

Publicato il 24/05/2021

N. 06083/2021 REG.PROV.COLL.  
N. 12736/2019 REG.RIC.



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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 12736 del 2019, proposto da Sandra s.p.a. a socio unico, in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dagli avv.ti prof. Andrea Gemma, Chiara Adele Pero e Umberto Parmigiani, presso lo studio dei quali in Roma, via di Villa Patrizi, 13, ha eletto domicilio;

*contro*

Autorità garante della concorrenza e del mercato, in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, via dei Portoghesi, 12, è domiciliata;

*nei confronti*

Acis - Associazione italiana scatolifici, in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Damiano Lipani, Antonio Catricalà, Francesca Sbrana e Carlo Edoardo Cazzato, presso lo studio dei quali in Roma, via V. Colonna, 40, ha eletto domicilio;

Scatolificio Idealkart s.r.l.;

*per l'annullamento*

del provvedimento n. 27849 emesso dall'Agcm all'esito dell'indagine *I-805 prezzi del cartone ondulato*, notificato alle parti il 6.8.2019.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti intimiate;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza mediante collegamento da remoto del 10 marzo 2021 il cons. M.A. di Nezza e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con ricorso notificato il 18.10.2019 (dep. il 21.10) la società Sandra, nel premettere di essere stata coinvolta (a seguito di provvedimento di “estensione” del 5.7.2017) nel complesso procedimento con cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha accertato la sussistenza di due intese anticoncorrenziali nella produzione e vendita di fogli (c.d. intesa “fogli”) e di imballaggi in cartone ondulato (c.d. intesa “imballaggi” o intesa “scatole”) e di esser stata ritenuta partecipe di questa seconda intesa per il periodo dal 26.2.2013 all'8.1.2015, ha chiesto l'annullamento del provvedimento finale con cui l'Autorità le ha irrogato una sanzione pecuniaria di ca. 10,6 milioni di euro.

A sostegno del ricorso ha dedotto:

1) *Illegittimità del provvedimento per violazione del diritto di difesa e della parità delle armi; omessa valutazione istruttoria su elementi decisivi*: l'Autorità non avrebbe valutato le deduzioni difensive prodotte dalla ricorrente nel corso del procedimento e avrebbe violato il principio della parità delle armi, stante l'intervenuta conoscenza delle dichiarazioni dei *leniency applicant* solo dopo la notifica (17.4.2019) della comunicazione delle risultanze istruttorie (CRI), in violazione dell'art. 13 d.P.R. 217/98, e tenuto conto del breve lasso di tempo concesso tra la notifica della CRI e la chiusura dell'istruttoria;

2) *Eccesso di potere per carenza di istruttoria; assenza di elementi probatori a carico di Sandra; omessa considerazione di elementi decisivi*; 2.1) *Carenza dell'elemento esogeno: Sandra non ha partecipato alle riunioni di concertazione dei prezzi delle scatole; a) assenza alla riunione dell'8.1.2015; b) irrilevanza della partecipazione alla riunione del 26.2.2013; c) Insussistenza di ulteriori circostanze che possano far inferire la partecipazione di Sandra all'intesa scatole*; 2.2) *Carenza dell'elemento endogeno - inconciliabilità della gestione imprenditoriale di Sandra rispetto al contenuto dell'intesa scatole*;

3) *Violazione degli artt. 2727 e 2729 c.c.; violazione dello standard probatorio minimo necessario per dimostrare la partecipazione di un'impresa a un'intesa anticoncorrenziale; violazione di legge; violazione dell'art. 6, co. 2, Cedu e 48, co. 1, Carta di Nizza; violazione della presunzione di innocenza al cospetto di sanzioni afflittive di natura penale: l'Autorità avrebbe violato i consolidati orientamenti in materia di onere della prova in fattispecie di intese orizzontali, avendo ascritto l'illecito alla ricorrente solo sulla base di indizi provenienti da soggetti in conflitto di interessi, non confermati e anzi smentiti dalle evidenze in atti e dalla sua effettiva condotta commerciale (le politiche di prezzo e vendita concretamente poste in essere sarebbero "completamente distoniche rispetto a uno schema collusivo")*; in tal modo, essa avrebbe altresì violato la presunzione di innocenza applicabile anche nel campo antitrust (occorrendo in particolare la sussistenza di elementi probatori tali da far "concludere oltre ogni ragionevole dubbio nel senso dell'esistenza di un'infrazione"), tanto più alla luce delle plausibili spiegazioni e delle ricostruzioni alternative, rimaste del tutto ignorate, offerte dalla ricorrente in senso contrario rispetto alla ricostruzione dell'Autorità;

4) *Violazione dello standard probatorio minimo necessario in caso di dichiarazioni rese da un leniency applicant; violazione di legge; maggiore attendibilità degli elementi di prova documentale offerti da Sandra; omissione di valutazione; travisamento dei fatti*: l'Autorità avrebbe desunto la partecipazione di Sandra alla riunione dell'8.1.2015 esclusivamente dalle dichiarazioni di uno dei *leniency applicant* (Idealkart),

mentre avrebbe dovuto integrare le proprie valutazioni (prima della CRI) alla luce degli elementi di prova offerti dalla stessa ricorrente.

Con un'altra serie di motivi la società istante ha contestato la determinazione della sanzione:

- 5) Carenza di contraddittorio sulla quantificazione della sanzione; violazione dell'art. 11 l. 689/1981 e art. 31 l. 287/1990; abuso di potere nelle forme della stereotipata applicazione di sanzioni senza considerazione del periodo di partecipazione all'intesa, della gravità della condotta e dell'intensità della partecipazione, nonché degli altri parametri di legge;*
- 6) Erronea quantificazione del fatturato ai fini della individuazione della base di calcolo della sanzione - erronea inclusione del fatturato per la vendita di beni non oggetto dell'intesa scatole;*
- 7) Effetti distorti nell'utilizzo "orizzontale" della percentuale del 15% e del moltiplicatore temporale;*
- 8) Mancata applicazione delle attenuanti di cui all'art. 23 delle linee guida;*
- 9) Erronea applicazione dell'attenuante per l'adozione di un programma di compliance antitrust;*
- 10) Errata applicazione del par. 34 delle linee guida; violazione principio di uguaglianza e parità di trattamento;*
- 11) Errore nell'applicazione dell'attenuante generica del 15% alle imprese coinvolte in due intese; irragionevolezza;*
- 12) Violazione del par. 14 linee guida; mancata analisi degli effetti pregiudizievoli sul mercato e sui consumatori; mancata considerazione degli effetti pregiudizievoli nel calcolo della sanzione; violazione art. 11 l. 689/1981.*

Si sono costituite in giudizio l'Autorità e l'Associazione italiana scatolifici (Acis).

Con ordinanza cautelare n. 7216 del 7.11.2019 è stata sospesa la sanzione (previa prestazione di cauzione).

Con ordinanza istruttoria n. 8018 del 14.7.2020 è stato ordinato il deposito di copia integrale del provvedimento impugnato.

All'odierna udienza, in vista della quale le parti hanno depositato documenti e memorie, il giudizio è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

1. La società Sandra chiede l'annullamento del provvedimento del 17.7.2019 con cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato le ha irrogato una sanzione pecuniaria di euro 10.689.458,00, avendone accertato la partecipazione a un'intesa per oggetto restrittiva della concorrenza contraria all'articolo 101 TfUE, unica e complessa, continuata nel tempo, volta a distorcere fortemente le dinamiche concorrenziali nel mercato della produzione e commercializzazione degli imballaggi in cartone ondulato.

2. Il ricorso è fondato.

L'art. 101 TfUE (così come l'art. 2 l. n. 287/1990) stabilisce che sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni d'imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza nel mercato interno.

La funzione della disposizione è quella di tutelare la concorrenza nel mercato, al fine di garantire il benessere dei consumatori e un'allocazione efficiente delle risorse.

Ne deriva che, sulla base dei principi comunitari e nazionali in materia di concorrenza, ciascun operatore economico debba determinare in maniera autonoma il suo comportamento economico nel mercato di riferimento.

Nel fare ciò, l'operatore può tenere lecitamente conto delle scelte imprenditoriali note o presunte dei concorrenti, non essendogli, per contro, consentito instaurare con gli stessi contatti diretti o indiretti aventi per oggetto o per effetto il creare condizioni di concorrenza non corrispondenti alle condizioni normali del mercato.

Tali contatti vietati possono rivestire la forma dell'accordo ovvero quella delle pratiche concordate.

Mentre la fattispecie dell'accordo ricorre quando le imprese abbiano espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo, la pratica concordata corrisponde a una forma di coordinamento fra imprese che, senza essere spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce, in modo consapevole, un'espressa collaborazione fra le stesse per sottrarsi ai rischi della concorrenza (Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2015, n. 4123).

La sussistenza di una pratica concordata, considerata l'inesistenza o la estremamente difficile acquisibilità della prova di un accordo espresso tra i concorrenti, viene quindi ordinariamente desunta dal ricorrere di determinati indici probatori, dai quali inferire la sostanziale finalizzazione delle singole condotte a un comune scopo di restrizione della concorrenza.

In materia è dunque ammesso il ricorso a prove indiziarie, purché le stesse, come più volte affermato in giurisprudenza, si fondino su indizi gravi, precisi e concordanti.

Sempre in materia probatoria, va poi considerata la distinzione tra elementi di prova endogeni, afferenti all'anomalia della condotta delle imprese, non spiegabile secondo un fisiologico rapporto tra di loro, ed elementi esogeni, quali l'esistenza di contatti sistematici tra le imprese e scambi di informazioni. La differenza tra le due fattispecie e correlative tipologie di elementi probatori - endogeni e, rispettivamente esogeni - si riflette sul soggetto sul quale ricade l'onere della prova: nel primo caso, la prova dell'irrazionalità delle condotte grava sull'Autorità, mentre, nel secondo caso, l'onere probatorio contrario viene spostato in capo all'impresa.

In particolare, qualora, a fronte della semplice constatazione di un parallelismo di comportamenti sul mercato, il ragionamento dell'Autorità sia fondato sulla supposizione che le condotte poste a base dell'ipotesi accusatoria non possano essere spiegate altrimenti se non con una concertazione tra le imprese, a queste ultime basta dimostrare circostanze plausibili che pongano sotto una luce diversa i fatti accertati dall'Autorità e

che consentano, così, di dare una diversa spiegazione dei fatti rispetto a quella accolta nel provvedimento oggetto di contestazione.

Qualora, invece, la prova della concertazione non sia basata sulla semplice constatazione di un parallelismo di comportamenti, ma dall'istruttoria emerga che le pratiche possano essere state frutto di una concertazione e di uno scambio di informazioni in concreto tra le imprese, in relazione alle quali vi siano ragionevoli indizi di una pratica concordata anticoncorrenziale, grava sulle imprese stesse l'onere di fornire una diversa spiegazione lecita delle loro condotte e dei loro contatti (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 13 maggio 2011, n. 2925 e sez. VI, n. 4123/15 cit.).

Nel caso in esame, Sandra è stata sanzionata sulla base di un dato esogeno quale la partecipazione a due riunioni, quella del 26.2.2013 indetta da Gifco (a Milano) e quella dell'8.1.2015 (a Padova), da cui l'Autorità ha inferito la volontà di prendere parte all'accordo collusivo, che si sarebbe protratto (sempre con riferimento all'interessata) per il lasso di tempo intercorrente tra le riunioni in questione (26.2.2013-8.1.2015).

La ricorrente nega di aver partecipato alla riunione dell'8.1.2015, risultando a suo dire del tutto inconsistente la ricostruzione offerta in proposito dall'Autorità (n. 2 ric.).

Il rilievo è fondato.

Al par. 281, recante individuazione dei partecipanti a tale incontro, si legge: "Secondo quanto riportato da un *applicant*, che ha dichiarato di essere stato contattato telefonicamente da [...], amministratore delegato di Smurfit Kappa, alla riunione erano presenti anche rappresentanti di Scatolificio Sandra [...]".

A sostegno di questa affermazione, nella nota 516 si dà atto che il nome della società compare anche in un appunto del rappresentante di uno dei *leniency applicant*, Idealkart (relativo sempre all'incontro per cui è questione; v. fig. 39 provv. imp.).

Più in particolare (come incontestatamente riferisce Sandra nell'atto introduttivo), il rappresentante di Idealkart “per sua stessa ammissione, rileggendo (nel 2018) i propri appunti (presi tre anni prima, nel 2015 [...]), in cui ha ritrovato indicato il nome Sandra accanto a quello di San Benedetto, ha ‘ricordato’ che Sandra sarebbe stata presente solo alla riunione dell’8 gennaio 2015” (pag. 11 ric.).

Sennonché, Sandra ha recisamente contestato questo assunto sin dalla fase procedimentale, avendo in particolare dedotto come un altro *applicant* (DS Smith) non l’avesse inclusa tra i partecipanti (parr. 63-65 mem. conclus., all. 10-9 ric.; medesima posizione sarebbe stata ribadita anche dopo, con lettera inviata al “dichiarante” il 25.9.2019; all. 8-7 ric.).

Ne segue che è erronea la constatazione dell’Autorità, secondo cui la ricorrente avrebbe ammesso di esser stata presente all’incontro dell’8.1.2015 (par. 343, nota 646).

Non solo, ma ai fini dell’accertamento della circostanza in questione l’Autorità non risulta aver preso in considerazione i dati relativi al fatturato nei confronti di San Benedetto (cliente presumibilmente oggetto di triangolazione), oltre che i dati Telepass inviati per dimostrare come nessuna autovettura aziendale si fosse recata a Padova in quella occasione (all. 12 ric.; la ricorrente non insiste sulla portata probatoria dei tabulati Telepass, nella specie adottati, peraltro, quale prova di un fatto negativo, ma assume che l’Autorità avrebbe quantomeno dovuto motivare sull’eventuale ininfluenza degli stessi, avendone al contrario riconosciuto la valenza probatoria ai fini della dimostrazione della partecipazione degli operatori alle riunioni).

A riprova dell’erroneità del rilievo, la ricorrente rinvia alle dichiarazioni di Smurfit Kappa, di DS Smith (altro *applicant*) e di Topazzini, i quali non hanno fatto menzione della sua presenza nella riunione dell’8.1.2015.

Ne risulta un quadro probatorio che non depone in modo univoco nei sensi ipotizzati dall’Autorità.

Ciò è confermato dalle ulteriori deduzioni della ricorrente, che ha precisato:

- come l'indicazione del suo nome negli appunti presi dal responsabile di Smurfit Kappa (il quale, giova ribadire, nell'audizione ha escluso la presenza della ricorrente alla riunione), oltre che in quelli del rappresentante di Idealkart, fosse verosimilmente da ricondurre al tentativo dei concorrenti di ipotizzare quali fossero i fornitori di alcuni clienti (nella specie, San Benedetto), tanto più che dagli appunti emergerebbe anche il nome di altre società non coinvolte nel procedimento antitrust (pag. 14 ric.; il motivo della sua "chiamata in causa" da parte del rappresentante di Idealkart potrebbe essere rinvenuto nella necessità di offrire all'Autorità nuovo materiale per corroborare la propria *leniency application*, arrivata in fase avanzata dell'istruttoria);
- di non avere più rapporti con San Benedetto sin dal 2011, sicché non avrebbe potuto concordare alcuna triangolazione o patto di non belligeranza con riferimento a questo cliente (pag. 15 ric.).

Dalla provvista probatoria in atti risulta così accertata la partecipazione di Sandra alla sola riunione del 26.2.2013 e non anche a quella dell'8.1.2015.

Quanto appena rilevato è sufficiente per annullare il provvedimento impugnato nella parte relativa alla ricorrente, la cui posizione viene, pertanto, a coincidere con quella di altre due imprese, Imballaggi Piemontesi e Adda Ondulati, le quali, pur presenti alla medesima unica riunione, non sono state tuttavia sanzionate per l'intesa "imballaggi" (come correttamente dedotto dalla ricorrente; cfr. parr. 225, 367 e 447).

Questo esito è in linea anche con l'indirizzo della giurisprudenza comunitaria, che in proposito ha osservato come, in caso di intese in cui i comportamenti anticoncorrenziali siano stati convenuti nell'ambito di riunioni, sia rilevante non tanto il "numero di riunioni tra gli operatori interessati", quanto il fatto "se il contatto, o i contatti, che sono avvenuti abbiano consentito a questi ultimi di tenere conto delle informazioni scambiate con i concorrenti per determinare il proprio comportamento sul mercato e di sostituire scientemente una cooperazione pratica tra di loro ai rischi della concorrenza.

Nel momento in cui può essere accertato che tali operatori hanno dato luogo ad una concertazione e che sono rimasti attivi su tale mercato, è legittimo esigere che essi forniscano la prova che la concertazione in questione non ha influito in alcun modo sul loro comportamento sul detto mercato” (Corte giust. UE 4 giugno 2009, C-8/08, *T-Mobile Netherlands*).

Come si è detto, Sandra aveva puntualmente dedotto nel corso del procedimento di non aver preso parte alla seconda riunione e di non aver mai posto in essere comportamenti concertati con altri operatori del settore.

L’Autorità, tuttavia, non ha preso in considerazione gli elementi offerti a sostegno di tali allegazioni.

Deve, pertanto, rilevarsi come il provvedimento gravato, nella parte in cui ha ritenuto di sanzionare la ricorrente per l’intesa “imballaggi”, sia gravemente lacunoso nel suo percorso motivazionale, in ragione delle carenze istruttorie circa l’analisi dell’astratta idoneità della condotta contestata, consistita nella partecipazione a una sola riunione a fronte di una concertazione tra gli operatori protrattasi per numerosi anni, ad alterare il comportamento della ricorrente sul mercato.

In conclusione, assorbito ogni altro motivo, il ricorso merita accoglimento.

Il provvedimento sanzionatorio impugnato dev’essere conseguentemente annullato, nella parte in cui ha accertato la partecipazione all’intesa della ricorrente e le ha irrogato la relativa sanzione pecuniaria.

Le spese, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza e vanno riconosciute in favore della ricorrente (potendo invece essere compensate con riferimento ad Acis).

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sez. I, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe nei sensi di cui in motivazione e, per l’effetto, annulla il provvedimento impugnato *in parte qua*.

Condanna l’amministrazione resistente a pagare alla società ricorrente le spese di giudizio, che liquida in complessivi euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre iva

e cpa come per legge.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio mediante collegamento da remoto dei giorni 10 marzo e 30 marzo 2021, con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Mario Alberto di Nezza, Consigliere, Estensore

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**Mario Alberto di Nezza**

**IL PRESIDENTE**

**Antonino Savo Amodio**

**IL SEGRETARIO**