

Consiglio Nazionale del Notariato

Studio n.75-2018/I

LE SOCIETÀ PER LA GESTIONE DELLE FARMACIE PRIVATE

di Paolo Guida, Antonio Ruotolo e Daniela Boggiali

(Approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 19/04/2018)

Abstract

Vengono analizzate le novità introdotte dalla legge 4 agosto 2017, n. 124 (art. unico, commi 157 e ss.) che ha sovvertito totalmente la struttura organizzativa delle società titolari dell'esercizio di farmacie consentendo l'ingresso del capitale sia nella gestione che nella titolarità della farmacia.

In particolare, pur permanendo l'obbligo di oggetto esclusivo, il capitale della società può essere posseduto da persone fisiche, o giuridiche, ma la direzione deve essere affidata ad un farmacista, anche se non socio. Inoltre, cade il limite quantitativo (quattro) alla titolarità da parte della società di più farmacie ubicate nella provincia questa ha la sede legale, limite che viene sostituito dalla previsione secondo cui la società di gestione di farmacie non può controllare - direttamente o indirettamente - più del 20% delle farmacie esistenti nel territorio della medesima regione, o provincia autonoma, venendo così meno ogni collegamento tra la sede della società e la ubicazione delle farmacie.

Lo studio analizza i tipi societari di riferimento, le possibilità di ampliamento dell'oggetto sociale e il regime delle incompatibilità, anche alla luce del parere espresso dalla Commissione Speciale del Consiglio di Stato, rispetto al quale viene prospettata una possibile diversa lettura.

Si esaminano, altresì, il limite al numero di farmacie detenute dal medesimo soggetto, il regime di circolazione delle partecipazioni sociali, il conferimento di farmacia e, infine, il rapporto tra la "nuova disciplina" e il concorso straordinario di cui al d.l. 1/2012.

1. Farmacista e società: libero professionista - imprenditore

Appare ormai pacifico il rilievo per cui il farmacista è nel contempo imprenditore e professionista, e le due qualità non possono scindersi. L'attività del farmacista si configura, infatti, come attività non solo professionale, ma anche «imprenditoriale» poiché prevede operazioni economiche - come le «vendite» - e, quindi, deve essere qualificata come «di impresa» sussistendo i requisiti indicati negli articoli 2082 e 2238 del codice civile. Può, dunque, affermarsi che la gestione della farmacia mediante una società è sintesi di attività intellettuale e di attività commerciale, unificate dal pubblico interesse, ed è un atipico caso di esercizio della professione intesa come elemento di una attività organizzata in forma di impresa¹.

¹ P. GUIDA, *L'oggetto sociale della società di gestione di farmacia e riflessi notarili*, in *Studi e materiali*, 2009, 1084 ss., nonché, in versione aggiornata, in *Riv. not.*, 2010, 39 ss.; ID., *Gestione di farmacia in forma societaria e limiti derivanti dall'oggetto sociale*, in *Riv. Dir. impr.*, 2009, 295 ss.; ID., *L'oggetto della società nel settore sanitario: farmacie, vendita*

Il farmacista è perciò destinatario di due discipline: quella dettata per l'attività imprenditoriale e quella dettata per l'attività professionale, nelle quali è spesso difficile rinvenire un punto di equilibrio fra l'elemento pubblicistico e quello privatistico.

Tale duplice natura si riflette anche sulla disciplina in tema di gestione in forma societaria della farmacia privata, la quale, è tuttora contenuta nell'art. 7 della legge 8 novembre 1991, n. 362, recante *Norme di riordino del settore farmaceutico*.

2. Le novità introdotte dalla legge annuale per il mercato e la concorrenza

La legge 4 agosto 2017, n. 124 (art. unico, commi 157 e ss.) ha inciso in maniera rilevante sulla gestione delle farmacie introducendo "misure per incrementare la concorrenza nella distribuzione farmaceutica".

Va subito segnalato che gli effetti sono stati dirompenti².

Prima della novella, infatti, la gestione delle farmacie era considerata una attività sostanzialmente "riservata" ai farmacisti - quali liberi professionisti - ed era prevista una apertura solo per le società di persone partecipate da farmacisti persone fisiche, con numerose limitazioni con riferimento sia all'oggetto sociale sia al numero delle farmacie da poter gestire³.

Attualmente, invece, il legislatore ha inteso sovvertire totalmente la struttura organizzativa consentendo l'ingresso del capitale sia nella gestione che nella titolarità della farmacia.

In base alla novella, infatti, pur permanendo il divieto di gestire le farmacie per le persone fisiche non farmacisti, è oggi possibile che la titolarità dell'esercizio della farmacia possa essere in forma collettiva, in capo non soltanto alle società di persone - come avveniva in precedenza - ma anche alle società di capitali.

In particolare, viene estesa anche alle società di capitali la possibilità di esser titolari dell'esercizio della farmacia privata, titolarità che era prima riservata solo a persone fisiche, società di persone e società cooperative a responsabilità limitata.

Il nuovo testo del comma 1, dell'art. 7 della legge 8 novembre 1991, n. 362 prevede, infatti, oggi, che «Sono titolari dell'esercizio della farmacia privata le persone fisiche, in conformità alle

di farmaci, case di cura (Relazione al Convegno "Oggetto e attività delle società: ruolo e responsabilità del Notaio", Napoli 21-22 settembre 2007), in *Notariato*, 2008, 68 ss.; G. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, I, *Diritto dell'impresa*, Torino, 1993, 49; E. JORIO, *La farmacia e la legge fallimentare*, in *Rass. dir. farm.*, 1994, 187 ss.; M. GOLA, voce "Farmacia e farmacisti", in *Digesto, Disc. pubbl.*, VI, Torino, 1991, 242. V. anche G. FALZEA, *La legge giuridica del farmacista*, Milano, 1983.

² Sulla previgente disciplina delle società per la gestione delle farmacie, negli Studi del Consiglio Nazionale, C. ANGELICI, *Sul trasferimento di una farmacia*, in *Studi e materiali*, 5.1, 1995-1997, Milano 1998, 89. Fra i contributi, in ambito notarile, G. MELEGARI, *Le società di gestione della farmacia*, in *Riv. Not.*, 1992, 161 ss.; ID., *Problematiche del trasferimento di farmacia*, in *L'azienda-Argomenti di interesse notarile (Nuovi quaderni n. 22 di Vita Notarile)*, Palermo, 1998, 105. In generale sulla normativa del settore farmaceutico vedi: R. B. NICOLOSO, *Il sistema farmacia*, Milano, 2010; F. CINTIOLI - F. GUERRERA, *Gli effetti legali del trasferimento*, in F. GUERRERA (coordinato da), *I trasferimenti di azienda (Il diritto privato oggi, a cura di Paolo Cendon)*, Milano, 2000, 211, spec. 367 ss.; G. LEOPARDI, (a cura di), *Guida professionale del farmacista*, Milano, 1994; G. FERRARI, *Riflessioni giurisprudenziali in tema di farmacia*, Roma, 1992; M. GOLA, voce *Farmacia e farmacisti*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VI, Torino, 1991; R. FERRARA, voce *Farmacia*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XIV.

³ V. P. GUIDA, *L'oggetto sociale della società di gestione di farmacia e riflessi notarili*, cit., 39.

disposizioni vigenti, le società di persone, le società di capitali e le società cooperative a responsabilità limitata».

Cade, contemporaneamente, anche la previsione relativa alla limitazione della partecipazione alla compagine a soli farmacisti iscritti all'albo ed in possesso dei requisiti di idoneità.

Il comma 2 dell'art. 7 - che appunto prevedeva che soci della società potevano esser solo farmacisti iscritti all'albo in possesso del requisito dell'idoneità previsto dall'articolo 12 della legge 2 aprile 1968, n. 475 e successive modificazioni – dopo aver confermato che le società in questione hanno come oggetto esclusivo la gestione di una farmacia, si limita, oggi, a stabilire alcune ipotesi di incompatibilità nella partecipazione alla società (di persone, di capitali, cooperative a r.l.).

Anzi, a ben vedere, la norma neppure sembra imporre una partecipazione al capitale della società da parte di un farmacista: essenziale, come si vedrà, è che la direzione sia affidata ad un farmacista in possesso dell'idoneità.

Il comma 2 dell'art. 7 risulta, dunque, oggi così formulato: «Le società di cui al comma 1 hanno come oggetto esclusivo la gestione di una farmacia. La partecipazione alle società di cui al comma 1 è incompatibile con qualsiasi altra attività svolta nel settore della produzione e informazione scientifica del farmaco, nonché con l'esercizio della professione medica. Alle società di cui al comma 1 si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni dell'articolo 8».

In particolare, vengono riportate nell'art. 7, comma 2, ipotesi di incompatibilità della partecipazione (quella «con qualsiasi altra attività svolta nel settore della produzione e informazione scientifica del farmaco, nonché con l'esercizio della professione medica») che erano in precedenza previste nell'art. 8, lett. a) della stessa legge.

Da notare come, rispetto alle ipotesi di incompatibilità di cui alla citata lett. a), sia stata espunta quella con l'attività di intermediazione del farmaco che, per lo meno sul piano testuale, sembrerebbe, quindi, oggi consentita.

Inoltre, viene prevista l'applicazione, alle società, nei limiti della compatibilità, delle previsioni di cui all'art. 8, che prevede l'incompatibilità con la posizione di titolare, gestore provvisorio, direttore o collaboratore di altra farmacia e con qualsiasi rapporto di lavoro pubblico e privato.

Si prevede, inoltre, che la direzione della farmacia gestita dalla società debba esser affidata ad un farmacista in possesso del requisito dell'idoneità previsto dall'articolo 12 della legge 475/1968, il quale potrà anche non essere uno dei soci (come era in precedenza imposto dal comma 3 dell'art. 7).

Conseguentemente, viene anche modificata la previsione per cui, nel caso di sostituzione del direttore per impedimento ai sensi dell'art. 11 della legge 475, il sostituto dovesse essere comunque un altro socio.

Cade, inoltre, il limite quantitativo (quattro) alla titolarità da parte della società di più farmacie ubicate nella provincia questa ha la sede legale, limite previsto dal comma 4-*bis* dell'art. 7.

Nella sostanza, tale limite viene sostituito dalla previsione, contenuta nel comma 158, secondo cui i soggetti titolari dell'esercizio della farmacia privata (e, quindi, non solo le società di capitali, ma anche le persone fisiche, le società di persone e le società cooperative a responsabilità limitata) possono controllare, direttamente o indirettamente, ai sensi degli articoli 2359 e seguenti del

codice civile, non più del 20 % delle farmacie esistenti nel territorio della medesima regione o provincia autonoma.

Non è quindi consentito il controllo diretto o indiretto da parte di un medesimo soggetto, di una quota superiore al 20% delle farmacie della stessa Regione. Sul rispetto di tale limite è competente a vigilare l'Autorità garante della concorrenza e del mercato attraverso l'esercizio dei poteri di indagine, di istruttoria e di diffida ad essa attribuiti dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287 (comma 159).

Questo, dunque, il quadro normativo di riferimento.

3. Tipi societari di riferimento

In precedenza, le uniche forme che poteva assumere la società che gestiva una farmacia privata erano quella della società di persone, nonché quella della cooperativa a responsabilità limitata⁴, per le quali non è consentito che la partecipazione sociale appartenga ad un unico soggetto. In tale circostanza la legge prevedeva - e prevede - dei limiti al proseguimento della società in caso di venir meno della pluralità dei soci.

Allo stato attuale, invece, è possibile che la gestione sia affidata ad una società di capitali ponendosi di conseguenza la questione della rilevanza del disposto del comma 12 dell'art. 7, che prevede che «qualora venga meno la pluralità dei soci, il socio superstite ha facoltà di associare nuovi soci nel rispetto delle condizioni di cui al presente articolo, nel termine perentorio di sei mesi», norma rimasta immutata a seguito della legge sul mercato e la concorrenza.

Invero, il comma 12 dell'art. 7 appare esser norma che, evidentemente, si rapportava all'iniziale formulazione dell'art. 7 che consentiva il ricorso ai soli tipi personalistici, con conseguente applicazione dell'art. 2272, n. 4), c.c., riguardo al quale la portata precettiva era rappresentata unicamente dal "rispetto delle condizioni di cui al presente articolo" nella ricostituzione della pluralità dei soci: in altre parole, i "nuovi soci" avrebbero dovuto esser farmacisti idonei iscritti all'albo, muniti dei requisiti soggettivi previsti dalla disciplina vigente.

Non sembra, tuttavia, possibile, dopo le modifiche introdotte dalla legge 124, assegnare alla citata disposizione l'ulteriore portata precettiva consistente nel divieto di costituire società di capitali unipersonali: il suo significato, ad oggi, sembra riferibile sempre e solo ai modelli personalistici e alla necessità che, in caso di ricostituzione della pluralità dei soci, coloro che subentrano abbiano i necessari requisiti soggettivi.

In sostanza, nessuna disposizione sembra precludere la possibilità di costituire una società per la gestione di una farmacia in forma unipersonale.

Sotto tale profilo si può segnalare come nessun ulteriore elemento testuale o sistematico orienta verso una diversa conclusione.

La disciplina non riguarda, infatti, la "società *tra* farmacisti" come "società *tra* professionisti": rispetto a quest'ultima - dalla quale pure la società per la gestione delle farmacie private va tenuta nettamente distinta, non essendone possibile alcuna sussunzione come variante di un modello generale di s.t.p.⁵ - la figura professionale è presa in considerazione - e "al singolare" - solo ove

⁴ Sul punto, RUOTOLO, *La cooperativa tra farmacisti*, in corso di pubblicazione nel Trattato Preite-Cagnazzo.

⁵ In tal senso già SPADA, *Società di farmacisti e socio di capitali. Parere pro veritate*, reperibile su www.cavererespondere.it, per il quale, in virtù della regola della specialità delle discipline previgenti alla legge 183 del

questa rivesta il ruolo di direttore. Sul piano sistematico, poi, emerge chiaramente la distinzione fra direzione della farmacia e titolarità delle partecipazioni, rispetto alla quale risulta indifferente se questa spetti ad uno o più soggetti.

Inoltre, l'unica ipotesi in cui nell'ambito della disciplina delle farmacie private in cui vi è un accenno ad una gestione in forma associata è invero contenuta in una normativa transitoria riguardante il concorso straordinario di cui al d.l. 1/2012, sulla quale si tornerà nel prosieguo.

4. L'oggetto sociale

Con riferimento all'oggetto, la nuova norma appare in linea con la precedente prescrizione, in quanto dal combinato disposto dei vari commi sembra essere confermata la esclusività dell'oggetto sociale⁶.

Va, infatti, distinto l'oggetto della società dalla attività dei soci, in quanto solo questi ultimi sono soggetti alle residue limitazioni poste dalla legge sopra indicate.

Deve, però, essere ricordato che la esclusività dell'oggetto sociale va coordinata con la normativa relativa ai soggetti abilitati alla vendita di farmaci e di parafarmaci, come già rilevato in passato⁷.

L'art. 5 della L. n. 248/2006, infatti, prevede che: "Gli esercizi commerciali ... possono effettuare attività di vendita al pubblico dei farmaci da banco o di automedicazione ... e di tutti i farmaci o prodotti non soggetti a prescrizione medica, previa comunicazione al ministero della salute e alla regione in cui ha sede l'esercizio La vendita è consentita durante l'orario di apertura dell'esercizio commerciale e deve essere effettuata nell'ambito di un apposito reparto, alla presenza e con l'assistenza personale e diretta al cliente di uno o più farmacisti abilitati ... e iscritti."

Si può notare, quindi, che con riferimento ai farmaci da banco in generale poco è rimasto della specialità ed esclusività dell'oggetto delle società tra farmacisti⁸.

Allo stato, dunque, emerge che qualsiasi società – già costituita o di nuova costituzione - può inserire nella norma statutaria relativa all'oggetto sociale, la vendita di farmaci da banco o di automedicazione (OTC) e dei farmaci non soggetti a prescrizione medica (SOP).

La possibilità di commercializzare al dettaglio alcuni tipi di medicinali al di fuori delle farmacie aveva rappresentato, per il legislatore del 2006, una delle tante "misure urgenti" ritenute necessarie per lo sviluppo, la crescita e la promozione della concorrenza e della competitività per la tutela dei consumatori e per la liberalizzazione dei settori produttivi.

2011, le società per la gestione della farmacia (all'epoca solo tra farmacisti) continuano ad essere regolate dalle leggi 2 aprile 1968, n. 475 e 8 novembre 1991, n. 362. Sul punto anche BOGGIALI - RUOTOLO, *Società tra farmacisti in forma di s.a.s. e disciplina delle società tra professionisti*, Quesito di Impresa n. 82-2014/I, in *CNN Notizie* del 29 settembre 2014.

⁶ Sull'esclusività dell'oggetto sociale, v., da ultimo, T.A.R. Umbria - Perugia, sentenza 1° febbraio 2018, n. 78, ove si sottolinea come «tale esclusività trova la sua *ratio* nell'obiettivo di evitare conflitti di interesse capaci di ripercuotersi negativamente sullo svolgimento del Servizio farmaceutico e, mediamente, sul diritto alla salute».

⁷ Vedi nt. 1.

⁸ In ordine alla possibilità di prevedere nell'oggetto sociale di una S.r.l. accanto al commercio di prodotti di erboristeria, la vendita di "prodotti medicali da banco e di automedicazione" vedi A. PAOLINI, *Oggetto sociale: prodotti di erboristeria e vendita di prodotti medicali da banco e automedicazione*, risposta al Quesito n. 34-2007/I del 2 aprile 2007, in *Consiglio Nazionale del Notariato, Studi e materiali*, Milano, 2007, 1485 ss.

Ai sensi della L. n. 248/2006, infatti, furono autorizzati alla vendita dei “farmaci da banco” i “cd. Nuovi operatori”⁹ e cioè:

- gli esercizi di vicinato aventi superficie di vendita non superiore a 150 mq. nei comuni con popolazione residente inferiore a 10.000 abitanti e a 250 mq. Nei comuni con popolazione residente superiore a 10.000 abitanti;
- le medie strutture di vendita aventi superficie superiore ai limiti di cui al punto precedente e fino a 1500 mq. nei comuni con popolazione residente inferiore a 10.000 abitanti e a 250 mq. nei comuni con popolazione residente superiore a 10.000 abitanti;
- le grandi strutture di vendita aventi superficie superiore ai limiti di cui al punto precedente.

La vendita fu consentita durante l’orario di apertura dell’esercizio commerciale nell’ambito di apposito reparto, con l’assistenza di almeno un farmacista abilitato e iscritto.

L’interprete, e il notaio in primo luogo, fu allora chiamato - in una visione moderna della sua funzione - a fornire nuove soluzioni operative, adeguate al rinnovato assetto legislativo, che consentivano alle società tra farmacisti di riqualificarsi, “sopravvivendo” agli improvvisi, e un po’ scomposti, interventi normativi.

Alla luce di ciò, ci si chiese se le società di gestione di farmacie avessero potuto anch’esse aprire un esercizio commerciale per la vendita dei prodotti OTC e SOP.

La risposta apparve essere negativa a prima vista dal momento che l’art. 7 della L. n. 362/1991, nella parte in cui disponeva che le società di farmacisti avessero ad oggetto esclusivo la gestione di farmacie (comma 2), non fu formalmente ed espressamente abrogato dal D.L. n. 248/2006.

Tale soluzione, viceversa, risultò eccessivamente rigorosa, e una lettura sistematica del nuovo contesto normativo fece, viceversa, propendere per il riconoscimento a dette società della possibilità di assumere la titolarità di altri esercizi commerciali, così come del resto auspicato dall’Autorità Garante per la concorrenza e il mercato nella citata nota “AS413” del 6 agosto 2007 indirizzata al parlamento, al governo, agli enti e alle istituzioni pubbliche coinvolte nella vicenda.

Sarebbe stato, infatti, singolare che il legislatore da un lato consentiva ai singoli farmacisti di essere sia titolari di farmacie, che responsabili dei nuovi esercizi (ovvero di prestare la propria attività presso entrambe le tipologie di esercizi) e, dall’altro, aveva precluso alle società di farmacie già dotate dell’autorizzazione commerciale, la stessa opportunità di attività parallele pur se nello stesso settore.

Lo stesso art. 5, comma 1, peraltro, prevedendo che “è abrogata ogni norma incompatibile”, con ciò aveva confermato che l’esclusività dell’oggetto sociale, pur non espressamente eliminata, risultava espunta dal sistema con riferimento a quanto precisato.

Potrebbe, dunque, affermarsi che - come allora - anche le società di gestione di farmacie attualmente possono chiedere di essere autorizzate all’apertura di un nuovo esercizio commerciale nel quale vendere i prodotti specificati nell’art. 5, istituendo come preposto al punto vendita un farmacista iscritto all’albo, che potrà essere scelto anche tra i non soci, purché non ricopra la carica di direttore di una farmacia.

⁹ Vedi art. 4, comma 1, lett. d), e) e f), D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 114.

Va poi notato che la novella del 2017 non si è espressa nemmeno sul contenuto del D.Lgs. 3 ottobre 2009, n. 153 con il quale il legislatore aveva introdotto altri elementi di caratterizzazione relativamente ai servizi erogati dalle farmacie¹⁰.

In sostanza era stata completamente rimodulato - mediante un ampliamento - il ruolo che poteva essere svolto dalle farmacie: non più soltanto qualificato punto di preparazione e distribuzione di farmaci, ma anche presidio socio-sanitario di ampio raggio.

Il legislatore aveva cioè individuato una ulteriore categoria di servizi che potevano essere erogati dalle farmacie, anche nell'ambito del Servizio sanitario nazionale, al fine di mutare completamente l'approccio sul territorio delle strutture.

Appare evidente, perciò, che tale ampliamento ha avuto una ricaduta diretta sull'estensione dell'oggetto sociale.

I nuovi servizi assicurati dalle farmacie nell'ambito del Servizio sanitario nazionale dunque concernono la partecipazione delle farmacie al servizio di assistenza domiciliare integrata a favore dei pazienti residenti o domiciliati nel territorio della sede di pertinenza di ciascuna farmacia.

Tale partecipazione in sostanza può avvenire attraverso sia le tradizionali attività (di dispensazione e la consegna di farmaci e delle miscele per la nutrizione artificiale e dei medicinali antidolorifici, la dispensazione per conto delle strutture sanitarie dei farmaci a distribuzione diretta) sia anche mediante ulteriori modalità.

I risvolti pratici relativi alle attività parallele, quindi, possono così riassumersi in altre attività:

- la messa a disposizione di operatori socio-sanitari, di infermieri e di fisioterapisti, per la effettuazione, a domicilio, di specifiche prestazioni professionali richieste dal medico di famiglia o dal pediatra di libera scelta;
- la collaborazione delle farmacie alle iniziative finalizzate a garantire il corretto utilizzo dei medicinali prescritti e il relativo monitoraggio, ed a favorire l'aderenza dei malati alle terapie mediche, anche attraverso la partecipazione a specifici programmi di farmacovigilanza;
- l'erogazione di servizi di primo livello, attraverso i quali le farmacie partecipano alla realizzazione dei programmi di educazione sanitaria e di campagne di prevenzione delle principali patologie a forte impatto sociale, previa formazione dei farmacisti che vi operano;
- l'erogazione di servizi di secondo livello rivolti ai singoli assistiti su prescrizione dei medici di medicina generale e dei pediatri di libera scelta, anche avvalendosi di personale infermieristico, prevedendo anche l'inserimento delle farmacie tra i punti defibrillatori semiautomatici;
- l'effettuazione, presso le farmacie, di prestazioni analitiche di prima istanza rientranti nell'ambito dell'autocontrollo;
- l'effettuazione di attività attraverso le quali nelle farmacie gli assistiti possono prenotare prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale presso le strutture sanitarie pubbliche e private accreditate;
- l'esecuzione dei pagamenti delle relative quote di partecipazione alla spesa a carico del cittadino;

¹⁰ Sul D.lgs. 153 del 2009, GUIDA, *Ancora novità in tema di farmacie*, in *CNN Notizie* del 9 dicembre 2009.

- il ritiro dei referti relativi a prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale effettuate presso le strutture sanitarie pubbliche e private accreditate.

In pratica le farmacie pubbliche e private, operanti in convenzione con il Servizio sanitario nazionale, possono effettuare il servizio di assistenza domiciliare integrata a favore dei pazienti residenti o domiciliati nel territorio della sede di pertinenza di ciascuna farmacia, a supporto delle attività del medico di medicina generale o del pediatra di libera scelta.

In definitiva con detto D.Lgs. n. 153/2009 era stata completamente ristrutturata l'attività delle farmacie, che hanno assunto sempre più un ruolo di erogatore di servizi affiancandosi al servizio sanitario nazionale.

Appare evidente, in conclusione, che anche oggi l'oggetto sociale delle società di gestione di farmacie può prevedere qualificati servizi, previsti proprio per adeguarlo alle attività che possono essere svolte, superando la "testuale" esclusività dello stesso.

5.1. I soci e le incompatibilità

Con riferimento ai soci di tali società di gestione di farmacie, in base allo stretto tenore letterale, va rilevato che gli stessi possono essere a loro volta persone fisiche e società, sia di persone che di capitali.

Nessuna disposizione, infatti, prevede oggi ostacoli a che la partecipazione in una società di capitali, in una società di persone o in una cooperativa a responsabilità limitata titolare della gestione della farmacia privata sia detenuta da un soggetto non persona fisica.

In sostanza, fuori dei casi di incompatibilità previsti dal complesso e non coordinato sistema di norme costituito dai novellati art. 7, comma e art. 8, della legge 362/1991, di cui si dirà nel prosieguo, nessuna disposizione prevede particolari requisiti soggettivi in capo ai soci, né preclude che questi siano soggetti diversi dalle persone fisiche.

Ne consegue, quindi, che è oggi consentita la partecipazione di soggetti non persone fisiche alle società titolari della gestione della farmacia.

Con il che, a ben vedere, la norma neppure impone una partecipazione al capitale della società da parte di un farmacista: essenziale è che la direzione sia affidata ad un farmacista in possesso dell'idoneità.

L'art. 8, comma 2, prevede che le variazioni della compagine sociale debbano essere comunicate entro sessanta giorni alla Federazione degli Ordini dei Farmacisti italiani, nonché all'Assessore alla Sanità della competente Regione o Provincia autonoma, all'Ordine provinciale dei Farmacisti, ed all'Azienda Sanitaria Locale competente per territorio, sulla falsariga di quanto già previsto per lo statuto delle società e per le sue modificazioni.

Va precisato, peraltro, che detto obbligo di comunicazione grava sulle parti, e non sul notaio che ha ricevuto il relativo atto.

Se l'ambito dei soggetti che possono esser soci di una società di gestione della farmacia privata è oggi estremamente esteso, residuano comunque delle ipotesi di incompatibilità¹¹ per la partecipazione alla società (di persone, di capitali, cooperative a r.l.) titolare della gestione della farmacia privata, oggi contenute

- nell'art. 7, comma 2, secondo periodo, l. 362/1991, il quale prevede che «la partecipazione alle società ... è incompatibile con qualsiasi altra attività svolta nel settore della produzione e informazione scientifica del farmaco, nonché con l'esercizio della professione medica»; e

- nell'art. 8, il quale sancisce l'incompatibilità con la posizione di titolare, gestore provvisorio, direttore o collaboratore di altra farmacia e con qualsiasi rapporto di lavoro pubblico e privato, di cui l'art. 7 predica l'applicabilità alle società nei limiti della compatibilità.

Va, preliminarmente rilevato come, da un lato, la previsione sia sempre stata intesa nel senso che la sussistenza di una delle tre cause previste dal comma 1 dell'art. 8 non fosse ostativa alla partecipazione all'atto costitutivo di una società per la gestione della farmacia privata, divenendo tale incompatibilità rilevante solo nel momento in cui la società consegue la titolarità della farmacia: in altre parole, le incompatibilità rilevano nel momento del rilascio alla società dell'autorizzazione all'esercizio della farmacia.

Per altro verso, ci si può chiedere che senso abbia mantenere alcune delle suddette incompatibilità, e, segnatamente, quella con la sussistenza di rapporti di lavoro pubblico e privato, evidentemente giustificate, nel precedente assetto normativo, con la necessaria presenza del requisito dell'esser farmacista iscritto all'albo e in possesso dei requisiti di idoneità richiesto per tutti i soci (fossero questi o meno direttori responsabili della società).

5.2. Segue l'interpretazione del Consiglio di Stato

Sul punto è, recentemente, intervenuto il Consiglio di Stato, con un parere espresso dalla Commissione Speciale, nominata dal Presidente del Consiglio di Stato con Decreto 9 novembre 2017, n. 136, nella adunanza del 22 dicembre 2017, su sollecitazione del Ministero della Salute con nota di trasmissione della relazione prot. 12257 del 3 novembre 2017.

Il Ministero della Salute, infatti, aveva formulato, tra l'altro, i seguenti quesiti:

- 1) "Se, nel prevedere la titolarità dell'esercizio di una farmacia anche in capo alle società di capitali, il legislatore abbia inteso fare riferimento a tutte le tipologie di società di capitali.";
- 2) "Se anche le società di persone possano essere costituite, ai sensi del novellato articolo 7 della legge n. 362 del 1991, da soci non farmacisti.";
- 3) "Se le incompatibilità di cui all'articolo 7, comma 2, e di cui all'articolo 8, comma 1, della legge n. 362 del 1991, debbano applicarsi a tutti i soci.".

¹¹ Sui requisiti dei soci e le incompatibilità nella previgente disciplina, RUOTOLO, *Requisiti dei soci di società di farmacia alla luce dell'art. 7, comma 4-quater, legge 11/2015*, Quesito di Impresa n. 119-2015/I; RUOTOLO – BOGGIALI, *Farmacie private, direzione e incompatibilità*, Quesito di Impresa n. 1025-2014/I; RUOTOLO – BOGGIALI, *Costituzione società di farmacisti e incompatibilità di cui all'art. 8 l. 362/91*, Quesito di Impresa n. 261-2015/I, questi ultimi tutti in *CNN Notizie* del 2 dicembre 2015. Per alcuni profili concernenti il rispetto dei requisiti, RUOTOLO – BOGGIALI, *Farmacia privata e procura institoria*, Quesito di Impresa n. 321-2015/I e RUOTOLO – BOGGIALI, *Affitto di farmacia privata*, Quesito di Impresa n. 997-2014/I, entrambi in *CNN Notizie* del 3 dicembre 2015

Circa il primo quesito:

- a) il Ministero della Salute ha sostenuto che la titolarità delle farmacie può essere attribuita a tutti i tipi di società di capitali, senza alcuna esclusione, quindi a società per azioni, a società a responsabilità limitata, ed a società in accomandita per azioni;
- b) il Consiglio di Stato ha condiviso tale interpretazione, sia per il generico rinvio del legislatore, sia per la ratio della liberalizzazione, che ha inteso eliminare ogni limite per allargare il mercato, sia infine, per la parallela possibilità di tale soluzione per le cosiddette farmacie comunali.

Circa il secondo quesito:

- a) il Ministero della Salute ha ritenuto che anche per le società di persone di gestione di farmacie è ammessa la partecipazione di soci non farmacisti;
- b) il Consiglio di Stato ha condiviso tale interpretazione, sia per la lettera della norma che non distingue tra società di capitali e società di persone, sia perché resta ferma la distinzione tra direzione della farmacia (prerogativa rimasta al farmacista) e gestione economica della azienda-farmacia.

Più articolata, invece, è stata la risposta al terzo quesito, creando una delicata difformità circa le conclusioni:

a) il Ministero della Salute ha ritenuto che:

- 1) la incompatibilità di cui all'art. 7, comma 2, secondo periodo, nel riferirsi all'"esercizio della professione medica", ha inteso la limitazione solo all'effettivo svolgimento delle attività mediche e non alla mera iscrizione all'albo;
- 2) la incompatibilità di cui all'art. 8, comma 1, lett. b), deve essere limitata solo ai casi in cui la partecipazione alla società di gestione di farmacia comporti lo svolgimento di analogo ruolo nella farmacia stessa, lasciando così esclusa dalla incompatibilità la ipotesi di socio di capitali che non ha ruolo decisionale nella società partecipata;
- 3) la incompatibilità di cui all'art. 8, comma 1, lett. c), deve essere limitata alla esistenza di un "rapporto di lavoro" subordinato, e non ad altra tipologia di lavoro o attività, con il dubbio se tali limitazioni debbano applicarsi anche ai soci di capitale;

b) il Consiglio di Stato ha ritenuto:

1) incompatibilità *ex art. 7*, comma 2, secondo periodo. Pur se la lettera della legge non è chiara, alla luce della *ratio* della norma che tende ad evitare conflitti di interesse tra la attività di erogazione delle prestazioni farmaceutiche e la attività di prescrizione di farmaci, tipica del medico, è stata ritenuta preferibile la soluzione che amplia la incompatibilità a:

- medico solo iscritto all'albo professionale, che non esercita la professione;
- medico iscritto all'albo professionale che esercita la professione;
- medico che non esercita la professione.

2) incompatibilità *ex art. 8*, comma 1, lett. b). La lettera della norma non distingue per la *ratio* sia di evitare che soggetti "titolari" di farmacie contraggano vincoli che impediscano un adeguato svolgimento delle prestazioni, sia per un possibile conflitto di interessi, per cui va esclusa anche la partecipazione con conferimento di soli capitali, che potrebbe ugualmente incidere sulle decisioni

della società. Il tutto anche sulla base della sentenza additiva della Corte cost. n. 275 dell'8-24 luglio 2003.

Si aggiunge che, escludendo la incompatibilità, si avrebbe un ulteriore incremento dell'attività di mero finanziamento, da un lato favorendo la concentrazione patrimoniale a danno della qualificazione professionale del farmacista, dall'altro danneggiando il necessario rapporto di fiducia tra paziente e farmacista per ottenere alti livelli di assistenza.

In definitiva, la incompatibilità deve essere estesa a qualsiasi forma di partecipazione alla società di farmacia, ivi compresa la partecipazione di società di farmacia ad altra società di farmacia, in virtù del cd. principio dell'alternanza;

c) incompatibilità ex art. 8, comma 1, lett. c), relativa a "rapporto di lavoro". Il Consiglio di Stato tende ad escludere che la incompatibilità valga solo per il lavoro subordinato, sia per dubbi di legittima costituzionale, sia per la *ratio* che tende ad evitare che il socio eserciti altra attività che impedisca di svolgere adeguatamente la prestazione lavorativa nella società di farmacia.

Andrebbe, quindi, limitata la partecipazione in maniera più allargata, in quanto il requisito della continuità lavorativa - ostacolo sostanziale – può aversi nel caso di esistenza sia rapporto di lavoro subordinato, sia di rapporto di lavoro autonomo, e ciò anche per evitare difficili valutazioni quantitative.

Resterebbe, infine, il limite ex art. 13 della L. n. 475/1968, in base al quale non può essere titolare, né direttore responsabile chi ricopre posti nella Amministrazione dello Stato, nelle Università, Enti Locali, né esercente la professione di propagandista di prodotti medicali. In tal caso, ove accetti la partecipazione ad una società di gestione di farmacia, dovrà dimettersi.

Tale parere del Consiglio di Stato ha, però, subito suscitato notevoli critiche, in quanto seguendo rigorosamente le dette conclusioni, in pratica quasi nessuna persona fisica potrebbe essere socio di una società di gestione di farmacia, rimanendo consentita la partecipazione soltanto da parte di soggetti che non lavorano, ovvero casalinghe, studenti, disoccupati o pensionati.

5.3. Una possibile diversa lettura

Si potrebbe, dunque, ipotizzare una tacita e integrale abrogazione di parte della disciplina delle incompatibilità in ragione del fatto che altrimenti la finalità liberalizzatrice e di apertura ad investitori della "riforma" ne resterebbe frustrata, ma è operazione ermeneutica non semplice; d'altra parte, appare possibile una interpretazione "ortopedica" del rinvio all'art. 8 contenuto nel terzo periodo del comma 2 dell'art. 7 («Alle società di cui al comma 1 si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni dell'articolo 8»), valorizzando il filtro della compatibilità.

Ciò in quanto il successivo art. 8, comma 1, quasi contraddicendo espressamente il citato terzo periodo del comma 2 dell'art. 7, prevede che «la partecipazione alle società di cui all'articolo 7, salvo il caso di cui ai commi 9 e 10 di tale articolo, è incompatibile ...», senza richiamare il predetto filtro¹².

In tale ultima prospettiva si potrebbe esser tentati dall'affermare la inapplicabilità dell'art. 8 alle sole società di capitali, laddove è più facile che ricorra la figura del socio investitore: e, tuttavia, sul piano dei requisiti soggettivi e delle connesse incompatibilità, la disciplina - espunto il requisito

¹² Tanto che nelle riviste di settore ci si chiede "Quali sono le incompatibilità compatibili": cfr. *Iusfarma* 19 settembre 2017.

dell'esser farmacista idoneo iscritto all'albo per esser socio – non fa alcuna differenza fra società di persone, società di capitali e cooperative a r.l.

La valutazione di compatibilità dei divieti, in altre parole, non può esser condotta alla stregua del criterio del tipo adottato, sicché essi sarebbero incompatibili con le sole società di capitali le quali si connotano per la presenza di soci “capitalisti”, rispetto ai quali i divieti non appaiono aver più senso in quanto chiaramente concepiti per soci che dovevano, necessariamente, esser farmacisti. Questo perché la norma di rinvio non distingue in alcun modo rispetto al tipo adottato né appare possibile escludere che anche nelle società di persone e cooperative (si pensi ai soci finanziatori) vi siano soci con finalità di investimento.

Invero, una possibile chiave di lettura sistematica che confini le ipotesi di incompatibilità ai soli farmacisti (siano essi soci, siano essi solo direttori responsabili) potrebbe rinvenirsi nel comma 7 dell'art. 8: «La violazione delle disposizioni di cui al presente articolo e all'articolo 7 comporta la sospensione del farmacista dall'albo professionale per un periodo non inferiore ad un anno. Se è sospeso il socio che è direttore responsabile, la direzione della farmacia gestita da una società è affidata ad un altro dei soci. Se sono sospesi tutti i soci è interrotta la gestione della farmacia per il periodo corrispondente alla sospensione dei soci. L'autorità sanitaria competente nomina, ove necessario, un commissario per il periodo di interruzione della gestione ordinaria, da scegliersi in un elenco di professionisti predisposto dal consiglio direttivo dell'ordine provinciale dei farmacisti».

Il sistema sanzionatorio ivi previsto, dunque, sembra ricollegarsi esclusivamente a coloro che, soci o direttori responsabili, siano farmacisti iscritti all'albo poiché tanto la sospensione, quanto la sostituzione nella direzione della farmacia (alla quale oggi, anche dopo la legge 124, che ammette società senza soci farmacisti, deve comunque esser preposto un farmacista) non possono che riferirsi a soggetti con tale qualifica.

In tale prospettiva, allora, si avrebbero due ambiti soggettivi di applicazione dell'incompatibilità: il primo, concernente “qualsiasi altra attività svolta nel settore della produzione e informazione scientifica del farmaco, nonché ... l'esercizio della professione medica” che riguarderebbe qualsiasi socio; il secondo, cui si riferiscono le fattispecie di cui all'art. 8, che riguarderebbe i soli farmacisti.

Una conferma del diverso ambito soggettivo delle incompatibilità – l'una valevole per qualsiasi socio, l'altra per i soli farmacisti – sembra potersi desumere anche dalla disciplina successoria.

Il riferimento è alla previsione (rimasta immutata) di cui all'art. 7, comma 9, l. 362/1991, per cui «a seguito di acquisto a titolo di successione di una partecipazione in una società di cui al comma 1, qualora vengano meno i requisiti di cui al secondo periodo del comma 2, l'avente causa cede la quota di partecipazione nel termine di sei mesi dalla presentazione della dichiarazione di successione».

La portata della norma, che impone il trasferimento delle partecipazioni entro sei mesi dalla presentazione della dichiarazione di successione (sic!), si fonda sul venir meno dei requisiti di cui al secondo periodo del comma 2: secondo periodo che, nella formulazione antecedente alla legge 124, prevedeva che possono esser soci «farmacisti iscritti all'albo in possesso del requisito dell'idoneità».

Dunque, la mancanza del requisito nell'erede imponeva la dismissione della partecipazione entro il semestre.

Oggi, con le modifiche apportate dalla legge 124, il rinvio è da intendersi al requisito del non svolgere qualsiasi altra attività nel settore della produzione e informazione scientifica del farmaco e nel non esercitare la professione medica.

L'ipotesi, per così dire, macroscopica, in cui l'attività svolta (informazione o produzione del farmaco; professione medica) presenta *ex se* profili di conflittualità con il corretto svolgimento del servizio farmaceutico e che, nella prospettiva della possibile ricostruzione di cui sopra, pare riferibile tanto al farmacista quanto al non farmacista.

D'altronde, la norma non richiama in alcun modo le ulteriori ipotesi di incompatibilità di cui all'art. 8, sicché l'esser dipendente pubblico o privato o il rivestire la posizione di titolare, gestore provvisorio, direttore o collaboratore di altra farmacia non pare implicare alcun obbligo di dimissione nel semestre ai sensi dell'art. 7, comma 9.

6. Il numero di farmacie

Altra novità rilevante è costituita dalla eliminazione del limite del numero di farmacie gestite da ciascun titolare¹³: ciascun soggetto, infatti, può essere titolare di farmacie senza limiti numerici¹⁴, con la sola precisazione - ai sensi del comma 158 - che il controllo non può essere esteso a più del 20% delle farmacie esistenti nel territorio della medesima regione o provincia autonoma. Detto controllo, poi, dovrà essere inteso sia come diretto che indiretto ai sensi degli artt. 2359 ss. c.c.

La legge 124 del 2017 ha, infatti, abrogato il comma 4-*bis* dell'art. 7 della legge 8 novembre 1991, n. 362, il quale prevedeva che «ciascuna delle società di cui al comma 1 può essere titolare dell'esercizio di non più di quattro farmacie ubicate nella provincia dove ha sede legale». Disposizione, quest'ultima, che - a far data dalla c.d. legge Bersani (art. 5, D.L. 4 luglio 2006, n. 223)¹⁵, aveva "sostituito" l'originaria previsione contenuta nel comma 5 dello stesso articolo, secondo cui «ciascuna delle società di cui al comma 1 può essere titolare dell'esercizio di una sola farmacia e ottenere la relativa autorizzazione purché la farmacia sia ubicata nella provincia ove ha sede legale la società».

¹³ Non appaiono condivisibili le recenti pronunce "gemelle" del T.A.R. Calabria - Catanzaro, sentenze 25 gennaio 2018, nn. 214, 215 e 216, per le quali l'art. 1, comma 158, della legge n. 124/2017, «nello stabilire che "i soggetti di cui al comma 1 dell'art. 7 della legge 8 novembre 1991 n. 362, come sostituito dal comma 157, lettera a), del presente articolo, possono controllare, direttamente o indirettamente, ai sensi degli articoli 2359 e seguenti del codice civile, non più del 20 per cento delle farmacie esistenti nel territorio della medesima regione o provincia autonoma", non può che riferirsi ai soli casi di società per azioni che controllano altre società (disciplinati, per l'appunto, dall'art. 2359 del codice civile, inserito nella sezione V del capo V del titolo V, intitolata "Delle azioni e di altri strumenti"), lasciando quindi fuori dal proprio campo operativo le persone fisiche e le società di persone titolari di farmacia».

¹⁴ Sul punto, la dottrina specialistica (NICOLOSO, *La novella sulle società speciali*, in *Puntoeffe*, ottobre 2017, 40 e ss.) sottolinea come, «abrogato il comma 4 bis dell'articolo 7 della legge 362/1991, che fissava il limite di quattro farmacie per ciascuna società, resta al comma 2 come oggetto esclusivo "la gestione di una farmacia": qualcuno ne ha ricavato che per avere più di una farmacia si dovrebbero costituire altrettanti società, ciascuna controllata "ai sensi degli articoli 2359 e seguenti del codice civile" (così si esprime il comma 158 della legge 124/2017). Ma la limitazione a "una" farmacia doveva ritenersi già tacitamente abrogata dal DL 223/2006 che consentiva di avere fino a quattro farmacie: la rimozione della norma abrogatrice non fa rivivere quella già soppressa. Lo scopo del legislatore, chiarissimo, è quello di ampliare, non di sopprimere, la multitolarità».

¹⁵ Sul punto, RUOTOLO, *Le novità in tema di società di gestione di farmacie private introdotte dal Decreto Legge sulle liberalizzazioni*, in *CNN Notizie* del 6 luglio 2006; RUOTOLO - BOGGIALI, *Conferimento di farmacia privata in s.n.c. e titolarità di più esercizi*, Quesito n. 593-2013/I, in *CNN Notizie* del 29 settembre 2014.

In considerazione del limite quantitativo e del carattere concorrenziale della norma, il legislatore ha comunque attribuito all’Autorità per la Concorrenza il controllo del superamento di tale limite.

Sorgono a questo punto ulteriori interrogativi pratici, e, in particolare:

- se il limite percentuale si debba riferire al volume d'affari, ovvero al numero delle farmacie stesse;
- se tale limite del 20% operi per “ciascuna” regione italiana, stante il disposto della norma, che fa riferimento a farmacie esistenti “nel territorio della medesima regione”.

Quanto alla prima questione, in un’ottica di concorrenza, quale quella propria della norma portatrice della novella, sarebbe stato senz’altro più logico un riferimento al “mercato”, ma così non è stato per cui il dato testuale, numerico, appare decisivo, dovendosi avere riguardo al numero delle farmacie (intese come “punti vendita”) indipendentemente dal loro volume di affari.

Per quanto riguarda invece il secondo profilo, il riferimento è alla Regione o alla Provincia autonoma, per cui esso appare riferibile esclusivamente all’ambito territoriale ivi indicato, con la conseguenza che non vi è preclusione a che, pur sempre sotto la soglia indicata, uno stesso soggetto detenga partecipazioni in farmacie ubicate in più regioni o province autonome.

Si possono ipotizzare, a titolo esemplificativo, alcuni casi in cui si ha il superamento del predetto limite, sul cui rispetto – è bene ricordare - è competente a vigilare l’Autorità garante della concorrenza e del mercato attraverso l’esercizio dei poteri di indagine, di istruttoria e di diffida ad essa attribuiti dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287 (comma 159).

Un’ipotesi è del soggetto persona fisica, titolare della gestione di una o più farmacie (si dia il caso, rappresentanti il 15% delle farmacie esistenti nel territorio della Regione o della Provincia autonoma) che partecipi ad altra società a sua volta titolare della gestione di farmacie (si dia il caso, eccedenti il 5% di quelle esistenti nello stesso territorio): per integrare un’effettiva violazione del disposto del comma 157, tale partecipazione dovrà avere i connotati di cui all’art. 2359, c.c. e, quindi, l’interessato dovrà disporre – direttamente o tramite soggetto interposto - della maggioranza dei voti esercitabili nell’assemblea ordinaria, ovvero disporre di voti sufficienti per esercitare un’influenza dominante nell’assemblea ordinaria o, ancora, esercitare una influenza dominante sulla società in virtù di particolari vincoli contrattuali.

Poiché il divieto di controllo di non più del 20% delle farmacie della Regione o della Provincia autonoma è rivolto ai “titolari dell’esercizio della farmacia privata”, ci si può chiedere se il superamento del limite si verifichi anche laddove la persona (fisica o meno), anziché essere titolare della farmacia, possieda una partecipazione tale da integrare i presupposti del controllo ai sensi dell’art. 2359, c.c., al capitale di tante società per la gestione di farmacie che superino l’anzidetta soglia.

Formalmente il limite appare rispettato: la norma si incentra sul soggetto che abbia la titolarità dell’esercizio della farmacia (in tal senso è il richiamo ai «soggetti di cui al comma 1 dell’articolo 7 della legge 8 novembre 1991, n. 362»), non sul soggetto che partecipi alla società titolare dell’esercizio della farmacia. Sul piano testuale, infatti, la norma non riguarda “l’investitore”, ma il farmacista (persona fisica o società) “imprenditore” e non “l’investitore”.

Solo accedendo ad una interpretazione sostanzialistica della norma – che svaluti, peraltro, il rinvio al comma 1 dell’art. 7 – si potrebbe sostenere che il limite possa riguardare anche la sola detenzione della quota di partecipazione nelle società in questione.

Ma si tratta di interpretazione tutt'altro che agevole, tanto che, per altro verso, fra le critiche rivolte dalla categoria interessata alla legge riformatrice c'è proprio quella di aver di fatto riferito il suddetto limite ai soli farmacisti e non anche agli "investitori".

Per quanto concerne i profili di più stretto interesse notarile, va osservato come la verifica del rispetto del limite del controllo di non più del 20% non possa esser svolta in via autonoma dal pubblico ufficiale, tenuto conto tale verifica dovrebbe richiedere la conoscenza del dato relativo alle farmacie assegnate e che detto limite va rapportato non solo al controllo diretto, ma anche a quello indiretto.

Per tale ragione la vigilanza sul rispetto di detta norma è attribuita all'Autorità per la concorrenza, fermo restando che il notaio è tenuto ad informare le parti della sussistenza di detto limite.

7. La circolazione delle partecipazioni

Alla luce della novella cadono anche tutti i limiti in materia di successione del farmacista persona fisica, non esistendo più la riserva di gestione a favore di un farmacista¹⁶.

La possibilità per gli eredi di utilizzare il modello societario agevererà, pertanto, il passaggio generazionale della farmacia, che ben potrà essere gestita da una società alla quale partecipino tutti gli eredi - anche non farmacisti - del farmacista.

Ovviamente restano per gli eredi le limitazioni previste in generale per i soci delle società di gestione delle farmacie che si è visto in precedenza.

Tutto quanto sopra analizzato in tema di limiti alla costituzione delle società di gestione di farmacia e dei requisiti di soci presenta interessanti ricadute anche in caso di circolazione *inter vivos* delle relative partecipazioni sociali¹⁷, con tutti i conseguenti corollari.

Alla luce della attuale normativa, ormai molto liberale come abbiamo visto, resta la difficoltà di individuare le incompatibilità "previste" dalla legge, e restano perciò gli interrogativi circa la esistenza di cause ostative alla cessione stessa.

Analoga attenzione andrà posta nel valutare le conseguenze formali sull'atto di trasferimento in caso di mancanza dei requisiti previsti dalla legge in capo all'acquirente¹⁸.

¹⁶ Per alcuni profili riguardanti la circolazione *mortis causa* delle farmacie private, RUOTOLO, *Le novità in tema di società di gestione di farmacie private introdotte dal Decreto Legge sulle liberalizzazioni*, in *CNN Notizie* del 6 luglio 2006; RUOTOLO, *Trasferimento di partecipazioni di società personale avente ad oggetto l'esercizio provvisorio di farmacia caduta in successione: limiti*, Quesito n. 182-2008/I, in *CNN Notizie* del 15 ottobre 2008; RUOTOLO – BOGGIALI, *Successione del farmacista e termine entro il quale è possibile la divisione fra i coeredi*, Quesito di Impresa n. 222-2011/I; in *CNN Notizie* del 19 gennaio 2012; RUOTOLO – BOGGIALI, *Trasferimento fiduciario della azienda farmacia caduta in successione*, Quesito di Impresa n. 1-2013/I, in *CNN Notizie* del 1° ottobre 2014; RUOTOLO – BOGGIALI, *Successione di farmacia privata* Quesito di Impresa n. 760-2014/I, in *CNN Notizie* del 25 novembre 2015; RUOTOLO – BOGGIALI, *Passaggio generazionale di farmacia privata*, Quesito n. 989-2014/I, in *CNN Notizie* del 25 novembre 2015.

¹⁷ Per una disamina dei problemi collegati alla cessione di quota di partecipazione di società operanti in questo settore RUOTOLO, *Cessione di quota di partecipazione di società che gestisce una farmacia*, in *Consiglio Nazionale del Notariato, Studi e materiali*, Milano, 2006, 1147.

¹⁸ Per una analisi di ipotesi controverse di costituzione di usufrutto su farmacia vedi M.L. MATTIA, *Usufrutto su azienda farmaceutica*, Quesito n. 7-2009/C, in *CNN Notizie* del 28 aprile 2009. Sull'affitto di farmacia, RUOTOLO, *Pegno di azienda (farmacia)*, Quesito n. 262-2008/I, in *CNN Notizie* del 21 gennaio 2009; RUOTOLO – BOGGIALI, *Affitto di azienda di farmacia "privata"*, Quesito n. 280-2013/I, in *CNN Notizie* del 1° ottobre 2014; RUOTOLO – BOGGIALI, *Affitto di farmacia privata*, Quesito n. 997-2014/I, in *CNN Notizie* del 3 dicembre 2015.

Appare evidente, infatti, che le norme dettate per la costituzione devono trovare applicazione per tutta la durata della società e, quindi, di conseguenza anche nella ipotesi di circolazione delle relative quote.

Laddove, infatti, uno dei soci di una società avente ad oggetto la gestione di farmacie intenda trasferire la propria partecipazione occorrerà necessariamente verificare se anche il soggetto acquirente abbia i requisiti richiesti per la partecipazione alla costituzione della società, e se il nuovo assortimento della compagine consente il mantenimento della gestione senza alterare le prescrizioni del dettato legislativo.

Va però ricordato che - allo stato - la disciplina della incompatibilità non appare chiara, rendendo l'intervento del Notaio particolarmente delicato poiché il pubblico ufficiale prima, ed il professionista poi, dovranno avere cura di informare le parti circa la esistenza di tutti i limiti, e nel caso dell'eventuale superamento degli stessi, di evidenziare le circostanze che potrebbero portare al verificarsi di una causa di decadenza dal diritto di gestire la farmacia.

Una soluzione equilibrata, comunque, non potrà certo portare ad una invalidità dell'atto, poiché in ogni caso la società potrebbe - contestualmente o successivamente - modificare l'oggetto sociale, interrompere l'attività, procedere alla cessione della farmacia, ovvero ancora dare vita ad una mera valorizzazione dei cespiti patrimoniali, rendendo così inutile qualsiasi considerazione sul tema¹⁹.

Ipotesi interessante, ma più articolata, invece, è rappresentata dalla concessione in garanzia della quota di partecipazione alla società. Ci si chiede, ad esempio, se la costituzione in pegno sia sottoposta agli stessi limiti sopra indicati per la titolarità e/o circolazione della quota.

Sembra possibile ritenere che tale forma di garanzia sia del tutto libera e svincolata, poiché evidentemente non comporta in sé stessa trasferimento, ma potrebbe esserne soltanto la causa, eventuale, in fase esecutiva. Sarà in questa sede, invece, che occorrerà verificare se la partecipazione all'incanto possa essere libera, ovvero, limitata ai soggetti in possesso dei suindicati requisiti di legge, ovvero ancora soggetta alle riflessioni di cui sopra.

Al fine di evitare abusi o aggiramenti della norma, poi, sarà opportuno che l'atto di concessione in garanzia preveda che durante il periodo della garanzia i diritti amministrativi, ed in particolare il diritto di voto, restino in capo al socio debitore, al fine di non consentire al creditore eventualmente soggetto ad incompatibilità, di controllare di fatto la società, vanificando l'intento del legislatore di mantenere sotto l'ambito di una competenza strettamente professionale la gestione delle farmacie.

In entrambi i casi, cioè sia di mancato rispetto dei limiti per la partecipazione alla società, sia di mancata regolamentazione dell'esercizio dei diritti amministrativi, lo statuto potrà, poi, prevedere cause di esclusione del socio in maniera da tutelare la società dalla sanzione della perdita della titolarità di gestione della farmacia.

¹⁹ Interessante è un parallelo con la società a responsabilità limitata che svolge attività artigiana *ex lege* 5 marzo 2001, n. 57. Anche in tale fattispecie l'acquisto delle quote da parte di soggetto non avente i requisiti di artigiano non potrà mai essere considerata invalida, incidendo solo sulla iscrizione della società nel relativo albo. In argomento vedi P. Guida, *Anche le s.r.l. pluripersonali possono svolgere attività artigiana*, in *Notariato*, 2001, 325.

8. Il conferimento

Un profilo di interesse attiene alle modalità con cui attuare il conferimento da parte del socio farmacista, tenuto conto da un lato, del disposto del comma 3 dell'art. 12 della legge 475 del 1968 che subordina il trasferimento del diritto di esercizio della farmacia al riconoscimento con decreto dell'autorità preposta; e, dall'altro lato, del principio dell'integrale liberazione dei conferimenti in natura contestualmente alla sottoscrizione di cui agli artt. 2342, comma 3 e 2464, comma 5 c.c.

Occorre, in proposito, distinguere la fase costitutiva della società da quella modificativa consistente in un aumento di capitale con conferimento in natura.

In sede di costituzione appare possibile ricorrere alla tecnica del c.d. "conferimento alternativo".

Si tratta di tecnica già sperimentata, cui si fa ricorso, ad esempio, per il caso di bene soggetto a prelazione artistica: in tale sede, si è precisato come si tratti di un doppio conferimento, appunto alternativo, da un lato, del bene, conferimento sospensivamente condizionato al mancato esercizio della prelazione da parte dello Stato; e dall'altro lato, di una somma di denaro pari al valore dell'immobile, risolutivamente condizionato al mancato esercizio della prelazione. In tal caso il conferimento del bene (sospensivamente condizionato) dovrebbe essere necessariamente corredato da perizia di stima giurata redatta dall'esperto, in forza della quale determinare anche l'importo del denaro da conferirsi in alternativa.

Riguardo a tale fattispecie poi, discusso è se in tal caso il versamento relativo al conferimento in denaro risolutivamente condizionato debba essere integrale, pari cioè al 100% del valore periziato del cespite conferito sotto condizione sospensiva del mancato esercizio della prelazione²⁰ o se, invece, sia sufficiente l'ordinario versamento in denaro del 25% del valore complessivo²¹.

La suddetta tecnica potrebbe quindi esser validamente utilizzata anche nel caso di costituzione di società per la gestione di farmacie private, in cui il trasferimento della titolarità della farmacia è subordinato al riconoscimento da parte dell'autorità preposta²².

Per quanto riguarda la fase dell'aumento, anche in tal caso utili spunti possono ricavarsi dalla prassi sviluppata con riferimento ai beni culturali, e cioè alla tecnica della sottoscrizione sospensivamente condizionata (nel caso dei beni vincolati all'infruttuoso decorso del termine per l'esercizio della prelazione da parte dello Stato; nel caso della farmacia al riconoscimento con decreto entro un congruo termine).

In sostanza, con tale procedura, nella delibera di aumento da attuarsi mediante il conferimento in natura si dovrebbe prevedere un termine finale di sottoscrizione, coincidente con il termine entro il quale il decreto deve intervenire, in mancanza del quale la sottoscrizione diverrebbe definitivamente inefficace.

Ciò implica, sostanzialmente, la necessità di tenere distinti concettualmente (ancorché essi siano funzionalmente collegati) la delibera di aumento da attuarsi mediante conferimento in natura, e il

²⁰ DI VIZIA, *Il conferimento in società di capitali del bene di interesse storico-artistico. Riflessioni in ordine alla prelazione artistica in ambito societario*, in *Riv. not.*, 2009, 76.

²¹ CACCAVALE, *Conferimento in società di beni culturali e diritto di prelazione artistica*, in *Notariato*, 2007, 691; MAGLIULO, *Conferimento di beni culturali in società*, in *Riv. not.*, 2010, 371.

²² Esula da queste considerazioni l'analisi dei possibili riflessi del mancato rilascio dell'autorizzazione nella prospettiva del verificarsi dell'impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale, ipotesi, quella del mancato rilascio, che potrebbe essere anche oggetto di regolamentazione statutaria quale causa di scioglimento ex art. 2484, comma 1, n. 7), c.c..

contratto di sottoscrizione: quest'ultimo sarebbe sottoposto alla condizione di efficacia di cui sopra²³.

Il collegamento funzionale di cui si è fatto cenno consente, a questo punto, di prendere a riferimento il termine quale momento in cui le quote relative alla parte di aumento da attuarsi con il conferimento della farmacia sono da intendersi sottoscritte e (contestualmente) liberate (essendo divenuto efficace il trasferimento).

Va da sé che per questa parte l'aumento si intenderà sottoscritto e liberato solo in caso di emanazione del decreto entro la scadenza di detto termine e sarà opportuno far constare ciò da apposito atto di averamento della condizione.

Si può, a questo punto, ipotizzare che la delibera contempli un conferimento alternativo, di modo che l'aumento progettato sia attuato integralmente, avente ad oggetto denaro in misura corrispondente al valore del conferimento in natura che si rendesse impossibile per la mancata emanazione del decreto.

Tale conferimento sarebbe sottoposto anch'esso alla condizione sospensiva di cui sopra, e comunque la sottoscrizione si dovrebbe intendere avvenuta sempre al momento in cui si verifica la condizione (negativa per il conferimento del bene in natura, positiva per il conferimento in denaro).

Di conseguenza:

a) se il decreto viene emanato, la sottoscrizione dell'aumento mediante conferimento in natura deve considerarsi effettuata alla data dell'emanazione, momento nel quale si potrà anche procedere alla liberazione del conferimento, con pieno rispetto del disposto degli artt. 2440 e 2464, comma 5 c.c., che impongono appunto l'integrale liberazione al momento della sottoscrizione;

b) se, viceversa il decreto non dovesse intervenire entro il termine, ecco allora che alla scadenza di esso si avvererebbe la condizione sospensiva relativa alla sottoscrizione in denaro, che seguirà le regole ordinarie (art. 2440, c.c.; art. 2481- *bis*, comma 4, c.c.).

9. La “nuova disciplina” e il concorso straordinario di cui al d.l. 1/2012

Si è posto il problema se le novità normative introdotte dalla legge 147 del 2018 si riflettano anche sulle farmacie che siano assegnate per concorso straordinario in base decreto-legge 24 gennaio 2012 n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, posto che in alcuni bandi regionali si fa riferimento soltanto a società di persone.

Il disposto dell'art. 11, comma 7, del d. l. n. 1 del 2012 si limita, invero, a prevedere la possibilità di “concorrere per la gestione in forma associata”, senza alludere alle modalità (società di persone o altro) attraverso le quali tale gestione associata verrà esercitata, dovendosi in ogni caso curare il

²³ BOGGIALI – RUOTOLO, *Aumento di capitale di s.r.l. con conferimento di azienda comprendente beni culturali*, in *CNN Notizie* del 19 dicembre 2007. Una volta deliberato l'aumento di capitale con conferimento di beni in natura, segue, infatti, la fase delle sottoscrizioni, mediante la quale i soci assumono l'obbligo di conferimento: indiscussa è la struttura contrattuale della sottoscrizione, nonostante si registrino opinioni diverse quanto alla natura reale o consensuale della stessa (v. BELVISO, *Realità e consensualità del contratto di sottoscrizione di azioni di nuova emissione*, in *Giur. Comm.*, 1991, II, 319 ss.).

rispetto della gestione su base paritaria («Ove i candidati che concorrono per la gestione associata risultino vincitori, la titolarità della farmacia assegnata è condizionata al mantenimento della gestione associata da parte degli stessi vincitori, su base paritaria, per un periodo di tre anni dalla data di autorizzazione all'esercizio della farmacia, fatta salva la premorienza o sopravvenuta incapacità»).

Sul punto, anche il Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale, nel parere 22 dicembre 2017, ha affermato la legittimità della gestione della farmacia in forma di società di capitali, purché sia pienamente rispettata la cogente prescrizione della gestione paritaria, per almeno tre anni, tra i vincitori di concorso straordinario in forma associata.

Afferma quindi il Consiglio di Stato che il rispetto del vincolo della gestione paritaria impone che l'organizzazione interna della forma associata prescelta garantisca che i vincitori abbiano piena parità di gestione e di amministrazione. L'obiettivo va perseguito adottando il modello societario della Società per azioni e della Società a responsabilità limitata, ma non di società in accomandita (S.a.s. o S.a.p.a.), dove la presenza di due diverse categorie di soci rende non configurabile una gestione su base paritaria. L'adozione dei modelli societari indicati va poi rafforzata e soprattutto non indebolita con appropriati statuti societari, che, quali atto di regolazione della *governance* societaria, può preservare da meccanismi elusivi la realizzazione della gestione associata su base paritaria.

10. Conclusioni

In conclusione, alla luce della novella, può sostenersi che:

- a) la società di gestione della farmacia deve avere per oggetto esclusivo la gestione di farmacie (con le precisazioni di cui sopra *ex lege* n. 248/2006 e D.Lgs. n. 153/2009);
- b) il capitale della società può essere posseduto da persone fisiche, o giuridiche, con le limitazioni stabilite dalle incompatibilità sopra esaminate;
- c) la direzione deve essere affidata ad un farmacista, anche se non socio;
- d) la società di gestione di farmacie non può controllare - direttamente o indirettamente - più del 20% delle farmacie esistenti nel territorio della medesima regione, o provincia autonoma;
- e) non esiste un collegamento tra la sede della società e la ubicazione delle farmacie.

Paolo Guida, Antonio Ruotolo e Daniela Boggiali