



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 102/08 Reg.Dec.

N. 1114-1117-1138-1229 Reg.Ric.

ANNO 2007

Disp.vo 501/2007

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale

Sezione Sesta

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sui ricorsi riuniti in appello nn. 1114/07, 1117/07, 1138/07, 1229/07,
proposti rispettivamente:

1) ric. n. 1114/2007 da: HEINZ ITALIA SRL in persona del dott. Antonio Maria Cartolari nella sua qualità di Procuratore Generale, e da PLASMON DIETETICI ALIMENTARI SRL, in persona del dott. Antonio Maria Cartolari, nella sua qualità di Procuratore Generale, rappresentate e difese dagli Avv.ti Filippo Pacciani, Piero Fattori e Stefano Gattamelata, con domicilio eletto in Roma via di Monte Fiore 22, presso lo studio dell'avv. Stefano Gattamelata;

contro

l'AUTORITA' GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO,
in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa

dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, Via dei Portoghesi, 12 ha legale domicilio;

e nei confronti di

MILTE ITALIA SPA, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Cesare Persichelli e Paolina Testa con domicilio eletto in Roma via Sardegna 40, presso lo studio dell'avv. Cesare Persichelli;

CODACONS, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, costituitasi in giudizio, rappresentato e difeso dall'Avv. Carlo Rienzi con domicilio eletto in Roma Viale Giuseppe Mazzini n.73, presso l'Ufficio Legale Codacons;

LEGA CONSUMATORI, ACLI TOSCANA, HUMANA ITALIA, MOVIMENTO CONSUMATORI, NUTRICA ITALIA, NESTLE' ITALIANA SPA, COOP ITALIA SOC. COOP. A R.L, MELLIN SPA, MINISTERO DELLA SALUTE, MINISTERO DELLE FINANZE, non costituitisi;

2) ric. n. 1117/2007 da: HUMANA ITALIA SPA, in persona del legale rappresentante *pro tempore* Dott. Alessandro Beachi, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Claudio Visco, Salvatore Lamarca e Michele Costa con domicilio eletto in Roma Via Bassano del Grappa n.24, presso lo studio di quest'ultimo;

contro

L'AUTORITA' GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa

dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, Via dei Portoghesi, 12 ha legale domicilio;

MELLIN SPA, non costituitasi;

3) ric. n. 1138/2007 da: NUTRICIA ITALIA SPA, in persona del rappresentante legale pro tempore, sig.ra Piera Rondini, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Antonio Lirosi, Denis Fosselard e Filippo Satta con domicilio eletto presso lo studio Gianni, Origono, Grippo & Partners, in Roma Via delle Quattro Fontane 20;

contro

L'AUTORITA' GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, Via dei Portoghesi, 12 ha legale domicilio;

e nei confronti di

MILTE ITALIA SPA, LEGA CONSUMATORI ACLI TOSCANA, HUMANA ITALIA SPA, MOVIMENTO CONSUMATORI, NESTLE' ITALIANA SPA, HEINZ ITALIA SRL, PLASMON DIETETICI ALIMENTARI SRL, non costituitisi;

CODACONS, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'Avv. Carlo Rienzi con domicilio eletto in Roma Viale Giuseppe Mazzini n.73 presso l'Ufficio Legale Codacons;

4) ric. n. 1229/2007 da NESTLE' ITALIANA S.P.A., in persona dell'avv. Danilo Clestino, Direttore Affari Legali e Generali, procuratore speciale, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Claudio Tesauro, Marco Sica e Mariano Protto, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma Via Giovanni Paisiello 39;

contro

l'AUTORITA' GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, Via dei Portoghesi, 12 ha legale domicilio;

MINISTERO DELLA SALUTE, MINISTERO DELLE FINANZE, MOVIMENTO CONSUMATORI, MELLIN S.P.A., COOP ITALIA CONSORZIO NAZIONALE DELLE COOP.CONSUMATORI S.C.A.R.L., non costituitisi;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio sede di Roma, Sezione I n.9878/2006.

Visti gli atti di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'AUTORITA' GARANTE CONCORRENZA E DEL MERCATO, MILTE ITALIA SPA, CODACONS

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 30 Ottobre 2007, relatore il Consigliere Cons. Roberto Giovagnoli ed uditi, altresì, gli avvocati Gattamelata, Visco

per sé e per delega di Persichelli, Costa, Liroso, Sica, Protto e l'avv. dello Stato Del Gaizo;

FATTO

1. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nell'adunanza del 12 ottobre 2005, ha deliberato che:

a) le società Heinz Italia S.r.l., Plada S.r.l., Nestlé Italiana S.p.a., Nutricia S.p.a., Milupa S.p.a., Humana Italia S.p.a., Milte Italia S.p.a. hanno realizzato un'intesa che ha avuto ad oggetto ed effetto una significativa e consistente alterazione della concorrenza, consistente in un coordinamento delle loro politiche commerciali, e determinando il mantenimento di prezzi assai più elevati rispetto agli altri mercati europei, in violazione dell'art. 81 del Trattato UE;

b) le imprese si astengano in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata;

c) in ragione della gravità e durata dell'infrazione di cui al punto a), vengono applicate le seguenti sanzioni amministrative pecuniarie: Heinz Italia S.r.l. €279.000; Plada S.r.l. €3.022.000; Nestlé Italiana S.p.a. € 3.300.000; Nutricia S.p.a. € 629.000; Milupa S.p.a. € 938.000; Humana Italia S.p.a. €1.377.000; Milte Italia S.p.a. €198.000.

2. L'Autorità, in particolare, ha ritenuto che i comportamenti rilevati in istruttoria si qualificano come una pratica concordata fra le principali imprese operanti nei mercati italiani del latte di partenza e del latte di proseguimento, avente come oggetto l'omogeneizzazione delle politiche commerciali e, in particolare, l'eliminazione di una concorrenza basata sul prezzo e la rinuncia ad utilizzare la comunicazione promozionale nei

confronti del consumatore, facendo sì che la concorrenza risulti eliminata. In relazione alla concentrazione sul prezzo, tale pratica è stata finalizzata non già ad uniformare i prezzi dei prodotti (le risultanze istruttorie evidenziano differenze fra le varie marche), bensì a far sì che il livello minimo dei prezzi si collocasse su valori assai elevati, ben superiore a quelli riscontrabili per gli stessi prodotti sugli altri mercati europei.

L'AGCM ha evidenziato che la normativa concorrenziale in materia di intese è volta ad assicurare che ogni operatore economico determini autonomamente la condotta che intende seguire sul mercato e la circostanza che l'art. 81 del Trattato UE preveda, oltre alla nozione di "accordo" quella di "pratica concordata", risponde all'esigenza di ricomprendere tra i comportamenti vietati dalla norma ogni forma di coordinamento dell'attività delle imprese che si concretano in una consapevole collaborazione tra gli operatori economici, in danno della concorrenza. Nella pratica concordata manca un accordo espresso, ma vi è una forma di coordinamento delle attività delle imprese che sostituisce scientemente ai rischi della concorrenza una cooperazione pratica tra di loro e l'esistenza di tale pratica, soggiunge l'Autorità, può desumersi dal coordinamento che si concreta nella condotta delle imprese che ad essa ha partecipato, vale a dire – sostiene l'Autorità - che vi è un comportamento parallelo di una pluralità di imprese, frutto di una tacita volontà comune, che, pur non formalizzata in un accordo, emerge dalla univocità dei comportamenti concreti, sicché la nozione di pratica concordata implica, oltre ad una concertazione, un comportamento sul mercato che dia seguito a tale concertazione ed un nesso causale tra questi due elementi, mentre il parallelismo di comportamenti adottati da una

pluralità di operatori economici non potrà costituire prova di una violazione della normativa sulle intese qualora esso possa risultare dalla capacità delle imprese di reagire intelligentemente ed autonomamente al comportamento noto o presunto di un concorrente.

Tuttavia, sostiene ancora l'amministrazione, l'esigenza che le imprese determinino autonomamente la politica che intendono seguire sul mercato "vieta rigorosamente che fra gli operatori abbiano luogo contatti diretti o indiretti aventi lo scopo o l'effetto di influire sul comportamento tenuto sul mercato da un concorrente attuale o potenziale, ovvero di rivelare a un concorrente il comportamento che l'interessato ha deciso o intende tenere egli stesso sul mercato" e, qualora sussistano evidenze di tali contatti, diretti o indiretti, intercorsi tra le imprese, che possano costituire ragionevoli indizi di una pratica anticoncorrenziale, deve presumersi che dette imprese tengano conto delle informazioni scambiate con i loro concorrenti per determinare il proprio comportamento sul mercato ed in tal caso grava sulle imprese indagate l'onere probatorio di una diversa spiegazione lecita delle loro condotte.

3. Sulla base di tali considerazioni di carattere generale, l'Autorità ha ritenuto che le imprese Heinz Italia S.r.l., Plada S.r.l., Nestlè Italiana S.p.a., Nutricia S.p.a., Milupa S.p.a., Humana Italia S.p.a. e Milte S.p.a. hanno posto in essere una pratica concordata che ha avuto, in primo luogo, per oggetto ed effetto il coordinamento delle rispettive politiche di prezzo, concordando in particolare il mantenimento di livelli elevati di prezzo rinunciando ad azioni individuali ed autonome di ribasso, e, come ulteriore

oggetto ed effetto, il coordinamento delle rispettive politiche promozionali, concordando le imprese di non ricorrere alla leva pubblicitaria.

4. Per quanto attiene al coordinamento dei comportamenti di prezzo, l'istruttoria ha messo in evidenza come, nel periodo 2000-2004, le imprese abbiano posto in essere comportamenti paralleli nella determinazione dei prezzi dei latti per l'infanzia, fissando prezzi assai elevati e di gran lunga superiori rispetto ai prezzi di prodotti equivalenti o comunque fungibili rilevati negli altri Paesi europei; in particolare il differenziale tra i prezzi italiani e i correlativi prezzi all'estero nel canale farmaceutico è stato, nella maggioranza dei casi, maggiore del 150%, con punte del 320-350% per i latti di partenza, nonché maggiore del 100%, con punte del 200-220%, per i latti di proseguimento e speciali. Nel periodo considerato, nessuna delle principali imprese ha tentato un' incisiva azione competitiva sui prezzi, tesa a sfruttare gli spazi per incrementare la propria quota di mercato. Nel 2004, inoltre, a seguito di una richiesta del Ministero della Salute di riduzione dei prezzi, le imprese hanno adottato un comportamento ancora una volta parallelo, sostanzialmente univoco e conservativo, per quanto possibile, della situazione preesistente caratterizzata dall'esistenza di livelli di prezzo elevati.

5. L'Autorità ritiene che il descritto parallelismo dei comportamenti consistente nella fissazione e nel mantenimento di livelli di prezzo assai elevati risulta frutto di una prolungata concertazione tra le imprese sulle loro politiche commerciali essendo emersa, dalle risultanze istruttorie, per tutto il periodo 2000-2004, l'esistenza di contatti diretti ed indiretti tra le imprese considerate in merito alle rispettive politiche commerciali ed in particolare

ai prezzi praticati, che si sono svolti: a) nel periodo 2000-2004 indirettamente, e cioè attraverso la fissazione e diffusione ai distributori farmaceutici di listini contenenti i prezzi al pubblico consigliati, diffusione che consentiva, in realtà, di rendere accessibili ai concorrenti i prezzi praticati dagli stessi produttori ai distributori; b) nel 2004 direttamente, nell'ambito delle riunioni in sede AIIPA, in occasione del primo invito del Ministro della Salute a ridurre i prezzi.

6. Il contatto indiretto riscontrato nel periodo 2000-2004, specifica l'Autorità, avveniva attraverso un preciso e predefinito meccanismo basato sulla scelta di fissare e comunicare a ciascun distributore il prezzo "consigliato" di rivendita e di calcolare su questo prezzo il margine del distributore secondo una percentuale omogenea intorno al 30% per tutte le imprese partecipanti all'intesa e, in base a tale meccanismo, le imprese hanno provveduto a: fissare i propri prezzi di vendita al pubblico consigliati per il canale farmaceutico; calcolare i propri prezzi di cessione ai distributori farmaceutici applicando una percentuale omogenea sui prezzi di vendita al pubblico consigliati secondo il meccanismo tradizionalmente applicato nel settore farmaceutico; comunicare ai distributori farmaceutici i listini contenenti i suddetti prezzi di vendita al pubblico consigliati, listini inseriti in apposite banche dati (i prezzi consigliati di tutti i produttori sono risultati inseriti almeno nella banca dati di Federfarma).

7. Conseguentemente, ritiene l'AGCM, ciascun produttore, tramite la banca dati ovvero la *market intelligence* dei prezzi di vendita presso le farmacie, e soprattutto detraendo dal prezzo al pubblico consigliato la percentuale usuale dei distributori farmaceutici pari a circa il 30% del

prezzo al pubblico stesso, era in grado di conoscere il prezzo di cessione dei suoi concorrenti e di far conoscere il proprio ai concorrenti stessi.

8. La fissazione e la comunicazione dei prezzi sono state, nella ricostruzione dell'Autorità, uno strumento idoneo a permettere uno scambio di informazioni tra le imprese volto a controllare eventuali strategie competitive di prezzo dei concorrenti e l'idoneità di tale strumento a controllare strategie competitive di prezzo della concorrenza appare riguardare anche la grande distribuzione dal momento che, nel periodo considerato dall'istruttoria, il processo di sviluppo delle vendite di latte per l'infanzia attraverso il canale della GDO non era stato nella sostanza ancora avviato.

La considerazione che l'equilibrio dei mercati in esame sui livelli di prezzo riscontrati non derivi dalla reazione intelligente di ciascun operatore al comportamento degli altri, ma sia stato invece artificialmente costruito dagli operatori è anche confermato, soggiunge l'amministrazione, da quanto si è verificato nei mesi di marzo ed aprile 2004, quando un intervento del Ministero della Salute, volto a richiedere alle imprese una riduzione dei prezzi del latte per l'infanzia, ha rischiato di mettere in crisi quell'equilibrio e, a seguito di tale richiesta, le parti hanno sentito la necessità di incontrarsi presso la sede dell'AIIPA e discutere le strategie conseguenti, verificando la possibilità del mantenimento di politiche commerciali non basate su una reale concorrenza di prezzo e che si sono in concreto tradotte in un sostanziale allineamento delle offerte di prezzo; l'Autorità, tra l'altro, ha evidenziato che le risposte individuali, pur parzialmente differenziate l'una

dall'altra, appaiono comunque coerenti con il mantenimento dell'equilibrio collusivo.

9. A fronte di tali contatti diretti ed indiretti intercorsi tra le imprese nel periodo 2000-2004, idonei ad influire sulle strategie di prezzo adottate dalle imprese, ciascuna impresa avrebbe dovuto fornire la prova che il suo comportamento di mercato era stato determinato senza tenere conto del precedente scambio di informazioni e, con riferimento al caso di specie, ciascuna impresa avrebbe dovuto dimostrare di avere adottato politiche di prezzo divergenti rispetto al mantenimento di un livello dei prezzi elevato, ma tale prova non è stata fornita, anzi l'AGCM sostiene che vi è la prova che tutte le imprese si sono conformate all'adozione di politiche di prezzo volte al mantenimento di un livello dei prezzi sistematicamente molto più elevato di quello praticati negli altri Paesi europei, sicché sono irrilevanti le spiegazioni economiche delle condotte alternative alla concertazione fornite dalle parti e, in ogni caso, infondate.

10. Un altro comportamento parallelo riscontrato dall'Autorità è consistito nella sistematica rinuncia all'utilizzo della pubblicità o, comunque, della comunicazione nei confronti del consumatore come strumento di concorrenza atteso che, sebbene la normativa non vieti in assoluto la pubblicità, tutte le imprese operanti sul mercato hanno interpretato la norma in maniera estremamente prudentiale al fine di evitare l'adozione di politiche promozionali e pubblicitarie, mentre, solo dopo l'ingresso sul mercato di Coop e l'utilizzo da parte di questi della comunicazione diretta al consumatore, si è assistito ad un parziale

mutamento di tale condotta parallela, in particolare con la campagna condotta da Milte.

Per tale comportamento parallelo, l'amministrazione non ha riscontrato contatti diretti o indiretti tra le imprese, per cui ha verificato l'esistenza di spiegazioni alternative all'ipotesi di collusione evidenziando che, se è certamente vero che la normativa vigente pone limiti stringenti alla pubblicità del latte per l'infanzia a tutela dell'allattamento materno, tuttavia la regolamentazione di settore non ne vieta il ricorso per il latte di proseguimento e, comunque, non risulta che tale normativa debba essere interpretata, come effettuato dalle imprese produttrici senza consultare al riguardo il Ministero della Salute, così da impedire anche una semplice comunicazione al pubblico della presenza sul mercato di latte per l'infanzia a prezzi inferiori a quelli dei concorrenti. Né, osserva l'Autorità, il parallelismo può giustificarsi con l'assoluta inefficacia delle campagne pubblicitarie nel veicolare al pubblico un'informazione su prodotti più convenienti atteso che la vischiosità della domanda lascia comunque ampi margini a spostamenti tra le marche dovuti a prezzi più convenienti. Neppure può qualificarsi come promozione, in luogo della pubblicità verso il consumatore, l'attività informativa verso i pediatri di base e le strutture sanitarie non emergendo un'efficacia concorrenziale di tale strumento in quanto, da un lato, il sistema delle turnazioni adottato dalle strutture neonatali non comporta alcuna selezione delle imprese sulla base di criteri qualitativi o di prezzo atteso che, una volta che una marca risulta avere soddisfatto uno *standard* minimo qualitativo, le stesse strutture ripartiscono in misura uguale le forniture gratuite fra tutti i produttori operanti nella

zona, dall'altro, i pediatri sono consapevoli del fatto che nessuno dei latti in commercio possa essere considerato qualitativamente superiore agli altri, come attestato dal Ministero della Salute, sicché, in entrambi i casi, l'attività informativa ha essenzialmente la funzione di creare visibilità per i marchi dell'impresa, ma non risulta idonea ad acquisire quote di mercato.

11. Le odierne appellanti hanno impugnato tale provvedimento innanzi al T.a.r. per il Lazio.

12. Con la sentenza n. 9878 del 3 ottobre 2006, il T.a.r. per il Lazio, sez. I, ha respinto, dopo averli riuniti, tutti i ricorsi, compensando tra le parti le spese del giudizio.

13. Contro tale sentenza Heinz Italia s.r.l., Humana Italia s.p.a., Milte Italia s.p.a., Nestlè Italia s.p.a. e Nutricia Italia s.p.a. hanno proposto appello innanzi a questo Consiglio di Stato.

Si è costituita in giudizio, per l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, l'Avvocatura Generale dello Stato, chiedendo il rigetto dell'appello.

Alla pubblica udienza del 30 ottobre 2007, la causa è stata trattenuta in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. I motivi di gravame formulati dalle società appellanti possono essere suddivisi in tre grandi categorie.

In primo luogo, le appellanti censurano la sentenza del T.a.r. nella parte in cui ha ritenuto inesistenti alcuni vizi del procedimento che ha condotto all'erogazione delle sanzioni; in secondo luogo, sotto un profilo più marcatamente sostanziale, gli appelli contestano in radice l'esistenza di

una intesa restrittiva della concorrenza; infine, le società ricorrenti ripropongono i motivi relativi alla quantificazione delle sanzioni, censurando la sentenza di primo grado nella parte in cui ha ritenuto che non vi fossero elementi per accogliere la richiesta di riduzione dell'entità delle sanzioni medesime.

2. Iniziando dalla prima categoria di censure, i vizi procedurali denunciati riguardano:

1) una presunta violazione del diritto di difesa (derivante dal fatto che l'Autorità non avrebbe messo a disposizione della società coinvolte alcuni dati - i c.d. dati grezzi - utilizzati invece a fini accusatori);

2) la violazione del sistema di ripartizione di competenze tra la Comunità e gli Stati membri nell'applicazione delle norme in materia di intese (l'Autorità avrebbe applicato l'art. 81 TCE, anziché l'art. 2 l. n. 287/1990, pur in assenza della prova di un effettivo pregiudizio al commercio comunitario);

3) una divaricazione tra la ricostruzione dei fatti e le posizioni espresse nella comunicazione della risultanze istruttorie (CRI) e quelle riportate nella decisione impugnata, con conseguente violazione del diritto di difesa delle parti.

3. In particolare, Humana Italia s.p.a. e Nutricia Italia s.p.a. hanno lamentato che l'Autorità abbia utilizzato per sostenere e ricostruire la propria tesi accusatoria alcuni dati (i c.d. dati grezzi relativi ai costi interni dell'impresa, ai prezzi al pubblico consigliati, ai prezzi di cessione ai canali distributivi e ai ricavi per anali distributivo) che, per motivi di riservatezza, non sono mai stati resi noti alle società coinvolte nel procedimento.

Secondo le appellanti, la mancata disponibilità dei dati originari grezzi avrebbe impedito alle stesse di identificare la metodologia impiegata dall'Autorità per ricavare i dati contenuti nelle tabelle utilizzate per provare la collusione e il parallelismo di comportamenti che ne sarebbe scaturito. In tal modo sarebbe stato gravemente leso il diritto di difesa delle società coinvolte.

3.1. Il T.a.r. ha respinto tale censura rilevando che la conoscenza dei dati grezzi a base delle elaborazioni non avrebbe potuto consentire l'esplicazione di una concreta attività difensiva e sarebbe stata sostanzialmente inutile. Ciò in quanto il comportamento collusivo attribuito alle imprese non è stato quello di aver fissato prezzi identici o analoghi (nel qual caso la mancata ostensione dei dati grezzi avrebbe, secondo il primo Giudice, effettivamente leso il diritto di difesa delle parti), ma è stato viceversa quello di aver rinunciato alla leva concorrenziale del prezzo per mantenere livelli di prezzo elevati, oggettivamente più alti rispetto a quelli di tutti gli altri Paesi europei.

In altre parole, secondo la sentenza impugnata, ciò che ha contribuito a formare la volontà provvedimentale dell'Amministrazione è stato l'andamento complessivo dei prezzi dei lattini 1 e 2 in Italia, nel periodo 2000-2004, molto più elevato rispetto a quello prevalente per prodotti corrispondenti negli altri Paesi dell'Unione Europea, e poiché tale andamento complessivo non è contestabile, la conoscenza dei dati grezzi non avrebbe potuto in alcun modo consentire un più incisivo esercizio del diritto di difesa.

3.2. Le appellanti criticano la sentenza, deducendo che, al contrario di quanto sostenuto dal T.a.r., i dati grezzi sono stati effettivamente utilizzati dall'Autorità per la compilazione di numerose tabelle che hanno avuto una funzione ben precisa all'interno dell'*iter* logico-probatorio seguito nel provvedimento impugnato. Sostengono, inoltre, che non spettava al T.a.r. valutare l'utilità di tali dati ai fini difensivi.

3.3. I motivi proposti coinvolgono il delicato tema dei rapporti tra diritto di accesso e riservatezza dei segreti industriali nei procedimenti antitrust; la questione è stata affrontata soprattutto dalla giurisprudenza comunitaria ed i principi da essa affermati sono stati utilizzati da questa Sezione (cfr., in particolare, la sentenza n. 652/2001) come punto di partenza per la ricostruzione della disciplina dell'accesso nei procedimenti instaurati presso l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

In tali procedimenti emerge la necessità di bilanciare due interessi contrapposti: l'interesse alla tutela delle informazioni riservate, acquisite in funzione dell'interesse pubblico volto alla cessazione dei comportamenti anticoncorrenziali e i diritti di difesa delle parti.

3.4. Fin dalle sue prime pronunce, la Corte di Giustizia ha ricostruito il diritto di accesso nei procedimenti antitrust come esplicazione del diritto di difesa e del diritto al contraddittorio ("diritto ad essere sentito, previsto dall'art.19, par. 1, del Reg. CEE n.17/62 e dell'art.2 del Reg. CEE n.99/63; cfr. Corte Giust. CE, C- 56 e 58/64, 13.7.66, Consten - Grundig).

Pur non ritenendo necessario l'accesso all'intero fascicolo, la Corte ha precisato che non è sufficiente fornire alle parti le informazioni su cui si fonda la contestazione di infrazione, ma è necessario mettere a disposizione

delle stesse i documenti, tramite cui le informazioni sono state ricostruite (cfr., Corte Giust. CE, C - 85/76, 13.2.79, Hoffman - La Roche).

Un ulteriore ampliamento del diritto di accesso è stato attuato dalla stessa Commissione, che, nella XII relazione sulla politica della concorrenza del 1982, ha previsto una serie di criteri sul punto, tra cui quello di consentire l'accesso delle parti al fascicolo tramite un elenco di tutti i documenti che lo compongono, nel quale comunque potranno essere indicati anche i documenti inaccessibili, in tutto o in parte, perché contenenti segreti industriali o commerciali, note interne, o informazioni riservate o confidenziali.

Nonostante tali aperture, la giurisprudenza ha limitato il divieto di utilizzo di documenti segretati, solo nell'ipotesi di contestazioni fondate esclusivamente su documenti contenenti segreti e non accessibili, salvo l'illustrazione in forma sintetica da parte della Commissione del contenuto di quegli atti (cfr. Corte Giust. CE, C - 107/82-83, AEG - Telefunken, 25.10.83).

È stato successivamente affermato il diritto di prendere visione di tutti gli atti del fascicolo, non solo di quelli posti a carico, ma anche di quelli a favore dell'impresa, facendo sempre salvi i documenti riservati e aggiungendo che un eventuale diniego di atti può assumere rilievo come violazione dei diritti della difesa solo quando si ritenga che, in mancanza del diniego, il procedimento amministrativo si sarebbe potuto concludere in modo diverso (Trib. CE, T - 7/89, 17.12.91, Hercules, par. 54 e ss.).

Resta quindi ferma la necessità di un bilanciamento di interessi ed anche l'esigenza di evitare che il denunciante possa subire azioni di

ritorsione "commerciale" a causa della collaborazione con la Commissione (cfr., Trib. Ce, T - 65/89, Plasterboard, 1.4.93).

Un definitivo riconoscimento del principio della "parità delle armi" tra accusa e difesa si è avuto con la giurisprudenza c.d. "carbonato di sodio" (cfr. Trib. CE, T - 30/91, 29.6.95, Solvay e Trib. CE, T - 36/91, 29.6.95, I.C.I.).

Con tali decisioni è stato affermato che:

- tenuto conto del principio generale della "parità delle armi", il quale presuppone che in una causa di concorrenza l'impresa interessata abbia una conoscenza del fascicolo relativo al procedimento pari a quella di cui dispone la Commissione, non si può ammettere che la Commissione, pronunciandosi sull'infrazione, sia stata l'unica ad avere a disposizione determinati documenti e abbia dunque potuto decidere da sola se utilizzarli o meno contro l'impresa interessata, mentre quest'ultima non ha avuto accesso a tali documenti e non ha dunque potuto decidere parallelamente se utilizzarli o meno per la propria difesa;

- anche se si dovesse definire illegittimo, per violazione dei diritti della difesa di una delle imprese indagate, l'utilizzo da parte della Commissione di documenti a carico non comunicati alla detta impresa, un vizio procedurale del genere potrebbe comportare solamente l'esclusione di tali documenti in quanto mezzi di prova. Tale esclusione, lungi dall'avere per effetto l'annullamento di tutta la decisione, avrebbe importanza soltanto qualora il relativo addebito formulato dalla Commissione potesse essere provato unicamente con riferimento a tali documenti;

- il diritto delle imprese alla tutela dei loro segreti commerciali va contemperato con la garanzia dei diritti della difesa, e non può, da solo, giustificare il rifiuto da parte della Commissione di rendere noti ad un'impresa, ancorché in versioni non riservate o sotto forma di un elenco dei documenti raccolti dalla Commissione, elementi del fascicolo che questa potrebbe utilizzare per la propria difesa.

Nella fattispecie esaminata, il Tribunale di primo grado CE ha annullato la decisione della Commissione, in quanto questa aveva opposto un generico ed assoluto rifiuto alla domanda di accesso agli atti, fondato solo su una altrettanto generica istanza di riservatezza di altra impresa interessata.

Il Tribunale ha rilevato che la Commissione poteva: o espungere i soli elementi dei documenti attinenti a segreti industriali o adottare una procedura, consistente nella predisposizione di un apposito elenco dei documenti e del relativo contenuto, sulla base del quale l'impresa avrebbe dovuto indicare specificatamente quali documenti intendeva visionare e la Commissione avrebbe poi individuato i brani sensibili da segretare, previo contraddittorio con l'impresa che aveva chiesto la tutela della riservatezza.

L'assoluta assenza di tali (o analoghi) meccanismi procedurali aveva reso illegittima l'intera procedura.

3.5. Questa Sezione (n. 652/2001) ha già ritenuto di applicare i principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria al diritto di accesso nell'ambito del procedimento antitrust nazionale, previsto dal nostro ordinamento ai sensi del vigente regolamento (v. artt.12 e 13 del D.P.R. n.217/98).

Deve ribadirsi, a tal proposito, che, come affermato dalla giurisprudenza comunitaria, l'eventuale violazione dei diritti della difesa e i suoi effetti vanno esaminati in relazione alle circostanze specifiche di ciascun caso.

Una cosa, infatti, è verificare la legittimità, o meno, di un provvedimento di diniego di accesso, altra cosa è verificare la rilevanza di un eventuale illegittimo diniego di accesso nell'ambito di un complesso procedimento antitrust.

Invero, è alla luce degli addebiti effettivamente mossi dalla Autorità all'impresa interessata e alla difesa svolta da quest'ultima che si può valutare la rilevanza per tale difesa dei documenti che non sono stati comunicati, sia che si tratti degli eventuali documenti a discarico dell'impresa, sia che si tratti di documenti che dimostrano l'esistenza dell'intesa.

3.6. Sulla base di tali premesse ermeneutiche, il Collegio ritiene che il motivo di appello sia infondato.

3.6.1. I dati grezzi in questione, richiesti dall'Autorità nel corso dell'istruttoria alle imprese interessate, riguardano i costi di produzione, il peso percentuale delle varie categorie dei costi di produzione sul costo totale, i prezzi medi praticati e i relativi aumenti, i margini realizzati distintamente per canale distributivo, nonché le quote di mercato, relativamente alla produzione di latti di partenza, proseguimento e speciali nel periodo 200-20004.

Si tratta di dati che hanno un rilievo assai limitato rispetto all'impianto accusatorio creato dall'Autorità. La loro mancata conoscenza, pertanto, non ha arrecato alcun pregiudizio alle odierne appellanti, ma ne ha,

al contrario, tutelato la riservatezza, conformemente alla previsioni contenute nell'art. 13 D.P.R. n. 217/1998 che regola l'accesso ai documenti dell'Autorità.

Come correttamente rilevato dal T.a.r. e dalla difesa erariale, la pratica concordata accertata e contestata dall'Autorità nel provvedimento impugnato ha unicamente ad oggetto la fissazione dei prezzi di vendita del latte formulato per l'infanzia a livelli estremamente elevati, notevolmente superiori a quelli praticati negli altri Paesi dell'Unione Europea.

L'accusa dell'Autorità si fonda, quindi, su un dato (la notevole differenza tra i prezzi praticati in Italia e quelli praticati dalle stesse imprese negli altri Paesi Europei) che è oggettivo ed incontestabile. Al fine dell'accertamento di tale notevole differenziale di prezzo, i dati grezzi tenuti riservati dall'Autorità hanno un rilievo del tutto marginale al fine di fornire la prova dell'infrazione contestata.

3.6.2. La decisione dell'Autorità di sottrarre tali dati all'accesso delle imprese coinvolte nel procedimento, pertanto, non solo non lede il loro diritto di difesa, ma risulta conforme a quanto previsto dall'art. 13 del D.P.R. n. 217/1998.

Tale norma, che regola il diritto di accesso nei procedimenti condotti dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, dopo aver previsto in via generale che *“qualora i documenti di cui al comma 1 contengano informazioni riservate di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario, relative a persone ed imprese coinvolte nei procedimenti, il diritto di accesso è consentito, in tutto o in parte, nei limiti in cui ciò sia necessario per assicurare il contraddittorio”* (comma 2), stabilisce poi .che

“i documenti che contengono segreti commerciali sono sottratti all'accesso. Qualora essi forniscano elementi di prova di un'infrazione o elementi essenziali per la difesa di un'impresa, gli uffici ne consentono l'accesso, limitatamente a tali elementi.”.

In base a tale disposizione, quindi, l'accesso ai documenti che contengono segreti commerciali (quali sono quelli contenuti nei documenti di cui si contesta la mancata ostensione), rappresenta una eccezione, e può avvenire solo limitatamente a quegli elementi essenziali (cioè assolutamente necessari) per l'esercizio di difesa delle imprese.

Il ruolo del tutto marginale che i dati grezzi hanno avuto ai fini dell'accertamento della infrazione contestata dall'Autorità inducono il Collegio ad escludere che la conoscenza di tali dati fosse essenziale per l'esercizio del diritto di difesa delle imprese coinvolte.

4. Sempre in un'ottica prevalentemente procedimentale, Nestlé lamenta che nel caso di specie, non è stato provato l'effettivo pregiudizio al commercio intracomunitario, e, dunque, l'Autorità non avrebbe potuto procedere ai sensi dell'art. 81 TCE, ma, eventualmente, sulla base dell' art. 2 L. n. 287/1990.

4.1. Il T.a.r. ha dichiarato inammissibili tali censure, rilevando che esse si risolvono in una contestazione meramente letterale in quanto l'amministrazione avrebbe potuto in ogni caso svolgere il medesimo procedimento, anzi con minore garanzie per i destinatari, sulla base della normativa nazionale.

Secondo, il T.a.r., infatti, anche a fronte di una istruttoria svolta esclusivamente per la fattispecie di cui all'art. 81, nulla esclude di applicare

l'art. 2 L. n. 287/1990, in quanto il riferimento alla violazione dell'art. 81 TCE anziché dell'art. 2 della L. n. 287/1990 *“costituisce una questione meramente formale e letterale e non anche sostanziale, sicché rimane indimostrata, da un lato, l'impossibilità di ritenere che l'amministrazione abbia perseguito l'illecito ai sensi della norma nazionale, dall'altro la realizzazione dell'ipotizzata lesione del diritto di difesa, laddove l'applicazione della normativa comunitaria ha addirittura una portata più garantistica per i destinatari dell'azione”*.

4.2. Nestlè contesta l'assunto del Giudice di primo grado, criticando la ritenuta fungibilità tra l'applicazione della disciplina comunitaria e di quella nazionale. In altri termini, secondo l'appellante, esclusa l'applicabilità dell'art. 81 TCE per la mancanza del pregiudizio al commercio intracomunitario, l'intesa non avrebbe potuto essere sanzionata ai sensi dell'art. 2 L. n. 287/1990, pena la violazione del diritto di difesa delle società coinvolte e del riparto delle competenze tra Comunità e Stati membri in ordine alla repressione degli illeciti antitrust.

4.3. Il motivo non può essere accolto.

4.3.1. Innanzitutto, non può essere condiviso il presupposto da cui muove l'appellante, ovvero che l'Autorità non avrebbe dato prova dell'esistenza di un pregiudizio al commercio intracomunitario.

Sotto tale profilo, la Nestlè sostiene che non si può affermare, in via generale, che un'intesa applicabile a tutto il territorio di uno Stato membro può, per sua natura, influire sensibilmente sul commercio tra Stati membri. A suo avviso, oltre all'estensione territoriale, dovrebbero sussistere circostanze supplementari (che nel caso di specie non esistono) per poter

accertare la natura transfrontaliera di un'intesa «nazionale». In particolare, occorre verificare in concreto, in primo luogo, se i prodotti oggetto dell'accordo siano effettivamente oggetto di commercio transfrontaliero o meno, ed in secondo luogo, se tale commercio possa essere pregiudicato in virtù delle azioni che i membri del cartello hanno intrapreso (o potrebbero intraprendere) per proteggersi dalla concorrenza di altri produttori e distributori proveniente da altri Stati.

La Nestlè denuncia anche la contraddittorietà del provvedimento impugnato: da un lato, l'Autorità, nel definire il mercato geografico rilevante, lo fa coincidere con il mercato nazionale evidenziando che il mercato italiano è strutturalmente impermeabile alle importazioni (a causa della struttura logistica, dei costi di trasporto e della scarsa convenienza in genere del prodotto latte artificiale); dall'altro, invece, dopo aver rilevato che l'assenza di importazioni parallele sia, in realtà, dovuta a fattori esogeni, il provvedimento imputa il pregiudizio al commercio intracomunitario alla pratica concordata contestata alle società appellanti.

4.3.2. Giova al riguardo richiamare principi che regolano, secondo la giurisprudenza comunitaria e la prassi decisionale della Commissione, la valutazione dell'idoneità a pregiudicare il commercio tra Stati membri.

Il requisito attinente agli effetti sul commercio tra gli Stati membri, di cui all'art. 81, n. 1, CE, mira a delimitare, in materia di regolamentazione della concorrenza, l'ambito del diritto comunitario rispetto a quello degli Stati membri.

Rientrano perciò nell'ambito del diritto comunitario qualsiasi intesa e qualsiasi prassi atte ad incidere sulla libertà del commercio fra Stati

membri, in un senso che possa nuocere alla realizzazione degli scopi di un mercato unico fra gli Stati membri, in particolare isolando i mercati nazionali o modificando la struttura della concorrenza nel mercato comune.

Per contro, i comportamenti i cui effetti siano limitati al territorio di un solo Stato membro rientrano nell'ambito dell'ordinamento giuridico nazionale (sentenza della Corte 31 maggio 1979, causa 22/78, Hugin/Commissione, Racc. pag. 1869, punto 17).

Secondo una costante giurisprudenza, un accordo tra imprese, per poter pregiudicare il commercio fra Stati membri, deve consentire di prevedere con sufficiente grado di probabilità, in base ad un insieme di elementi oggettivi di fatto o di diritto, che esso sia atto ad incidere direttamente o indirettamente, effettivamente o potenzialmente, sulle correnti commerciali fra Stati membri, in modo da poter nuocere alla realizzazione degli obiettivi di un mercato unico fra Stati (cfr. sentenza della Corte 11 luglio 1985, causa 42/84, Remia e a./Commissione, Racc. pag. 2545, punto 22).

Dunque, il pregiudizio per gli scambi intracomunitari deriva in generale dalla combinazione di diversi fattori che, considerati isolatamente, non sarebbero necessariamente determinanti (sentenze della Corte 15 dicembre 1994, causa C-250/92, DLG, Racc. pag. I-5641, punto 54; Bagnasco e a., punto 47, e 29 aprile 2004, causa C-359/01 P, British Sugar/Commissione, Racc. pag. I-4933, punto 27).

Infatti, una restrizione della concorrenza può influire sul commercio tra Stati membri quando è idonea a sviare le correnti commerciali dall'orientamento che avrebbero altrimenti (sentenza della Corte 29 ottobre

1980, cause riunite 209/78-215/78 e 218/78, Van Landewyck e a./Commissione, Racc. pag. 3125, punto 172).

Occorre inoltre sottolineare che l'idoneità di un'intesa ad incidere sul commercio fra gli Stati membri, ossia il suo effetto potenziale, è sufficiente perché essa rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 81 CE e che non occorre dimostrare un pregiudizio effettivo agli scambi (sentenza Bagnasco e a., punto 48, e sentenza della Corte 17 luglio 1997, causa C-219/95 P, Ferriere Nord/Commissione, Racc. pag. I-4411, punto 19).

È tuttavia necessario che l'effetto potenziale dell'intesa sul commercio tra Stati sia sensibile o, in altri termini, che non sia poco significativo (sentenza della Corte 28 aprile 1998, causa C-306/96, Javico, Racc. pag. I-1983, punti 12-17; sentenza del Tribunale 19 marzo 2003, causa T-213/00, CMA CGM e a./Commissione, Racc. pag. II-913).

4.3.3. Nel caso di specie, ai fini dell'accertamento del pregiudizio al commercio intracomunitario, non può essere tralasciato un dato fondamentale: che l'intesa complessiva accertata riguardava tutto il territorio nazionale, coinvolgendo la quasi totalità delle imprese attive in Italia, la cui quota di mercato congiunta superava il 70% del mercato.

Secondo una giurisprudenza costante della Corte di Giustizia e del Tribunale, un'intesa che si estenda a tutto il territorio di uno Stato membro può, per sua natura, consolidare la compartimentazione dei mercati a livello nazionale, ostacolando così l'integrazione economica voluta dal Trattato (sentenze della Corte 17 ottobre 1972, causa 8/72, Vereeniging van Cementhandelaren/Commissione, Racc. pag. 977, punto 29; Remia e a./Commissione, cit. sopra al punto 163, punto 22; 18 giugno 1998, causa

C-35/96, Commissione/Italia, Racc. pag. I-3851, punto 48, e 19 febbraio 2002, causa C-309/99, Wouters e a., Racc. pag. I-1577, punto 95; v. altresì sentenza del Tribunale 6 luglio 2000, causa T-62/98, Volkswagen/Commissione, Racc. pag. II-2707, punto 179).

Da questa giurisprudenza emerge che esiste, quanto meno, una forte presunzione che una pratica restrittiva della concorrenza applicata all'insieme del territorio di uno Stato membro possa contribuire alla compartimentazione dei mercati e pregiudicare gli scambi intracomunitari.

Tale presunzione può cadere solo se l'analisi delle caratteristiche dell'accordo e del contesto economico in cui si inserisce dimostri il contrario (così, da ultimo, sentenza del Tribunale del 14 dicembre 2006, cause riunite da T-259/02 e T-264/02 e T-271/02). A fronte di un cartello di portata nazionale, si presume, in altri termini, che i membri dello stesso siano indotti ad adottare misure idonee a scoraggiare la concorrenza transfrontaliera di operatori esteri.

4.3.4. Nella fattispecie, quindi, una volta accertato il carattere nazionale dell'intesa, spettava alle società coinvolte l'onere di sovvertire la presunzione secondo cui l'intesa poteva aver prodotto effetti di compartimentazione dei mercati ed era stata idonea a pregiudicare il commercio fra Stati.

A giudizio del Collegio, tale prova contraria non è stata fornita.

Non assume al riguardo rilievo la considerazione, sottolineata da Nestlè, secondo cui l'accordo censurato, fissando i prezzi ad un livello più elevato rispetto alla media europea, dovrebbe per sua natura incoraggiare le importazioni

Tale considerazione è condivisibile, ma essa vale a rafforzare, più che a smentire, la presunzione di compartimentazione del mercato italiano imputabile all'intesa: la rilevata assenza di sistematiche importazioni parallele, importazioni che, invece, avrebbero dovuto essere naturalmente attratte da un mercato caratterizzato da un livello minimo dei prezzi molto elevato, rafforza la presunzione che siano state adottate misure idonee a scoraggiare la concorrenza transfrontaliera di operatori esteri.

4.3.5. Né, in senso contrario vale richiamare la circostanza, valorizzata, peraltro, nello stesso provvedimento impugnato, secondo cui la sostanziale assenza di sistematiche importazioni parallele sarebbe dovuta alla mancanza di un sistema logistico che possa assicurare le quantità necessarie di prodotto, nonché alla necessità (che renderebbe poco redditizia l'importazione) di rietichettare i prodotti con i nomi dei marchi ed con le istruzioni in italiano.

Tali elementi, infatti, pur rappresentando certamente degli ostacoli alle importazioni, non possono essere considerati, soprattutto in presenza di un divario di prezzi così elevato tra l'Italia e gli altri Paesi dell'Unione Europea, causa esclusiva della mancanza di scambi transnazionali. Non valgono, quindi, a sovvertire la presunzione secondo cui una intesa di carattere nazionale ha l'effetto di compartimentare i mercati arrecando pregiudizio al commercio intracomunitario. E ciò anche in considerazione del fatto che in Italia, come rilevato dal provvedimento impugnato, non vi sono preclusioni normative alle importazioni e che il latte commercializzato all'estero è sostanzialmente fungibile con quello venduto sul mercato italiano.

4.3.6. Né vi è alcuna contraddizione tra la definizione del mercato geografico come mercato nazionale e l'applicazione dell'art. 81 TCE.

L'Autorità, infatti, da un lato, in considerazione, delle peculiarità (specie sotto il profilo dei prezzi) del mercato italiano rispetto agli altri Paesi europei e assenza di importazioni parallele, ha legittimamente limitato il mercato rilevante ai confini nazionali; dall'altro, tuttavia, ha, altrettanto legittimamente, applicato l'art. 81 TCE, ritenendo che la compartimentazione del mercato fosse, almeno in parte, imputabile al cartello posto in essere dalle imprese.

Come si legge nel § 194 del provvedimento impugnato: *“L'intesa in esame è sicuramente idonea a compartimentare il mercato italiano rispetto agli altri mercati nazionali dell'Unione Europea, isolandolo dagli effetti concorrenziali derivanti dal flusso del commercio con altri Stati membri e quindi incidendo sul commercio fra Stati membri. I comportamenti contestati pregiudicano in misura sensibile il commercio tra gli Stati membri, considerando che riguardano la fissazione dei prezzi, interessano l'intero territoriale nazionale e sono stati posti in essere da imprese le cui quote di mercato complessive superano il 70%”*.

In questa operazione non vi è, quindi, nulla di contraddittorio, anche perché, ad accogliere l'impostazione dell'appellante, si arriverebbe alla non condivisibile conclusione secondo cui un'intesa può reputarsi idonea a pregiudicare il commercio intracomunitario solo se il mercato interessato è di dimensione sopranazionale.

4.3.7. In ogni caso, per completezza, il Collegio rileva che aver applicato la disciplina comunitaria, anziché quella nazionale non determina

l'illegittimità del provvedimento impugnato, perché l'eventuale "errore", in ipotesi commesso dall'Autorità non avrebbe in alcun modo leso il diritto di difesa delle società coinvolte, avendo, anzi, l'effetto, come già rilevato dal primo giudice, di comportare delle garanzie procedurali aggiuntive per tutte le società coinvolte.

Ed infatti, l'art. 11, paragrafi 3 e 4, del Regolamento CE n. 1/2003 prevede che l'Autorità, quando ravvisa una violazione dell'art. 81 TCE, abbia l'obbligo di comunicare alla Commissione sia l'avvio del procedimento istruttorio, sia – entro trenta giorni di anticipo – il tipo e il tenore del provvedimento che essa intendeva adottare in via definitiva, dando alla Commissione la possibilità di verificarne la coerenza con i principi del diritto comunitario ed, in caso contrario, di avocare a sé il caso.

5. Infondata è anche la censura, riproposta in appello da Humana, secondo cui il provvedimento finale divergerebbe per alcuni aspetti dalla comunicazione delle risultanze istruttorie.

5.1. Il Collegio sotto tale profilo condivide le considerazioni già svolte dal giudice di primo grado secondo cui le eventuali differenze rispetto alla comunicazione delle risultanze istruttorie rilevano solo se comportano un mutamento della natura intrinseca della violazione accertata rispetto a quella contestata, con modifica dell'imputazione, perché solo in tal caso sarebbe violato il diritto di difesa, mentre nulla impedisce che l'Autorità garante per la concorrenza e per il mercato, all'esito del procedimento, mantenendosi all'interno della cornice fattuale degli addebiti mossi alle imprese – come si è certamente verificato nella fattispecie – pervenga ad

una definizione giuridica dei fatti contestati diversa da quella iniziale, ovvero ad una diversa ricostruzione giuridico-formale della fattispecie.

6. Passando all'esame della seconda categorie di censure, tutte le appellanti criticano la sentenza del T.a.r. nella parte in cui ha ritenuto provata l'esistenza di una intesa restrittiva della concorrenza.

In particolare i motivi di appello possono essere così riassunti:

1) il T.a.r. avrebbe modificato l'impostazione logica del provvedimento. Deducono, in particolare, che l'impianto accusatorio dell'Autorità si sarebbe fondato unicamente sul parallelismo di condotte accompagnato dalle prove di contatti diretti ed indiretti tra le parti, mentre la prova della inesistenza di spiegazioni alternative sarebbe stata ritenuta superflua. Il T.a.r., invece, avrebbe ritenuto che proprio l'assenza di valide spiegazioni alternative (elementi indogeni) del parallelismo fosse indicativa dell'esistenza di una pratica concordata, indipendentemente dalla prova di contatti tra le parti;

2) Le appellanti lamentano l'insussistenza di un parallelismo di comportamento con riferimento ai prezzi per i lattini di infanzia, sottolineando che i prezzi praticati dalle stesse sarebbero assai differenziati;

3) Le appellanti contestano, ancora, la mancanza dei c.d. elementi esogeni (contatti diretti ed indiretti) da cui poter desumere l'esistenza di una pratica concordata. Con riferimento ai contatti indiretti tra le parti, le società ricorrenti sostengono, anzitutto, che la diffusione presso grossisti e farmacie dei listini contenenti i prezzi di vendita al pubblico consigliati rispondesse ad una prassi consolidata e generalizzata del settore, come tale lecita.

In particolare, la menzionata prassi sarebbe lecita perché: 3.a) si tratterebbe di comunicazione unilaterale ai farmacisti e non di uno scambio di informazioni reciproco tra le imprese; 3.b) la possibilità per i concorrenti di rilevare i dati attraverso una attività c.d. di market intelligence sarebbe irrilevante in quanto attività di per sé lecita; 3.c) i dati circolanti non sarebbero “sensibili”, in quanto i prezzi sarebbero solo consigliati e quindi diversi da quelli in definitiva praticati al pubblico dalle farmacie, perché al lordo degli sconti da queste ultime accordati; 3.d) la comunicazione dei listini sarebbe, comunque, necessaria per i farmacisti che, in mancanza, non avrebbero alcun riferimento per la fissazione dei prezzi da chiedere al pubblico, onde tale comunicazione sarebbe addirittura procompetitiva; 3.e) dai prezzi consigliati non sarebbe affatto possibile risalire ai prezzi di cessione ai canali distributivi perché il margine dei farmacisti non sarebbe uniforme;

4) Le società contestano anche l'esistenza dei contatti diretti. Si tratta, secondo la tesi dell'Autorità, degli incontri avvenuti presso la sede dell'associazione di categoria (l'AIIPA) nei mesi di marzo ed aprile 2004, per discutere, a seguito dell'intervento del Ministero della Salute che chiedeva alle imprese una riduzione dei prezzi, le conseguenti strategie di mercato, verificando la possibilità di mantenere politiche commerciali non basate su una reale concorrenza dei prezzi. Le appellanti sostengono che le riunioni in questione non erano frutto dell'iniziativa delle stesse imprese che vi partecipavano, bensì erano riconducibili alla sola iniziativa del Ministero della Salute e contestano che nel corso di tali riunioni le parti si siano

scambiate informazioni circa le strategie da adottare a seguito dell'intervento ministeriale.

5) Tutte le appellanti censurano la sentenza nella parte in cui fa riferimento, per dimostrare l'intesa, ai c.d. elementi esogeni (mancanza di razionali spiegazioni alternative). Le società contestano, in particolare, che gravasse su di esse l'onere di una spiegazione alternativa delle condotte illecite e ripropongono, comunque, le spiegazioni alternative già addotte nel corso del procedimento e relative ad asserite peculiarità del mercato italiano.

6) Le appellanti contestano, infine, l'ulteriore profilo di coordinamento contestato dall'Autorità, consistente nella sistematica rinuncia all'utilizzo della promozione pubblicitaria dei prodotti nei confronti dei consumatori.

7. I motivi sopra sintetizzati non possono essere accolti.

8. Giova all'uopo passare in rassegna le coordinate tracciate dall'elaborazione giurisprudenziale, comunitaria e nazionale, circa gli elementi distintivi ed i profili probatori della pratica concordata, ai sensi dell'art. 81, § 1 TCE, fattispecie contestata alle odierne appellanti.

In specie vanno analizzate le indicazioni fornite dalla giurisprudenza per tracciare una linea distintiva tra il parallelismo di comportamenti imposto dalla particolare struttura oligopolistica del mercato e quello dettato da intenti collusivi.

9. Come è noto, in caso di contestazione di una pratica concordata, occorre che sia dimostrata: 1) la concertazione fra le imprese; 2) un comportamento parallelo delle imprese sul mercato successivo alla

concertazione stessa; 3) un nesso causale tra questi due elementi (cfr. Corte di Giustizia, 8 luglio 1999, Commissione/Anic partecipazioni s.p.a.).

10. Le imprese appellanti sostengono che nella fattispecie manchi, ancor prima della concertazione, il parallelismo di condotte. Esse deducono di aver praticato condizioni di offerta tra loro sensibilmente differenti, anche per quel che riguarda le politiche di prezzo, che hanno seguito andamenti autonomi e indipendenti sia in termini assoluti, sia in relazione ai diversi canali distributivi, sia infine sotto il profilo temporale. Da qui la conclusione secondo cui l’Autorità avrebbe ravvisato indizi di un parallelismo in condotte che, anziché essere uniformi, risponderebbero a politiche commerciali della imprese differenziate.

11. L’assunto non è condivisibile.

11.1. Come già evidenziato dal Giudice di primo grado, l’Autorità, pur dando atto delle differenze nelle politiche di prezzo praticate dalla imprese coinvolte, ha, tuttavia, individuato il parallelismo: nella fissazione di “prezzi sì differenziati, ma a partire da livelli minimi assai elevati non giustificati da particolari condizioni di costo” (§ 190 del provvedimento); nella sistematica rinuncia all’utilizzo della pubblicità o comunque della comunicazione nei confronti del consumatore come strumento di concorrenza (§ 184 e ss.); nel conseguente mantenimento delle quote di mercato acquisite, rimaste relativamente stabili nel corso del tempo.

11.2. Con particolare riferimento al parallelismo in materia di prezzi, deve rilevarsi che la particolare importanza del prezzo come strumento di competizione (si tratta della principale arma di concorrenza tra le imprese) induce a ritenere vietata ogni forma di condotta collusiva mediante la quale

le imprese ne alterino il meccanismo di formazione, gonfiandolo a proprio vantaggio e al di sopra del livello che esso avrebbe raggiunto dall'incontro della domanda e dell'offerta.

Sono per conseguenza vietate non solo le intese tramite le quali le imprese fissano i prezzi a livelli esattamente determinati o stabiliscono esattamente prezzi minimi al di sotto dei quali esse si impegnano a non vendere, ma, più in generale, tutte le intese che mirino o abbiano ad effetto di cortocircuitare la libera determinazione individuale del prezzo e, quindi, la sua naturale flessibilità.

Incorrono nel divieto, pertanto, non solo le pattuizioni esplicite sul prezzo finale da praticare o sul tetto minimo da rispettare, ma anche le forme di concertazione che permettono alle imprese di praticare prezzi che, pur differenziati per entità e per andamenti, sono comunque notevolmente ed ingiustificatamente superiori rispetto quelli che verrebbero praticati in assenza di condotte concordate.

11.3. Non vi è dubbio, allora, che il parallelismo frutto della concertazione ben può consistere, come ha ritenuto l'Autorità, nel mantenimento di livelli di prezzo assai elevati, con differenziali di prezzo rispetto agli altri Paesi Europei anche superiori al 150% (con punte del 320-350%) per i latti di partenza, nonché maggiori del 100% (con punte del 200-220%) per i latti di proseguimento.

In definitiva, l'Autorità ha correttamente individuato un parallelismo in materia di *price fixing*, che, pur in presenza di prezzi variegati, si è esteriorizzato nelle forme di un allineamento su un *target* di prezzo di livello notevolmente superiore rispetto agli altri Paesi Europei ed ha consentito ai

membri del cartello la possibilità di margini di profitto superiori rispetto a quelli che avrebbero potuto conseguire in un ambiente competitivo.

Per queste ragioni, la differenziazione di prezzo tra le varie imprese (o la non coincidenza temporale degli aumenti), che emerge chiaramente dallo stesso provvedimento impugnato, non vizia il ragionamento di fondo dell'Amministrazione, atteso che alle società si contesta non di aver uniformato i prezzi, ma di aver posto in essere politiche di prezzo parallele al fine di fare in modo che il livello minimo dei prezzi si collocasse su valori molto elevati, ben superiori a quelli riscontrabili negli altri Paesi Europei.

11.4. Non colgono nel segno nemmeno le censure con cui le appellanti sostengono che tale confronto tra i prezzi praticati nei diversi Paesi sarebbe privo di significato.

Sotto tale profilo, le censure delle appellanti non possono essere accolte alla stregua delle seguenti considerazioni:

1) i prodotti venduti nei diversi Paesi sono fungibili: sono state le stesse imprese ad evidenziare nel corso del procedimento che la formulazione dei latti provenienti dallo stesso produttore commercializzati nei vari Paesi europei recanti lo stesso marchio nei singoli mercati (ad esempio Nidina, Similac, Novalc, Nutramigen, latti Ordesa), ovvero anche marchi differenti (Nidal OVAIA; Beba e Nidina, ovvero Nutricia e Nutrilon), presentino sostanzialmente la stessa formulazione e, pertanto, possono essere considerati fungibili. Alcune piccole differenze sono determinate dalle normative nazionali di settore che tengono conto delle esigenze dei singoli mercati, come ad esempio, avviene per il mercato tedesco che richiede prevalentemente latti ipoallergenici o per il mercato

italiano che utilizza maggiormente un latte ricco di sieroproteine differentemente da quello che francese che ricorre ai latti ad alto contenuto di caseina (§ 74);

2) L'Autorità ha espressamente rappresentato nel provvedimento che, nell'analizzare le differenze di prezzo tra l'Italia e l'estero, sono stati confrontati prezzi al pubblico consigliati alle farmacie italiane con corrispondenti prezzi al pubblico praticati nelle farmacie straniere, limitatamente ai marchi (e/o singoli prodotti) rilevati all'estero e indicati nella nota 81 al § 73. L'Autorità, sotto tale profilo, ha ammesso che *“tale raffronto comporta, in alcuni casi, un differenziale più alto rispetto a quello che sarebbe risultato da un raffronto del tutto omogeneo. Tuttavia, come si osserva di seguito, dai raffronti omogenei, che pure sono stati effettuati [cfr. note in calce alle tabelle 18 e 19, v. oltre], discende una diminuzione del differenziale, ma non significativa”* (§ 75).

3) tra i differenziali più elevati vi è quello tra i prezzi italiani e i prezzi britannici (unico Paese, oltre all'Italia in cui vende Heinz Plada) praticati da Heinz Plada, che è pari a quello di Humana rispetto ai prezzi del latte 1 in Germania e pari a quello di Abbott rispetto ai prezzi del latte 2 in Olanda. Tale coincidenza smentisce, come evidenzia l'Avvocatura dello Stato nella sua memoria, l'ipotesi formulata da Heinz Plada, secondo cui il prezzo nel Regno Unito sarebbe particolarmente basso in ragione della diversità qualitativa del prodotto e di peculiarità specifiche di quel contesto nazionale.

4) L'Autorità non si è limitata ad acquisire i soli dati di prezzo, italiani ed esteri, relativi al latte venduto attraverso il canale farmaceutico, ma ha acquisito i dati di prezzo relativi anche agli altri canali distributivi;

5) Con riguardo all'Iva, l'Autorità ha raffrontato i prezzi italiani al lordo dell'Iva con i prezzi stranieri anch'essi al lordo della corrispondente imposta ed ha sempre indicato l'ammontare percentuale della stesso. La considerazione del dato al lordo dell'imposta non inficia tuttavia la correttezza dell'analisi svolta dall'Autorità perché le differenze (non sempre significative) tra le aliquote vigenti nei vari Paesi non sono comunque tali da giustificare gli altissimi differenziali di prezzo.

12. Appurato, sulla base delle considerazioni appena svolte, che sussiste il parallelismo accertato dall'Autorità (consistente nella fissazione di prezzi notevolmente più elevati da quelli che sarebbero stati determinati dal libero gioco della concorrenza), si tratta ora di verificare se sia stata fornita la prova che tale uniformità di condotte sia imputabile ad una pratica concordata posta in essere dalle società appellanti.

13. Costituisce acquisizione pacifica l'assunto secondo il quale, a differenza di un accordo, che può trovare la fonte in un atto scritto, la pratica concordata corrisponde ad una forma di coordinamento fra imprese che, senza essere stata spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce consapevolmente una pratica collaborazione fra le stesse ai rischi della concorrenza (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 22 marzo 2001 , n. 1699).

La pratica, al pari dell'accordo in senso stretto, vuole sostituire alla concorrenza una forma di coordinamento caratterizzata da un'azione

comune così riproducendo, pur se in una sfera collettiva ed apparentemente concorrenziale, i vantaggi propri del comportamento del monopolista ed arrecando i conseguenti pregiudizi ai consumatori.

13.1. Sono state soprattutto due sentenze della Corte di Giustizia degli anni Settanta a porre le basi per la distinzione tra la pratica concordata e l'accordo.

Già nella sentenza ICI (14 luglio 1972, causa 38/69, ICI/Commissione), la Corte ha chiarito che la distinzione, nell'art 81 § 1, della nozione di pratica concordata da quella di accordo è dovuta *“all'intenzione di comprendere fra i comportamenti vietati da questo articolo una forma di coordinamento dell'attività delle imprese che, senza essere stata spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce in pratica una consapevole collaborazione fra le imprese stesse ai rischi della concorrenza”*. E aggiunge che *“per natura, la pratica concordata non presenta tutte le caratteristiche di un accordo”* e che *“la sua esistenza si può desumere dal coordinamento che si concreta nella condotta dei partecipanti”*.

Nella sentenza *Zuccheri*, di qualche anno successiva (14 dicembre 1975, cause riunite 40/73, 48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, Suiker Unie/Commissione), la Corte si sofferma sulla distinzione tra la pratica concordata vietata e il parallelismo di condotte spontaneamente indotto dalla struttura oligopolistica del mercato. Il parametro discretivo per segnare il limite del lecito viene individuato nella conservazione, da parte dei singoli operatori economici, della concreta possibilità di determinare autonomamente la condotta che intendono seguire sul mercato comune.

Il giudice comunitario sottolinea, in particolare, la necessità che ogni operatore economico determini in maniera autonoma la condotta che egli intende seguire sul mercato comune. Tale esigenza di autonomia, prosegue la Corte, se pure *“non esclude il diritto degli operatori economici di reagire intelligentemente al comportamento noto o presunto dei concorrenti”*, *“vieta però rigorosamente che fra gli operatori abbiano luogo contatti diretti o indiretti aventi lo scopo o l'effetto di influire sul comportamento tenuto sul mercato da un concorrente attuale o potenziale, ovvero di rivelare ad un concorrente il comportamento che l'interessato ha deciso, o prevede, di tenere egli stesso sul mercato”*.

In definitiva, ciascun concorrente è libero di modificare la propria strategia tenendo conto del comportamento altrui, ma è vietata ogni forma di collaborazione per stabilire linea d'azione o eliminare incertezze sul reciproco comportamento (Corte Giust. CE, C 57/69 del 14.7.72, Acna). Dette condotte, intese al coordinamento delle condotte ed alle informazioni reciproche, finiscono, infatti, per sostituire all'alea della concorrenza il vantaggio della concertazione, così erodendo i benefici che in favore dei consumatori derivano dal normale uso della leva concorrenziale, ossia dalla fisiologica tensione di ogni impresa concorrente a ritagliarsi fette di mercato proponendo condizioni, sotto il profilo economico o sul versante dei caratteri dei prodotti e dei servizi, più appetibili per il fruitore, anche in un'ottica di prevenzione e contrasto di non conosciute iniziative degli altri operatori economici.

14. Tanto premesso sui tratti distintivi della pratica concordata nella legislazione antitrust, comunitaria e nazionale, si può passare al terreno delle

prove necessarie ai fini della dimostrazione di una pratica concordata. La giurisprudenza, consapevole della rarità dell'acquisizione di una prova piena (il cd. *smoking gun*: il testo dell'intesa; documentazione inequivoca della stessa; atteggiamento confessorio dei protagonisti) e della conseguente vanificazione pratica delle finalità perseguite dalla normativa antitrust che scaturirebbe da un atteggiamento troppo rigoroso, reputa sufficiente (e necessaria) la delineazione di indizi, purché gravi precisi e concordanti, circa l'intervento di illecite forme di concertazione e coordinamento.

Nonostante l'affacciarsi di isolate voci dottrinali diversamente orientate, la consolidata elaborazione pretoria esclude, peraltro, che la semplice identità delle condizioni di offerta da parte degli imprenditori possa costituire da sola indizio idoneo a suffragare l'esistenza di un accordo o di una pratica concordata, salvo il caso eccezionale nel quale l'anomalia dell'appiattimento non sia spiegabile altrimenti che come frutto di un'intesa illecita sul versante concorrenziale. In definitiva, in assenza di elemento ulteriore di riscontro, il parallelismo si appalesa ex se sintomatico di una condotta illecita sul versante soggettivo solo ove non sia configurabile una spiegazione alternativa capace di inquadrare le condotte identiche alla stregua di frutto di razionali ed autonome scelte imprenditoriali, fisiologicamente condizionate dalla previsione dell'altrui possibile risposta ad un'iniziativa differenziatrice.

La dimostrazione dell'accordo o della pratica concordata si concreta, in altri termini, nella prova logica, il cui onere incombe in capo all'Autorità, rappresentata dall'impossibilità di dare una diversa spiegazione capace di collegare la situazione di mercato alle normali scelte imprenditoriali.

14.1. Il problema della prova assume particolare rilievo laddove il mercato assuma una connotazione oligopolistica (come accade nel caso di specie).

I mercati oligopolistici, caratterizzati dalla presenza di pochi operatori che si “osservano” reciprocamente da vicino, manifesta, per la sua stessa natura, una spiccata tendenza al parallelismo di comportamenti. Gli operatori presenti sul mercato oligopolistico ben sanno, infatti, che ogni loro iniziativa nel segno dell’aggressività non passerà inosservata, ma provocherà una reazione, innescando un processo circolare (al termine del quale, gli oligopolisti si troveranno presumibilmente nella stessa situazione di partenza, ma con utili fortemente ridotti).

Come è stato evidenziato, quindi, in questi mercati spesso è un proprio criterio di razionalità a suggerire di non impegnarsi in “guerre senza speranza”, attenendosi “al quieto vivere dei prezzi uniformi”.

Per questa ragione, come sopra si accennava, ormai si concorda in ordine alla necessità di sottrarre alla condanna il c.d. parallelismo consapevole, proprio perché suscettibile di essere spiegato come sommatoria di decisioni razionali e autonome dei singoli operatori, cui non può essere precluso di adattarsi intelligentemente alla condotta, attuale o prevista, dei rivali.

Nei mercati oligopolistici è quindi fisiologico che si verifichino situazioni analoghe a quelle che nella teoria dei giochi vengono definite come “equilibrio di Nash”, situazioni, cioè, nelle quali è molto più razionale cooperare che competere.

In sostanza il mercato oligopolistico, se da un lato è caratterizzato da una situazione di maggiore debolezza dei consumatori e di corrispondente più accentuata dimensione lesiva di fenomeni anticoncorrenziali, si presenta, d'altro canto, come terreno fertile per un allineamento tendenziale delle condizioni di offerta, specie laddove sia limitato il rischio dell'ingresso di nuovi competitori ed i consumi non siano in termini assoluti variabile dipendente in misura significativa dalle condizioni di offerta.

La naturale e rapida risposta omogenea degli altri o dell'altro competitore all'iniziativa del concorrente, *sub specie* di manovra sui prezzi o di variazione dei caratteri del prodotto o della relativa offerta, innesca infatti un'omogeneizzazione dei comportamenti degli operatori tanto più accentuata quanto più la diffusione del prodotto sia anelastica rispetto al prezzo, i margini di profitto siano soddisfacenti nell'assetto di mercato e non siano prospettabili turbative legate all'ingresso di terzi.

14.2. Il problema della prova della pratica concordata in un mercato oligopolistico è stato affrontato *funditus*, dalla sentenza cd. “*Pasta di legno*”, che rappresenta il *leading case* in materia (Corte Giust. CE, C - 89/85, 31.3.93 Woodpulp - Pasta di legno).

Con tale decisione la Corte di Giustizia ha escluso l'esistenza di una pratica concordata, rilevando che in quel caso il parallelismo di comportamenti (dei prezzi) poteva trovare giustificazione nelle particolari caratteristiche di un mercato oligopolistico. Di qui la conclusione della liceità dei comportamenti paralleli tenuti in un mercato ove, in assenza di elementi di prova, l'omogeneità delle condotte possa essere la risultante di

scelte imprenditoriali logiche e razionali, ossia allorquando sia paventabile una plausibile ricostruzione alternativa.

La fattispecie esaminata dalla Corte riguardava un sistema di annuncio dei prezzi agli utilizzatori da parte dei produttori della c.d. "pasta di legno". Le spiegazioni alternative che in quel caso hanno comportato l'esclusione della sussistenza della pratica erano riferite alle caratteristiche di un mercato, quello della pasta di legno, che è un mercato di "oligopoli - oligopsoni" (pochi produttori e pochi acquirenti), caratterizzato dalla c.d. "inerzia dei prezzi": se i prezzi diminuiscono, non aumentano le vendite e se aumentano, i concorrenti non sono indotti ad adeguarsi (cfr. cit. sentenza, par.102 e 103). Il parallelismo trovava quindi nella specie una spiegazione dipendente da quella particolare struttura del mercato, che peraltro era un mercato a lungo termine, in cui erano gli stessi acquirenti a sentire il bisogno di ridurre i rischi commerciali (cfr., sent. cit., par.126).

La giurisprudenza comunitaria ha allora distinto tra parallelismo naturale e parallelismo artificiosamente indotto da intese anticoncorrenziali, osservando che elementi a sostegno della seconda fattispecie, la cui prova compete all'autorità procedente, possono essere dati:

- a) dalla certa diversità dei prezzi praticati in una condizione di concorrenza non legata rispetto a quelli praticati nella specie;
- b) dal carattere autolesionistico che una determinata politica commerciale rivestirebbe se non fosse frutto di un'intesa anticoncorrenziale;
- c) dal contrasto tra l'omogeneità dei prezzi e la diversità della struttura dei concorrenti e dei relativi fattori di costo.

14.3. Fin qui gli elementi di prova (*rectius* indiziari) endogeni, ossia collegati alla stranezza intrinseca della condotta, ovvero alla ricordata mancanza di spiegazioni alternative nel senso che, in una logica di confronto concorrenziale, il comportamento delle imprese sarebbe stato sicuramente o almeno plausibilmente diverso da quello in pratica riscontrato.

14.4. Un discorso a parte merita il capitolo degli elementi indiziari esogeni, ossia dei riscontri esterni circa l'intervento di un'intesa illecita al di là della fisiologica stranezza della condotta in quanto tale. Ci si riferisce alla prova di contatti tra le imprese e, soprattutto, di scambi di informazioni circa iniziative, strategie, politiche dei prezzi ed altri aspetti dell'attività commerciale, non altrimenti spiegabili un contesto di sano confronto concorrenziale e, quindi, sintomatici di un'intesa illecita. Detti scambi di informazioni, specie se sistematici, assumono una particolare gravità in caso di mercato oligopolistico, in quanto, specie se riferiti ai cd. fattori sensibili (prezzi correnti, fattori di costo, piani e previsioni di prezzo per il futuro), eliminano l'unico fattore che può spingere le imprese soddisfatte della quota di mercato raggiunta ad un ribasso dei prezzi, ossia il timore di una manovra competitiva sui prezzi da parte dei concorrenti e la conseguente necessità di prevenirla o contrastarla efficacemente.

14.5. Nell'affrontare il rapporto tra parallelismo consapevole oligopolistico e scambi di informazioni, la giurisprudenza nazionale ha puntualizzato che la prova indiziaria dell'intesa illecita può risiedere nell'emersione di una trama di contatti e di scambi di informazioni tra le imprese concorrenti, circa le iniziative commerciali e le strategie operative ed economiche, tale da far presumere l'utilizzo di tali elementi al fine di

ridurre, a danno dei consumatori, i rischi sottesi, per le imprese, all'uso fisiologico della leva concorrenziale. In presenza di tali elementi di *corroboration*, il parallelismo si colora di illiceità e viene spostata in capo alle imprese, con un'inversione dell'onere della prova altrimenti gravante sull'Autorità, la necessità di fornire una giustificazione diversa dei contatti e delle informazioni e, in particolare, di spiegare la razionalità economica delle condotte parallele in una prospettiva di autonome iniziative di impresa. In siffatte ipotesi, allora, il parallelismo di comportamento non viene assunto dall'Autorità come base di partenza autosufficiente per dimostrare la pratica concordata, ma è utilizzato come ulteriore dimostrazione dell'intesa, fondata sullo scambio di informazioni, idoneo a ridurre i rischi e l'incertezza di un mercato concorrenziale.

14.6. I principi ora ricordati sono stati sviluppati dalla Sezione con la decisione n. 652/2001, la quale ha concluso nel senso della legittimità dei provvedimenti sanzionatori adottati dall'AGCM all'esito di un'istruttoria per un'ipotesi di violazione dell'art.2 della legge n.287/1990, avente ad oggetto accordi o pratiche concordate tra le principali case discografiche (c.d. major), con riguardo: a) alla fissazione dei prezzi di vendita di supporti fonografici agli esercizi commerciali (c.d. prezzi di listino o PPD); b) alla determinazione di altri aspetti delle politiche commerciali attuate nei confronti dei rivenditori; c) alla limitazione ed alla ripartizione dei titoli interessati alla campagna pubblicitaria attuata in occasione del Salone della Musica svoltosi nel mese di ottobre 1996.

La Sezione ha reputato che elementi di riscontro adeguati fossero dati dalla prova: a) che, nell'ambito di una struttura associativa dei

produttori in esame (F.M.I.), le major discutevano dei prezzi di vendita dei supporti fonografici; b) che la F.I.M.I. mensilmente richiedeva a ciascuna delle 5 major di fornire i dati relativi al numero dei supporti venduti e al valore delle vendite realizzate, al netto degli sconti e delle rese; c) che sono stati rinvenuti sia presso la F.I.M.I. che presso le singole case i tabulati contenenti i dati sopra descritti, trasmessi da ogni singola impresa secondo uno schema dettagliato e disaggregato; d) che presso la sede di alcune case discografiche sono stati rinvenuti i prospetti contenenti dati disaggregati di tutte le case discografiche; e) che presso le sedi di alcune case discografiche sono stati trovate le comunicazioni dei listini prezzi, aventi data anteriore alla decorrenza dei listini stessi; che lo scambio di informazioni era esteso anche all'organizzazione congiunta di eventi promozionali rivolti al consumatore.

La rilevanza di un tale scambio di informazione e la sua idoneità a costituire elemento presuntivo del parallelismo di comportamento delle imprese sul mercato sono stati in diverse occasioni affermati dagli organi comunitari.

Nel valutare un sistema simile di scambio di informazioni, relativo ai listini prezzi di prodotti laminati ed effettuato da parte di un'associazione di categoria in favore delle singole imprese, ad esempio, la Commissione ha rilevato che in tal modo imprese tra loro concorrenti vengono senza indugio messe al corrente delle imminenti variazioni dei prezzi, prima della pubblicazione dei listini e possono così allineare immediatamente i loro prezzi sui listini, così come le imprese che alzano i prezzi sanno che i loro

concorrenti saranno pronti ad allinearsi, riducendo il rischio di perdita di clienti (Dec. Comm. 80/257/CECA dd. 8.2.80, par.31-33).

Anche la Corte di Giustizia ha affermato che si deve presumere che le imprese tengano conto delle informazioni scambiate con i loro concorrenti per determinare il proprio comportamento sul mercato, spettando alle stesse imprese l'onere della prova contraria (Corte Giust, CE, C- 49/92, Anic, 8.7.99, par.121).

14.7. Sulla base di tale pacifica giurisprudenza comunitaria non può essere accolta, come si dirà anche nel prosieguo, la tesi dell'irrilevanza dello scambio delle informazioni, anche se nel caso di specie tale scambio avviene indirettamente tramite la comunicazione unilaterale dei prezzi consigliati ai farmacisti.

È vero che la nozione di pratica concordata implica, oltre alla concertazione fra imprese, un comportamento sul mercato successivo alla concertazione e un nesso causale tra questi due elementi (cfr., cit. Corte Giust., Anic, par.118 e 119, in cui è comunque esclusa la necessità che tale comportamento produca effetti anticoncorrenziali).

Ma è altrettanto vero che la giurisprudenza comunitaria, richiamata in precedenza, ha precisato che in presenza di un sistematico scambio di informazioni l'onere probatorio di una diversa spiegazione dei comportamenti delle imprese grava sulle imprese stesse.

La particolare struttura di un mercato oligopolistico può anzi alterare in modo ancora più sensibile il meccanismo della concorrenza, in presenza di un diffuso scambio di informazioni tra i soggetti che assicurano la maggior parte dell'offerta (cfr. Trib. CE, C - 35/92, 27.10.94, Deere).

14.8. Riassumendo le coordinate dell'elaborazione giurisprudenziale sulla prova della pratica concordata si può allora concludere che un parallelismo consapevole delle condotte tenute da imprese anche operanti in un mercato oligopolistico, di per sé lecito, può essere considerato come frutto di un'intesa anticoncorrenziale, ossia di un vietato coordinamento delle condotte, ove emergano indizi gravi, precisi e concordanti rappresentati, alternativamente o cumulativamente:

a) dall'impossibilità di spiegare alternativamente la condotta parallela come frutto plausibile delle iniziative imprenditoriali;

b) dalla presenza di elementi di riscontro (quali contatti e scambi di informazioni) rivelatori di una concertazione e di una collaborazione anomala.

Quanto all'elemento *sub a)*, va soggiunto che mentre di norma la prova dell'irrazionalità della condotta va data dall'Autorità, nel caso in cui emergano elementi di riscontro *sub b)*, l'onere probatorio contrario relativo viene spostato in capo all'impresa.

15. Facendo applicazione al caso che qui interessa delle coordinate giurisprudenziali fin qui esposte, il Collegio è chiamato allora a verificare se ricorrano elementi di prova idonei a dimostrare la matrice illecita del parallelismo oggettivamente osservato dalle società ricorrenti nelle condizioni economiche relative all'offerta e, in particolare, nella fissazione di prezzi di gran lunga superiori a quelli praticati negli altri Paesi Europei e nella rinuncia alla leva pubblicitaria.

15.1. La sentenza impugnata, sotto tale profilo, ha ritenuto che l'Autorità abbia fornito la prova dell'assenza di alternative spiegazioni

razionali idonee a giustificare il parallelismo: secondo il T.a.r., in altri termini, l'Autorità avrebbe provato che l'anomalia dell'omogeneità delle impostazioni di fondo delle imprese, nel caso di specie, non potesse essere spiegata altrimenti che come frutto di un'intesa illecita sul versante concorrenziale.

La dimostrazione fornita dall'Autorità dell'impossibilità di spiegazioni alternative alla pratica concordata determina, allora, secondo il primo Giudice, che l'accertamento dell'intesa illecita avrebbe anche potuto legittimamente prescindere dai riscontri probatori esogeni. Di talché, le doglianze proposte in relazione ai contatti indiretti, attraverso la fissazione e diffusione di listini ai distributori farmaceutici, ed ai contatti diretti, nell'ambito delle riunioni in sede associativa, sono stati ritenuti inammissibili per carenza di interesse in quanto dall'eventuale accoglimento delle stesse non avrebbe potuto derivare alle ricorrenti alcuna utilità.

Peraltro, il T.a.r. ha fatto comunque presente *“che le argomentazioni poste dall'Autorità a base dei risconti probatori esogeni non sono manifestamente illogiche o irrazionali o basate su un travisamento dei fatti, non sono cioè viziate da alcuna figura sintomatica dell'eccesso di potere. La prova della pratica concordata, infatti, attesa la rarità dell'acquisizione di una prova piena, può essere anche indiziaria, purché gli indizi siano seri, precisi e concordanti. Gli elementi indiziari individuati dall'Autorità, sebbene singolarmente considerati possano anche generare qualche perplessità, vanno inquadrati nel contesto complessivo di un sistema in cui i prezzi dei lattini per l'infanzia si collocavano in Italia su livelli ben superiori rispetto ai prezzi prevalenti nei Paesi più prossimi*

dell'Unione europea, sicché i singoli elementi, tra di loro certamente concordanti, che, presi uno per uno, possono apparire poco significativi, inseriti nel sistema globale e valutati nel loro insieme appaiono idonei ad assumere il valore di indizi seri e precisi”.

15.2. L'impostazione seguita del Giudice di primo grado richiede alcune puntualizzazioni.

Giova ricordare, a tal proposito, che le società ricorrenti hanno sostenuto, prima nel corso del procedimento e poi nel presente giudizio, che la rilevata rigidità del prezzo (attestato su un livello sensibilmente superiore rispetto a quello degli altri Paesi europei) poteva essere giustificata, senza ipotizzare una pratica concordata, ma alla luce delle peculiarità del mercato italiano.

Le appellanti, in particolare, per giustificare i notevoli differenziali di prezzo tra l'Italia e gli altri Paesi Europei hanno dedotto:

- che il mercato italiano sarebbe caratterizzato da una particolare fedeltà del consumatore alla marca indicata dal pediatra o dalla struttura sanitaria, con conseguente difficoltà di attivare forme di concorrenza *intra-brand* sul prezzo;

- che le varie marche, per alcune diversità nella formulazione dei lattini, sarebbero tra di loro poco sostituibili o sarebbero, comunque, percepite come tali dai consumatori, il che renderebbe poco efficace la concorrenza sul prezzo;

- che il mercato italiano sarebbe caratterizzato da un bassissimo livello di consumi *pro capite*, a causa del basso tasso di natalità, dell'elevata incidenza del trattamento al seno e della tendenza a ricorrere

precocemente al latte vaccino; ne deriverebbe l'impossibilità di sfruttare economie di scala per "spalmare" i costi fissi o irrecuperabili;

- che le imprese, per raggiungere l'equilibrio ricavi/costi, sarebbero così costrette a fissare prezzi ben più elevati rispetto alla media europea, il cui utilizzo come *benchmark* per i confronti sarebbe invece fuorviante;

- che i mutamenti nei comportamenti dei consumatori osservati dalla fine del 2004 sarebbero dovuti agli interventi degli organi di stampa, del Ministero della Salute e della stessa AGCM nel 2004, che avrebbero determinato maggiore informazione presso il pubblico sulla sostituibilità dei lattini, e quindi, un aumento dell'elasticità della domanda rispetto al prezzo per alcune fasce di consumatori.

15.2. L'AGCM, la cui analisi è stata condivisa dal Giudice di primo grado, ha, tuttavia, ritenuto che gli assunti "strutturali" circa i mercati del latte per l'infanzia non fossero tali da giustificare l'uniformità delle politiche commerciali oggetto di accertamento.

In particolare, il provvedimento impugnato, pur riconoscendo alcune specificità del mercato italiano – segnatamente, una sensibilità ai consigli del pediatra maggiore rispetto a quella esistente in altri Paesi e costi di informazione/promozione presso i pediatri significativamente più elevati – ha, tuttavia, ritenuto che "queste peculiarità non spiegano differenziali di prezzo anche superiori al 150-200% tra l'Italia e gli altri Paesi europei".

L'Autorità, in primo luogo, ha rilevato, desumendolo da alcuni studi comparati disponibili presso le stesse imprese, che una "tendenziale vischiosità della domanda derivante dalle prescrizioni dei pediatri non sia

tipica solo del mercato italiano e non possa perciò essere invocata quale giustificazione per spiegare un livello di prezzi sistematicamente superiore, e di tale entità rispetto al livello riscontrabile negli altri Paesi europei”.

In secondo luogo, si legge ancora nel provvedimento impugnato, le risultanze istruttorie, pur confermando una elasticità della domanda finale rispetto al prezzo non elevata, smentiscono l’ipotesi di una domanda del consumatore italiano del tutto anelastica a variazioni di prezzo.

Ciò si ricaverebbe, secondo l’AGCM (cfr. §§ 174-183 del provvedimento impugnato):

a) dal successo delle iniziative attuate con i marchi Coop e Neolatte, che, con prezzi allineati a quelli degli altri Paesi europei, hanno in pochi mesi raggiunto una quota superiore al 3% del mercato;

b) dalle riduzioni successivamente attuate dalle stesse imprese tra il 2004 e il 2005.

Né potrebbe invocarsi, a giustificazione dell’elevato differenziale di prezzo, la presunta scarsa sostituibilità delle varie marche, per alcune diversità nella formulazione dei latti, come prova della concorrenza *interband*.

Tale assunto è smentito, secondo l’AGCM, oltre che dalla rispondenza dei latti per l’infanzia ad uno *standard* qualitativo fissato per legge, dalla pratica delle c.d. “turnazioni”, in base alle quali i pediatri responsabili degli approvvigionamenti di latte per neonati nelle strutture sanitarie scelgono la marca di latte da somministrare ai neonati fisiologici in modo assolutamente causale ed indipendente dalle specificità della marca stessa.

Ciò evidenzerebbe che i prodotti in questione soddisfano le stesse esigenze e risultano concretamente sostituibili tra loro, una volta che siano stati soddisfatti dei requisiti minimi di tipo qualitativo.

Quanto poi alle dimensioni del mercato italiano, l'Autorità ha osservato nel provvedimento che un livello di consumi *pro capite* più contenuti non giustifica comunque un differenziale dei prezzi italiani rispetto alle medie europee delle dimensioni evidenziate nelle risultanze istruttorie.

Nel dettaglio, l'AGCM rileva che, in volume complessivo, i consumi di latte per l'infanzia in Italia, sono comunque superiori a quelli registrati in altri Paesi, come il Belgio, i Paesi Bassi, l'Austria, il Portogallo, i cui prezzi di vendita al pubblico risultano assai inferiori.

Inoltre, la maggiore propensione all'utilizzo del latte vaccino da parte del consumatore (peraltro non presente in maniera omogenea su tutto il territorio, ma concentrata soprattutto in alcune Regioni) può incidere negativamente soltanto sul consumo di latte 2 rispetto al quale è necessario tener presente che: a) si tratta di una tipologia di prodotto che rappresenta generalmente una quota più ridotta per l'attività dei produttori; b) ha un costo di produzione minore; c) richiede uno sforzo propagandistico minore, essendo il proseguimento "inerziale" di una scelta del consumatore attuata in sede di acquisto del latte; d) rispetto ad esso il differenziale dei prezzi italiani rispetto alle medie europee appare meno accentuato.

15.3. Il Collegio condivide le considerazioni, qui sinteticamente riportate, con le quali l'Autorità ha confutato gli argomenti invocati dalle appellanti per dimostrare l'esistenza di alcune possibili giustificazioni

razionali al riscontrato parallelismo in materia di prezzi. Si tratta, invero, di valutazioni certamente attendibili sotto il profilo tecnico e sorrette da dati oggettivamente riscontrabili.

Ne consegue che le possibili spiegazioni alternative avanzate dalle Parti, come già rilevato dal T.a.r. non evidenziano, anomalie del mercato italiano tali da giustificare, da un lato, la fissazione di livelli di prezzo notevolmente superiori rispetto alla media europea, e, dall'altro, l'assenza di ogni tentativo di estendere la quota di mercato attraverso iniziative volte ad abbassare i prezzi.

15.4. Il Giudice di primo grado, a questo punto, ha ritenuto che la confutazione fornita dall'Autorità alle spiegazioni alternative avanzate dalle società appellanti già fosse sufficiente a dimostrare l'esistenza di una intesa (c.d. elemento esogeno). Si è, comunque, soffermato anche sui c.d. elementi endogeni (contatti diretti e indiretti) riscontrati dall'AGCM e ha ritenuto che essi, soprattutto se globalmente considerati, rappresentassero indizi, seri, precisi e concordanti della esistenza di un concertazione.

15.5. Tale percorso logico, pur giungendo a conclusioni nella sostanza condivisibili, richiede, come si diceva, alcune puntualizzazioni.

Il Collegio, infatti, condividendo sul punto alcune considerazioni contenute negli appelli, ritiene l'Autorità non abbia in realtà dimostrato l'impossibilità di spiegazioni alternative alle condotte parallele, limitandosi, invece, ad analizzare e confutare le giustificazioni fornite dalle Parti.

Il quadro probatorio che emerge dagli atti processuali evidenzia, quindi, una situazione di incertezza in ordine alla esistenza di spiegazioni alternative alla concertazione, nel senso che, da un lato, l'Autorità non ne ha

dimostrato l'impossibilità, ma, dall'altro, neanche le Parti hanno dimostrato la fondatezza delle spiegazioni da loro addotte.

15.6. Occorre allora chiedersi su chi debba ricadere questa situazione di incertezza probatoria: è necessario, in altri termini, individuare su chi incombe l'onere della prova circa l'(in)esistenza di alternative spiegazioni razionali alla concertazione.

Al riguardo, non si possono che richiamare le coordinate dell'elaborazione giurisprudenziale sulla prova della pratica concordata di cui già si è fatto cenno.

15.7. Come ha recentemente rilevato questa Sezione (n. 4017/2006), l'intesa restrittiva della concorrenza mediante pratica concordata richiede comportamenti di più imprese, ripetuti e non episodici, uniformi e paralleli, che appaiano frutto di concertazione e non di iniziative unilaterali.

Il concetto di <<pratica>> si riferisce a condotte di più soggetti e che si ripetono costanti nel tempo, e implica dunque che:

- vi siano comportamenti di più imprese;
- detti comportamenti si ripetano costantemente nel tempo, e non siano meramente episodici;
- detti comportamenti siano, per le varie imprese, uniformi e paralleli, quanto meno nella impostazione di fondo;
- detti comportamenti appaiano il frutto non di iniziative unilaterali, ma di una concertazione;
- gli stessi siano insuscettibili di una spiegazione alternativa rispetto allo scopo anticoncorrenziale.

Nella pratica concordata manca, o comunque non è rintracciabile da parte dell'investigatore, un accordo espresso, il che è agevolmente comprensibile, ove si consideri che gli operatori del mercato, ove intendano porre in essere una pratica anticoncorrenziale, ed essendo consapevoli della sua illiceità, tenderanno con ogni mezzo di celarla, evitando accordi scritti, e anche accordi verbali espressi, e ricorrendo invece a reciproci segnali volti ad addivenire ad una concertazione di fatto.

Ne consegue che la prova della pratica concordata, oltre che documentale, può essere indiziaria, purché gli indizi siano seri, precisi e concordanti.

Nella pratica concordata l'esistenza dell'elemento soggettivo della concertazione deve perciò desumersi in via indiziaria da elementi oggettivi, quali:

- la durata, uniformità e parallelismo dei comportamenti;
- l'esistenza di incontri tra le imprese;
- gli impegni, ancorché generici e apparentemente non univoci, di strategie e politiche comuni;
- i segnali e le informative reciproche
- il successo pratico dei comportamenti, che non potrebbe derivare da iniziative unilaterali, ma solo da condotte concertate.

In definitiva, un parallelismo consapevole delle condotte tenute da imprese anche operanti in un mercato oligopolistico, di per sé lecito, può essere considerato come frutto di un'intesa anticoncorrenziale, ossia di un vietato coordinamento delle condotte, ove emergano indizi gravi, precisi e concordanti rappresentati, alternativamente o cumulativamente:

dall'impossibilità di spiegare alternativamente la condotta parallela come frutto plausibile delle iniziative imprenditoriali; dalla presenza di elementi di riscontro (quali contatti e scambi di informazioni) rivelatori di una concertazione e di una collaborazione anomala.

Come si è detto, mentre di norma la prova dell'irrazionalità della condotta va data dall'Autorità, nel caso in cui emergano elementi di riscontro, l'onere probatorio contrario relativo viene spostato in capo all'impresa.

15.8. Il Collegio deve allora verificare se, nella fattispecie oggetto del presente giudizio, vi siano elementi di riscontro c.d. endogeni che, pur non dimostrando di per sé l'esistenza della pratica concordata, possano tuttavia essere presi in considerazione come indizi, gravi, precisi e concordanti, idonei a fondare una presunzione di concertazione.

Ove si rilevasse l'esistenza di tali indizi, invero, spetterebbe alle imprese coinvolte dimostrare la possibilità di razionali spiegazioni alternative, con la conseguenza che, in mancanza di tale prova contraria, non si potrebbe che concludere nel senso che l'intesa esiste.

Ebbene, questo Giudice ritiene che il provvedimento impugnato evidenzi l'esistenza di una pluralità di circostanze, le quali, pur non dimostrando *ex se* l'esistenza di una intesa, rappresentano, tuttavia, elementi di riscontro di una collaborazione anomala, che valgono a invertire l'onere della prova circa l'assenza di alternative spiegazioni razionali.

15.9. Si tratta in particolare delle seguenti circostanze.

15.9.1. In primo luogo, lo scambio indiretto di informazioni avvenuto nel periodo 2000-2004 attraverso la fissazione e la diffusione ai

distributori farmaceutici dei listini contenenti i prezzi al pubblico consigliati, diffusione che consentiva di conoscere i prezzi (sia finali che intermedi) altrui attraverso l'accesso alla banche dati in cui gli stessi prezzi confluivano o la rilevazione degli stessi sul mercato.

Lo scambio di informazioni ha una valenza sintomatica importante: come la giurisprudenza nazionale e comunitaria ha in più di un'occasione rilevato, sotto il profilo dell'onere probatorio, in presenza di un sistematico scambio di informazioni tra imprese, in relazione alle quali vi sono ragionevoli indizi di una pratica concordata anticoncorrenziale, grava sulle imprese indagate l'onere probatorio di una diversa spiegazione lecita delle loro condotte (Corte di Giustizia UE, 8 luglio 1999, C. 49/92, Anic; Cons. Stato, VI, n. 4017/2006; Cons. Stato, VI, n. 926/2004).

In particolare, l'Autorità ha rilevato che: *a)* tutti i produttori fissavano i prezzi al pubblico consigliati; *b)* tutti i produttori adottavano una pratica contrattuale omogenea ai fini della definizione dei prezzi di cessione ai distributori, e cioè stabilivano i prezzi di cessione a partire dai corrispondenti prezzi al pubblico consigliati, detraendo per il canale farmaceutico una percentuale fissa ed omogenea. I prezzi al pubblico consigliati costituivano un indispensabile punto di riferimento nella definizione del prezzo di cessione anche nei confronti della GDO; *c)* i prezzi al pubblico consigliati di tutti i produttori risultavano comunicati con listini ed inseriti in almeno una banca dati. Conseguentemente ciascun produttore, attraverso la banca dati ovvero attraverso la verifica dei prezzi di vendita nelle farmacie, corrispondenti ai prezzi consigliati, era in grado di conoscere

il comportamento commerciale dei suoi concorrenti (e di far conoscere il suo ai concorrenti).

Non rilevano, sotto tale profilo, le censure variamente mosse dalle appellanti volte a sostenere la piena liceità sia della diffusione meramente unilaterale di listini effettuata da ciascun produttore nei confronti dei farmacisti rivenditori dei propri prodotti, sia dell'attività di *market intelligence*.

Anche se tali condotte (soprattutto quella di *market intelligence*), in sé considerate, non sono idonee a dimostrare l'esistenza di una concertazione tra le imprese, esse, tuttavia, possono essere prese in considerazione come elementi di riscontro, cioè come indizi (gravi, precisi e concordanti) idonei a fondare una presunzione di concertazione, a fronte della quale è onere delle società coinvolte fornire adeguate spiegazioni alternative.

In altri termini, lo scambio di informazioni, pur non essendo sempre di per sé vietato, soprattutto se realizzato, come nel caso di specie in via indiretta (attraverso la comunicazione unilaterale ai farmacisti del prezzo consigliato), può, comunque, costituire la premessa di un programma collusivo ovvero un elemento che, insieme ad altri, dà vita ad una fattispecie cooperativa complessa. In tali ipotesi, come è stato rilevato, il divieto non opera nei confronti dello scambio di informazioni come tale, bensì dal cartello dallo stesso propiziato.

Nel caso di specie, inoltre, si può ritenere che i dati oggetto di scambio avessero natura sensibile. Ed invero, pur trattandosi di prezzi "consigliati" (con conseguente possibilità per i farmacisti di praticare un

prezzo effettivo al pubblico che diverga dall'indicazione del produttore), l'indagine dell'AGCM ha rilevato che, di fatto, i farmacisti rispettavano tali prezzi nei rapporti con i clienti. Da essi, inoltre, i produttori, oltre che dedurre il prezzo tendenzialmente praticato al pubblico, potevano risalire al prezzo di cessione praticato dai medesimi produttori ai distributori, e cioè detraendo dal prezzo al pubblico consigliato il margine percentuale usuale delle farmacie e dei grossisti, corrispondente a circa il 30% del prezzo al pubblico stesso. Inoltre, il prezzo di cessione individuato per il canale farmaceutico veniva utilizzato come riferimento anche per il prezzo di cessione da praticare alla GDO, atteso che le farmacie rappresentano il canale distributivo più importante per i fornitori.

È stato già rilevato come la giurisprudenza sia nazionale che comunitaria abbia più volte affermato il principio secondo cui la comunicazione di informazioni di mercato c.d. sensibili, in quanto inerenti ad elementi che direttamente influiscono sulle dinamiche concorrenziali – tra cui certamente rientra il prezzo – è considerata pratica illecita per la sua idoneità a facilitare il coordinamento tra le singole imprese, instaurando un meccanismo di solidarietà ed influenza reciproca che sostituisce la cooperazione alla concorrenza sul prezzo e altera il funzionamento del mercato (cfr., da ultimo, Consiglio di stato, sez. VI, 08 febbraio 2007 , n. 515).

Anche la Corte di Giustizia ha affermato che si deve presumere che le imprese tengano conto delle informazioni scambiate con i loro concorrenti per determinare il proprio comportamento sul mercato,

spettando alle stesse imprese l'onere della prova contraria (Corte Giust, CE, C-49/92, Anic, 8.7.1999, par.121).

In sostanza, ogni operatore economico deve determinare autonomamente la propria condotta e ciò non esclude il diritto a reagire in maniera intelligente al comportamento, constatato o atteso, dei concorrenti; è però vietato ogni contatto, diretto o indiretto, tra gli operatori che abbia per oggetto o per effetto di influenzare il comportamento sul mercato di un concorrente o di mettere al corrente tale concorrente sul comportamento che l'impresa stessa ha deciso di porre in atto (cfr., cit. Dec. Comm. CECA, par.33; cit. Corte Giust., Anic, par.117; Corte Giust., C-40/73, Suiker Unie, par.173 - 175).

Ciascun concorrente è libero di modificare i prezzi tenendo conto del comportamento altrui, ma è vietata ogni forma di collaborazione per stabilire la linea d'azione o per eliminare le incertezze sul reciproco comportamento (Corte Giust. CE, C 57/69 del 14.7.1972, Acna).

Sulla base di tale pacifica giurisprudenza comunitaria (ribadita da questa Sezione con la sentenza n. 652/2001) cade la tesi dell'irrilevanza dello scambio di informazioni avvenuto nel periodo 2000-2004 attraverso la fissazione e la diffusione ai distributori farmaceutici dei listini contenenti i prezzi al pubblico consigliati, diffusione che consentiva di conoscere i prezzi (sia finali che intermedi) altrui attraverso l'accesso alla banche dati in cui gli stessi prezzi confluivano o la rilevazione degli stessi sul mercato.

15.9.2. Ulteriore circostanza significativa, da sola non sufficiente a dimostrare l'esistenza di una intesa, ma senz'altro idonea a rappresentare un indizio grave, preciso e concordante che depone nel senso della

concertazione, è rappresentata dai c.d. contatti di natura diretta riscontrati dall'Autorità.

Risulta dagli atti, infatti, che nei mesi di marzo ed aprile 2004, a seguito dell'intervento del Ministro della Salute volto a richiedere alle imprese una riduzione dei prezzi, le parti hanno sentito la necessità di incontrarsi presso la sede dell'associazione di categoria, l'AIIPA, per discutere le strategie conseguenti, verificando la possibilità di mantenere politiche commerciali non basate su una reale concorrenza di prezzo.

Le appellanti sostengono che le riunioni in questione non erano frutto dell'iniziativa delle stesse imprese che vi partecipavano, bensì riconducibili al solo impulso del Ministero e contestano che nel corso delle stesse le parti si siano scambiate informazioni circa le strategie imprenditoriali da adottare a seguito dell'intervento del Ministero della Salute.

E' un dato di fatto, tuttavia, che all'esito di tali incontri le società coinvolte, tranne Milte e Milupa/Nutricia che non hanno praticato riduzioni di prezzo, hanno attuato le riduzioni promesse al Ministero della Salute in misura del tutto analoga.

Tutte le riduzioni hanno riguardato esclusivamente il latte di partenza in polvere, in quanto oggetto specifico, secondo le imprese produttrici della richiesta del Ministero della Salute. In alcuni casi, la riduzione ha riguardato una quota limitata delle vendite di latte di impresa. Come si evince dal provvedimento impugnato (§103, tab. 29), Humana ha attuato la riduzione introducendo una nuova confezione di latte ad un prezzo inferiore del 10% (e successivamente decidendo di ridurre il prezzo della

confezione da 1.600 g di un ulteriore 7 %). Chiesi, Plada e Mead Hohnson hanno ridotto i prezzi del 10%, Mellin ha rinunciato ad un aumento programmato del 5% ed ha poi ridotto i prezzi del 10%. Syrio si è lievemente dissociata dall'entità della riduzione attuata dai concorrenti ed ha ridotto i prezzi dei marchi Ordesa dell'8% e non ha attuato alcuna riduzione per i marchi Abbott.

Emerge, dunque, contrariamente a quanto sostengono le appellanti, una evidente uniformità di strategia a fronte dell'invito del Ministro della Salute. Non vi è dubbio, allora, che le sopra menzionate riunioni presso l'AIIPA e le riduzioni di prezzo tendenzialmente uniformi che ne sono seguite, pur non essendo – va ancora una volta ribadito – da sole sufficienti per dimostrare con certezza l'esistenza di una intesa, costituiscano, tuttavia, anche alla luce delle *e-mail* interne di Nutricia-Milupa del 28 marzo 2004 e di MJ del 9 aprile 2004, indizi gravi precisi e concordanti che fanno quantomeno presumere l'esistenza di una di concertazione.

Né si può ritenere, come invece lamentano le appellanti, che le prove raccolte circa i contatti diretti intercorsi tra le imprese nei mesi di marzo e aprile 2004 possano essere considerati indizi dell'intesa solo con riferimento a tale periodo, ma non anche della pratica concordata attuata nel quinquennio 2000-2004.

Gli incontri presso il Ministero della Salute avvenuti nei mesi di marzo e aprile del 2004 vanno, infatti, considerati non singolarmente, ma unitamente a tutti gli altri elementi indiziari raccolti dall'Autorità, i quali, complessivamente considerati, fanno presumere l'esistenza di una intesa attuata nel corso degli anni.

Ugualmente non rileva la circostanza che Nutricia e Milupa non abbiano effettuato riduzioni di prezzo a seguito delle sollecitazioni del Ministro della Salute. Come rilevato dall'Autorità, infatti, la mancata riduzione del prezzo nella misura del 10% a seguito dell'intervento ministeriale è stato dalle medesime ricondotto a particolari circostanze (in primo luogo, le preoccupazioni inerenti l'intervento da parte dell'AGCM), che non contraddicono, comunque, il loro coinvolgimento nell'intesa.

15.9.3. Ulteriore elemento indiziario che, sempre valutato insieme agli altri, fa presumere l'esistenza della concertazione, è offerto dall'analisi dell'andamento delle quote di mercato nei tre mercati rilevanti (latte di partenze, latte di proseguimento, latti speciali).

Tali quote di mercato, come risulta, in particolare, dalla tabelle n. 5, 6, 7 e 8, del provvedimento impugnato, si sono mantenute sostanzialmente stabili nel corso del tempo fino al 2004. Tale conclusione è confermata anche dagli indici di concentrazione CR5 e Hirschman – Herfindahl (HHI), riportati nella tabella 9 del provvedimento, da cui emerge, fino al 1° semestre 2004, una diminuzione sensibile dell'indice di concentrazione solo nel mercato dei latti speciali.

La sostanziale uniformità delle quote di mercato nel corso degli anni è un ulteriore elemento significativo, che pure assume una valenza indiziaria. Esso ridimensiona anche le doglianze con le quali le società appellanti, nel contestare l'esistenza stessa di un parallelismo, evidenziano le differenze in ordine all'entità e all'andamento dei prezzi verificatesi nel periodo oggetto di contestazione. A fronte di quote di mercato sostanzialmente inalterate (e dei sopra ricordati contatti diretti ed indiretti) si

può, infatti, ancora una volta presumere, salvo prova contraria, che le imprese abbiano posto in essere una pratica concordata la quale si è manifestata nella fissazione di prezzi che, pur diversi tra di loro, erano comunque tutti notevolmente al di sopra della media europea e tali da consentire alle stesse imprese di mantenere inalterate le quote di mercato esistenti.

15.10. A fronte di questa pluralità di indizi, gravi, precisi e concordanti, spettava alle società coinvolte dimostrare l'assenza della pratica concordate, dimostrando l'esistenza di alternative spiegazioni razionali al parallelismo di condotte. Ciò, come si è detto, non è accaduto, avendo l'Autorità confutato le spiegazioni alternative addotte dalle società appellanti.

Ne consegue che può ritenersi accertata, al di là di ogni ragionevole dubbio, l'esistenza di una pratica concordata volta al coordinamento nella fissazione dei prezzi.

16. Ciò vale anche per l'ulteriore profilo di coordinamento accertato, esplicitosi nella sistematica rinuncia all'utilizzo dello strumento della promozione pubblicitaria nei confronti dei consumatori.

Pure con riguardo al generalizzato non uso delle leva pubblicitaria nei confronti dei consumatori, il Collegio ritiene che l'AGCM abbia evidenziato l'assenza di razionali spiegazioni alternative.

16.1. In primo luogo, invero, il provvedimento ha ampiamente dimostrato che le limitazioni normative alla pubblicità del latte artificiale (D.M. 500/1994, poi modificato dal D.M. n. 46/2005) riguardavano solo il latte c.d. "di partenza", non anche quello "di proseguimento".

16.2. In secondo luogo, come ha rilevato il giudice di prime cure, anche con riferimento ai latti di partenza, le norme limitative della pubblicità non impedivano di comunicare ai consumatori la maggiore convenienza di un prodotto rispetto ad un altro.

Il riferimento a tali norme, quindi, è inidoneo a fornire una giustificazione plausibile e razionale dei comportamenti adottati tanto per i latti di proseguimento, tanto per quelli di partenza.

Al contrario, l'efficacia della promozione pubblicitaria risulta dimostrata dagli effetti positivi sulle vendite ottenuti dalle campagne promozionali lanciate da Milte e Coop per informare il pubblico dell'offerta di latte in polvere a prezzi contenuti.

16.3. Non può essere enfatizzata, in senso contrario, la circostanza che la promozione pubblicitaria di un operatore (Plada) non abbia avuto gli auspicati effetti positivi: come rilevato dalla difesa erariale, da tale elemento non può, infatti, certamente desumersi che nessuna impresa avrebbe mai potuto usare con successo la leva concorrenziale pubblicitaria, pur nei limiti consentiti dalla normativa.

16.4. Parimenti, non può essere assumerne rilevanza l'attività informativa svolte dalle imprese presso i pediatri di base e le strutture sanitarie. Come è emerso dall'istruttoria, infatti, tale strumento non ha una reale efficacia concorrenziale in quanto, da un lato, il sistema delle turnazioni adottato dalle strutture neonatali non comporta alcuna selezione delle imprese sulla base di criteri qualitativi o di prezzo e, dall'altro, i pediatri sono consapevoli del fatto che nessuno dei latti in commercio possa essere considerato qualitativamente superiore agli altri. Tale attività

informativa, quindi, non risulta idonea a spostare i consumi di ampie fasce dei consumatori e ad acquisire quote di mercato.

17. Le appellanti ripropongono anche il motivo con cui hanno censurato la disparità di trattamento subita rispetto ad altre imprese le quali, a loro dire, pur avendo posto in essere condotte analoghe, non sarebbero state sottoposte a sanzione dall'AGCM.

Segnatamente, esse lamentano l'intrinseca contraddittorietà della decisione nella parte in cui: *a)* afferma la non sanzionabilità di alcune imprese, in particolare Mead Johnson, Dicofarm, Chiesi e Abbot (l'Autorità evidenzia, al § 198 del provvedimento, che tali imprese occupavano una posizione marginale e di nicchia nell'offerta e non sarebbero mai state in grado di adottare politiche incisive in termini di prezzo, che non avrebbero consentito il raggiungimento dell'equilibrio economico); *b)* giustifica la non sanzionabilità di Mellin (secondo l'AGCM, Mellin non può essere sanzionata perché non ha mai partecipato alle riunioni in sede AIIPA relative all'invito rivolto dal Ministero della Salute, con l'eccezione della riunione preliminare del 25 marzo 2004, precedente agli incontri con il Ministro, ed, inoltre, perché ha posto in essere condotte divergenti rispetto ai suoi concorrenti, privilegiando la GDO come principale canale distributivo dei suoi prodotti ed accettando di conseguenza di contrattare prezzi e margini più bassi rispetto a quelli ottenibili con una politica commerciale tradizionale (farmacia) e consentendo il trasferimento di tali prezzi più bassi al consumatore).

17.1. Tali censure sono state dichiarate inammissibili per difetto di interesse dal T.a.r. che ha rilevato come l'eventuale illegittimità del

trattamento più favorevole riservato alle imprese non sanzionate non potrebbe mai tradursi in un profilo di illegittimità del provvedimento impugnato in assenza di vizi specifici di quest'ultimo.

In altri termini, appurato che le odierne appellanti hanno posto in essere una pratica concordata volta al coordinamento delle loro strategie commerciali (rinuncia alla leva concorrenziale della diminuzione dei prezzi e allo strumento della promozione pubblicitaria presso il consumatore), risulterebbe, in tale sede, irrilevante verificare se la valutazione di non sanzionabilità espressa dall'Autorità nei confronti di alcune imprese estranee al presente giudizio sia o meno giustificata.

17.2. Sotto tale profilo, le appellanti contestano la declaratoria di inammissibilità del primo giudice sottolineando che tramite tali censure esse non intendevano certo determinare l'applicazione di sanzioni in capo a soggetti terzi (in particolare a Mellin), ma solo evidenziare come lo stesso legittimo trattamento riservato ad altre imprese (in particolare a Mellin) avrebbe dovuto essere riservato anche ad esse, trovandosi in situazioni analoghe.

17.3. Premesso che anche un'eventuale (e non dimostrata) partecipazione agli stessi comportamenti sanzionati nei confronti delle odierne non avrebbe l'effetto di rendere lecito ciò che non lo è, ma al limite di evidenziare la mancata adozione di provvedimenti nei confronti di altra impresa (in questi termini, con riferimento ad una fattispecie analoga, v. Cons. Stato. Sez. VI, n. 652/2001), il Collegio ritiene, comunque, che tali censure siano infondate anche nel merito alla stregua delle seguenti considerazioni.

17.3.1. La affermata non sanzionabilità di Mellin non risulta contraddittoria.

Mellin, infatti, ha posto in essere condotte sensibilmente diverse rispetto a quelle delle società appellanti e, per tale ragione, l'AGCM ne ha motivatamente escluso la sanzionabilità.

Anzitutto, tale impresa risulta aver adottato, già prima del periodo oggetto del procedimento, condotte commerciali differenziate rispetto ai suoi concorrenti: privilegiando la GDO come principale canale distributivo dei suoi prodotti (ed accettando di conseguenza prezzi e margini più bassi rispetto a quelli ottenibili con una politica commerciale concentrata sul canale delle farmacie), Mellin ha incrementato in misura molto consistente il volume delle vendite dei propri marchi di latte per l'infanzia, registrando consistenti incrementi delle sue quote di mercato, a fronte della rigidità delle quote detenute dai suoi concorrenti.

Mellin, inoltre, non risulta aver partecipato alle riunioni in sede AIIPA relative all'incito rivolto dal Ministero della Salute, con l'eccezione della riunione preliminare del 25 marzo 2004, precedente agli incontri con il Ministro.

A differenza di quanto accade per le società appellanti, con riferimento a Mellin vengono, quindi, a mancare due fondamentali indizi (la rigidità delle quote di mercato e la partecipazione alle riunioni AIIPA), su cui, invece, si fonda, come sopra illustrato, la presunzione di esistenza di una pratica concordata a carico delle odierne appellanti.

17.3.2. Ugualmente giustificata risulta la non estensione della sanzione a Mead Johnson, Dicofarm, Chiesi e Abbott. Il Collegio ritiene

che l'AGCM abbia correttamente motivato tale esclusione valorizzando le specifiche caratteristiche di tali imprese (specializzazione produttiva nei lattini speciali, ovvero mero ruolo di distributore di marchi altrui, margini di redditività assai modesti) e, soprattutto, la circostanza che le stesse, occupando una posizione marginale nell'offerta, non avrebbero potuto adottare politiche incisive in termini di prezzo.

18. Alla luce delle considerazioni che precedono, possono essere rigettati anche i motivi di interesse individuale riproposti in appello dalle società ricorrenti e che di seguito il Collegio passa ad esaminare.

19. Nestlé, in primo luogo, contesta che il provvedimento sarebbe viziato per difetto di motivazione ed istruttoria in quanto non avrebbe considerato e valutato la memoria, i documenti e gli elementi di prova prodotti da Nestlé nel corso del procedimento.

Il T.a.r. ha disatteso tale censura osservando che non sussisterebbe il difetto di motivazione del provvedimento, in quanto le deduzioni della società sarebbero state prese in considerazione da AGCM.

19.1. L'appellante lamenta che, al contrario, il provvedimento dell'Autorità avrebbe totalmente pretermesso tutte le argomentazioni difensive addotte dalla società.

La censura è infondata.

L'AGCM ha valutato in più punti del provvedimento la posizione della Nestlé, e tanto basta per far ritenere che abbia tenuto conto delle giustificazioni da questa prodotte, ma non le abbia ritenute sufficienti a scalfire l'impianto accusatorio.

Non è invece esigibile che l'AGCM confuti punto per punto le deduzioni di parte, essendo sufficiente una motivazione complessiva, ancorché sintetica (cfr. in questi termini, Cons. Stato, sez. V, n. 548/2006).

19.2. Anche la circostanza che in alcuni Paesi (in particolare, Francia e Spagna), i prezzi praticati da Nestlè siano sostanzialmente in linea (se scorporati dall'Iva) con quelli praticati in Italia non vale a smentire la gravità e l'univocità del quadro indiziario sopra ricordato. Non bastano, infatti, a confutare la presunzione di pratica concordata che da quel quadro indiziario si evince.

19.3. Ugualmente infondata è l'argomentazione difensiva diretta a giustificare il mancato ricorso alla pubblicità alla luce del timore di boicottaggio. Si tratta, infatti, di un assunto che, per un verso, non è supportato da adeguato riscontro probatorio e, per un altro verso, è comunque inidoneo a rappresentare una razionale spiegazione alternativa alla sistematica rinuncia della leva pubblicitaria.

20. Plada contesta la correttezza e la rappresentatività dalla comparazione operata dall'Autorità tra prodotti commercializzati da Plada in Italia (con i marchi "Plasmon", "Dieterba" e "Nipiol") e quelli commercializzati nel Regno Unito con il marchio Farley. La società appellante, in particolare per giustificare il forte differenziale di prezzo (circa il 300%) tra i prodotti commercializzati da Plada nel Regno Unito e quelli commercializzati in Italia evidenzia sia la diversità del prodotto (in ragione della diversità chimico-nutrizionale delle formule e delle diverse tendenze di consumo), sia la diversità della struttura del mercato britannico dei lattini per l'infanzia.

20.1. Anche questa censura è infondata. Ed infatti, le diversità, evidenziate da Plada, tra il mercato italiano e quello britannico e tra i prodotti dalla stessa commercializzati nei due mercati, non valgono ad escludere il parallelismo della sua condotta con quella delle altre società coinvolte nel procedimento in esame.

E' un dato di fatto, invero, che Plada abbia, comunque, praticato in Italia prezzi marcatamente superiori rispetto al livello medio dei mercati europei, attuando così una condotta sostanzialmente in linea con quelli delle altre imprese coinvolte. La stessa società non ha peraltro dimostrato che le diversità tra il mercato italiano e quello britannico potessero giustificare un differenziale di prezzo così elevato.

21. Devono a questo punto esaminarsi le censure relative alla quantificazione delle sanzioni.

22. I motivi formulati sul punto dalle società ricorrenti possono essere così sintetizzati:

1) violazione del principio del legittimo affidamento: la comunicazione al settore farmaceutico, che ne faceva richiesta, del prezzo di vendita consigliato è pratica da sempre invalsa nella distribuzione di prodotti al canale farmaceutico. Tale pratica non solo era conosciuta, ma era stato anche oggetto di esame da parte dell'Autorità nel procedimento iniziato nel 1999 e conclusosi con il provvedimento n. 8087 del 2 marzo 2000. La comunicazione dei prezzi consigliati al canale farmaceutico non era stata, tuttavia, mai oggetto di alcuna contestazione specifica da parte dell'Autorità in relazione a possibili violazioni da parte dei produttori

dell'art. 81 CE. Ne discende che le appellanti avevano potuto fare affidamento sulla liceità di tale prassi per il diritto della concorrenza.

2) Assenza di gravità dell'infrazione: le appellanti sostengono che, a differenza di quanto sostenuto dall'AGCM, quella sanzionata non sarebbe una vera intesa sui prezzi, con conseguente impossibilità di applicare la sanzione pecuniaria ai sensi dell'art. 15 L. n. 287/1990;

3) Esclusione dell'elemento soggettivo della conoscibilità dell'illecito e quindi dell'oggetto anticoncorrenziale con riguardo agli addebiti relativi alle riunioni richieste dal Ministero della Salute e alla conseguente determinazione della riduzione del prezzo dei latti sulla base del *benchmark* del 10% fissato dal medesimo. Data l'origine autoritativa dell'iniziativa le società coinvolte non potevano sottrarsi, né in particolare ritenere illecita la partecipazione a tali attività, in particolare alle riunioni AIIPA;

4) Erronea applicazione della circostanza aggravante della recidiva in quanto il precedente procedimento aveva ad oggetto una condotta diversa da quella attuale;

5) Erronea individuazione della durata dell'intesa.

23. Alcune appellanti deducono ulteriori censure che attengono specificamente alla loro posizione.

1) Il gruppo Heinz-Plada lamenta un trattamento discriminatorio con riferimento all'entità dell'importo base della sanzione: l'AGCM ha fissato per Heinz-Plada l'importo base della sanzione in una misura doppia (3.000.000 di euro), rispetto a quella applicata a Nutricia Milupa (1.500.000 di euro), senza che ciò rifletta in alcun modo il rapporto fra le rispettive

quote di mercato dei due operatori, che doveva rappresentare il criterio guida enunciato dall'Autorità come parametro di determinazione delle sanzioni.

2) Humana-Milte denuncia la violazione dell'art. 11 L. n. 689/1981, richiamato dall'art. 31 della legge n. 287/1990 nella parte in cui stabilisce che nella determinazione dell'ammontare delle sanzioni si debba aver riguardo, fra l'altro, alle condizioni economiche del soggetto sanzionato. Ebbene, Humana-Milte sostiene che l'AGCM avrebbe determinato una sanzione palesemente sproporzionata rispetto alle sue dimensioni economiche e discriminatoria rispetto a Nestlè, Heinz-Plada e Nutricia-Milupa. In particolare, Humana deduce l'illegittimità dell'atto dal fatto che la sanzione è pari al 2,69% del proprio fatturato, mentre a Nestlè è stata irrogata una sanzione delle 0,22% e a Nutricia-Milupa una sanzione dell'1,72%.

3) Nutricia invoca gli impegni assunti, nell'ambito del procedimento C-6941 Koninklijke Numico/Mellin che illegittimamente l'AGCM non avrebbe considerato come circostanze attenuante;

4) Alcune appellanti lamentano, infine, il mancato riconoscimento dell'attenuante del ravvedimento operoso, in conseguenza delle significative riduzioni di prezzo effettuate da Nutricia e Milupa tra la fine del 2004 e il 2005.

5) Heinz lamenta che di essere stata ritenuta responsabile di avere partecipato alla pratica concordata per il solo fatto di appartenere al medesimo gruppo di Plada, senza alcuna prova che Plada, nel porre in essere le condotte censurate, abbia dato attuazione operativa ad indicazioni di

politica industriale o commerciale della capogruppo. Lamenta ancora che l'infrazione non le è stata contestata, essendo stata contestata solo a Plada.

24. Giova al riguardo brevemente richiamare i principi già affermati da questa Sezione (cfr. in particolare, sez. VI, 23 aprile 2002 , n. 2199) in ordine all'intensità del sindacato consentito al Giudice amministrativo sulle sanzioni pecuniarie irrogate dall'Autorità antitrust.

A fronte di sanzioni pecuniarie, la tutela giurisdizionale deve essere riconosciuta in maniera piena, tenuto conto della vigenza, in materia, del principio di legalità, che tutela il diritto del privato a non subire imposizioni patrimoniali al di fuori dei casi previsti dalla legge (art. 23 Cost.).

Considerata la necessità di un sindacato ampio sull'irrogazione della sanzione pecuniaria, il rinvio di cui all'art. 31 della legge n. 287/90 alle disposizioni, "in quanto applicabili", contenute nel capo, I, sezioni I e II della legge n. 689/1981, limitato alle sole sanzioni amministrative pecuniarie, deve essere interpretato, anche alla luce del successivo art. 33 che prevede la giurisdizione esclusiva del G.A., come esteso anche al tipo di cognizione prevista dall'art. 23 della legge n. 689/81, che consente al giudice (in questo caso, quello amministrativo) di annullare in tutto o in parte (l'ordinanza) o di modificarla anche limitatamente all'entità della sanzione dovuta.

Dunque, in questo caso è consentito al giudice amministrativo un controllo più penetrante, che si spinge fino alla sostituzione della sanzione irrogata dall'Autorità e si fonda ovviamente sulla base dei parametri normativi di riferimento (art. 11 della legge n. 689/81 ed art. 15 della legge n. 287/90).

Per le sanzioni pecuniarie dell'Autorità antitrust, in definitiva, deve essere affermata la sussistenza di una giurisdizione piena del giudice, che ha il potere di modificare la misura della pena, e anche di ridurla, in ipotesi di riscontro di una illegittimità o una inopportunità dell'operato dell'autorità amministrativa, operato che, pertanto, è sindacabile da parte del giudice amministrativo in caso di violazione di legge, illogicità, travisamento dei fatti, ed anche iniquità (Cons. Stato, VI, n. 1671/2001 e n. 2199/2002).

Anche in questo caso il riconoscimento di tale tipo di sindacato giurisdizionale è coerente con i principi affermati in materia dalla giurisprudenza comunitaria, che ha sempre ritenuto la sussistenza di una competenza di merito del giudice, che consenta anche la modifica delle sanzioni irrogate dalla Commissione (v. Trib. Ce, 11-3-99, T-141/94, Thyssen Stahl AG, par. 646 e 674 e Corte Giust. CE, 16-11-2000, C-291/98, Sarriò - Cartoncino, par. 70-71).

25. Ciò premesso in termini generali, possono essere esaminate le censure mosse dalle odierne appellanti alla quantificazione della sanzione da parte dell'AGCM.

Il Collegio ritiene che le censure con cui si contesta la gravità dell'intesa debbano essere respinte.

L'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90 prevede che l'Autorità, nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della loro gravità e durata, disponga l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria. Su quest'ultimo punto, poiché l'intesa si è protratta oltre la data di entrata in vigore della Legge n. 57/2001 (4 aprile 2001), è applicabile il nuovo

disposto dell'articolo 15, comma 1, della Legge n. 287/90, come modificato dalla stessa Legge n. 57/2001.

Secondo quanto espressamente chiarito dalla Corte di Giustizia, *“per valutare la gravità di un’infrazione, si deve tener conto di un gran numero di fattori il cui carattere e la cui importanza variano a seconda del tipo di infrazione e delle circostanze particolari della stessa”* (cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 7 giugno 1983, C-1000-03/80, *Musique Diffusion Française*, para. 120; si vedano anche Corte di Giustizia, sentenza del 15 luglio 1970 C-45/69 *Boehringer*, sentenza del 9 novembre 1983 C-322/81 *Michelin*).

Come correttamente si legge nel provvedimento impugnato, in relazione alla natura della restrizione, sia in ambito nazionale che in ambito comunitario, le intese attraverso le quali soggetti imprenditoriali operanti al medesimo livello della filiera produttiva concertano le rispettive strategie di prezzo sono considerate tra le restrizioni più gravi della concorrenza, poiché ne ostacolano la capacità di garantire l’efficienza allocativa e di mantenere il livello dei prezzi il più basso possibile (Così Corte di Giustizia, sentenza *Imperial Chemical Industries Ltd./Commissione*, cit., para. 115: *“la funzione della concorrenza, in materia di prezzi, è infatti quella di far sì che il livello di questi resti il più basso possibile ... al fine di giungere così ad una distribuzione ottimale delle attività, in funzione della produttività e della capacità di adattamento delle imprese”*).

Il Collegio non può che condividere la conclusione cui è giunta l’AGCM: i comportamenti contestati a Nestlé, Heinz-Plada, Nutricia-Milupa e Humana-Milte sono da considerarsi molto gravi, innanzitutto per

la loro natura, in quanto tendenti a coordinare le politiche di prezzo, eliminando la concorrenza basata per l'appunto sul prezzo.

L'intesa è molto grave anche in ragione dei suoi effetti, avendo determinato il mantenimento di prezzi assai più elevati rispetto agli altri mercati europei; essa ha avuto così come oggetto ed effetto la restrizione più grave fra le possibili infrazioni all'articolo 81 del Trattato UE, in quanto ha interessato il prezzo di vendita ai consumatori, procurando loro un danno rilevante e continuato.

L'AGCM, sotto tale profilo, si è dichiaratamente (§ 204 del provvedimento) e correttamente attenuta ai criteri di cui agli *Orientamenti della Commissione* contenuti nella Comunicazione 98/C9/03 (in G.U.C.E. 14 gennaio 1998), che costituiscono un criterio guida per dare contenuto alle valutazioni dell'AGCM in tema di qualificazione dell'infrazione e di commisurazione della sanzione.

26. Secondo detti *Orientamenti* sono considerati infrazioni molto gravi, tra l'altro, le restrizioni orizzontali, quali cartelli di prezzi e di ripartizione dei mercati, con pregiudizio per il buon funzionamento del mercato. Nel caso di specie, la pratica concordata si è manifestata in un coordinamento delle politiche di prezzo ed ha avuto l'effetto di determinare in Italia un livello di prezzi notevolmente più alto rispetto ad altri Paesi europei, così arrecando un grave pregiudizio per il buon funzionamento del mercato.

27. Parimenti infondate sono le censure con cui si contesta la durata dell'intesa.

L'AGCM ha correttamente individuato la durata della infrazione in 5 anni, dal 2000, anno a partire dal quale esistono evidenze negli atti del procedimento relative a forti differenziali di prezzo rispetto all'estero, alla fine del 2004, data alla quale si fermano gli accertamenti istruttori e fino alla quale è stato riscontrato che i livelli dei prezzi di vendita erano tali da dimostrare ancora l'esistenza di forti differenziali rispetto ai prezzi degli stessi prodotti all'estero, nonché dell'ulteriore rilevato parallelismo nei comportamenti di impresa, consistente nella rinuncia a qualsiasi forma di comunicazione pubblicitaria ai consumatori.

28. Parimenti non può riconoscersi efficacia esimente o attenuante alla sollecitazione proveniente dal Ministero della Salute che, ancorché volto ad una riduzione dei prezzi del latte per l'infanzia, non costituiva certamente l'incentivo o lo stimolo ad un coordinamento collusivo tra le imprese.

29. Non può essere accolta neanche la censura con la quale si contesta l'applicazione della recidiva. Anche sotto tale profilo, il provvedimento è conforme agli *Orientamenti della Commissione* che, tra le circostanze aggravanti, considerano appunto la recidiva della medesima impresa per un'infrazione del medesimo tipo. Correttamente, quindi, l'Autorità ha dato rilevanza a condotte che, seppure non identiche, si iscrivevano, comunque, nella stessa tipologia di illecito antitrust. In particolare, come ricorda l'AGCM al § 208 del provvedimento impugnato, le odierne appellanti erano già state sanzionate (cfr. provvedimento dell'Autorità n. 8087 del 2 marzo 2000, caso I/328 – Latte artificiale per neonati) per una pratica concordata su un aspetto specifico delle loro

politiche commerciali, ossia la scelta di non distribuire i prodotti agli operatori della GDO al fine di mantenere elevato il livello dei prezzi.

Ad avviso del Collegio, si tratta certamente di una infrazione che, per la sua natura e per i suoi effetti, deve essere considerata del medesimo tipo di quella oggetto dell'odierno procedimento.

30. Non colgono nel segno neanche le censure con le quali il gruppo Heinz-Plada lamenta un trattamento discriminatorio con riferimento all'entità dell'importo base della sanzione, deducendo in particolare che l'AGCM avrebbe fissato l'importo base della sanzione in una misura doppia (3.000.000 di euro), rispetto a quella applicata a Nutricia Milupa (1.500.000 di euro), senza che ciò rifletta in alcun modo il rapporto fra le rispettive quote di mercato dei due operatori, che doveva rappresentare il criterio guida enunciato dall'Autorità come parametro di determinazione delle sanzioni.

Non appare affatto irragionevole la circostanza che l'entità della sanzione non rifletta precisamente le quote di mercato delle appellanti, atteso che quello incentrato sull'ampiezza delle quote di mercato rappresenta solo uno dei criteri utilizzato dall'AGCM per la concreta determinazione della sanzione.

Ciò emerge chiaramente dal provvedimento impugnato che dà atto di come la determinazione tiene conto, alla luce degli Orientamenti della Commissione per il calcolo delle ammende, non solo dell'importanza relativa di ciascuna impresa sul mercato interessato, quale elemento indicativo dell'impatto che ogni singola impresa ha determinato sul meccanismo concorrenziale, ma anche della dimensione economica

complessiva di ogni singola impresa, al fine di garantire una reale efficacia deterrente alla sanzione, anche in considerazione dell'appartenenza a gruppi multinazionali.

31. Il Collegio ritiene, inoltre, che il Giudice di primo grado abbia correttamente dichiarato inammissibile per difetto di interesse la censura con cui Heinz lamenta, nella sostanza, di essere stato sanzionato per una condotta imputabile Plada: l'accoglimento della censura, infatti, a differenza di quanto deduce l'appellante, consentirebbe all'AGCM di rideterminare in aumento l'entità della sanzione irrogata a Plada, il che rende manifesto il conflitto di interesse e, quindi, l'inammissibilità del motivo.

32. Non è fondato, neanche il motivo con cui Humana-Milte denuncia la violazione dell'art. 11 L. n. 689/1981, richiamato dall'art. 31 della legge n. 287/1990, nella parte in cui stabilisce che nella determinazione dell'ammontare delle sanzioni si debba aver riguardo, fra l'altro, alle condizioni economiche del soggetto sanzionato. In particolare, Humana deduce l'illegittimità dell'atto dal fatto che la sanzione è pari al 2,69% del proprio fatturato, mentre a Nestlè è stata irrogata una sanzione delle 0,22% e a Nutricia-Milupa una sanzione dell'1,72%.

Il fatturato non è l'unico criterio utilizzato dall'AGCM per la determinazione della sanzione. L'AGCM, al contrario, ha preso in considerazione anche la "rilevante posizione della società Humana-Milte nel mercato del latte di partenza e di proseguimento"; non è illogico, pertanto, che le sanzioni non rispecchino perfettamente le proporzioni esistenti tra i fatturati delle società coinvolte.

33. Infondato è anche la censura con cui Nutricia lamenta la mancata considerazione, come circostanza attenuante, le misure assunte in relazione alla concentrazione C6941 Numico/Mellin. Si tratta, infatti, come correttamente evidenziato dall'Avvocatura dello Stato, di misure assunte nell'ambito di un procedimento completamente diverso e comunque che non risultano ancora del tutto ottemperate al momento della decisione dell'AGCM, essendo stato previsto per l'ottemperanza il termine del 31 dicembre 2007.

Correttamente, infine, l'AGCM non ha riconosciuto efficacia attenuante alla riduzione dei prezzi tra la fine del 2004 e l'inizio del 2005: tali riduzioni, infatti, come correttamente evidenziato dall'AGCM sono state valutate come indizio di cessazione dei comportamenti contestati e, in quanto tali, valutati ai fini della determinazione della durata dell'infrazione.

34. Devono, invece, essere accolte, almeno in parte, le censure con le quali le società appellanti lamentano la mancata valutazione del legittimo affidamento creato in capo alle medesime dalla circostanza che le condotte sanzionate nel provvedimento impugnate erano già da tempo note all'AGCM, che ne aveva fatto oggetto di specifico esame nell'ambito della prima istruttoria sui *Latti artificiali*, senza però ricondurle ad una fattispecie restrittiva della concorrenza (cfr. Procedimento I328, *Latti artificiali per neonati*, concluso con Provvedimento n. 8087 del 2 marzo 2000).

Già nel provvedimento di avvio di detto procedimento (n. 7137 del 29 aprile 1999), si legge che le “*farmacie applicherebbero sistematicamente i prezzi suggeriti dai produttori e pubblicati su annuari disponibili presso tutte le farmacie*”.

Tale circostanza viene ribadita nel provvedimento di chiusura n. 8087/2000 da cui emerge chiaramente che l'AGCM aveva già preso conoscenza del fatto che *“gli operatori sul mercato adottano politiche di prezzo differenziate per canale distributivo. Generalmente, essi adottano una politica di prezzo al pubblico consigliato nei confronti del canale farmaceutico, a partire dal quale viene determinato l'effettivo prezzo di cessione dall'azienda al distributore, applicando uno sconto secondo il meccanismo applicato nel settore farmaceutico. Il prezzo consigliato viene di regola rispettato dal farmacista”* (§ 38 del provvedimento del 2000).

Ebbene, nonostante tali modalità di condotta delle imprese fossero già state così chiaramente individuate dall'Autorità, che aveva svolto una indagine completa sul funzionamento dei mercati del latte artificiale, con il primo provvedimento del 2000 questa si era limitata ad accertare la restrittività di *“condotte concernenti un aspetto specifico delle politiche commerciali, ossia la scelta di non distribuire i prodotti agli operatori della GDO al fine di mantenere elevato il livello dei prezzi”* (§ 208 del provvedimento del 2000).

La comunicazione dei prezzi consigliati al canale farmaceutico, anche mediante banche dati, non era mai stata, invece, oggetto di alcuna contestazione specifica da parte dell'AGCM in relazione a possibili violazioni, da parte dei produttori, dell'art. 81 TCE.

In tal modo, ad avviso del Collegio, l'AGCM ha suscitato in capo alle Parti un legittimo affidamento (o quanto meno un ragionevole dubbio) in ordine alla liceità o, comunque, alla neutralità, sotto il profilo concorrenziale, della condotta poi successivamente contestata.

Ora, è certamente vero, come correttamente evidenzia il T.a.r., che l'AGCM ha il potere di cambiare orientamento, effettuando una diversa valutazione, e, dunque, di ritenere illecito – e, conseguentemente, di sanzionare – comportamenti che prima aveva ritenuto leciti.

Ciò nondimeno, il legittimo affidamento precedentemente ingenerato non può non essere tenuto in considerazione, ai fini della quantificazione della sanzione, come circostanza attenuante.

Tale conclusione è, ancora una volta, confermata da quanto emerge dai citati *Orientamenti della Commissione per il calcolo della ammende*, che espressamente prevedono, tra le circostanze attenuanti, “*l'esistenza di un dubbio ragionevole dell'impresa circa il carattere di infrazione del comportamento restrittivo della concorrenza*”.

Il mancato esercizio da parte dell'AGCM del potere sanzionatorio in ordine a condotte dalla stessa certamente conosciute nell'ambito di un diverso procedimento a carico delle medesime imprese è circostanza idonea, ad avviso del Collegio, a far nascere un dubbio ragionevole circa il carattere illecito dell'infrazione poi sanzionata.

Le appellanti sostengono in forza del principio del legittimo affidamento, le condotte oggi in contestazione non sarebbero in radice sanzionabili.

Il Collegio non condivide tale conclusione. Sia perché il potere dell'AGCM non si è definitivamente esaurito con l'adozione del Provvedimento del 2000, sia perché, comunque, nel precedente Procedimento “Latti per l'infanzia”, l'AGCM non ha affermato esplicitamente la liceità della prassi di comunicare i prezzi consigliati al

settore farmaceutico, ma ha soltanto omissis di prendere in considerazione tale condotta in relazione ad una possibile violazione dell'art. 81 CE.

L'affidamento di cui oggi si discute deriva, pertanto, non da un espresso riconoscimento della legittimità di una determinata prassi commerciale (nel quale si potrebbe fondatamente sostenere la non riesercibilità del potere, se non ricorrendo ai presupposti che consentono il ricorso all'autotutela decisoria), ma da un mero silenzio dell'AGCM, che non ha sollevato contestazioni riguardo a condotte che già conosceva e che oggi vengono valorizzate per dimostrare l'esistenza di una intesa anticoncorrenziale.

L'affidamento ingenerato da quella omissis contestazione, quindi, non preclude il riesercizio del potere sanzionatorio, e sotto tale profilo le censure delle appellanti sono infondate.

Le censure delle appellanti, sono, invece, fondate, come si è spiegato, laddove esse lamentano che tale affidamento avrebbe dovuto essere preso in considerazione come circostanza attenuante al momento della determinazione della sanzione.

Questo Giudice, nell'esercizio di quella giurisdizione piena di cui sopra si sono tratteggiati i caratteri essenziali, ritiene che sia equo, alla luce del legittimo affidamento ingenerato dall'AGCM in ordine alle condotte oggi sanzionate (e del ragionevole dubbio che ne è derivato in merito al carattere illecito dell'infrazione), ridurre le sanzioni irrogate a ciascuna impresa nella misura del 25%.

Le sanzioni irrogate, pertanto, applicando tale riduzione, vanno così ricalcolate:

- Heinz Plada s.r.l. €279.000
- Plada s.r.l. €3.022.000
- Nestlè Italiana s.p.a. € 2.475.000
- Nutricia s.p.a. €471.750
- Humana Italia s.p.a. €1.032.750
- Milte Italia s.p.a. €148.500

35. Nestlè chiede che la propria sanzione venga compensata con un importo che essa deve ricevere come restituzione di una precedente sanzione.

La domanda non può, tuttavia, essere accolta, in quanto, come questa Sezione ha già avuto modo di evidenziare (sez. VI, n. 7469/2003 e n. 7602/2003), l'AGCM non è competente a disporre la restituzione delle sanzioni da essa irrogate (ma che essa non incassa) e che siano successivamente annullate, in tutto o in parte, dal Giudice amministrativo. Tale competenza spetta, invece, al Ministero dell'Economia e delle Finanze contro il quale va, quindi, fatta valere l'eventuale richiesta di restituzione.

36. Alla luce delle considerazioni che precedono, gli appelli indicati in epigrafe possono essere accolti in parte, ai fini della rideterminazione della sanzione irrogata, secondo quanto specificato in motivazione.

Tutti gli altri motivi proposti dalle società appellanti sono, invece, alla stregua delle considerazioni svolte, infondati e vanno pertanto respinti.

37. In considerazione della soccombenza reciproca e della complessità delle questioni affrontate le spese del giudizio possono essere interamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando sugli appelli in epigrafe;

- ne dispone la riunione;
- li accoglie in parte, nei sensi specificati in motivazione;
- spese del giudizio compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma, dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale (sez, VI), nella camera di consiglio del 30 ottobre 2007, con l'intervento dei

Signori:

Giovanni Ruoppolo	Presidente
Giuseppe Romeo	Consigliere
Luciano Barra Caracciolo	Consigliere
Domenico Cafini	Consigliere
Roberto Giovagnoli	Consigliere Est.

Presidente

GIOVANNI RUOPPOLO

Consigliere

ROBERTO GIOVAGNOLI

Segretario

GIOVANNI CECI

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/01/2008
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)
Il Direttore della Sezione
Maria Rita Oliva

CONSIGLIO DI STATO
In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria