

La Corte di giustizia UE sancisce l'incompatibilità del diritto incondizionato di prelazione all'acquisto delle farmacie comunali (previsto, nel nostro ordinamento interno, in caso di trasferimento della farmacia, in favore dei suoi dipendenti dall'art. 12, comma 2, della legge n. 362 del 1991) in quanto si tratta di istituto non idoneo a garantire la realizzazione dell'obiettivo di tutela della salute e di efficiente gestione del servizio farmaceutico.

Corte di giustizia dell'Unione Europea, sezione Quarta, sentenza 19 dicembre 2019, C-465/18 – AV. e BU. contro Comune di Bernareggio

Farmacia – Farmacie comunali – Trasferimento della titolarità – Diritto di prelazione dei dipendenti della farmacia – Incompatibilità con il diritto dell'UE

L'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta ad una misura nazionale che concede un diritto di prelazione incondizionato in favore dei farmacisti dipendenti di una farmacia comunale in caso di cessione di quest'ultima mediante gara. (1)

(1) I. – Con la sentenza in rassegna, la Corte di giustizia UE, in accoglimento di una questione pregiudiziale sollevata dal Consiglio di Stato, afferma la non compatibilità con l'ordinamento europeo del diritto di prelazione all'acquisto delle farmacie comunali, per contrasto con la libertà di stabilimento ed il principio di libera concorrenza.

La controversia dalla quale è sorta la pronuncia della Corte di Lussemburgo può essere sintetizzata come segue. Un Comune della Brianza aveva indetto un'asta pubblica per la vendita di una farmacia comunale. L'aggiudicazione provvisoria è stata pronunciata nei confronti degli offerenti che avevano presentato l'offerta più vantaggiosa; tuttavia, all'esito della procedura, è prevalsa l'offerta di un farmacista dipendente della farmacia comunale il quale, pur non avendo partecipato alla gara, ha esercitato il diritto di prelazione previsto dal bando e discendente dall'art. 12, comma 2, della legge n. 362 del 1991 (a norma del quale "In caso di trasferimento della titolarità della farmacia comunale, i dipendenti hanno diritto di prelazione..."). Gli aggiudicatari provvisori hanno impugnato tale determinazione dinnanzi al T.a.r. per la Lombardia il quale, con sentenza della Sezione III del 25 maggio 2016, n. 1048, ha giudicato infondate le loro censure, peraltro espressamente respingendo anche quelle che deducevano il contrasto tra la legge nazionale che consente il diritto di prelazione ed i principi euro-unitari di non discriminazione e di libera concorrenza.

Adito in sede di giudizio di appello, il Consiglio di Stato - sez. III, ordinanza 4 luglio 2018, n. 4102 (in *Rass. dir. farmaceutico*, 2018, 1082, nonché oggetto della News US in data 13 luglio 2018, cui si rinvia per ogni approfondimento) - ha invece sollevato dubbi di compatibilità della disciplina nazionale con il diritto euro-unitario, con riferimento ai "principi di libertà di stabilimento, di non discriminazione, di parità di trattamento, di tutela della

concorrenza e di libera circolazione dei lavoratori, di cui agli articoli 45, da 49 a 56, e 106 del TFUE, nonché di cui agli artt. 15 e 16 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'U.E., ed [al] canone di proporzionalità e ragionevolezza in essi racchiuso”.

II. – La Corte di Lussemburgo - nel concludere per il contrasto dell'istituto della prelazione con l'ordinamento euro-unitario, e nel premettere che l'acquisto di una farmacia, nella misura in cui consente l'esercizio di un'attività economica mediante una stabile organizzazione per un periodo di tempo indeterminato, rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 49 TFUE (con richiamo a: sentenza 19 maggio 2009, C-171/07 e C-172/07, *Apothekerkammer des Saarlandes*, punti 23 e 24, in *Foro it.*, 2011, IV, 91; sentenza del 30 novembre 1995, C-55/94, *Gebhard*, punto 39, in *Nuova giur. civ.*, 1996, 436, con nota di TORIELLO, in *Dir. comunitario scambi internaz.*, 1996, 287, con note di ADOBATI e BARANI, ed in *Corriere giur.*, 1996, 1216, con nota di CONDINANZI) - ha svolto il seguente ragionamento:

- a) anzitutto, ha ritenuto ricevibile il quesito interpretativo, nonostante che “tutti gli elementi della controversia oggetto del procedimento principale si collocano all'interno di un unico Stato membro” (laddove, come la stessa Corte ricorda, “le disposizioni del Trattato FUE in materia di libera circolazione non si applicano ad una situazione puramente interna”, con rimando alla sentenza del 15 novembre 2016, C-268/15, *Ullens de Schooten*, punto 47, in *Foro amm.*, 2016, 2616, solo massima); al riguardo ha precisato che:
 - a1) una domanda di pronuncia pregiudiziale vertente sull'interpretazione delle disposizioni del Trattato relative alle libertà fondamentali può essere dichiarata ricevibile per il motivo che non si può escludere che cittadini di altri Stati membri siano stati o siano interessati ad avvalersi di tali libertà al fine di esercitare attività nel territorio dello Stato membro che ha emanato la normativa in causa e, pertanto, che tale normativa, applicabile indistintamente ai cittadini nazionali come a quelli di altri Stati membri, possa produrre effetti che non sono limitati a detto Stato membro (sono qui richiamate: sentenza *Ullens de Schooten*, cit., punto 50; sentenza 5 dicembre 2013, da C-159/12 a C-161/12, *Venturini e a.*, punti 25 e 26, in *Foro it.*, 2014, IV, 96, con nota di PALMIERI, ed in *Rass. avv. Stato*, 2013, 4, 42, con note di URBANI e di NERI; sentenza 1^o giugno 2010, C-570/07 e C-571/07, *Blanco Pérez e Chao Gómez*, punto 40, in *Guida al dir.*, 2010, 24, 103, con nota di CASTELLANETA, ed in *Rass. avv. Stato*, 2010, 3, 48, con nota di RUSSO);
 - a2) gli elementi concreti che consentono di stabilire un nesso tra, da un lato, l'oggetto o le circostanze di una controversia che rientra in una situazione puramente interna e, dall'altro, le disposizioni del Trattato devono risultare

dalla decisione di rinvio (cfr., ancora, sentenza *Ullens de Schooten*, cit., punto 54);

- a3) nel caso di specie, sono sufficienti le indicazioni del giudice del rinvio secondo cui, per un verso, il valore della farmacia comunale oggetto di aggiudicazione ammonta a 580.000 euro e, per altro verso, è sussistente il carattere transfrontaliero della controversia *“in quanto, ai sensi dell’articolo 4, comma 2, della legge n. 362/1991, l’acquisto di una farmacia è aperto a tutti i cittadini dell’Unione muniti dei necessari titoli professionali”*;
- b) nel merito della questione pregiudiziale, la Corte valuta per prima cosa la sussistenza, nel caso di specie, di una restrizione alla libertà di stabilimento, affermando che:
 - b1) il diritto di prelazione incondizionato concesso ai farmacisti dipendenti di una farmacia comunale in caso di cessione di quest’ultima *“è idoneo a dissuadere i farmacisti provenienti da altri Stati membri dal partecipare a tale procedura”*;
 - b2) ciò, a maggior ragione, vale nel caso di specie, in quanto *“il fatto di presentare l’offerta economicamente più vantaggiosa non assicura l’aggiudicazione della gara”*, potendo il farmacista dipendente esercitare il diritto di prelazione *“senza neppure partecipare a detta procedura di gara [...] allineandosi all’offerta economicamente più vantaggiosa e, in tal modo, ottenere la cessione di tale farmacia”*;
- c) tale restrizione alla libertà di stabilimento non risulta, peraltro, giustificata da motivi imperativi di interesse generale, atteso che:
 - c1) l’obiettivo cui mira l’istituto della prelazione, secondo il diritto nazionale, è quello – precisa la Corte – di *“assicurare una migliore gestione del servizio farmaceutico, da un lato garantendo la continuità del rapporto di lavoro dei farmacisti dipendenti, dall’altro valorizzando l’esperienza di gestione da questi ultimi maturata”*, obiettivo che, in sé, ricollegandosi alla tutela della salute (di cui all’articolo 52, paragrafo 1, TFUE), ben potrebbe giustificare una restrizione alla libertà di stabilimento;
 - c2) tuttavia la restrizione così imposta dal legislatore nazionale alla libertà di stabilimento, al fine di perseguire detto obiettivo, non dovrebbe andare oltre quanto necessario al raggiungimento di tale obiettivo: in altre parole, non devono esistere misure meno restrittive della libertà garantita dall’articolo 49 TFUE che consentirebbero di realizzarlo in modo altrettanto efficace (in tal senso, si richiama ancora il precedente di cui alla sentenza *Apothekerkammer des Saarlandes*, cit., punti 25 e 52);

- c3) nel caso di specie, la perseguita *“continuità del rapporto di lavoro”*, discendente dal disposto dell’art. 2112 c.c. (il quale traspone la direttiva 2001/23/CE, in materia di ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri sul mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti), *“non può essere considerata idonea a garantire l’obiettivo di tutela della salute”*, in quanto il previsto diritto incondizionato di prelazione *“non si basa su alcuna valutazione concreta dell’esperienza effettivamente maturata, della qualità del servizio prestato o delle funzioni effettivamente svolte all’interno della farmacia comunale”*;
- c4) del resto, il diritto nazionale stabilisce che il trasferimento di una farmacia può aver luogo solo in favore di un farmacista iscritto all’albo professionale dei farmacisti, che abbia già conseguito l’idoneità alla titolarità di una farmacia o che abbia almeno due anni di pratica professionale; ciò, secondo la Corte, insieme al fatto che la professione di farmacista è una professione regolamentata, offre una certa garanzia sulla *“competenza professionale dei potenziali acquirenti di una farmacia comunale”*;
- c5) inoltre, un simile obiettivo di valorizzazione dell’esperienza professionale *“può essere raggiunto mediante misure meno restrittive, come l’attribuzione di punteggi premiali, nell’ambito della procedura di gara, in favore dei partecipanti che apportino la prova di un’esperienza nella gestione di una farmacia”*;
- d) La Corte, pertanto, conclude affermando che *“il diritto di prelazione incondizionato concesso ai farmacisti dipendenti di una farmacia comunale in caso di cessione di quest’ultima mediante gara, nella misura in cui è diretto ad assicurare una migliore gestione del servizio farmaceutico – supponendo che effettivamente persegua un obiettivo concernente la tutela della salute – non è idoneo a garantire la realizzazione di tale obiettivo e, in ogni caso, va oltre quanto necessario al raggiungimento dello stesso”*.

III. – Per completezza, si consideri quanto segue:

- e) la Corte di giustizia UE, nel caso di specie, ha considerato ricevibile la questione pregiudiziale sebbene la fattispecie portata al suo giudizio fosse caratterizzata da tratti puramente interni e non vi fossero discriminazioni basate sulla cittadinanza; sul tema delle condizioni di ammissibilità delle questioni pregiudiziali cfr., di recente, nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo:
 - e1) la sentenza della sezione III, 14 novembre 2018, C-342/17, Memoria s.r.l. (in Foro it., 2019, IV, 11, nonché oggetto della News US in data 21 novembre 2018, cui si rinvia per gli approfondimenti *ivi* svolti), in cui pure fu giudicata ricevibile una domanda di pronuncia pregiudiziale nonostante che il procedimento principale avesse, all’evidenza, un carattere puramente

interno: in tale occasione la Corte, similmente al ragionamento svolto nella sentenza qui in rassegna, affermò che il giudice del rinvio aveva adeguatamente dimostrato la sussistenza, nel caso di specie, di un elemento di collegamento con gli invocati artt. 49 e 56 TFUE, proprio grazie al richiamo della legge nazionale applicabile alla fattispecie (nel caso, si trattava dell'art. 53 della legge n. 234 del 2012, dovendosi far beneficiare l'impresa ricorrente delle libertà sancite dalle richiamate disposizioni del Trattato);

- e2) l'ordinanza della sezione X, 27 aprile 2017, C-595/16, Emmea s.r.l. (oggetto della News US in data 16 febbraio 2018, cui si rinvia per ogni opportuno approfondimento, anche in punto di corretta redazione di un'ordinanza di rinvio pregiudiziale), con cui, in linea con la pregressa giurisprudenza comunitaria, si è ribadito che è *“manifestamente irricevibile la domanda di pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia UE quando l'ordinanza del giudice nazionale, in relazione a controversia i cui elementi sono tutti collocati all'interno di un solo Stato membro, non indichi sotto quale profilo la controversia pendente presenti un elemento di collegamento con le disposizioni del diritto dell'Unione europea relative alle libertà fondamentali”*;
- f) sulla prelazione legale in favore dei farmacisti dipendenti di cui all'art. 12, comma 2, legge n. 362 del 1991 si vedano, in giurisprudenza:
- f1) Cons. Stato, sez. III, 29 gennaio 2014, n. 454 (in *Rass. dir. farmaceutico*, 2015, 87), secondo cui *“deve ritenersi inammissibile l'impugnativa della delibera comunale di esercizio della prelazione su sede farmaceutica di nuova istituzione, promossa da farmacista già titolare di altra farmacia contigua, per difetto di interesse 'attuale' all'impugnazione, e ciò in quanto, stante il divieto legislativo di cui all'art. 7, 1° comma, l. 362/1991, di contitolarità di due o più farmacie da parte del medesimo farmacista persona fisica, non potrebbe vantare alcun interesse qualificato, in proprio e direttamente, al conseguimento della gestione di altra farmacia contigua, né potrebbe far valere l'ipotetico interesse di un soggetto terzo - societario - in astratto a ciò legittimato e, allo stato, inesistente, difettando tale interesse, prima ancor che di apprezzabile concretezza, certamente di attualità”*;
- f2) Cons. Stato [ord.], sez. V, 28 aprile 2009, n. 2171 (in *Rass. dir. farmaceutico*, 2009, 1087), secondo cui *“è meritevole di conferma la sospensione cautelare disposta dal Tar dell'aggiudicazione ad uno dei farmacisti prelazionari a seguito di valutazione comparativa tra più farmacisti dipendenti di farmacia comunale che, nell'ambito della gara per l'alienazione della titolarità della farmacia, abbiano esercitato in forma disgiunta il diritto di prelazione previsto dall'art. 12 l. 362/91, attesa l'irragionevolezza del criterio della residenza del farmacista quale criterio di*

scelta, ed in considerazione dell'esperienza professionale e delle qualificazioni dei due soggetti partecipanti alla selezione";

- f3) Cons. Stato, sez. V, 5 ottobre 2005, n. 5329 (in *Cons. Stato*, 2005, I, 1754), sulla nozione di prelazione e sull'ipotesi di concorso fra più prelaizionari, in relazione alla quale si afferma che la scelta del contraente da preferire è rimessa alla stessa amministrazione che gode di un'ampia discrezionalità nel definire i relativi criteri in funzione degli interessi specificamente inerenti alla migliore gestione del servizio farmaceutico (svolto dalla farmacia messa in vendita);
- f4) T.a.r. per la Toscana, sez. III, 31 maggio 2005, n. 2665 in (*Ragiufarm*, 2005, 90, 73), secondo cui *"nell'ambito della procedura ad evidenza pubblica prevista dall'art. 12 l. n. 362 del 1991 per la cessione delle farmacie comunali, in cui si viene ad inserire l'istituto della prelazione dei farmacisti dipendenti, il comune è portatore della discrezionalità necessaria per stabilire i criteri soggettivi ed oggettivi da indicare nel provvedimento d'invito all'esercizio di quel diritto, sulla base dei quali dirimere i possibili conflitti fra i farmacisti prelaizionari, nell'ipotesi di esercizio disgiunto di tale diritto; ma tra tali criteri non può rientrare quello di una ulteriore gara al rialzo del prezzo, perché si verrebbe a violare l'essenza stessa del diritto di prelazione, che si esercita alle stesse condizioni economiche dell'aggiudicatario provvisorio e sub condicione, né si può condividere il contrario assunto secondo cui siffatto modo realizzerebbe il miglior vantaggio per l'ente pubblico, perché tale finalità è del tutto estranea alla specifica fattispecie regolata dall'art. 12, 2° comma, citata l. n. 362 del 1991";*
- g) sulla prelazione comunale di cui all'art. 9, comma 1, della legge 2 aprile 1968, n. 475 (secondo cui *"la titolarità delle farmacie che si rendono vacanti e di quelle di nuova istituzione a seguito della revisione della pianta organica può essere assunta per la metà dal comune"*, norma sulla quale è intervenuto, in deroga, l'art. 11, comma 3, del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27) si vedano:
- g1) Corte cost., 31 maggio 2018, n. 116 (in *Urb. e appalti*, 2019, 51, con nota di DI CAGNO, *Profili di incostituzionalità della dismissione delle partecipazioni pubbliche: il caso delle società di gestione delle farmacie comunali*, nonché oggetto della News US in data 7 giugno 2018, cui si rinvia per ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza), che ha ritenuto non applicabile la disciplina sulle alienazioni delle partecipazioni societarie delle amministrazioni locali, di cui all'art. 1, comma 568-bis, lett. b), della legge n. 147 del 2013, alle società miste costituite per la gestione del servizio farmaceutico ai sensi dell'art. 9, comma 1, lett. d), della legge n. 475 del 1968;

- g2) Cons. Stato, sez. III, 20 marzo 2017, n. 1251 (in *Rass. dir. farmaceutico*, 2017, 326), secondo cui il provvedimento regionale che – previa diffida rimasta inottemperata – abbia dichiarato la decadenza del Comune dal diritto di prelazione della sede farmaceutica, è pienamente efficace anche se siano ancora aperti i termini per la sua impugnazione; di conseguenza, la sede farmaceutica deve considerarsi vacante ai fini della sua assegnazione ai farmacisti risultati idonei nella procedura concorsuale regionale, mentre l'amministrazione comunale non può disporre di affidarne la gestione in concessione a terzi;
- g3) Cons. Stato, sez. III, 2 maggio 2016, n. 1658 (in *Rass. dir. farmaceutico*, 2016, 597), che ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 11 del decreto-legge n. 1 del 2012, convertito in legge n. 27 del 2012, in relazione all'art. 97 Cost., prospettata per il paventato conflitto di interessi tra il Comune, in qualità di ente esponenziale degli interessi della collettività, ed il Comune quale autonomo soggetto economico, titolare di farmacia, evidenziando che ciò vale *“ancor più nel caso di specie, ove la disciplina di riforma dell'ordinamento farmaceutico non consente tassativamente la prelazione comunale sulle sedi farmaceutiche nuove o comunque vacanti, essendo, pertanto, possibile escludere a priori che il comune nella localizzazione delle nuove sedi possa essere guidato da propri interessi patrimoniali”*;
- g4) T.a.r. per la Sardegna, sentenza 23 ottobre 2000, n. 919 (in *Rass. dir. farmaceutico*, 2001, 323), secondo cui *“Ove la Regione si trovi ad assegnare ad un Comune un termine per l'apertura della farmacia, in vista della decadenza dal diritto di prelazione, è tenuta ad operare con ragionevolezza riconoscendo un termine che effettivamente consenta all'ente di completare gli adempimenti necessari per l'attivazione del servizio”* (nella specie, il termine di 90 giorni concesso dalla Regione al Comune è stato ritenuto non congruo);
- h) di recente, preme segnalare che l'Adunanza plenaria (con la decisione 17 gennaio 2020, n. 1, oggetto della News US n. 11 del 22 gennaio 2020, alla quale si rinvia per ampie indicazioni di dottrina e di giurisprudenza) ha riaffermato il principio di alternatività nella titolarità delle sedi farmaceutiche attribuite all'esito del concorso straordinario previsto dal decreto-legge n. 1 del 2012, convertito in legge n. 27 del 2012, affermando che i farmacisti vincitori di due sedi, i quali abbiano partecipato in forma associata a procedure concorsuali organizzate presso due diverse Regioni, devono necessariamente optare per l'una o per l'altra, dovendosi applicare la regola generale dell'art. 112, comma primo e terzo, del r.d. n. 1265 del 1934, in linea con la *ratio* del concorso straordinario il quale è volto a favorire

l'accesso alla titolarità delle farmacie da parte di un più ampio numero di aspiranti aventi i requisiti di legge e a garantire una più capillare presenza di farmacie sul territorio (per la rimessione della questione all'Adunanza plenaria, cfr. l'ordinanza del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana del 19 agosto 2019, n. 759, oggetto della News US in data 5 settembre 2019);

- i) sull'obbligo del concorso per l'attribuzione delle sedi farmaceutiche, cfr. Corte cost., sentenza 12 ottobre 2012, n. 231 (in *Foro it.*, 2012, I, 2889), la quale ha ribadito *"la natura di 'principio fondamentale' della regola del concorso, aperto alla partecipazione di tutti i soggetti iscritti all'albo dei farmacisti, che risponde all'esigenza di 'garantire in modo stabile ed efficace il servizio farmaceutico' [...] sull'intero territorio nazionale costituendo lo strumento più idoneo ad assicurare che gli aspiranti vengano selezionati secondo criteri oggettivi di professionalità ed esperienza, a garanzia dell'efficace ed efficiente erogazione del servizio"*.