



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 9968 del 2011, integrato da motivi aggiunti,  
proposto da:  
Pfizer Italia s.r.l., Pfizer Health A.B., Pfizer Inc., rappresentate e difese dagli avv.ti  
Massimo Luciani, Cristoforo Osti, Aristide Police, Anna Maria Stein, con domicilio  
eletto presso lo studio del secondo in Roma, via di Villa Sacchetti, 11;

***contro***

Autorita' garante della concorrenza e del mercato, rappresentata e difesa  
dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la cui sede domicilia in Roma, via dei  
Portoghesi, n.12;

***nei confronti di***

Sifi - Societa' Industria Farmaceutica Italiana s.p.a., rappresentata e difesa dagli  
avv.ti Stefano Grassani, Gian Paolo Di Santo, Nico Moravia, con domicilio eletto  
presso l'ultimo in Roma, via Bocca di Leone, n.78;  
Ratiopharm Italia s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano Grassani, Gian  
Paolo Di Santo, Nico Moravia, Marco Giustiniani, presso lo studio dei quali

elettivamente domicilia in Roma, via Bocca di Leone, n.78;  
Assogenerici - Associazione Nazionale Industrie Farmaci Generici, rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano Grassani, Gian Paolo Di Santo, Nico Moravia, Marco Giustiniani, con domicilio eletto presso lo studio del terzo in Roma, via Bocca di Leone, n.78;  
Tubilux Pharma s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Alessandro Masetti Zannini de Concina, Monica Bucarelli, Gabriele Petrocchi, presso lo studio dei quali elettivamente domicilia in Roma, via Piemonte, n.26;  
Alapis Società Anonima di Partecipazione di Prodotti Farmaceutici Chimici e Biologici - Alapis A.V.E.E.;  
Movimento Consumatori;

***per l'annullamento:***

- del provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato adottato nell'adunanza 25 agosto 2011 nell'ambito del procedimento A-431B, che ha rigettato gli impegni proposti dalle società ricorrenti al fine di chiudere senza il possibile accertamento di infrazione il procedimento stesso, relativo a un presunto abuso di posizione dominante delle ricorrenti;
- della decisione del 17 novembre 2011, n. 0067308, adottata nell'ambito del procedimento A-431, con la quale gli uffici dell'Autorità hanno parzialmente respinto l'istanza di riservatezza avanzata dalle ricorrenti (*RICORSO*);
- della decisione 22 dicembre 2011, n. 0077258, con la quale gli uffici dell'Autorità hanno fornito una più puntuale motivazione del rigetto delle istanze di riservatezza (*PRIMI MOTIVI AGGIUNTI*);
- del provvedimento dell'Autorità adottato nell'adunanza 11 gennaio 2012 a conclusione del procedimento A-431, che ha deliberato che le ricorrenti avrebbero posto in essere un abuso di posizione dominante contrario all'art. 102 TFUE (*SECONDI MOTIVI AGGIUNTI*).

Visto il ricorso;

Visti gli atti di proposizione di motivi aggiunti;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e il ricorso incidentale condizionato dell'Autorita' garante della concorrenza e del mercato;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Sifi - Societa' Industria Farmaceutica Italiana s.p.a.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ratiopharm Italia s.r.l.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Assogenerici - Associazione Nazionale Industrie Farmaci Generici;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Tubilux Pharma s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 20 giugno 2012 il cons. Anna Bottiglieri e uditi per le parti i difensori come da relativo verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

## FATTO

Espongono le società ricorrenti che il 13 ottobre 2010, sulla base di una denuncia presentata da Rathiofarm, società produttrice di farmaci generici, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato avviava nei loro confronti, ai sensi dell'art. 14 della l. 10 ottobre 1990, n. 287, indagine volta ad accertare se le società avessero abusato, in violazione dell'art. 102 TFUE, della presunta posizione dominante nel mercato degli analoghi delle prostaglandine, mediante comportamenti volti a prorogare artatamente la naturale scadenza della protezione brevettuale accordata al prodotto, consistenti in un utilizzo strumentale e improprio delle procedure amministrative, volto a impedire o ritardare l'ingresso dei farmaci generici.

Soggiungono le ricorrenti di aver sostenuto nell'ambito del procedimento la liceità del proprio comportamento ma di aver comunque presentato, ai sensi dell'art. 14-ter della l. 10 ottobre 1990, n. 287, impegni ritenuti idonei a risolvere le questioni concorrenziali sollevate dall'Autorità, la quale prima li riteneva non manifestamente infondati, provvedendo alla loro pubblicazione, poi, all'esito della relativa istruttoria e del dibattito procedimentale, che coinvolgeva anche il denunziante Rathiofarm, Assogenerici - Associazione dei produttori di farmaci generici nonché altre imprese "genericiste", li rigettava con deliberazione 25 agosto 2011.

Rappresenta inoltre la parte ricorrente che in data 17 novembre 2011 l'Autorità rigettava parzialmente le istanze di riservatezza relativa ai documenti prelevati dall'Autorità nel corso delle ispezioni del 26 ottobre 2010 presso la propria sede.

Con l'atto introduttivo del giudizio parte ricorrente propone impugnativa avverso i predetti provvedimenti di rigetto degli impegni e di rigetto parziale dell'istanza di riservatezza, deducendo a sostegno dell'azione i seguenti motivi di ricorso.

1) Violazione dell'art. 3 della l. 7 agosto 1990, n. 241 per erroneità e insufficienza della motivazione – Falsa applicazione dell'art. 14-ter della l. 287/1990 – Eccesso di potere per irragionevolezza e contraddittorietà della motivazione [A) Insufficienza della motivazione; B) Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, travisamento dei fatti e ingiustizia manifesta; C) Falsa applicazione dell'art. 14-ter della l. 287/1990 e degli artt. 5, 9 e 27 del regolamento 1/2003; D) Assenza di motivazione, motivazione irragionevole e contraddittoria, falsa applicazione dell'art. 14-ter, anticipazione nel merito del giudizio, eccesso di potere per sviamento della causa tipica, violazione dell'art. 97Cost.].

I motivi per i quali gli impegni sono stati rigettati sarebbero palesemente inidonei a fornire indicazioni sufficienti delle ragioni del rigetto, trattandosi di affermazioni apodittiche, erronee in fatto e in diritto, omissive della considerazione di profili

particolari segnalati dalle società e dei commenti positivi espressi dall'Istituto Bruno Leoni.

Il vizio motivazionale si rivelerebbe ancor più evidente considerato che gli impegni erano stati pubblicati e, anzi, ritenuti non manifestamente inadeguati a risolvere le sollevate criticità concorrenziali, ciò che avrebbe dovuto comportare, alla luce della giurisprudenza amministrativa e dell'art. 27, comma 4, del regolamento n. 1/2003, una motivazione a carattere "rinforzato" delle ragioni per le quali i commenti dei terzi avrebbero inciso sulla precedente valutazione positiva.

Ma poiché tali commenti non avrebbero fornito all'Autorità alcun elemento che non le fosse già noto precedentemente alla loro acquisizione, resterebbe del tutto inspiegabile il motivo per il quale impegni prima considerati potenzialmente adeguati siano poi divenuti inadeguati.

Anche in seno all'Autorità sarebbero state sollevate perplessità in merito al rigetto degli impegni, tant'è che la relativa delibera non è stata assunta all'unanimità.

Nell'aderire pedissequamente e acriticamente ai commenti negativi del denunciante e dei genericisti l'Autorità avrebbe fondato il rigetto su circostanze del tutto erronee in fatto, quale l'individuazione della scadenza del brevetto divisionale EP168 alla data del 17 luglio 2011 e non al gennaio 2012.

Inoltre, nel rilevare che i chiarimenti forniti dalle società non sarebbero stati sufficienti a superare i commenti negativi dei genericisti, l'Autorità non si sarebbe premurata di verificare la fondatezza delle affermazioni contenute in tali commenti, con particolare riguardo a quelli con cui è stato obiettato il contrasto tra gli impegni 1 e 3 e 1 e 5, che sarebbe solo apparente.

Palesamente infondata e meramente opportunistica sarebbe poi l'affermazione secondo cui la proposta concessione della licenza gratuita avrebbe posto i genericisti in uno "stato di subordinazione". La licenza gratuita sarebbe stata, invece, una soluzione efficace per i genericisti, sol che si consideri la circostanza,

nota all'Autorità, che Teva/Ratriopharm aveva inviato a Pfizer una proposta transattiva fondata sulla rinuncia da parte della stessa alle azioni intentate nei suoi confronti in Spagna e in Italia sulla base di una licenza di brevetto non esclusiva, e in quel caso onerosa, nonché i pareri dei giuristi specializzati in diritto industriale prodotti dalle società, evidenziando le ragionevoli probabilità di Pfizer di prevalere nel merito delle questioni pendenti innanzi all'EPO e ai giudici nazionali.

L'asserita inutilità dell'impegno n. 6 sarebbe poi affermazione pretestuosa.

La gravità della posizione assunta dall'Autorità si apprezzerebbe in tutta la sua pregnanza tenuto conto che, a fronte dei commenti negativi pervenuti dal denunciante e dagli altri genericisti, scarsamente attendibili perché controparti in giudizi aventi ad oggetto proprio il brevetto divisionale oggetto di indagine amministrativa, l'unico soggetto terzo interpellato, l'Istituto Bruno Leoni, ha accolto positivamente gli impegni.

Non sarebbero veri gli assunti dell'Autorità che gli effetti del comportamento si sarebbero già prodotti in modo irreversibile o che Pfizer non avrebbe offerto misure compensative: essi sono affetti dal citato errore in fatto sulla validità temporale del brevetto, oltre a non considerare che l'accettazione degli impegni, alla luce di una corretta lettura della normativa di riferimento, di pronunzie giurisdizionali nazionali e di provvedimenti comunitari, non sarebbe subordinata a quanto rilevato dall'Autorità, che si sarebbe anche posta, nella specie, alla stregua di un giudice di pretese attinenti alla responsabilità nell'ambito di rapporti interpretati.

Nel provvedimento di rigetto degli impegni, in violazione della *ratio* dell'istituto, l'Autorità si sarebbe espressa anticipatamente nel merito della questione relativa al comportamento abusivo.

Gli impegni sarebbero stati rigettati in ragione della pretesa intervenuta scadenza o solo residuale copertura del brevetto, che l'Autorità avrebbe contribuito ad

accorciare in maniera notevole con il comportamento dilatorio serbato nella verifica degli impegni (prima presentazione gennaio 2011; delibera di rigetto 25 agosto 2011; notifica del rigetto 7 ottobre 2011), così indirettamente indebolendoli.

2) Violazione dei principi di buona amministrazione e leale collaborazione, economicità e trasparenza, dell'azione amministrativa – Illegittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3, 24, 97 e 117 Cost. – Violazione dei principi fondamentali nel diritto dell'Unione di buona amministrazione ed effettività – Violazione dell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali e dell'art. 6 CEDU [A) Violazione dei principi di buona amministrazione e leale collaborazione, illegittimità costituzionale; B) Violazione dei principi di buona amministrazione e effettività sanciti dal diritto dell'Unione, violazione degli artt. 5, 9 e 27 del regolamento 1/2003, degli artt. 41, 47 e 52 della Carta dei diritti fondamentali, dell'art. 6 CEDU, richiesta di domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'UE *ex art. 267 TFUE*].

Il comportamento dell'Autorità nel corso della valutazione degli impegni sarebbe stato connotato da un atteggiamento passivo e ostruzionistico.

In particolare, se è vero che la giurisprudenza afferma che gli impegni non sono negoziabili nel loro contenuto né modificabili autoritativamente dall'Autorità, è anche vero che alla società non sarebbero stati richiesti chiarimenti e integrazioni utili a permettere eventualmente alla società di precisare o di adeguare gli impegni, come previsto dalle Best Practices emanate dalla Commissione europea e in coerenza con la duplice ispirazione che governa la regolamentazione antitrust, nella quale convivono logiche sanzionatoria e amministrativo/conformativa.

In altre parole, l'Autorità, nella corretta interpretazione dell'art. 14-*ter* della l. 287/1990 secondo il principio della leale collaborazione e del connesso principio del buon andamento dell'amministrazione, come delineati dalle statuizioni della Corte Costituzionale, nonché in ragione del principio del primato della disciplina

comunitaria del relativo procedimento, avrebbe dovuto segnalare all'impresa interessata l'inadeguatezza degli impegni presentati ai fini delle successive autonome determinazioni di questa.

Diversamente opinando, si porrebbe la questione della legittimità costituzionale della disposizione, per violazione degli artt. 3, 24, 97 e 117, comma 1 Cost..

L'Autorità avrebbe dovuto sospendere il procedimento in attesa della decisione dell'EPO sulla validità del brevetto divisionale relativo allo Xatalan, la cui invalidità ha costituito uno dei presupposti fondamentali dell'asserito comportamento anticoncorrenziale.

In ragione della immediata lesività del provvedimento di rigetto degli impegni, un eventuale diniego di tempestiva e autonoma tutela si porrebbe in violazione del diritto di accesso alla giustizia riconosciuto principio fondamentale del diritto dell'Unione.

Tale principio sarebbe stato violato dall'Autorità nel rigettare gli impegni senza offrire di integrarli e nel complessivo agire senza equità come sopra descritto nel relativo procedimento, così ponendo nel nulla un procedimento dispendioso per essa e per le parti coinvolte.

Tale possibilità avrebbe dovuto essere concessa alla società anche se non regolata da legge, in forza del principio di effettività di amplissima applicazione nella giurisprudenza europea, valorizzando la circostanza della contribuzione da parte degli impegni all'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE (principio dell'effetto utile), nonché tenuto conto dell'obbligo di leale collaborazione di cui all'art. 4.3 TUE.

L'atteggiamento passivo invece serbato dagli uffici rappresenterebbe la negazione dell'obbligo di effettività e leale cooperazione nonché della *ratio* stessa dell'istituto degli impegni.

Diversamente opinando, questo Tribunale dovrebbe sollevare al riguardo questione interpretativa innanzi alla Corte di giustizia.

Nel rigettare gli impegni, l'Autorità si sarebbe espressa anticipatamente nel merito della questione relativa al comportamento abusivo, in violazione degli artt. 5 e 9 del Regolamento 1/2003.

3) Immediata lesività del provvedimento – Illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 24 Cost..

L'atto di rigetto gravato nel caso di specie sarebbe a carattere provvedimentoale e immediatamente lesivo e, come tale, direttamente impugnabile, non rinvenendosi identità con la fattispecie per la quale il Consiglio di Stato ha negato l'immediata impugnabilità del rigetto degli impegni con sentenza n. 4393 del 2011, mancando il presupposto, ritenuto rilevante in quel giudizio, della collaborazione e del dialogo costruttivo da parte dell'Autorità e avendo con lo stesso l'Autorità già anticipato il proprio giudizio sulla condotta delle società.

Inoltre, nel caso di specie, l'interesse dell'impresa non sarebbe utilmente difeso con l'impugnazione del provvedimento finale, poiché: la società non si troverebbe più nella condizione di offrire impegni comparabili, stante la scadenza della tutela brevettuale nel gennaio 2012 e il possibile esaurimento dei giudizi pendenti; la società non potrebbe attivare tutele né in forma specifica né per equivalente all'eventuale esito favorevole del giudizio sulla decisione finale, non avendo già attivato tutele, per spirito di collaborazione, nei confronti dei genericisti, i quali sono quindi entrati sul mercato; nell'ipotesi di una decisione dell'Autorità sfavorevole e di una decisione dell'EPO confermando la validità del brevetto, si creerebbe uno stato di grave incertezza giuridica nella posizione di Pfizer.

Diversamente opinando, questo Tribunale dovrebbe sollevare al riguardo questione di legittimità costituzionale degli artt. 14-ter della l. 287/1990 e 7 c.p.a. per violazione degli artt. 3, 24 e 113 Cost..

4) Violazione dell'art. 13 del D.P.R. 217/1998, del diritto alla riservatezza, del segreto professionale.

Il rigetto parziale dell'istanza di riservatezza avrebbe fatto indebitamente prevalere l'interesse del denunciante e degli intervenienti nel procedimento ad accedere ai documenti prelevati in sede ispettiva presso la sede romana rispetto all'interesse dell'impresa alla riservatezza degli stessi, che atterrebbero alle valutazioni interne e alle strategie della società, pur riconoscendosi implicitamente che i documenti in parola contengono segreti commerciali.

L'Autorità avrebbe parzialmente respinto le richieste di riservatezza al fine di rendere accessibili tali segreti commerciali ai concorrenti di Pfizer.

Il parziale rigetto sarebbe del tutto ingiustificato e immotivato e non avrebbe accolto neppure quelle cautele minime ma essenziali volte a contemperare gli interessi delle parti coinvolte.

Inoltre l'accoglimento dell'istanza di stralcio di alcuni documenti, coperti da segreto professionale, avvenuto a quasi un anno di distanza non sanerebbe la violazione subita da Pfizer.

Il parziale rigetto non si pronunzierebbe sull'istanza di stralcio di alcuni documenti.

L'esclusione del segreto sarebbe indebitamente avvenuta anche nei confronti di documenti integranti comunicazioni anche interne e a carattere prodromico inerente l'attività di avvocati esterni attraverso i quali esercitare il diritto di difesa.

Esaurita l'illustrazione delle illegittimità rilevate a carico degli atti gravati, le ricorrenti ne domandano l'annullamento.

Costituitasi in giudizio, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato eccepisce l'inammissibilità del ricorso perché rivolto al rigetto degli impegni, atto che la giurisprudenza amministrativa del giudice di appello riterrebbe non autonomamente impugnabile, e comunque la sua infondatezza.

Costituitasi in giudizio, la Sifi eccepisce l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse laddove rivolto al rigetto degli impegni, e per carenza di legittimazione laddove rivolto avverso la decisione sulla riservatezza dei documenti, sia perché gli stessi nelle more sarebbero stati parzialmente palesati, sia perché allo stato del procedimento considerato, che non si è ancora concluso, sarebbero sussistiti altri documenti sfavorevoli alle ricorrenti. La Sifi contesta poi la fondatezza nel merito delle censure ricorsuali.

Analoghe conclusioni sono rassegnate da Ratiopharm, parimenti costituita in giudizio.

Con ordinanza 20 dicembre 2011, n. 2901, delibando in ordine alla domanda di sospensione interinale degli effetti degli atti gravati, dalla parte ricorrente incidentalmente interposta, la Sezione la accoglieva limitatamente al provvedimento di parziale rigetto dell'istanza di riservatezza, ravvisato come non corredato di idonea motivazione.

Successivamente, l'Autorità adottava la decisione 22 dicembre 2011, n. 77258, con la quale forniva una più puntuale motivazione del rigetto delle istanze di riservatezza proposte dalla società.

Di tale decisione le ricorrenti domandano l'annullamento con i mezzi aggiunti, valevoli anche in via autonoma, deducendo i seguenti motivi di gravame.

1) Violazione dell'art. 13 del D.P.R. 217/1998, del diritto alla riservatezza – Inottemperanza all'ordinanza del giudice [A) Violazione dell'art. 13 del D.P.R. 217/1998, del diritto alla riservatezza per aver reso accessibili ai terzi denunciati e intervenienti documenti riservati senza adozione di idonee cautele; B) Violazione dell'art. 13 del D.P.R. 217/1998, assenza di motivazione, inottemperanza all'ordinanza del giudice; C) Violazione del diritto alla tutela dei segreti aziendali e della riservatezza, erroneità, perplessità e insufficienza della motivazione; D) Violazione delle procedure previste all'art. 13, commi 7 e 8 del regolamento].

Gli uffici non avrebbero fornito alcuna motivazione in merito alla scelta di rendere accessibili documenti riconosciuti contenenti segreti commerciali a terzi che non rientrerebbero tra coloro cui si applicano le eccezioni previste dall'art. 13, comma 3, del regolamento in epigrafe, relative alla necessità di conoscere tutti gli elementi a carico ovvero di difendersi: tali condizioni non sussisterebbero infatti per il denunciante e gli intervenienti, cui non avrebbe potuto essere concesso l'accesso ai documenti predetti neppure nell'ipotesi di un loro utilizzo quali prove di un asserito abuso.

Vieppiù, non sarebbero state adottate le idonee cautele a salvaguardia della riservatezza dei dati.

Non sarebbe stata esplicitata alcuna motivazione idonea a fornire le ragioni del perché siano state ritenute applicabili ai denunzianti e agli intervenienti le eccezioni di cui sopra e del perché non siano state adottate idonee cautele, che si rendevano ancor più necessaria tenuto conto dell'esito del giudizio cautelare.

In subordine, le motivazioni addotte per sostenere che l'accesso dei terzi era indispensabile per l'individuazione e la prova della violazione contestata sarebbero erronee, insufficienti e perplesse almeno per la maggior parte dei documenti resi accessibili.

Le motivazioni riguardanti ciascun documento sarebbero incongrue.

L'Autorità avrebbe concesso al denunciante e agli intervenienti di avere accesso ad una versione non confidenziale della CRI prima di definire la questione sulla riservatezza.

2) Violazione dell'art. 13 del D.P.R. 217/1998, del segreto professionale – Assenza di motivazione – Inottemperanza all'ordinanza 20 dicembre 2011.

Alcuni documenti, contrariamente a quanto ritenuto dall'Autorità, sarebbero coperti da segreto professionale, perché integranti comunicazioni anche interne e a

carattere prodromico inerente l'attività di avvocati esterni attraverso i quali esercitare il diritto di difesa.

La seconda decisione sulla riservatezza non contenebbe, come la prima, alcuna motivazione in merito al rifiuto di considerare come coperti da segreto professionale alcuni documenti.

La seconda decisione sulla riservatezza non si pronunzierebbe sulla questione, sollevata dalla società, della tardività dell'accoglimento della richiesta di considerare alcuni documenti come coperti da segreto professionale.

Costituitasi in resistenza, la Tubilux Pharma fa riserva di svolgere successivamente le proprie difese.

Nel prosieguo, l'Autorità, nell'adunanza 11 gennaio 2012, a conclusione del procedimento in parola, deliberava che le ricorrenti società avessero posto in essere un abuso di posizione dominante contrario all'art. 102 TFUE.

L'Autorità deliberava indi che le società si astenessero in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione e irrogava alle medesime la sanzione pecuniaria pari a € 10.677.706.

Il comportamento anticoncorrenziale veniva individuato nella esplicita strategia di Pfizer volta a prolungare artatamente l'estensione della protezione brevettuale di Xalatan in Italia dal settembre 2009 al luglio 2011, al fine di allinearla a quella in vigore negli altri Paesi europei, mediante le richieste - unicamente ascrivibili a tale fine - sia del brevetto divisionale EP168 nel 2002, che del successivo CPC, richiesto in Italia nel 2009.

Parimenti oggetto di contestazione era lo sfruttamento da parte di Pfizer del conseguente stato di incertezza giuridica in merito alla possibilità di commercializzare le specialità equivalenti a base di latanoprost, amplificato da numerose diffide inviate dalla società ai genericisti che hanno condotto all'instaurarsi di un contenzioso amministrativo e civile, con importanti richieste di

risarcimento danni in caso di commercializzazione dei medicinali generici prima della nuova scadenza della protezione brevettuale di Xalatan di luglio 2011.

In particolare, la strategia escludente veniva accertata costituita da:

- 1) l'artificiosa estensione della protezione brevettuale di Xalatan in Italia oltre la scadenza del brevetto principale del settembre 2009, nell'ambito della quale rilevano: a) la richiesta ad EPO e l'ottenimento del brevetto divisionale EP168; b) la validazione del brevetto divisionale esclusivamente in Italia, [omissis], Paesi in cui la scadenza brevettuale di Xalatan - in forza del brevetto principale EP417 - era fissata al 6 settembre 2009; c) la richiesta ad UIBM e l'ottenimento del CPC in Italia al fine di allineare nel nostro Paese la durata della tutela brevettuale di Xalatan a quella in vigore nel resto d'Europa (luglio 2011); d) la richiesta della successiva estensione brevettuale a seguito di sperimentazione pediatrica;
- 2) l'avvio di una *litigation* giudiziale per scoraggiare o rendere maggiormente onerosa la vendita dei generici a base di latanoprost ovvero interdirla direttamente la commercializzazione, posta in essere per il tramite di: a) diffide ai genericisti alla commercializzazione dei generici di Xalatan prima della nuova scadenza brevettuale del luglio 2011; b) azioni di pressione su AIFA al fine di impedire il rilascio delle AIC ai genericisti, nonché il loro inserimento in lista di trasparenza; c) richiesta di ingenti risarcimenti del danno.

Tale provvedimento è impugnato dalle ricorrenti mediante mezzi aggiunti.

Questi i motivi di gravame.

- 1) Assenza di istruttoria – Violazione e falsa applicazione dell'art. 14 della l. 297/1990 – Falsa rappresentazione dei fatti – Violazione del diritto di difesa e assenza o carenza della motivazione – Violazione dei principi di buona amministrazione e di imparzialità dell'azione amministrativa – Violazione e falsa applicazione dell'art. 8 del regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Autorità.

Avendo l'Autorità deciso l'esito del procedimento già al momento del rigetto degli impegni, la fase istruttoria sarebbe stata pressoché inesistente, essendo consistita esclusivamente in cinque audizioni svoltesi nel periodo 3-13 ottobre 2011, di cui tre riguardanti il denunciante e i genericisti intervenuti nel procedimento, le cui affermazioni non avrebbero formato oggetto di alcuna verifica in ordine alla loro veridicità.

Il provvedimento sanzionatorio si atterrebbe strettamente alle rappresentazioni dei genericisti anche circa la regola di diritto applicabile per numerosi profili della vicenda, partitamente elencati.

Quanto alle due audizioni dei soggetti neutrali UIBM e AIFA, le domande poste dall'Autorità sarebbero state rivolte non a chiarire la normativa applicabile ovvero i fatti, bensì solo a dare fondamento alla tesi accusatoria.

L'Autorità avrebbe fatto un uso distorto degli elementi difensivi spesi dalle società dopo la CRI, tarando un po' meglio la decisione finale rispetto a grossolani errori nei quali erano incorsi i precedenti provvedimenti e ignorando del tutto le inconfutabili argomentazioni che si ponevano in contrasto con la tesi accusatoria.

E seppure l'Autorità non era tenuta a motivare su tutte le difese procedurali formulate, nondimeno sarebbe evidente la scelta selettiva degli argomenti da ignorare, giustificata esclusivamente dalla volontà di pervenire a una punizione esemplare.

Sarebbe illegittima la verbalizzazione della riunione nel corso della quale è stato deliberato il gravato provvedimento, avvenuta a distanza di oltre un mese, ovvero non contestualmente al compimento delle relative operazioni, come sarebbe imposto dai principi generali della materia.

2) Erronea individuazione del mercato del prodotto rilevante, errata valutazione della posizione di Pfizer nel mercato – Vizio logico, difetto di istruttoria e di motivazione.

Non sarebbe corretta l'affermazione dell'Autorità che gli analoghi delle prostaglandine non sono sostituibili con altri preparati antiglaucoma e miotici e che pertanto il mercato rilevante sarebbe costituito dagli analoghi delle prostaglandine, nell'ambito del quale Pfizer deterrebbe una posizione dominante.

In particolare, alla luce della nota 78 del 1999 della Commissione Unica del farmaco (CUF), pubblicata anche dopo l'istituzione dell'AIFA sino all'abolizione della nota nel 2010, che ha preso a base studi scientifici e che, per ragioni di contenimento della spesa pubblica, ha imposto di utilizzare i betabloccanti come prima scelta per la cura del glaucoma, almeno detti betabloccanti sarebbero concorrenti diretti del latanoprost e rientrerebbero dunque nello stesso mercato.

Le motivazioni con cui l'Autorità ha confutato quanto emergente dalla nota 78 sarebbero prive di pregio e affette da vizio logico, e, in subordine, comunque affette da vizi istruttori e motivazionali.

Nel mercato rilevante correttamente ricostruito secondo quanto sopra le quote di mercato di Pfizer non attesterebbero la detenzione presente o passata di una posizione dominante.

3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 102 TFUE, della l. 297/1990 e delle norme in materia di diritto di proprietà intellettuale – Travisamento dei fatti – Difetto di motivazione.

In subordine, il comportamento di Pfizer sarebbe stato del tutto conforme e coerente con la normativa in materia di brevetti applicabili all'epoca dei fatti, i cui esatti termini sarebbero sfuggiti all'Autorità, in quanto:

- sulla base del brevetto principale EP'417, aveva ottenuto la protezione brevettuale in Italia e altrove fino al 6 settembre 2009, e quindi aveva il diritto di ottenere il relativo CPC e dunque l'estensione della protezione da tale scadenza sino al luglio 2011 al fine di recuperare gli investimenti in tutti gli Stati membri;

- la richiesta di brevetto divisionale era perfettamente lecita e disciplinata dagli artt. 71, comma 1, e 76 EPC, è stata sottoposta alla valutazione dell'EPO e il brevetto divisionale è stato rilasciato al termine di una procedura complessa e trasparente;

- concesso il brevetto divisionale, lo stesso mutua la stessa data della domanda di deposito del brevetto principale e la stessa data di scadenza, non comportando di conseguenza alcuna estensione della protezione brevettuale. Per il latanoprost, quindi, il brevetto divisionale sarebbe scaduto esattamente nello stesso giorno del brevetto principale, 6 settembre 2009, mentre il CPC e l'estensione pediatrica sarebbero egualmente scadute nella stessa data di tutti i CPC del latanoprost, ovvero il 17 luglio 2011 e il 17 gennaio 2012 con l'estensione pediatrica.

La società avrebbe quindi agito nel suo pieno diritto, utilizzando procedure del tutto conformi alla legge, trasparenti e volte a ottenere nulla più di quanto essa poteva legittimamente avere.

La società non avrebbe inoltre fornito informazioni elusive o fuorvianti nel corso delle procedure per l'ottenimento del brevetto divisionale.

Sarebbe significativo dei vizi dell'atto la scarsità di riferimenti al caso *AstraZeneca*, sentenza T-321/05, *AstraZeneca c. Commissione*, recente e unico caso deciso da una corte dell'Unione europea che abbia a oggetto l'applicazione del divieto di posizione dominante ad un comportamento analogo a quello contestato alle ricorrenti, ovvero l'esclusione dei concorrenti attraverso la manipolazione di pratiche regolatorie attinenti alla registrazione brevettuale di farmaci.

Al riguardo, l'Autorità avrebbe ignorato i criteri giuridici ivi identificati, e soprattutto la valenza delle informazioni ingannevoli o elusive all'EPO, presenti in quel caso e non nella fattispecie in esame.

Il provvedimento adombrerebbe che l'impresa ha fornito informazioni elusive senza però identificarle.

L'Autorità avrebbe quindi invertito l'onere della prova obbligando le società a difendersi da accuse non sostanziate, cosa che la società avrebbe peraltro fatto dimostrando la trasparenza della sua condotta.

Le motivazioni della revoca da parte dell'EPO del brevetto divisionale sarebbero del tutto estranee alla questione esaminata dall'Autorità, circostanza che l'Autorità medesima si è rifiutata di considerare con motivazioni illogiche.

Anche laddove possa sostenersi che la violazione contestata afferisca non alle informazioni elusive ma alla strumentalità della richiesta di brevetto divisionale al solo scopo di prolungare la durata della copertura brevettuale, la teoria dell'Autorità sarebbe infondata in fatto, rinvenendo la domanda divisionale da altra ragione, obiettiva e verificabile, rappresentata nel corso del procedimento e ignorata dall'Autorità.

Anche prescindendo da tale ragione, la decisione finale sarebbe comunque infondata sol che si considerino le differenze tra il caso AstraZeneca e la fattispecie per cui è causa, nella quale le società hanno fatto ricorso a mezzi del tutto conformi a legge e al solo scopo di conseguire la tutela concessa loro dalla legge per proteggere gli investimenti sostenuti in ricerca e sviluppo.

Ciò che non potrebbe mai costituire una fattispecie di abuso neanche se commesso da un soggetto che si trovi in una posizione di mercato dominante.

Né potrebbe rinvenirsi nel comportamento dell'impresa (mancata pregressa richiesta di CPC in Italia sul brevetto principale EP417, comportante il disallineamento della durata della copertura brevettuale su Xalatan nei Paesi europei) la fonte di un legittimo affidamento da parte dei genericisti, atteso che il non uso di una facoltà da parte del soggetto non potrebbe costruire, da solo, il fondamento di una posizione di vantaggio di altri.

In ogni caso, poi, la domanda di Pfizer di ottenere la concessione di un CPC sarebbe assistita da giustificazioni obiettive, che fanno escludere la sussistenza

dell'abuso ai sensi della giurisprudenza pacifica, richiamata anche nel caso AstraZeneca.

La costruzione giuridica effettuata dall'Autorità sarebbe infondata sia nei passaggi argomentativi che nella rappresentazione dei fatti.

Emergerebbe pertanto l'inconsistenza della strategia escludente, e ciò anche a fronte della pacificità, anche per l'Autorità, della circostanza che il comportamento di Pfizer sia stato perfettamente lecito sotto il profilo delle norme di diritto delle proprietà intellettuali, avendo essa chiesto ed ottenuto solo quanto la legge le consentiva di ottenere, ovvero una valida protezione del brevetto sino al luglio 2011, sussistendone i presupposti di diritto.

Quanto alla richiesta della successiva estensione brevettuale a seguito di sperimentazione pediatrica, l'Autorità avrebbe falsamente applicato il regolamento n. 1902/2006/CE nel rilevare che la stessa riguardava un farmaco destinato alla cura di una patologia che colpisce tipicamente in età avanzata: infatti l'incentivo costituito dalla concessione di un'estensione semestrale del CPC risiederebbe proprio nell'invogliare le imprese a svolgere ricerca pediatrica per malattie ove l'incidenza sui bambini è bassa e quindi ove, in assenza di incentivi, non sarebbero svolte ricerche a livello ottimale.

Inoltre Pfizer avrebbe dimostrato nel corso del procedimento che l'incidenza del glaucoma nei bambini non è così bassa come sostenuto dall'Autorità.

Non sarebbe rilevante che la estensione pediatrica sia stata effettuata nonostante la precedente revoca del sottostante brevetto divisionale da parte dell'EPO, atteso che la decisione è stata impugnata e che l'appello ha effetti sospensivi.

Infine, Pfizer avrebbe richiesto l'estensione pediatrica solo per alcuni selezionati prodotti (Xalatan e Lipitor), laddove riteneva appropriato e possibile procedervi e in entrambi i casi la stessa è stata concessa.

4) Travisamento dei fatti – Falsa applicazione di legge e illogicità della motivazione in relazione al presunto contenzioso strategico.

L'affermazione dell'Autorità che la strategia escludente avrebbe riguardato anche l'attività contenziosa ignorerebbe sostanzialmente, al di là della sua citazione formale, l'unica sentenza che nel contesto europeo consideri la fattispecie dell'abuso di posizione dominante da ricorso a contenzioso vessatorio, ITT Promedia.

I principi contenuti in quel giudizio non si attaglierebbero al caso di specie in quanto mancherebbe il carattere defatigatorio della posizione di Pfizer e il contenzioso sarebbe stato instaurato dai genericisti e non da Pfizer, come ritenuto, ancorchè *lato sensu*, dall'Autorità sulla base di un travisamento dei fatti, di cui la stessa Autorità mostrerebbe di essere ben consapevole.

Neanche sarebbero fondati i rilievi solo accennati in merito ai contatti con l'AIFA volti a evitare il rilascio dell'autorizzazione alla commercializzazione e il successivo inserimento in Lista di trasparenza, atteso che l'impresa si era limitata a sottolineare all'AIFA che, per effetto del CPC, la scadenza brevettuale era quella del 17 luglio 2011 e che quindi la commercializzazione prima di tale data avrebbe costituito una violazione della privativa.

5) L'intento escludente – Travisamento dei fatti – Illogicità della motivazione.

Le dimostrazioni inerenti l'ottenimento del CPC sulla base del brevetto divisionale nell'ambito della concorrenza sui meriti e la fondatezza della posizione dell'impresa nel contenzioso in essere depotenzierebbe l'intera questione dell'intento escludente, mancando la obiettiva idoneità della lesione al gioco della concorrenza richiesto dalla Corte di giustizia.

Parimenti sarebbe a dirsi, in assenza di elementi inerenti un'azione concorrenziale "non fondata sui meriti", per il fatto che alcuni documenti possano far emergere

che l'impresa aveva previsto di svolgere azioni in previsione dell'ingresso dei genericisti o successivamente.

In ogni caso, i documenti considerati dall'Autorità, alla luce dei principi giuridici applicabili, partitamente esaminati, non dimostrerebbero affatto che la strategia della società possa essere considerata abusiva.

Analogamente, sarebbero privi di qualsiasi rilievo i documenti che proverebbero la consapevolezza dell'impresa della significativa diminuzione delle vendite dopo l'ingresso dei farmaci generici, stante l'ovvietà del fatto e la naturalezza della conseguente apertura della questione inerente la migliore strategia per contenerne gli effetti.

6) Travisamento dei fatti – Errore di legge – Illogicità della motivazione in relazione agli asseriti effetti del comportamento di Pfizer.

Che non vi sia nella specie una fattispecie abusiva sarebbe dimostrato dalla stessa Autorità quando afferma che la condotta di Pfizer avrebbe avuto l'effetto di "dissuadere" i genericisti ovvero di creare "incertezza giuridica", elementi entrambi che non denoterebbero né l'idoneità della condotta stessa a limitare la concorrenza secondo gli orientamenti espressi nel caso AstraZeneca, né una almeno parziale realizzazione dei suoi effetti anticoncorrenziali, come richiesto dagli ultimi orientamenti della Corte di giustizia.

Inoltre:

- Pfizer non avrebbe serbato comportamenti elusivi nella procedura innanzi all'EPO, che l'Autorità afferma senza dimostrare;
- la sua strategia non avrebbe generato alcun significativo effetto di mercato, elemento asserito dall'Autorità, con il riferimento al ritardo nell'ingresso dei genericisti, sulla base di una serie di errori di fatto e di diritto, articolatamente illustrati;

- mancherebbe comunque la prova dell'imputabilità a Pfizer di tale ritardo, come rilevato da uno degli stessi componenti dell'Autorità nella decisione finale sugli impegni;
- né tale prova potrebbe essere costituita dalle richieste di risarcimento avanzate da Pfizer a due genericisti, atteso che tali domande sono state avanzate in via riconvenzionale, nell'ambito di contenziosi precedentemente avviati dai medesimi;
- non sarebbe vero che la condotta di Pfizer, in relazione all'ordinanza del Tar Lazio 26 giugno 2010 nel ricorso instaurato avverso l'AIFA, avrebbe avuto ad effetto il ritiro dei generici dal mercato dal 27 giugno al 6 luglio 2010, atteso che l'AIFA avrebbe comunicato che si sarebbe conformata dal 15 luglio 2010, cosa che non è poi avvenuta stante l'appello proposto avverso l'ordinanza;
- del resto, il preteso ritardo sarebbe al più motivato dalla perdurante operatività del brevetto. Sul punto, l'Autorità avrebbe erroneamente interpretato e applicato la legge sulla contraffazione. I genericisti, in realtà, sono entrati nel mercato nei tempi più brevi possibili successivi all'ottenimento dell'AIC e non avrebbero potuto entrarvi neanche un momento prima neppure laddove Pfizer non avesse depositato la domanda di CPC;
- non rileverebbe in contrario avviso quanto sostenuto dall'Autorità in riferimento all'Indagine conoscitiva della Commissione europea sul settore farmaceutico, che sarebbe perfettamente consapevole dell'esistenza del lasso di tempo intercorrente tra la scadenza del brevetto e il lancio dei generici.

Il punto di condotta escludente la teoria dell'Autorità sarebbe pertanto totalmente inconsistente, come dimostrerebbe anche la circostanza che i genericisti hanno deciso di entrare sul mercato a maggio 2010, ovvero prima della scadenza della protezione brevettuale e della appellata revoca da parte dell'EPO del brevetto divisionale.

7) Errore nella valutazione della durata del preteso abuso.

L'abuso non potrebbe in ogni caso essere fatto risalire al giugno 2002 ovvero alla data di deposito del brevetto divisionale, che avrebbe avuto una valida ragione totalmente estranea a strategie escludenti.

Sarebbe comunque indimostrata l'esistenza di una condotta illecita tra tale data e quella dell'ottenimento del medesimo nel 2009.

L'abuso non potrebbe poi comunque considerarsi esteso al periodo successivo al maggio 2010, ovvero successivamente all'ingresso sul mercato dei genericisti con conseguente scomparsa della posizione dominante dell'impresa.

8) Sanzione sproporzionata.

La quantificazione della sanzione risulterebbe sproporzionata quanto alla considerazione degli effetti, alla durata, all'applicazione della maggiorazione del 10%.

9) Violazione dell'art. 3 della l. 241/1990 per erroneità e insufficienza della motivazione – Falsa applicazione dell'art. 14-ter della l. 287/1990 – Eccesso di potere per irragionevolezza e contraddittorietà dell'atto di rigetto degli impegni.

Il mezzo ribadisce, per tuziorismo difensivo, le doglianze già formulate con il primo motivo del ricorso introduttivo del giudizio avverso il provvedimento di rigetto degli impegni.

10) Violazione dei principi di buona amministrazione e leale collaborazione, economicità e trasparenza dell'azione amministrativa – Illegittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3, 24, 97 e 117 Cost. – Violazione dei principi fondamentali nel diritto dell'Unione di buona amministrazione ed effettività – Violazione dell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali e dell'art. 6 CEDU.

Il mezzo ribadisce le doglianze già formulate con il secondo motivo del ricorso introduttivo del giudizio avverso il provvedimento di rigetto degli impegni.

11) Violazione dell'art. 13 del D.P.R. 217/1998, del diritto alla riservatezza, del segreto professionale.

Il mezzo ribadisce le doglianze già formulate con il quarto motivo del ricorso introduttivo del giudizio avverso l'atto di rigetto parziale dell'istanza di riservatezza.

12) Violazione dell'art. 13 del D.P.R. 217/1998, del diritto alla riservatezza – Inottemperanza all'ordinanza del giudice.

Il mezzo ribadisce le doglianze già formulate con il primo motivo dei primi mezzi aggiunti avverso la seconda decisione di rigetto parziale dell'istanza di riservatezza.

13) Violazione dell'art. 13 del D.P.R. 217/1998, del segreto professionale – Assenza di motivazione – Inottemperanza all'ordinanza 20 dicembre 2011.

Il mezzo ribadisce le doglianze già formulate con il secondo motivo dei primi mezzi aggiunti avverso la seconda decisione di rigetto parziale dell'istanza di riservatezza.

Esaurita l'illustrazione delle illegittimità rilevate a carico degli atti impugnati, parte ricorrente ne ha domandato l'annullamento previa adozione di misure cautelari nella forma di cui all'art. 55, comma 10 c.p.a..

Con ordinanza 10 maggio 2012, n. 1617 la Sezione ha concesso la predetta misura, fissando la trattazione del merito del gravame.

Nel prosieguo, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato interpone ricorso incidentale condizionato *ex art.* 42 c.p.a., con cui domanda in via principale il rigetto del gravame, di cui espone l'infondatezza, e in via subordinata, in ordine alle censure spiegate nei confronti delle modalità seguite nel calcolo della sanzione irrogata, la rideterminazione della sanzione nell'importo non inferiore a € 17.000.000,00.

Con memoria depositata il 4 giugno 2012 le ricorrenti eccepiscono l'inammissibilità del ricorso condizionato incidentale dell'Autorità resistente.

Con la stessa memoria le ricorrenti rappresentano, in relazione alle vicende inerenti il già citato brevetto EP168, prima concesso e poi revocato dall'EPO, in

opposizione, ma sempre valido ed efficace in quanto la decisione di revoca è stata impugnata in appello, con effetti sospensivi, che il Board of Appeal dell'EPO in data 11 maggio 2012 ha definitivamente confermato la validità del brevetto, in forma modificata.

Nelle successive difese chiarisce l'impresa, a ulteriore conferma della serietà delle tesi difensive esposte in ordine all'insuscettibilità dell'apprezzamento della propria condotta come anticoncorrenziale, che il brevetto, anche nella forma ora accolta, costituirebbe valida base per ottenere il brevetto divisionale e il CPC nonché la divisione pediatrica in Italia e, quindi, la protezione brevettuale fino a gennaio 2012.

Costituitasi in giudizio, l'Assogenerici – Associazione Nazionale Industrie Farmaci Generici, nel contestare più in generale la fondatezza delle difese di Pfizer, rappresenta sia che anche dopo la appena detta decisione di appello resterebbe intatta la potestà giurisdizionale – già adita – relativa all'accertamento dei requisiti di validità della porzione italiana del brevetto in parola, sia che, in ogni caso, la validità del brevetto non sarebbe stata elemento influente in punto antitrust, la natura abusiva e escludente del comportamento dell'impresa essendo stata accertata da un complesso di elementi da valutarsi nel loro insieme.

La parte ricorrente, l'Autorità resistente, Sifi e Assogenerici affidano a memorie repliche l'ulteriore sviluppo delle proprie tesi difensive.

In particolare, l'Autorità resistente eccepisce l'inammissibilità per sopravvenuta carenza di interesse delle censure rivolte alla prima determinazione sull'accesso del 17 novembre 2011

La resistente Tubilux Pharma dichiara invece di rinunciare alle domande svolte in giudizio.

Il ricorso viene trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 20 giugno 2012.

DIRITTO

1. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato avviava nei confronti di Pfizer Italia s.r.l., Pfizer Health A.B., Pfizer Inc., ai sensi dell'art. 14 della l. 10 ottobre 1990, n. 287, indagine volta ad accertare se le società avessero abusato, in violazione dell'art. 102 TFUE, della presunta posizione dominante nel mercato degli analoghi delle prostaglandine, farmaci di prima scelta nella cura del glaucoma, mediante comportamenti volti a prorogare artificialmente la naturale scadenza della protezione brevettuale accordata al prodotto, consistenti in un utilizzo strumentale e improprio delle procedure amministrative, volto a impedire o ritardare l'ingresso sul mercato dei farmaci generici.

Nel corso del procedimento, l'Autorità rigettava gli impegni proposti dalle società ai sensi dell'art. 14-ter della l. 287/1990 e respingeva parzialmente l'istanza di riservatezza avanzata dalle medesime in ordine ad alcuni documenti acquisiti nel corso di accertamenti ispettivi esperiti presso la sede dell'impresa.

Il procedimento si è concluso con l'accertamento a carico delle società dell'abuso di posizione dominante contrario all'art. 102 TFUE, cui è conseguita l'inibitoria del comportamento e l'irrogazione della sanzione pecuniaria pari a € 10.677.706.

L'impugnativa in esame concerne il provvedimento di rigetto degli impegni, la determinazione di respingere parzialmente l'istanza di riservatezza, il provvedimento sanzionatorio finale.

Essa si dipana nell'atto introduttivo del giudizio e in due successivi mezzi aggiunti, del quale il primo dichiaratamente atto a valere anche quale autonomo ricorso.

Resistono al gravame l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, alcune società produttrici di farmaci generici, c.d. "genericiste", e la relativa associazione di categoria, che hanno partecipato, una in qualità di denunziante, al procedimento in parola.

2. Vanno, com'è d'uopo, prioritariamente affrontate le questioni pregiudiziali.

2.1. In tale ambito, il Collegio deve prendere anzitutto atto della rinuncia di Tubilux Pharma s.p.a. a resistere al gravame.

2.2. Deve secondariamente rilevarsi, anche in accoglimento dell'eccezione spiegata dalla difesa erariale, l'improcedibilità delle censure dalla parte ricorrente rivolte mediante l'atto introduttivo del giudizio alla decisione del 17 novembre 2011, n. 67308, con la quale l'Autorità ha parzialmente respinto l'istanza di riservatezza avanzata dalle ricorrenti.

Tale provvedimento risulta, infatti, superato dalla successiva decisione del 22 dicembre 2011, n. 77258, con il quale l'Autorità è pervenuta al medesimo esito mediante una diversa e più puntuale motivazione del rigetto delle istanze di riservatezza e che è stata gravata dalla parte ricorrente con i primi mezzi aggiunti.

Di talchè parte ricorrente risulta, allo stato, sfornita di ogni interesse alla coltivazione del gravame avverso la prima decisione, il quale, anche laddove accolto con conseguente caducazione del provvedimento, non sarebbe, in ogni caso, inidoneo ad arrecarle una qualche utilità, restando in ogni caso la vicenda regolata dal provvedimento successivo.

2.2.1. Al riguardo, va però ancora rilevato che nei confronti della predetta impugnativa del provvedimento del 17 novembre 2011 alcune parti resistenti hanno spiegato eccezione di inammissibilità per carenza di legittimazione e di interesse ad agire.

L'eccezione è fondata sia sulla circostanza che all'atto del gravame i documenti erano già stati palesati, sia sulla circostanza che gli stessi non sarebbero i soli documenti sfavorevoli alle ricorrenti in possesso dell'Autorità procedente, la quale, poi, non si era, alla data delle determinazioni di rigetto parziale, ancora pronunciata in merito all'accertamento dell'infrazione.

Tale eccezione, che va comunque delibata, potendo spiegare i suoi effetti preclusivi anche nei confronti della successiva impugnativa della seconda determinazione di parziale rigetto del 22 dicembre 2011, è infondata.

Mediante l'azione in commento parte ricorrente agisce a tutela del proprio diritto alla riservatezza.

E' evidente che in tale tipo di azione la tutela assicurata in via giurisdizionale è massima laddove la stessa si concluda, favorevolmente per l'agente, prima dell'ostensione degli atti a protezione dei quali è azionata: in tal caso, infatti, il conseguente annullamento, demolendo l'atto ostensivo ancor prima che i suoi effetti si siano potuti spiegare, impedisce, a monte, la concretazione della lesione sul piano fattuale.

Ma ciò non vuol dire che, ostesi i documenti, non residui l'interesse del soggetto che ne lamenti l'eventuale illegittimità al ripristino, sotto il profilo del diritto, della posizione giuridica soggettiva lesa, atteso che il sottostante accertamento giudiziale può essere fatto valere sia sotto il profilo della paralisi di ulteriori ostensioni da parte dell'amministrazione, sia in sede di difesa dall'opponibilità di elementi desunti da documenti indebitamente detenuti da parte di terzi, sia, infine, sussistendone i presupposti, in sede di risarcimento del danno derivante dalla indebita diffusione di dati riservati.

Neanche è convincente poi il rilievo che alla data dell'ostensione dei documenti in parola sussistevano, nel procedimento, comunque non ancora conclusosi, altri atti sfavorevoli alle ricorrenti.

Il diritto alla riservatezza documentale, infatti, investendo prerogative connesse alla sfera personale complessiva di ogni soggetto, non è suscettibile di essere limitato, come sembra ritenere il rilievo in esame, all'interno o in relazione a un ambito di rilievo giuridico determinato o previamente determinabile.

Di talchè l'interessato, nell'agire a protezione di tale diritto in occasione di un procedimento amministrativo che lo veda coinvolto, fa valere una pretesa che ne travalica i confini ovvero che non è suscettibile di esaurirsi con il suo esito.

2.3. Infine, sempre in via pregiudiziale, va chiarito che allo stato non sussiste la necessità di esaminare le eccezioni di inammissibilità fondate sulla decisione del Consiglio di Stato n. 4393 del 2011 e spiegate da alcune parti resistenti nei confronti dell'autonoma impugnativa proposta dalla parte ricorrente, mediante l'atto introduttivo del giudizio, avverso il provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato che ha rigettato gli impegni formulati dall'impresa *ex* art. 14-*ter* della l. 10 ottobre 1990, n. 287.

Infatti, avendo parte ricorrente provveduto nuovamente a impugnare con i secondi mezzi aggiunti il provvedimento di rigetto degli impegni in uno al provvedimento che ha concluso il procedimento, ogni possibile questione al riguardo va ritenuta superata.

Sembra utile ancora sottolineare che i predetti mezzi aggiunti fanno seguito ad altri mezzi aggiunti, dichiaratamente proposti anche a titolo di autonomo ricorso.

2.4. Atteso che le residue questioni di carattere pregiudiziale spiegate nella controversia derivano esclusivamente dal ricorso incidentale condizionato proposto dalla resistente Autorità per l'ipotesi della ritenuta fondatezza delle censure formulate dalla parte ricorrente in relazione alla determinazione della sanzione, nonché all'ammissibilità di tale azione, contestata dalla parte ricorrente, il loro esame va differito al momento, eventuale, dello scrutinio delle censure con cui si contesta l'illegittimità della quantificazione della sanzione.

Può quindi passarsi all'esame del cuore della controversia.

3. Nel predetto ambito, vanno immediatamente affrontate le doglianze formulate avverso l'atto di rigetto degli impegni.

3.1. L'art. 14-*ter* della legge 287/1990, recependo l'art. 9 del Regolamento CE n. 1/2003, stabilisce che, entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli artt. 2 o 3 della stessa legge (dedicati, rispettivamente, alle "Intese restrittive della libertà di concorrenza" e all'"Abuso di posizione dominante") o degli artt. 81 o 82 del Trattato CE, le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria.

L'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione.

L'articolo è stato aggiunto dall'art. 14 del d.l. 223/2006, come modificato dalla relativa legge di conversione 248/2006, entrata in vigore il 12 agosto 2006.

Senza doversi ripercorrere, al riguardo, gli arresti giurisprudenziali comunitari e nazionali intervenuti in materia di impegni *ex art. 14-ter*, l. 287/1990, abbondantemente riepilogati dalle parti in causa, può rilevarsi che, in materia di accettazione degli impegni, la norma ha attribuito all'Autorità un potere ampiamente discrezionale, da esercitare nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario.

Il procedimento di cui all'art. 14-*ter* della legge 287/1990, pertanto, è un procedimento ad istanza di parte in cui, a fronte degli impegni presentati dall'impresa nei cui confronti sia stata avviata un'istruttoria, l'Autorità procedente valuta la loro idoneità a determinare il venire meno dei profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria stessa, potendo, in caso di valutazione positiva, arrestare il procedimento senza accertare l'infrazione e rendendo gli impegni obbligatori per il proponente.

Come osservato (e parzialmente contestato) dalla parte ricorrente, la giurisprudenza nazionale ritiene che l'imposizione di obblighi all'impresa postula

che gli impegni siano esattamente quelli che l'impresa ha proposto, non potendo l'Autorità aggiungere ulteriori obblighi a quelli che l'impresa si è dichiarata pronta ad accettare.

In altre parole, l'Autorità esercita un potere discrezionale nella valutazione degli impegni proposti, ma, se ritiene che detti impegni siano idonei a fare venire meno i profili concorrenziali in relazione ai quali ha avviato la procedura di accertamento, arresta il procedimento e rende obbligatori gli stessi senza avere la possibilità di aggiungere integrazioni non previste dall'impresa e, quindi, con la stessa non previamente concordate.

In definitiva, quindi, l'Autorità ha il potere di valutare il grado di satisfattività – o meno – degli impegni proposti ai fini della tutela della concorrenza e del mercato, cui è istituzionalmente preposta.

Con la conseguenza che, nel caso di giudizio negativo, prosegue il procedimento volto all'accertamento dell'infrazione, mentre, in caso positivo, arresta il procedimento e rende obbligatori gli stessi.

3.2. Nel delineato ambito di indagine, va premesso lo stato del procedimento come risultante alla data dell'adunanza 25 agosto 2011 nella quale l'Autorità ha assunto la delibera di rigetto degli impegni proposti dalle ricorrenti.

E' evidente, infatti, che lo scrutinio della eventuale illegittimità del provvedimento di rigetto degli impegni alla luce delle censure denunciate dalla parte ricorrente non può che essere rapportato agli elementi che a tale data erano in corso di apprezzamento da parte dell'Autorità.

3.3. Al riguardo, si osserva che con provvedimento del 13 ottobre 2010 era stata avviata istruttoria *ex art.* 14, l. 287/1990, per presunta violazione da parte di Pfizer dell'art. 102 del TFUE, con riferimento alla strategia posta in essere dalle società "volta ad estendere la durata della protezione brevettuale della specialità medicinale Xalatan, e all'utilizzo strumentale della conseguente situazione di incertezza sulla

effettiva data di scadenza del brevetto, per ritardare e/o impedire l'accesso dei farmaci generici nel settore dei preparati per la cura del glaucoma in Italia”.

I parr. 67 e ss. del provvedimento 13 ottobre 2010 indicavano come oggetto di valutazione “i comportamenti di Pfizer volti a prorogare artatamente la naturale scadenza della protezione brevettuale accordata al proprio prodotto, mediante un utilizzo strumentale ed improprio delle procedure amministrative. Tali comportamenti appaiono costituire una strategia escludente, avendo come oggetto e come effetto l'esclusione dei potenziali concorrenti, rappresentati dai produttori di farmaci generici, per una parte o per tutto il periodo di tempo intercorrente tra la scadenza originaria del prodotto e quella fissata a seguito dell'ottenimento della proroga”.

La strategia escludente veniva individuata principalmente in riferimento alla “richiesta di un brevetto divisionale (EP168), a 13 anni di distanza dalla richiesta del brevetto principale (EP417), che presentava una rivendicazione solo formalmente più ampia di quella oggetto del brevetto originario, ma che in realtà si sovrapponeva come ambito di tutela a quello dell'EP417: la nuova rivendicazione si riferiva, infatti, ad una classe di molecole che già comprendeva il latanoprost, oggetto del precedente brevetto EP417”.

Secondo l'Autorità, poiché “A seguito della richiesta del brevetto divisionale, non si è verificata alcuna immissione in commercio di nuovi farmaci da parte di Pfizer, ma solo l'inoltro, in Italia, della domanda di CPC presso l'UIB, la quale non era stata richiesta nei termini di legge sul brevetto principale (EP 417) ...Tale richiesta era esclusivamente volta a prolungare la copertura brevettuale del farmaco Xalatan, già protetto dal brevetto principale, portandola dal settembre 2009 al luglio 2011”.

Quindi, sempre secondo l'Autorità (parr. 75 e ss.), la strategia di Pfizer, volta a prolungare artatamente la protezione brevettuale del principio attivo latanoprost in Italia, al fine di impedire l'accesso al mercato di un nuovo farmaco generico,

poteva configurare un abuso della posizione dominante che tale impresa deteneva nel mercato sopra individuato, in quanto:

- idonea a creare uno stato di incertezza giuridica in merito alla possibilità di commercializzare un nuovo farmaco generico e a rendere più oneroso per i genericisti il costo effettivo di ingresso sul mercato, in termini di programmazione e di realizzazione, tant'è che gli stessi, riferisce sempre l'Autorità, pur essendo in condizioni di commercializzare il farmaco generico a base di latanoprost sul mercato italiano già dal mese di maggio 2010, sono stati effettivamente ostacolati, seppur per un breve lasso di tempo (27 giugno – 6 luglio 2010) da un'iniziativa giudiziaria di Pfizer, che è riuscita per tale periodo a ostacolare l'ingresso dei genericisti in Italia, mantenendo, di fatto, l'esclusiva nella produzione di farmaci a base di latanoprost (par. 76);

- idonea a reiterare la restrizione della concorrenza nel futuro, in quanto “ Al momento, sebbene i farmaci generici risultino in circolazione a seguito dell'ordinanza del Consiglio di Stato, non è escluso che possano essere nuovamente ritirati dal commercio, qualora venisse emessa una sentenza favorevole a Pfizer nel giudizio per contraffazione da essa avviato presso il Tribunale di Milano. Tale incertezza pregiudica la capacità di programmare la presenza dei farmaci generici sul mercato. Infatti, a fronte di una scadenza della protezione brevettuale, prevista per il settembre 2009, si era creato il legittimo affidamento nei produttori di farmaci generici di poter immettere sul mercato, per quella data, un nuovo generico. In questa ottica i genericisti avevano affrontato una serie di investimenti, resi successivamente vani dall'intervenuto prolungamento del periodo di protezione brevettuale” (par. 77);

- idonea ad impattare rilevantemente sulla concorrenza, atteso che, a fronte dell'esperienza che ha evidenziato come le imprese farmaceutiche, anche a seguito della scadenza dei brevetti, e quindi pur dopo avere recuperato i costi fissi di

ricerca e sviluppo, tendono a conservare, in tutto o in parte, le rendite che derivavano dalla copertura brevettuale, “Soltanto con l’entrata dei genericisti si assiste, di norma, al lancio di prodotti, identici alle corrispondenti specialità medicinali, che, tramite prezzi particolarmente competitivi, destabilizzano il precedente assetto di mercato” (par. 78).

3.4. Deve ora passarsi all’illustrazione degli impegni presentati dalla società e della motivazione in forza della quale l’Autorità ha ritenuto di escluderne la valenza, al fine di valutare se sussistono al riguardo le criticità evidenziate dalla parte ricorrente.

L’indagine, è bene anticipare, si conclude in senso favorevole a Pfizer.

3.5. Va premesso, ai fini di una miglior comprensione delle questioni oggetto di esame, che afferiscono anche a profili temporali, che, come attestato dal preambolo del provvedimento, la presentazione formale degli impegni da parte di Pfizer risale all’aprile 2001. Gli stessi sono stati poi precisati l’11 maggio 2011.

Ciò posto, come riferisce il provvedimento di rigetto, l’impegno n. 1 consisteva “nel deposito di una istanza presso l’UIMB per offrire, a titolo gratuito, a qualunque società richiedente, una licenza per l’uso non esclusivo in Italia dell’invenzione protetta dal brevetto divisionale EP168”.

Gli impegni nn. 2, 3 e 4 concernevano la rinuncia di Pfizer al contenzioso pendente dinanzi a tribunali civili e amministrativi avente ad oggetto la commercializzazione dei farmaci generici a base di latanoprost.

In particolare:

- l’impegno n. 2 contemplava la rinuncia di Pfizer al contenzioso amministrativo avviato e pendente davanti a questo Tribunale nei confronti di AIFA, Sifi ed altri;
- l’impegno n. 3 contemplava l’accettazione delle pretese attoree, salvo spese legali ed amministrative da sopportarsi da ciascuna parte, in tutte le azioni iniziate dai

produttori di farmaci generici (Tubilux Pharma, Alapis, Rathiofarm GmbH, Mylan, EG e Industriale Chimica) contro Pfizer davanti ai Tribunali di Milano e Roma;

- l'impegno n. 4 prevedeva la rinuncia all'azione pendente davanti al Tribunale di Milano nei confronti della Sifi relativa alla richiesta di un procedimento cautelare per l'inibizione della commercializzazione del latanoprost generico da parte di Sifi;

- l'impegno n. 5 prevedeva il ritiro della richiesta presentata all'UIMB il 10 gennaio 2011 relativa all'estensione di sei mesi del brevetto/CPC sull'uso pediatrico delle medicine, ai sensi del Regolamento 1901/2006/CE;

- l'impegno n. 6 prevedeva l'emanazione, da parte di Pfizer Italia, per un periodo di tre anni, di un comunicato sul proprio sito internet illustrante, a beneficio dei pazienti italiani affetti da glaucoma, le modalità per un agevole accesso a tutte le medicine a base di latanoprost presenti sul mercato, sottolineando la presenza e la disponibilità di versioni generiche dello Xalatan ad un prezzo più basso e a parità di effetti terapeutici, oltre l'avvio di una campagna di informazione di sei mesi diretta agli operatori sanitari per una consapevole e corretta scelta del prodotto e della terapia e/o posologia più corrette.

Pfizer precisava che avrebbe rispettato gli impegni relativi al contenzioso giudiziale anche in caso di esito positivo del ricorso pendente presso l'EPO per far riconoscere la validità del brevetto divisionale EP168.

3.6. Prima di passare alla ricognizione delle valutazioni al riguardo effettuate dall'Autorità, va puntualizzato che il pacchetto di impegni in esame, nella complessa situazione giuridica nella quale si sono inseriti il procedimento in parola e la presentazione degli impegni, si profilava corredato da una obiettiva consistenza contenutistica, soprattutto concentrata nell'impegno n. 1, in rapporto alla finalità, tutelata nel procedimento, di permettere l'immediato ingresso dei genericisti sul mercato nazionale e oltre, tenuto conto del suo precipuo oggetto e

dell'impegno collaterale a procedere in modo analogo in Spagna e in Lussemburgo (par. 16).

Sotto tale profilo, la stessa Autorità aveva rilevato, al paragrafo 16, che l'impegno n. 1 non prevedeva la possibilità di revoca da parte della concedente della concessione della licenza gratuita, fatta salva l'eccezione di un utilizzo dell'invenzione in maniera impropria o tale da arrecare danno al brevetto o all'immagine di Pfizer.

E tali condizioni limitative risultano del tutto inidonee ad intaccare la predetta consistenza oggettiva dell'impegno, soprattutto tenuto conto che gli aspetti ivi coinvolti risultano del tutto estranei alla materia della concorrenzialità del mercato cui il procedimento afferisce.

3.7. Ciò posto, si osserva come detto aspetto complessivo degli impegni, e, in particolare, dell'impegno n. 1, non solo non risulta aver formato oggetto di alcuna valutazione da parte dell'Autorità, ma non risulta neanche sfiorato nel suo nucleo fondante dalle motivazioni del rigetto degli impegni, le quali ne hanno evidenziato aspetti collaterali, che comunque non consentono di obnubilarne la obiettiva attitudine a superare i profili anticoncorrenziali rilevati dall'Autorità a carico della condotta di Pfizer allo stato del procedimento in cui si è inserita la valutazione di rigetto.

Infatti:

- rileva l'Autorità che l'impegno n. 1 sarebbe contraddittorio con quello assunto al n. 3 di riconoscere le pretese avanzate in giudizio dalle controparti – che comporterebbe, secondo l'Autorità, l'ammissione dell'invalidità e inefficacia del brevetto EP168 – e quindi superfluo.

Al riguardo, l'Autorità non sembra avvedersi, per un verso, che tale giudizio avrebbe dovuto riguardare, semmai, sotto un profilo di consequenzialità logica, gli

impegni diversi dal n.1, essendosi la stessa Autorità avveduta, come nel prosieguo, che l'impegno in esame era quello "principale".

Per altro verso, anche ponendo in correlazione i due impegni, l'Autorità non si avvede neanche che la loro unitaria considerazione avrebbe consentito di apprezzarne la validità ai fini dell'attenuazione in termini significativi di quello "stato di incertezza giuridica" stigmatizzato dall'avvio del procedimento, parametro che il provvedimento di rigetto in esame non prende in considerazione neppure affrontando proprio i due impegni che afferiscono con ogni evidenza a tale condizione.

Infatti, la ricorrente aveva chiarito nelle difese procedurali spiegate avverso le osservazioni sugli impegni presentate dalle imprese partecipanti al procedimento (in atti, pag. 10, all'inizio), che l'impresa non avrebbe rinunciato a far valere il punto di diritto della validità del suo brevetto divisionale innanzi all'EPO, avendo di mira non i suoi potenziali effetti di mercato, regolati dall'impegno n. 1, bensì "le questioni giuridiche che per Pfizer sono di fondamentale importanza".

Inoltre, come sopra rilevato e come dà atto anche il provvedimento (par. 20), gli impegni relativi al contenzioso, ove accolti, sarebbero stati mantenuti dalla società anche in caso positivo dell'esito del ricorso pendente presso l'EPO per far riconoscere la validità del brevetto divisionale EP168.

Di talchè non solo non era *in nuce* rilevabile né la contraddizione tra gli impegni nn. 1 e 3 nè la superfluità dell'impegno n.1, ponendosi gli stessi, all'evidenza, su piani totalmente diversi (quello del diritto e quello commerciale) ma, vieppiù, la loro sommatoria comportava un ulteriore effetto utile ovvero rafforzativo rispetto al contenuto di ciascuno di essi singolarmente considerato, rispetto ad un profilo specificamente preso in considerazione dall'atto di avvio del procedimento, ovvero quello dell'incertezza del diritto;

- rileva ancora l'Autorità che l'efficacia dell'impegno principale era compromesso dalla circostanza dell'avvenuta scadenza, al 17 luglio 2011, del brevetto divisionale EP168, comprensivo di CPC, respingendo l'obiezione di Pfizer che lo stesso fosse valido sino a gennaio 2012 per effetto della richiesta dell'estensione pediatrica inoltrata nel gennaio 2011, atteso che la stessa sarebbe stata posta nel nulla dalla decisione dell'EPO di annullare il sottostante brevetto EP168. Anche la richiesta di estensione della protezione brevettuale in ragione della sperimentazione pediatrica del farmaco, secondo l'Autorità, contrasta il riconoscimento delle pretese degli attori nei giudizi civili pendenti che concernono l'invalidità del brevetto in questione.

Qui l'Autorità è incorsa, come rilevato dalla parte ricorrente, nel vizio di obnubilare completamente un elemento pur acclarato nel corso del procedimento per effetto dell'audizione dell'UIBM del 13 ottobre 2011 (verbale in atti), ovvero che l'efficacia della revoca in parola era sospesa per effetto del procedimento di opposizione e ricorso davanti all'EPO.

Nel prosieguo, come riferito in fatto, in relazione alle vicende inerenti la revoca del brevetto EP168, il Board of Appeal dell'EPO in data 11 maggio 2012 ha definitivamente confermato la validità del brevetto, in forma modificata.

Inoltre, anche la predetta osservazione risente della carenza di valutazione dell'intento rafforzativo palese in alcuni impegni, che, non a caso, comprendevano un utile agire della società in molteplici sedi;

- rileva infine l'Autorità, sempre con riferimento all'impegno n. 1, che lo stesso "porrebbe i genericisti, anche alla luce della clausola di salvaguardia in caso di uso improprio del brevetto, in una posizione di subordinazione nei confronti di Pfizer".

Tale motivazione è realmente incomprensibile per il Collegio, atteso che, come già sopra rilevato, la clausola in parola integrava una salvaguardia minimale, coerente

con la posizione assicurata a Pfizer dalle privative in possesso, allo stato vigenti, e, per giunta, afferente ad un ambito (l'uso proprio o meno del brevetto) estraneo o comunque non direttamente incidente sull'interesse pubblico all'apertura del mercato alla concorrenzialità posto a base del procedimento, che non può che postulare un uso proprio delle privative, laddove esistenti.

Pertanto, non si comprende neanche come il richiamo ad una cautela volta ad evitare l'uso improprio del brevetto possa porsi, secondo l'Autorità, quale posizione, di Pfizer, distante "da quella di effettivi concorrenti che essi (i genericisti, n.d.r.) vogliono esercitare chiedendo il riconoscimento della nullità del brevetto e il conseguente diritto di commercializzare liberamente i generici a base di latanoprost".

Tanto più considerando che dinanzi all'Autorità non si poneva il problema del riconoscimento della nullità del brevetto bensì quello dell'apertura del mercato del farmaco.

Per tale specifico rilievo, non appare quindi implausibile la lettura della parte ricorrente che segnala a carico del rigetto in parola l'acritico appiattimento dell'Autorità sulle posizioni dei genericisti intervenuti nel procedimento.

Laddove, invece, il ricorso al market test, per quanto idoneo a massimizzare le acquisizioni istruttorie da valutare, non esime l'Autorità dall'apprezzamento, coinvolgente profili di interesse pubblico e pertanto rimessi all'Organo in via esclusiva, da un lato, dell'idoneità dei comportamenti conseguenti all'assunzione degli impegni a rimuovere i profili anticoncorrenziali oggetto di contestazione in sede di apertura del procedimento, dall'altro, dalla considerazione del carattere di proporzionalità degli impegni medesimi rispetto al complesso delle condotte suscettibili di indurre, sul mercato preso in considerazione, effetti contrastanti con una fisiologica dialettica della competitività.

Per gli altri rilievi sopra considerati, attinenti l'impegno n. 1, anche in connessione con altri impegni, si ravvisano invece piuttosto le carenze motivazionali, logiche e istruttorie denunciate dai pertinenti motivi di ricorso di Pfizer.

Parimenti è a dirsi, considerato che gli impegni contraddistinti dai nn, 2, 3, 4 e 5 non sono stati specificamente apprezzati nell'ambito del provvedimento di rigetto, per quanto concerne l'impegno n. 6.

L'Autorità ha considerato tale impegno sostanzialmente inutile perché foriero di potenziali ricadute positive per Pfizer e perché la domanda dei farmaci considerati è espressa dai medici.

Ora, che l'impegno contraddistinto dal n. 6 non potesse essere individuato come quello risolutivo del problema concorrenziale pare abbastanza evidente.

Così come, però, è al contempo evidente che l'impegno in parola, ancillare agli altri impegni proposti da Pfizer, non poteva ritenersi affetto dalle criticità evidenziate dall'Autorità, sia in quanto la considerazione di un eventuale beneficio anche di Pfizer non poteva indurre a ritenere che analogo beneficio non fosse indirizzato anche ai genericisti, sia in quanto, nella considerazione che la prima parte dell'impegno, costituente anche la più lunga, era indubbiamente rivolta ai pazienti, l'Autorità non risulta in alcun modo aver tenuto conto della possibilità che l'impegno offriva di influire sui pazienti nel senso di indirizzare le loro richieste, naturalmente da veicolarsi poi per il tramite dei soggetti professionalmente competenti, nei confronti dei farmaci generici.

3.8. Anche le considerazioni conclusivamente espresse dall'Autorità nell'atto di rigetto prestano il fianco alle fondate critiche svolte da Pfizer.

In particolare, sia il rilievo che gli effetti escludenti prodotti alla data del rigetto in termini di ostacolo e ritardo all'ingresso dei prodotti genericisti sul mercato fossero ormai irreversibili e la conseguente rilevata carenza di misure compensative degli effetti pregiudizievoli già prodotti (par. 61) sia l'apprezzamento della inidoneità

degli impegni a far venir meno gli eventuali profili concorrenziali in ragione della intervenuta scadenza della protezione brevettuale del CPC dello Xalatan e della sola residua incertezza legata alle azioni giudiziarie pendenti (par. 62) risultano entrambi direttamente conseguenti alla mancata considerazione degli effetti sospensivi di cui già sopra del procedimento di opposizione e ricorso davanti all'EPO della revoca del brevetto divisionale EP168, comprensivo di CPC.

3.9. Del resto, è anche importante notare che gli impegni in questione non sfuggivano in astratto ad una positiva lettura.

A tanto si era determinato, infatti, l'Istituto Bruno Leoni, partecipante al market test, che li aveva valutati (par. 43) in termini positivi in quanto attestanti “una volontà collaborativa profonda” e “idonei a porre in essere condizioni più che sufficienti per una concorrenza efficace da parte dei genericisti”, rilevando anche come l'impegno n. 6 si risolvesse in una “collaborazione non di circostanza” produttiva di un “contributo reputazionale” in grado di far recuperare ai genericisti il danno subito dalle condotte contestate a Pfizer.

Motivazioni molto più articolate risultano invece esplicitate dal componente dell'Autorità che ha fatto constare il proprio dissenso dalla deliberazione di rigetto degli impegni.

Pur tralasciando le argomentazioni con le quali tale componente ha delineato la “fragilità del caso che suscita forti dubbi sulla consistenza dell'illecito” in relazione ai principi stabiliti dal Tribunale di Primo Grado nella sentenza *Itt-Promedia c. Commissione* (causa T111/96) in ordine all'eccezionalità della possibilità di configurare la tutela giudiziaria quale abuso di posizione dominante, conviene rilevare che alcune di tali argomentazioni facevano leva proprio sull'adeguatezza degli impegni a ristorare il danno subito dalla concorrenza, rapportato alla considerazione della sua modesta entità oggettiva.

Il riferimento va considerato come rivolto al già citato periodo 27 giugno - 6 luglio di cui all'esclusione dal mercato considerata nell'atto di avvio del procedimento.

Inoltre l'esponente non mancava di osservare come la contrarietà all'accettazione degli impegni manifestata nel market test fosse dipesa sostanzialmente dalla mancata previsione di un risarcimento monetario, ritenuto doveroso dai genericisti ma purtuttavia "di difficile attuazione nel contesto antitrust" e "basata sull'erroneo presupposto che i prodotti generici siano stati esclusi dal mercato a partire dalla data di scadenza del brevetto principale".

3.10. In definitiva, per tutto quanto sopra, il gravame, nella parte in cui si dirige avverso il provvedimento di rigetto degli impegni, risultato affetto dalle mende denunciate in gravame di cui sopra, di carattere assorbente ogni altra censura pure formulata, è fondato e va accolto.

4. Il Collegio deve indi passare all'esame del gravame nella parte in cui è rivolto avverso il provvedimento che ha accertato in capo a Pfizer l'abuso della posizione dominante.

Ciò in quanto, anche in disparte la possibilità di aderire o meno all'impostazione, in passato propugnata dalla Sezione, secondo cui all'annullamento del provvedimento di rigetto degli impegni consegue, secondo lo schema del vizio caducante, l'automatico annullamento del provvedimento sanzionatorio (possibilità che la difesa erariale esclude decisamente alla luce della recente giurisprudenza del Consiglio di Stato), nella specifica fattispecie sembra al Collegio altamente dubbia la possibilità di conferire agli impegni proposti dalla parte ricorrente carattere di perdurante attualità.

4.1. Nel delineato campo di indagine, non può non essere premesso che l'Autorità ha rinvenuto un'ipotesi di abuso di posizione dominante ponendo in correlazione varie condotte con le quali, sia in sede amministrativa che in sede giudiziaria, Pfizer ha esercitato la tutela di diritti e di interessi legittimi.

E' evidente, quindi, che, al fine di poter sussumere tali condotte nell'illecito anticoncorrenziale considerato, le stesse devono connotarsi di un evidente intento escludente alla luce di un *quid pluris* che si aggiunga alla mera sommatoria di comportamenti leciti per i rispettivi ordinamenti amministrativo e giudiziario.

Diversamente opinando, si incorrerebbe in una mancata applicazione, in una disciplina derivante da regolazione comunitaria, della giurisprudenza comunitaria, variamente invocata dalle parti in causa, che ne offre un'interpretazione privilegiata, nonché in una palese violazione del principio della certezza del diritto.

Tale *quid pluris* l'Autorità non riesce a dimostrare nel caso di specie.

In particolare, quanto ai procedimenti amministrativi, l'Autorità non mette in dubbio:

- che la classe di “derivati di prostaglandine per il trattamento del glaucoma o ipertensione oculare” la quale comprendeva una serie di rivendicazioni, tra cui la n. 22, inerente il principio attivo latanoprost, sulla base della domanda di Pharmacia del 6 settembre 1989, dava luogo, il 9 febbraio 1994, alla concessione del brevetto europeo EP417, per una durata di venti anni, a decorrere dalla data di deposito della domanda, con scadenza, quindi, al 6 settembre 2009;

- che Pfizer avesse diritto al brevetto divisionale EP168 richiesto nel 2002 e ottenuto nel 2009, con scadenza al 6 settembre 2009, così come che fosse lecita la domanda inoltrata il 23 gennaio 2009, per la traduzione del brevetto EP168 in Italia, al fine di ottenerne la “validazione” sul territorio italiano, atto prodromico alla richiesta del CPC sul citato brevetto divisionale, sempre relativamente al territorio italiano, che lo stesso provvedimento riconosce positivamente valutata in data 8 giugno 2009 dall'UIBM, che concedeva a Pfizer la protezione complementare richiesta, con estensione della protezione brevettuale di Xalatan anche in Italia del CPC sul brevetto principale, che si spostava pertanto, anche in Italia, dal settembre 2009 al luglio 2011.

Rileva però l'Autorità che la natura escludente della richiesta di un brevetto divisionale rispetto all'obiettivo di prorogare la scadenza, in Italia, di un farmaco già in commercio e già coperto da protezione brevettuale risulta evidente, indipendentemente e a prescindere dalla validità o meno del brevetto EP168, tenuto conto della tempistica della richiesta del brevetto divisionale, avvenuto dopo ben tredici anni dal deposito della domanda del brevetto principale e in concomitanza con l'ingresso di altri farmaci sul mercato degli analoghi delle prostaglandine.

Ma tale posizione non ha tenuto conto delle circostanze, pure evidenziate dalla società, che la richiesta di brevetto divisionale era avvenuta sette anni prima del previsto ingresso dei genericisti sul mercato italiano.

E nulla muta considerando che la domanda era stata proposta, secondo l'Autorità, appena evidente per l'impresa la più limitata protezione brevettuale di Xalatan in Italia.

Tale prerogativa, infatti, era senz'altro appartenente alle facoltà d'impresa, senza che il suo esercizio possa ritenersi, per ciò solo, adottato nell'ambito di una puntuale strategia escludente, la quale tra l'altro, nell'ipotesi, risulta anche carente di un aspetto di fattualità, tenuto conto che proprio l'Autorità riconosce che la stessa, proposta nel 2002, poteva essere avanzata entro il momento della concessione definitiva del brevetto principale, ovvero entro il 2004.

E allora non può non condividersi il sospetto delle ricorrenti che l'Autorità, nel pervenire alle proprie conclusioni, si sia basata, al di là di quanto espressamente e contrariamente affermato (par. 185), sulla circostanza che il brevetto divisionale EP168 fosse stato annullato dall'EPO in data 5 ottobre 2010 (par. 201), in tal modo superando le difese della società, svolte in relazione alla giurisprudenza AstraZeneca, che era nel procedimento in esame indimostrata la circostanza che la società avesse fornito informazioni elusive all'EPO.

Solo, infatti, in tale ottica assumono rilievo, nell'ambito dell'economia del procedimento, i richiami a tale annullamento (par. 201), che sostanziano un precedente percorso volto a evidenziare scenari in cui si rapportano le informazioni fornite da Pfizer a EPO a supporto della richiesta di brevetto divisionale alla successiva dichiarazione di nullità (par. 179), si evoca l'irregolare concessione di diritti (par. 180), si stigmatizza l'andamento del comportamento di Pfizer nel corso dell'ottenimento del brevetto divisionale con le ripetute modifiche dell'istanza originaria "senza, tuttavia, eliminare la rivendicazione relativa al latanoprost, né mostrare mai l'intenzione di ritirare la domanda (par. 184), si cita l'Indagine conoscitiva della Commissione sul settore farmaceutico in rapporto al riconosciuto limitato ruolo dei terzi nella procedura davanti all'EPO e alla valutata scarsa trasparenza della stessa (par 191).

Con la conseguenza che dal provvedimento emerge la contraddittorietà della posizione dall'Autorità assunta in merito alla rilevanza dell'annullamento EPO del 5 ottobre 2010, la sottovalutazione dei pertinenti principi emergenti dalla giurisprudenza AstraZeneca, la mancata considerazione, già sopra rilevata in relazione agli impegni, della non definitività e efficacia di detto annullamento, tant'è che, come pure sopra riferito, in relazione alle vicende inerenti la revoca del brevetto EP168, il Board of Appeal dell'EPO in data 11 maggio 2012 ha definitivamente confermato la validità del brevetto, in forma modificata.

Quanto, invece, ai procedimenti giudiziari, rileva principalmente l'affermazione di Pfizer che la più parte di essi vedesse l'impresa convenuta e non attrice.

E nulla muta considerando che l'Autorità valorizza la circostanza che tali contenziosi hanno fatto seguito all'invio da parte di Pfizer di diffide ai genericisti, volte a scoraggiare l'ingresso sul mercato dei loro prodotti: infatti lo stesso provvedimento riconosce che tali diffide erano fondate sull'avvenuto ottenimento del CPC (par. 204 e ss.).

Ne deriva che anche in tale ambito l'Autorità ha ragionato dando per fatto ormai acquisito la revoca del 5 ottobre 2010.

Prova decisiva al riguardo è il paragrafo 208, nel quale l'Autorità rileva, in apparente applicazione dei principi del caso Itt-Promedia, che l'avvio del contenzioso nei confronti dei genericisti è defatigatorio (e anche vessatorio, come ulteriormente chiarito al par. 211) e non diretto a far valere i diritti di Pfizer, la quale “era perfettamente consapevole della strumentalità della richiesta del brevetto divisionale - e, pertanto, della circostanza che l'effettiva scadenza della protezione brevettuale di Xalatan era settembre 2009 - nonché della scarsa possibilità di successo del contenzioso instaurato”.

Analogamente l'Autorità risulta aver fatto, infine, quanto all'estensione brevettuale per la sperimentazione pediatrica, che ha costituito, comunque, nell'ambito del provvedimento sanzionatorio, un profilo di minor rilievo.

Al di là, infatti, delle non decisive considerazioni di merito esposte sul punto, che trovano seria confutazione nei rilievi ricorsuali, nota l'Autorità nei parr. 216 e 217 che l'estensione pediatrica costituisce una proroga del CPC detenuta da Pfizer esclusivamente in virtù del brevetto divisionale EP168: “pertanto, è solo in virtù dell'ottenimento del brevetto divisionale e, successivamente, del relativo CPC che la società ha potuto richiedere l'ulteriore estensione brevettuale anche nel nostro Paese (dove non era presente alcun CPC prima del 2009)”, per poi sottolineare che “la richiesta di estensione brevettuale per uso pediatrico è stata avanzata da Pfizer nel gennaio 2011, successivamente alla revoca del brevetto divisionale da parte dell'EPO nell'ottobre 2010 - che ha comportato la nullità di diritto del CPC - e, quindi, successivamente al venir meno in Italia della base giuridica su cui tale richiesta si fondava”.

E allora, apprezzato che sostanzialmente tutto l'impianto motivazionale relativo ai singoli profili valutati nel provvedimento ruota intorno alla revoca del brevetto

divisionale da parte dell'EPO nell'ottobre 2010, non appare implausibile l'osservazione di Pfizer che l'Autorità avrebbe dovuto valutare l'opportunità di sospendere il procedimento in attesa della decisione conseguente all'appello proposto avverso tale revoca.

Ciò che, però, l'Autorità non ha fatto, pervenendo così a valutazioni che già alla data della loro assunzione, ovvero anche non volendo tener conto della sopravvenuta decisione del Board of Appeal dell'EPO del maggio 2012, si profilavano caratterizzate dalla dipendenza da determinazioni non definitive formatesi *aliunde* e vieppiù neanche immediatamente efficaci, senza che, peraltro, l'Autorità, cui le caratteristiche di instabilità di tale connessione non potevano sfuggire, per effetto dell'attività difensiva procedimentale svolta da Pfizer, si sia premurata di spendere qualche osservazione al riguardo.

Di talchè le valutazioni stesse risultano all'odierno scrutinio affette dalle sopradette carenze istruttorie, motivazionali e logiche denunziate da Pfizer e sono, in quanto tali, insuscettibili di fondare l'accertamento di una fattispecie di abuso di posizione dominante, per di più concretantesi nell'esercizio di condotte assunte a difesa di diritti e interessi legittimi.

4.2. Assorbita ogni altra questione pure proposta, il gravame avverso il provvedimento sanzionatorio si profila per quanto sopra fondato e va accolto.

5. L'esito dell'appena svolto scrutinio, favorevole al ricorrente, inerente l'atto di accertamento dell'illiceità della condotta sanzionata, cui consegue l'annullamento integrale del provvedimento, determina l'improcedibilità del ricorso incidentale condizionato interposto dall'Autorità per l'ipotesi di accoglimento delle sole censure ricorsuali dirette avverso le modalità seguite nel calcolo della sanzione irrogata.

Consegue che può prescindersi dall'esame dell'eccezione di inammissibilità del ricorso condizionato incidentale spiegata da Pfizer.

6. Restano da esaminare le questioni proposte nei confronti dell'istanza di parziale rigetto dell'istanza di riservatezza presentata da Pfizer a protezione di documenti riservati acquisiti dall'Autorità nel corso di ispezioni svolte presso la sede dell'impresa.

Come prima rilevato, tali questioni attengono ormai alla sola seconda determinazione, del 22 dicembre 2001.

6.1. Il primo ordine di censure deve essere respinto.

Correttamente, infatti, la difesa erariale rileva che la censura propone un'interpretazione dell'art. 13 del d.p.r. 217/1998 (regolamento recante norme in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato) volto sostanzialmente a escludere i partecipanti al provvedimento dalla possibilità di accedere (oltre che all'indice dei documenti) dagli atti del procedimento recanti informazioni riservate o segrete, ancorchè con le cautele ivi richieste, rilevandosi da Pfizer che, in relazione a tali documenti, l'ostensione sarebbe assicurata solo al soggetto che all'interno del procedimento deve espletare il suo diritto di difesa nei confronti dell'Autorità.

E siffatta impostazione ermeneutica non è condivisibile pur volendo valorizzare la profonda diversità delle posizioni tra il soggetto sottoposto a un procedimento sanzionatorio dell'Autorità e i soggetti denunzianti e intervenienti, in quanto eccessivamente restrittiva nei confronti di questi ultimi e non coerente con la latitudine dei concetti di diritto di difesa, di contraddittorio e di prova di un'infrazione richiamati dall'art. 13 in parola.

In particolare, seguendo l'impostazione ricorsuale, la posizione del denunciante e dell'interveniente nel procedimento sarebbe del tutto priva di quelle prerogative concrete esercitabili solo a mezzo della previa conoscenza degli atti, ciò che evidentemente, non assicurerebbe alcuna effettività alla partecipazione procedimentale pure prevista e regolata dalla legge .

Inoltre, a sostegno della propria tesi, parte ricorrente invoca una pronunzia della Sezione (n. 4901 del 2012) senza avvedersi che in quel contenzioso trattavasi di un soggetto che, ancorchè rivestente in passato il ruolo di interveniente nel procedimento, esercitava non – come nel caso di specie – l'accesso c.d. procedimentale regolato dall'art. 13 del regolamento ai sensi degli artt. 7 e ss. della legge 241/1990, bensì l'accesso c.d. informativo, vale a dire estraneo o successivo all'avvenuta conclusione del procedimento, al quale si riferiscono gli artt. 22 e ss. della legge 241/1990, e su cui nulla stabilisce il regolamento stesso.

Ciò nonostante il Collegio concludeva in quel caso che l'interessato, nei cui confronti l'Autorità aveva comunque già assentito l'accesso, sicuramente non poteva vantare “prerogative ... più ampie di quelle riconosciute dall'art. 13 del d.p.r. 217/98 alle parti del procedimento istruttorio ai fini del contraddittorio”, trovando, per l'effetto, anche nei suoi confronti l'applicazione delle guarentigie di riservatezza delle informazioni di carattere commerciale, industriale e finanziario, e di inaccessibilità degli atti contenenti i segreti commerciali, recate dal ridetto art. 13 del d.p.r. 217/1998, che possono essere superate solo alle condizioni previste dalla stessa disposizione, ovvero specificamente laddove tali atti risultino essenziali per la difesa.

Ciò posto, non è ravvisabile a carico della seconda determinazione in parola alcuna carenza motivazionale né conseguentemente alcuna violazione dell'ordinanza cautelare della Sezione che nel presente contenzioso ha accolto la domanda cautelare proposta da Pfizer avverso la prima determinazione rilevando in essa una carente illustrazione delle ragioni del consentito accesso.

La seconda determinazione sull'accesso espone infatti adeguatamente le ragioni per le quali i documenti sono stati resi accessibili e le relative modalità, alla cui comprensione non osta, come ritenuto da Pfizer, la circostanza che in taluni casi i documenti contemplati nella determinazione siano stati accorpati per tipologia.

Inoltre, le motivazioni dell'accoglimento solo parziale dell'istanza di riservatezza hanno poggiate sul rilievo che le ulteriori limitazioni (non accolte) richieste da Pfizer all'accessibilità dei documenti riguardavano atti costituenti prova dell'infrazione ovvero elementi indispensabili all'individuazione della fattispecie contestata e all'intelligibilità del contenuto degli atti dell'Autorità, e che si sarebbero, pertanto, poste in dispregio ai principi di conoscibilità e trasparenza dell'attività amministrativa.

In altre parole l'Autorità, in esercizio di una potestà a lei commessa dall'art. 13 in discorso, risulta aver effettuato quel giudizio di bilanciamento proprio dell'ipotesi in cui, come quella in esame, si contrappongono i diversi interessi all'accesso e alla riservatezza.

E non risulta, al riguardo, che le valutazioni operate dall'Autorità incorrano nelle denunciate violazioni, atteso che i criteri utilizzati a fini di protezione dell'interesse procedimentale risultano del tutto congrui, essendo rapportati alla stretta attinenza del documento con l'in se del procedimento e delle valutazioni dell'Autorità.

Per altro verso, sempre in esito a tale bilanciamento, e come risulta dalla motivazione del provvedimento, proprio a protezione dell'interesse alla riservatezza l'Autorità ha espunto: riferimenti a dati di fatturato, stime interne di società; nomi di persone fisiche; strategie relative a prodotti diversi dallo Xalatan o mercati geografici non nazionali; segreti aziendali.

Non risulta, poi, vero che, come denunciato da Pfizer, l'Autorità avrebbe concesso al denunciante e agli intervenienti di avere accesso a una versione non confidenziale della CRI prima di definire la questione sulla riservatezza.

Ha chiarito e comprovato l'Autorità nelle proprie difese che l'operazione cui si riferisce Pfizer non è un'ostensione documentale, bensì l'invio in data 10 novembre della CRI a tutte le parti del procedimento. E mentre la versione della

CRI era integrale per Pfizer, non lo era per i denunzianti e intervenienti, cui è stata inviata una versione parzialmente omissata.

Non trova inoltre fondamento in alcuna previsione normativa o in criteri e principi riguardanti l'accesso la pretesa di Pfizer che a fronte di più documenti in grado di provare lo stesso profilo di abuso l'Autorità avrebbe dovuto ostendere uno solo di essi.

Parte ricorrente passa, infine, a confutare analiticamente le motivazioni espresse dall'Autorità per ogni singolo provvedimento o gruppo di provvedimenti.

Tali confutazioni, anche se proposte nella forma di censure di legittimità, riguardano in realtà il merito del predetto giudizio di bilanciamento dall'Autorità effettuato in linea generale sulla base dei criteri sopra già visti come congrui.

Ad esempio, nel lamentare che il documento 2.25 non sia stato considerato interamente riservato, trattandosi di una presentazione inerente segreti aziendali, Pfizer rappresenta che l'Autorità avrebbe confermato la valenza strategica del documento, pur non riservandolo.

In realtà così non è, in quanto per tale documento l'Autorità ha sostanzialmente rilevato la sua attinenza alla strategia di tutela dei farmaci precipuamente oggetto del procedimento, rappresentando, al contempo, di aver omissato nominativi e dati numerici.

Identica critica al merito delle scelte operate dall'Autorità secondo i parametri sopra esposti si rinviene per tutti i documenti partitamente considerati.

Le relative doglianze risultano, pertanto, inammissibili.

6.2. Anche il secondo ordine di censure deve essere respinto.

Espone la società che l'ostensione di alcuni documenti, ancorchè comunicazioni interne alla società, sarebbe violativa del segreto professionale, perché concernente comunicazioni che, sebbene interne, avevano carattere prodromico all'attività di avvocati esterni attraverso i quali esercitare il diritto di difesa.

La censura è infondata.

E' la stessa parte ricorrente a rappresentare che l'invocato "legal privilege" copre gli atti interni nella misura in cui gli stessi riproducano il testo o il contenuto di comunicazioni con avvocati indipendenti.

Tale condizione non si ravvisa nella documentazione di cui la società lamenta l'ostensione, contenente solo accenni generici a questioni di interesse legale.

Correttamente l'Autorità ha indi rilevato al riguardo l'inesistenza del privilegio, provvedendo all'adeguata rappresentazione delle relative argomentazioni.

Non è vero, poi, che la seconda decisione sulla riservatezza non conterebbe, come la prima, alcuna motivazione in merito al rifiuto di considerare come coperti da segreto professionale alcuni documenti (2.33 e 2.34), essendosi per tali documenti l'Autorità limitata esclusivamente a non dettagliare specifiche ulteriori motivazioni rispetto a quelle riferite come generalmente attinenti la categoria di atti nella quale sono stati inseriti.

Sulla scorta dell'osservazione che evidentemente risulta soddisfatto dall'Autorità, ancorchè tardivamente, l'interesse sostanziale alla riservatezza, va respinta anche la censura con cui Pfizer si duole che la seconda decisione non si pronunzierebbe sulla questione, pure sollevata dalla società, della tardività dell'accoglimento della richiesta di considerare alcuni documenti come coperti da segreto professionale.

7. Per tutto quanto precede, preventivamente dato atto della rinuncia di Tubilux Pharma s.p.a. a resistere all'impugnativa, il gravame va dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse laddove rivolto avverso la decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato del 17 novembre 2011, n. 67308, e, quanto al restante, assorbita ogni altra questione, va accolto in parte, ovvero laddove rivolto avverso il provvedimento di rigetto degli impegni e il provvedimento sanzionatorio impugnati, atti dei quali deve conseguentemente disporsi l'annullamento.

Il ricorso incidentale condizionato proposto dall'Autorità resistente deve poi essere dichiarato irricevibile.

La complessità e la novità della questione inducono a disporre la compensazione integrale tra le parti delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti di cui in epigrafe:

- a) dà atto della rinuncia di Tubilux Pharma s.p.a. a resistere all'impugnativa;
- b) dichiara il gravame improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse laddove rivolto avverso la decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato 17 novembre 2011, n. 67308;
- c) per il restante, lo accoglie in parte, laddove rivolto avverso il provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato adottato nell'adunanza 25 agosto 2011 di rigetto degli impegni proposti dalle società ricorrenti e avverso il provvedimento adottato dalla stessa Autorità nell'adunanza 11 gennaio 2012 a conclusione del procedimento A-431, che ha deliberato che le stesse società hanno posto in essere un abuso di posizione dominante contrario all'art. 102 TFUE, sanzionandole, e dispone, per l'effetto, l'annullamento di tali atti;
- d) dichiara improcedibile il ricorso incidentale condizionato proposto dall'Autorità resistente;
- e) compensa integralmente tra le parti le spese di lite.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 20 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Roberto Politi, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/09/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)