetticismo, con conseguente tendenziale marginalizzazione degli interventi in materia, non toglie che le norme siano lì, a indicare una strada che parte da molto lontano. Dalle scimmie del primo capitolo, viene da dire, o almeno da una programmazione cognitivo-comportamentale definitasi nelle comunità umane centinaia di migliaia di anni fa, per cui il perseguimento dell'interesse individuale diviene accettabile solo nel rispetto di regole minime di interdipendenza cooperativa – regole di cui i diritti umani rappresentano al momento la più alta dimostrazione e insieme delimitazione, alla luce di sentimenti condivisi di equità e giustizia.

Ma, si dirà, che c'entra tutto questo con l'antitrust? C'entra, e molto, poiché la percezione pubblica riservata ad almeno alcuni dei suoi procedimenti conferma la latenza di regole e aspettative sociali che, evidentemente, non è bastato eliminare dai modelli predominanti del pensiero economico novecentesco per rimuoverli dal patrimonio stratificato degli agenti reali. Quando la disciplina di monopoli e oligopoli si confronti con il settore farmaceutico, tutto ciò si avverte poi in maniera esemplare, poiché la tutela dei consumatori finisce qui per saldarsi, attraverso la protezione del loro accesso a farmaci essenziali, alla tutela di diritti fondamentali quali quelli alla vita e alla salute⁴⁴.

standard essential patent: e qui si apre il fronte ribollente delle *FRAND Royalties*, per il quale si rinvia, in prima approssimazione, a G. Colangelo, *Il mercato dell'innovazione: brevetti, standards e antitrust*, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 221 ss., nonché *L'enforcement europeo dei brevetti essenziali dopo Huawei*, in *Concorrenza e comportamenti escludenti nei mercati dell'innovazione*, a cura di G. Colangelo e V. Falce, Bologna, Il Mulino, 2017, p. 169 ss.

⁴³ Non a caso il commissario UE per la concorrenza, in un recentissimo intervento, ha scandito che «sometimes, adjusting regulation – or helping health systems to negotiate prices more effectively – can be a good solution to these problems. But there can also be times when competition rules need to do their bit to deal with very high prices – as the recent action by British and Italian competition authorities shows» (cfr. M. Vestager, *Restoring trust in our economy*, conferenza dell'Associazione dell'industria farmaceutica danese, 27 gennaio 2017, http://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager/announcements/restoring-trust-our-economy_en).

⁴⁴ Per una considerazione più ampia della questione, in una prospettiva (anche) di diritti umani, v. G. Pitruzzella, L. Arnaudo, *Vaccini, mercati farmaceutici e concorrenza*, in «Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario», 2017, n. 1, p. 2 ss., nonché K. Perekhodoff, B. Toebes, H. Hogerzeil, *A Human Rights-based Approach to the Reimbursement of Expensive Medicines*, in «Bulletin of the World Health Organization», 2016, pp. 935 ss. (<http://apps.who.int/medicinedocs/documents/s23124en/s23124en.pdf>).

Di là dal fenomeno del prezzo oltraggioso di un farmaco che, magari, sino a ieri era commercializzato per pochi spiccioli, si nasconde infine l'interrogativo di quale disciplina dei mercati vogliamo coltivare per il futuro. Dopo un antitrust *classico*, in cui la fattispecie di prezzi eccessivi era portato di un sostrato etico/morale dell'ordinamento ancora ignaro delle complicazioni proprie dei tentativi di farlo andare d'accordo con i modelli economici che si sarebbero imposti di lì a qualche decennio, e un antitrust *neoclassico*, dove la stessa fattispecie è stata sostanzialmente tolta dal giro con la vittoria proprio di quei modelli; dopo il succedersi di queste impostazioni, dicevamo, pare ora giunto il tempo di un nuovo approccio, non orientato a un ritorno pendolare e nostalgico ai formalismi del passato, ma attento a far tesoro degli apporti delle ricerche economiche più recenti. Un antitrust *comportamentale e cognitivo*⁴⁵, in grado di rivalutare, sulla base di inedite analisi, l'obiettivo di contenere i misfatti del monopolio, a partire da una migliore comprensione dei termini del suo possibile stigma negativo.

Non che la soluzione aspetti dietro l'angolo, con la promessa di sbaragliare d'un tratto dubbi e difficoltà risalenti. Ma non si vede cosa ci sia di male a (immaginare di) impiegare strumenti e prassi sperimentali messi a disposizione dall'economia comportamentale e da ultimo cognitiva per meglio approssimare soglie oltre le quali, ad esempio, un prezzo sia comunemente percepito come iniquo, affiancando così le tradizionali analisi di costo per rafforzarle con nuovi dati ed elementi di contesto. Il finale rubato da Kahneman & Co. a una battuta di Sherlock Holmes⁴⁶ – dati, dati, dati! – si attaglia qui alla perfezione, così come il rinvio alla necessità di ulteriori studi in materia di equità e regole sociali.

ABSTRACT: On just price, between Aquino and Aspen (J.E.L.: B10, I18, K21)

After a tour of ideas and theories with regard to the just price, also by passing nearby some recent cases concerning excessive pricing of essential medicines, the essay focuses on the opportunity to review some current antitrust analysis assumptions with

⁴⁵ Per ulteriori considerazioni in proposito sia consentito rinviare a L. Arnaudo, *The Quest for Behavioural Antitrust: Beyond the Label Battle, Towards a Cognitive Approach*, in «The Doven-schmidt Quarterly», n. 2, 2013, pp. 77-88, ripubblicato in «Temi e Problemi – Italian Competition Authority Working Papers Series», n. 15, 2013 (http://www.agcm.it/component/joomdoc/temi-e-problemi/Temi_e_problemi_15_2013.pdf/download.html). Con specifico riferimento alla fattispecie di prezzi eccessivi, peraltro, per suggerimenti simili v. già P. Akman, L. Garrod, *When Are Excessive Prices Unfair?* cit., pp. 410 ss.

⁴⁶ «Data! Data! Data! I cannot make bricks without clay» (D. Kahneman, J. Knetsch, R. Thaler, *op. cit.*, p. 300. Il racconto di H. Conan Doyle da cui è tratta la citazione è *L'avventura dei faggi rossi*).

respect to firm's unilateral conducts. Final suggestions are provided to take into account (also) a series of multidisciplinary studies, including some behavioral economics research in the field of fairness and justice perceptions.

KEYWORDS: abuse of dominant position; excessive prices; just prices; fairness; antitrust; pharmaceuticals.