

Publicato il 24/05/2021

N. 06087/2021 REG.PROV.COLL.
N. 12715/2019 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 12715 del 2019, proposto da Smurfit Kappa Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Matteo Beretta, Mario Siragusa, Marco Zotta, Riccardo Molè, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Mario Siragusa in Roma, Piazza di Spagna 15;

contro

Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Pro-Gest S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Riccardo Villata, Veronica Pinotti, Martino Sforza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Riccardo Villata in Roma, via G. Caccini n. 1; Associazione Italianza Scatolifici - Acis, in persona del legale rappresentante

pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Damiano Lipani, Francesca Sbrana, Carlo Edoardo Cazzato, Antonio Catricala', con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Damiano Lipani in Roma, via Vittoria Colonna40;

Cartonstrong Italia S.r.l., Ondulato Trevigiano S.r.l., Ondulati Maranello S.p.A., Plurionda S.p.A., Trevikart S.r.l., Ondulati Nordest S.p.A., Scatolificio Idealkart S.r.l. non costituiti in giudizio;

Ds Smith Holding Italia S.p.A., Ds Smith Packaging Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentate e difese dagli avvocati Emilio De Giorgi, Luca Amicarelli, Stefania Casini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Unilever Europe B.V., Unilever Supply Chain Company Ag, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentate e difese dagli avvocati Filippo Pacciani, Vito Auricchio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Vito Maria Auricchio in Roma, via di San Nicola Da Tolentino 67;

per l'annullamento

previa concessione di misura cautelare

del provvedimento 17.7.2019 n. 27849, I805 - Prezzi del cartone ondulato (il "Provvedimento"), notificato a Smurfit Kappa in data 6 agosto 2019, con cui l'AGCM ha deliberato che:

(a) le società Pro-Gest S.p.A., Cartonstrong Italia S.r.l., Ondulato Trevigiano S.r.l., Ondulati Maranello S.p.A., Plurionda S.p.A., Laveggia S.r.l., Scatolificio Laveggia S.p.A., Ondulati Santerno S.p.A., DS Smith Packaging Italia S.p.A., Smurfit Kappa, Innova Group Stabilimento di Caino S.r.l., Adda Ondulati Società per Azioni, Imballaggi Piemontesi S.r.l., Ondulati Nordest S.p.A., Ondulati ed Imballaggi del Friuli S.p.A., Ondulato Piceno S.r.l., ICOM S.p.A., Ondulati del Savio S.r.l., nonché l'associazione di categoria Gruppo Italiano

Fabbricanti Cartone Ondulato, hanno posto in essere un'intesa per oggetto restrittiva della concorrenza contraria all'articolo 101 TFUE, consistente in un'unica e complessa intesa continuata nel tempo volta a distorcere fortemente le dinamiche concorrenziali nel mercato della produzione e commercializzazione di fogli in cartone ondulato ("Intesa sui Fogli");

(b) per l'Intesa sui Fogli sono responsabili in solido: Laveggia S.r.l. per Scatolificio Laveggia S.p.A. e Ondulati Santerno S.p.A.; DS Smith Holding Italia S.p.A. per DS Smith Packaging Italia S.p.A.; Pro-Gest S.p.A. per Cartonstrong Italia S.r.l., Ondulato Trevigiano S.r.l., Ondulati Maranello S.p.A. e Plurionda S.p.A.; Innova Group S.p.A. per Innova Group Stabilimento di Caino S.r.l.;

(c) le società Smurfit Kappa, DS Smith Packaging Italia S.p.A., Toscana Ondulati S.p.A., International Paper Italia S.r.l., Sandra S.p.A., Saica Pack Italia S.p.A., Mauro Benedetti S.p.A., Ondulati ed Imballaggi del Friuli S.p.A., Scatolificio Idealkart S.r.l., Laveggia S.r.l., Scatolificio Laveggia S.p.A., Allibox Italia S.p.A., Innova Group – Stabilimento di Caino S.r.l., Toppazzini S.p.A., Antonio Sada & Figli S.p.A., ICO Industria Cartone Ondulato S.r.l., ICOM S.p.A., Grimaldi S.p.A., Ondulato Piceno S.r.l., MS Packaging S.r.l., Trevikart S.r.l., Ondulati Maranello S.p.A., nonché l'associazione di categoria Gruppo Italiano Fabbricanti Cartone Ondulato, hanno posto in essere un'intesa per oggetto restrittiva della concorrenza contraria all'articolo 101 TFUE, consistente in un'unica e complessa intesa continuata nel tempo volta a distorcere fortemente le dinamiche concorrenziali nel mercato della produzione e commercializzazione di imballaggi in cartone ondulato ("Intesa sugli Imballaggi" e, insieme all'Intesa sui Fogli, le "Intese");

(d) per l'Intesa sugli Imballaggi sono responsabili in solido: Laveggia S.r.l. per Scatolificio Laveggia S.p.A. e Allibox Italia S.p.A.; DS Smith Holding Italia S.p.A. per DS Smith Packaging Italia S.p.A. e Toscana Ondulati S.p.A.; Pro-Gest S.p.A. per Trevikart S.r.l. e Ondulati Maranello S.p.A.; Innova Group S.p.A. per Innova Group Stabilimento di Caino S.r.l.; Sada Partecipazioni S.r.l.

per Antonio Sada & Figli S.p.A. (tutte le società finora menzionate, congiuntamente, le “Parti”);

(e) le Parti si astengano in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto delle Intese;

(f) è riconosciuto alle società del gruppo DS Smith il beneficio della non imposizione della sanzione, nonché alle società Ondulati Nordest S.p.A. e Scatolificio Idealkart S.r.l. e alle società del gruppo Pro-Gest il beneficio della riduzione della sanzione (nella misura del 50% per Ondulati Nordest S.p.A. e Scatolificio Idealkart S.r.l. e del 40% per le società del gruppo Pro-Gest), ai sensi di, rispettivamente, il paragrafo 2 e il paragrafo 4 della Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell’articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287;

(g) in ragione della gravità e durata delle Intese, alle Parti siano applicate sanzioni amministrative pecuniarie e, in particolare, a Smurfit Kappa due ammende distinte per complessivi € 124.293.950,00.

nonchè di ogni altro atto o e/o comportamento presupposto, consequenziale e/o connesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato e di Pro-Gest S.p.A. e di Associazione Italiana Scatolifici - Acis e di Ds Smith Holding Italia S.p.A. e di Ds Smith Packaging Italia S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza del giorno 10 marzo 2021 la dott.ssa Roberta Ravasio, in collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall’art. 25, comma 2, del D.L. n. 137 del 28 ottobre 2020, e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con il ricorso in epigrafe la società Smurfit Kappa Italia S.p.A. (in prosieguo solo “Smurfit Kappa”), impugna il provvedimento dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (in avanti, “Autorità” o “Agcm”) del 17 luglio 2019, con la quale l’Autorità ha comminato alla ricorrente due sanzioni pecuniarie, ciascuna di importo pari a 67 milioni di euro, per complessivi euro 134 milioni, per violazione dell’art. 101 del TFUE.

2. Il provvedimento impugnato è giunto a conclusione di un’istruttoria con la quale l’Autorità ha accertato la realizzazione di due distinte intese volte a distorcere le dinamiche concorrenziali, rispettivamente, nel mercato dei fogli in cartone ondulato e nel mercato degli imballaggi in cartone ondulato.

3. Nel mercato della produzione e commercializzazione di fogli in cartone ondulato l’Autorità ha accertato che una serie di imprese, tra cui la ricorrente, nonché l’associazione di categoria GIFCO, avevano posto in essere tra il 2004 e il 2017 un’unica e complessa intesa continuata nel tempo volta a definire i prezzi di vendita e i fermi degli stabilimenti produttivi (l’«intesa – fogli»).

3.1. In particolare, secondo l’AGCM, l’intesa in questione avrebbe avuto ad oggetto *“la definizione dei prezzi di vendita del cartone ondulato, in particolare agli scatolifici non verticalmente integrati e nella definizione dei fermi degli stabilimenti produttivi, al fine di ridurre l’output in modo da sostenere l’aumento del prezzo del foglio e preservare la propria marginalità anche in danno dei concorrenti non integrati”*.

3.2. Il coordinamento sarebbe avvenuto mediante una serie di riunioni organizzate, con cadenze temporali stabilite, a due livelli, ovvero: (i) a livello nazionale, tra tutti i vertici aziendali, per definire, periodicamente, una misura generale di aumento da praticare agli scatolifici e la decorrenza dello stesso; (ii) a livello di zona/tavolo, tra i vertici delle imprese appartenenti al relativo settore e con la partecipazione degli agenti commerciali, per declinare in modo più specifico l’aumento concordato a livello nazionale a seconda dei clienti. Sarebbero, inoltre, state organizzate ulteriori riunioni bilaterali o multilaterali, al di fuori delle riunioni calendarizzate, per uniformare il comportamento a fronte di clienti comuni.

4. Nel mercato della produzione e commercializzazione di imballaggi in cartone ondulato, l'Autorità ha accertato che una serie di imprese – in parte coincidenti con quelle di cui all'intesa-fogli, tra cui la ricorrente, in parte coinvolte solo nella seconda intesa – nonché l'associazione di categoria GIFCO, hanno posto in essere tra il 2005 e il 2017 un'unica e complessa intesa continuata nel tempo volta a ripartire il mercato e a definire in comune gli aumenti, espressi in termini percentuali, dei prezzi di vendita degli imballaggi in cartone, e altri parametri commerciali, quali i termini di pagamento (in prosieguo, l'«intesa – imballaggi»).

4.1. In particolare, l'intesa “imballaggi” avrebbe avuto la finalità di definire aumenti dei prezzi delle scatole da applicare a tutti i clienti, nella ripartizione dei clienti (“non aggressione”) e delle forniture a clienti comuni, per lo più di grandi dimensioni (“non belligeranza”).

4.2. Essa si sarebbe attuata mediante diverse tipologie di riunioni: (i) alcune, c.d. “di vertice”, aventi carattere generale e di indirizzo, avevano luogo tra gli amministratori delegati o loro sostituti; (ii) altre, c.d. “regionali”, avvenivano tra i direttori commerciali territorialmente interessati, ivi si discuteva anche di questioni “locali” e di accordi di “non aggressione” e di “non belligeranza”, con riferimento a clienti condivisi nella medesima zona; (iii) per l'ulteriore definizione di quanto definito a livello regionali si sarebbero tenuti, inoltre, incontri più informali, anche telefonici, aventi ad oggetto il coordinamento delle strategie a fronte di richieste di forniture, di aste o di *tender* da parte di clienti comuni (c.d. “triangolazioni”).

5. Ambedue le intese sono emerse a seguito di denuncia presentata dalle società del Gruppo DS Smith, a favore delle quali l'Autorità ha riconosciuto il beneficio dell'immunità totale dalla sanzione, in qualità di primo *leniency applicant*. Ulteriori denunce sono state presentate da Scatolificio Italkart s.r.l. e dalle società del Gruppo Pro-Gest, nei confronti delle quali l'Autorità ha applicato, sempre nell'ambito del programma di clemenza, in qualità di *leniency*

applicants successivi, una riduzione della sanzione, rispettivamente del 50% e del 40% delle sanzioni.

6. Smurfit Kappa ha impugnato l'indicato provvedimento, affidando il ricorso ai seguenti motivi:

I) Violazione del diritto di difesa: violazione e falsa applicazione dell'art. 13, comma 10, del D.P.R. 217/89 e dell'art. 10 bis, violazione della Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'art. 15 della L. 287/90, violazione dell'art. 6, comma 2, della Convenzione EDU e dell'art. 48, comma 2, della Carta di Nizza. Illegittimo differimento dell'accesso alle dichiarazioni dei *leniency applicants* e illegittima fissazione del termine di chiusura dell'istruttoria e conseguente eccessiva contrazione del tempo a disposizione di Smurfit Kappa per articolare la sua difesa a seguito della CRI.

La ricorrente lamenta, in primo luogo, che l'AGCM ha messo a disposizione delle parti la documentazione prodotta dai *leniency applicants* solo dopo la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie (in prosieguo la "CRI"), per di più posticipando di una settimana la lettura delle relative dichiarazioni, lettura che ha richiesto una intera giornata: per effetto di ciò Smurfit Kappa ha conseguito la concreta disponibilità di tali dichiarazioni solo diversi giorni dopo la notifica della CRI, il che avrebbe compromesso il diritto di difesa della ricorrente.

Quest'ultima rileva altresì di aver chiesto una proroga di 60 giorni del termine fissato alle parti per replicare alla CRI, ma l'AGCM ha accordato una proroga di sole tre settimane, sicché la ricorrente ha avuto, nel complesso, solo 38 giorni lavorativi a disposizione per preparare la propria difesa nei confronti di una CRI molto articolata, fondata su un fascicolo istruttorio composto di oltre 1700 documenti, oltre a 94 pagine di trascrizione delle dichiarazioni dei *leniency applicants*.

II) Inconfigurabilità di due intese distinte, violazione e falsa applicazione dell'art. 101 TFUE, carenza di motivazione, eccesso di potere per

travisamento dei fatti, illogicità manifesta.

Per le ragioni che saranno più dettagliatamente esposte nella parte in diritto, la ricorrente sostiene che nel caso in esame l'AGCM avrebbe potuto e dovuto contestare la sussistenza di una unica intesa, e non di due intese, conseguendo da ciò l'illegittimità del Provvedimento impugnato nella sua interezza.

III) Sull'invalidità del limite edittale del 10% e la mancata applicazione del cumulo giuridico: violazione e falsa applicazione dell'art. 15, comma 1, della Legge 287/1990; violazione e falsa applicazione dell'art. 8 l. 689/1981 e del punto 27 delle Linee Guida AGCM.

La censura in oggetto è diretta ad evidenziare che il provvedimento impugnato ha complessivamente irrogato alla ricorrente una sanzione di importo che supera ampiamente il limite edittale del 10% del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione del provvedimento che ha accertato l'infrazione antitrust, fissato dall'art. 15 della L. 287/1990.

La ricorrente osserva che, per effetto della duplice contestazione, l'AGCM ha di fatto irrogato una sanzione che corrisponde a quasi il 20% del fatturato totale, e che, con ciò facendo, ha violato le norme nazionali ed europee che prevedono l'indicato limite edittale, la cui *ratio* è quella di salvaguardare l'integrità e la vitalità delle imprese sanzionate.

Per il caso in cui fosse ritenuta corretta l'interpretazione che l'AGCM ha dato dell'art. 15 della L. 287/90, segnatamente nel senso di ritenere possibile il superamento del limite del 10% per effetto della irrogazione di più sanzioni, riferite a più infrazioni, la ricorrente chiede di sottoporre all'esame della Corte di Giustizia della Unione Europea il quesito se gli articoli 101 TFUE, 23, comma 2, del Regolamento (CE) n. 1/2003, e 32 degli Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003, debbano essere interpretati, nel loro combinato disposto, nel senso che ostano a che norme nazionali, quale quella oggetto della causa principale, possano essere applicate dall'autorità

nazionale della concorrenza competente con l'effetto di comminare ad un'impresa dichiarata responsabile di una pluralità di infrazioni, all'esito di un unico procedimento istruttorio, sanzioni distinte che cumulativamente superino il limite edittale del 10% del fatturato totale dell'impresa sanzionata.

In via ulteriormente gradata la ricorrente sostiene l'illegittimità della sanzione che le è stata complessivamente irrogata, in quanto l'AGCM avrebbe dovuto applicare il c.d. cumulo giuridico, ai sensi dell'art. 8, Legge 689/1981.

IV) Mancata prova della continuazione dell'Intesa sugli Imballaggi: violazione e falsa applicazione dell'art. 101 TFUE; carenza di motivazione; eccesso di potere per travisamento dei fatti, illogicità e ingiustizia manifesta.

Secondo la ricorrente sarebbero assolutamente carenti gli elementi probatori a sostegno della pretesa sussistenza di una partecipazione continuata di Smurfit Kappa alla presunta Intesa sugli Imballaggi per l'intera durata dell'infrazione (dal 7 settembre 2005 al 30 marzo 2017). In particolare, non vi sarebbero prove del fatto che la Ricorrente abbia partecipato a tale asserito cartello per tutto il periodo compreso tra il 14 dicembre 2005 e il 3 dicembre 2012.

Secondo il Provvedimento, la partecipazione di Smurfit Kappa alla presunta Intesa sugli Imballaggi sarebbe durata senza soluzione di continuità dal 7 settembre 2005 al 30 marzo 2017; il Provvedimento, tuttavia, non fornirebbe evidenze del coinvolgimento di Smurfit Kappa per l'intera durata contestata: in particolare, mancherebbero prove dirette di una partecipazione continuativa della ricorrente nel periodo intermedio, compreso tra il 14 dicembre 2005 (data di una presunta riunione di vertice) e il 3 dicembre 2012.

V) Illegittima quantificazione della sanzione: erronea applicazione delle Linee Guida; violazione e falsa applicazione dell'art. 101 TFUE, degli artt. 15 e 31 Legge 287/1990; dell'art. 11 Legge 689/1981; eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche e, in particolare, difetto di istruttoria, falsità dei presupposti e difetto di motivazione; violazione del principio di proporzionalità; mancato assolvimento dell'onere probatorio.

La ricorrente lamenta anche l'erroneità ed ingiustizia delle sanzioni ad essa irrogate, in quanto fondate sulla qualificazione delle intese come gravi, pur in mancanza di una analisi compiuta dei relativi effetti; sarebbe poi priva di adeguata motivazione l'affermazione secondo cui Smurfit Kappa avrebbe svolto un ruolo di *leadership*, per aver istigato altre imprese ad aderire alle intese ed anche per essersi occupata dell'organizzazione delle riunioni, cui avrebbero atteso, a turno, tutte le Parti: tenuto conto di tale particolare, si apprezza anche una valenza discriminatoria del Provvedimento a danno della ricorrente, dal momento che alle altre Parti che si sono occupate dell'organizzazione non è stata riconosciuta la medesima aggravante.

Infine si apprezzerrebbe difetto di motivazione e violazione del principio di proporzionalità relativamente alla riduzione percentuale alle imprese sanzionate per entrambe le Intese. Il rilievo fa riferimento al fatto che l'AGCM, in applicazione del punto 34 delle Linee Guida, ha riconosciuto una riduzione percentuale del 15% del valore della sanzione per l'Intesa sui Fogli ad alcuni soggetti che, in ragione della partecipazione ad entrambe le imprese avrebbero potuto subire, altrimenti, una sanzione sproporzionata: la ricorrente ritiene, tuttavia, che la riduzione avrebbe dovuto essere riconosciuta in misura, percentualmente, più elevata, poiché solo in tal modo avrebbe potuto essere evitata una sanzione sproporzionata.

La ricorrente ha quindi sollecitato il Tribunale a rideterminare la sanzione, nell'esercizio della giurisdizione di merito individuata dall'art. 134, comma 1(c), c.p.a

7. Si sono costituite in giudizio, per resistere al ricorso, l'AGCM, l'Associazione ACIS, le società DS Smith Holding e DS Smith Packaging, Pro-Gest S.p.A.; ha altresì spiegato intervento ad opponendum la società Unilever Europe B.V.

8. In occasione della camera di consiglio del 6 novembre 2019 il Collegio ha sospeso il provvedimento impugnato, limitatamente alla parte che irroga la

sanzione pecuniaria, subordinando la cautela alla prestazione di una idonea cauzione.

9. Il ricorso è stato, infine, chiamato per la discussione del merito all'udienza del 10 marzo 2021, in occasione della quale è stato introitato in decisione.

DIRITTO

10. E' infondato il primo motivo di ricorso, a mezzo del quale la ricorrente lamenta violazione del diritto di difesa con riferimento all'illegittimo differimento dell'accesso alle dichiarazioni dei *leniency applicants*, nonché alla concessione di un termine inadeguato per replicare alla Comunicazione delle Risultanze Istruttorie.

10.1. Con riferimento alla proroga del termine di chiusura dell'istruttoria deve osservarsi che l'art. 14, comma 2, del d.P.R. n. 217/98, Regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, prevede che gli uffici dell'Autorità comunichino *“il termine di chiusura dell'istruttoria, nonché le risultanze di quest'ultima, almeno trenta giorni prima della scadenza del termine stesso”*.

10.1.1. Nel caso in esame tale disposizione risulta rispettata, in quanto l'Autorità ha inviato la comunicazione delle risultanze istruttorie in data 17 aprile 2019, fissando, in un primo momento, il termine per la chiusura dell'istruttoria al 28 maggio 2019, a 41 giorni di distanza dall'invio della CRI. Successivamente, nel provvedere sulle istanze di proroga dei termini della fase istruttoria avanzate da alcune delle parti, l'Autorità ha concesso una proroga del termine pari ad ulteriori 20 giorni, portando il termine di chiusura dell'istruttoria al 18 giugno 2019. Pertanto i termini sono stati fissati nel rispetto della disciplina regolamentare, anche considerato che la proroga concessa è pari ad oltre la metà del termine minimo previsto dal citato art. 14 del d.P.R. n. 217/98.

10.1.2. Inoltre, nel corso del procedimento le parti hanno avuto numerose occasioni per interloquire con l'Autorità e far valere le proprie posizioni difensive, di modo che alcune delle informazioni necessarie per approntare le

memorie difensive, ritualmente depositate a seguito della ricezione della CRI, erano già nella loro disponibilità anche prima della comunicazione finale.

10.1.3. Nella fattispecie in esame, il principio del contraddittorio e la garanzia del diritto di difesa non risultano quindi eccessivamente compressi dai termini assegnati, di complessivi 60 giorni, che devono ritenersi sufficienti per il dispiegarsi dell'attività difensiva (nel medesimo senso Cons. Stato, sez. VI, 1 marzo 2012, n. 1192).

10.1.4. Né si ravvisa violazione del principio di parità delle armi e del diritto all'equo processo, di cui il diritto a disporre del tempo per poter predisporre la difesa è parte integrante (art. 6 comma 3 (b) della CEDU): si osserva che la giurisprudenza in materia ha più volte affermato che la possibilità di impugnare il provvedimento sanzionatorio dinnanzi ad un giudice munito di poteri di piena giurisdizione consente di escludere la violazione del principio del giusto processo applicato ai procedimenti sanzionatori aventi natura afflittiva. La Corte EDU ha infatti chiarito che, al di fuori del diritto penale in senso stretto, le garanzie offerte dal processo penale non devono necessariamente essere applicate in tutto il loro rigore, in particolare qualora l'accusa all'origine del procedimento amministrativo non comporti un significativo grado di stigma nei confronti dell'accusato. È stato, pertanto, ritenuto compatibile con l'art. 6, par. 1, della Convenzione che sanzioni penali siano imposte in prima istanza da un organo amministrativo – anche a conclusione di una procedura priva di carattere quasi giudiziale (“*quasi-judicial*”), vale a dire che non offra garanzie procedurali piene di effettività del contraddittorio – purché sia assicurata una possibilità di ricorso dinnanzi ad un giudice munito di poteri di “piena giurisdizione”, ciò comportando che le garanzie previste dalla disposizione in questione possano attuarsi compiutamente quanto meno in sede giurisdizionale (Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 novembre 2020, n. 7566; 10 luglio 2018, n. 4211; 22 marzo 2016, n. 1164).

10.1.5. La pienezza di un tale sindacato può riconoscersi al Giudice Amministrativo, posto che il sindacato di legittimità che questi esercita sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta, infatti, la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 dicembre 2019, n. 8590).

10.1.6. Ne deriva che, essendo garantita all'interessato la possibilità di ricorrere dinnanzi ad un giudice munito di poteri di piena giurisdizione, non risulta configurabile alcuna violazione del principio del giusto processo.

10.2. Con riferimento al differimento dell'accesso alle domande di clemenza, va richiamato, anzitutto, il disposto dell'art. 13, comma 10, del d.P.R. n. 217/98, secondo cui *“L'ufficio può disporre motivatamente il differimento dell'accesso ai documenti richiesti sino a quando non sia accertata la loro rilevanza ai fini della prova delle infrazioni e comunque non oltre la comunicazione delle risultanze istruttorie di cui all'articolo 14”*.

10.2.1. Secondo la ricorrente nella fattispecie non sarebbero state rispettate le condizioni previste per il differimento dell'accesso agli atti, che avrebbe dovuto essere motivato e non avrebbe potuto superare il momento dell'accertamento della rilevanza dei documenti ai fini della prova dell'infrazione, e, in ogni caso, l'invio della CRI: le dichiarazioni confessorie contenute nelle domande di clemenza sarebbero state infatti ritenute rilevanti ai fini della prova dell'infrazione già molti mesi prima della notifica della CRI, mentre la ricorrente aveva avuto accesso a tali dichiarazioni solo alla fine del procedimento, il 24 aprile 2019, una settimana dopo la notificazione della CRI.

10.2.2. Anche tale censura è infondata. L'art. 13, comma 10, del d.P.R. 217/98, stabilisce che l'accesso agli atti nei procedimenti antitrust può essere differito *“sino a quando non sia accertata la loro rilevanza ai fini della prova delle infrazioni e comunque non oltre la comunicazione delle risultanze istruttorie”*.

10.2.3. Con riferimento specifico alle domande di clemenza e alla documentazione allegata, la “*Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni*”, adottata ai sensi dell’art. 15, comma 2 bis, l. 287/90 sui programmi di clemenza, all’art. 10 bis prevede che l’accesso sia “*differito*” “*sino all’invio della comunicazione delle risultanze istruttorie*”, di tal che fino a tale fase del procedimento l’Autorità non avrebbe potuto disvelare le domande di clemenza, con la conseguenza che il differimento ad alcuni giorni dopo l’invio della comunicazione delle risultanze istruttorie non può ritenersi illegittimo, in quanto conforme alla disciplina applicabile.

10.2.4. Del resto, proprio con riferimento alle istanze di accesso nei confronti delle dichiarazioni del *leniency applicant*, formulate da altra parte del procedimento, questo Tribunale si è già espresso con la sentenza n. 12445/2017, rilevando che “*Riguardo alla documentazione di cui alla lettera c), relativa alla dichiarazione del leniency applicant, correttamente l’Autorità ha rappresentato che la stessa, insieme alla documentazione allegata, sarebbe stata resa accessibile con la Comunicazione delle risultanze istruttorie, precisando che l’accesso alla dichiarazione confessoria sarebbe stato accordato se la società fosse risultata destinataria degli addebiti formulati; e tanto, in conformità al punto 10 – bis del Programma di clemenza nazionale (delibera e comunicazione dell’Autorità del 15 febbraio 2007), che rinvia all’art. 13, comma 10, del d.p.r. n. 217/1998; nonché alla Comunicazione della Commissione relativa all’immunità dalle ammende o alla riduzione dei loro importi nei casi di cartelli tra imprese (2006/C 298/11), punti 32, 33 e 34*”. Pertanto l’accesso alle dichiarazioni di clemenza, limitato a quel che è essenziale ai fini dell’esercizio dei diritti di difesa dei soggetti che lo richiedono, è stato consentito conformemente alle disposizioni che regolano la materia.

10.2.5. Quanto poi al fatto che le ricorrenti sarebbero state messe nella condizione di accedere materialmente alle dichiarazioni confessorie solo successivamente alla data di invio della CRI (effettuata in data 17 aprile 2019) e, precisamente, in data 24 aprile 2019, come rilevato dalla difesa erariale, l’Autorità ha ottemperato a quanto previsto dal citato art. 10 bis della

“Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni”, secondo il quale *“Ricevuta la comunicazione delle risultanze istruttorie, i destinatari della medesima possono accedere alle dichiarazioni confessorie purché si impegnino a non copiare con qualsiasi mezzo meccanico od elettronico nessuna informazione ivi contenuta”*. L’Autorità, difatti, con la comunicazione delle risultanze istruttorie, effettuata in data 17 aprile 2019, ha convocato le parti del procedimento per consentire alle stesse di accedere alle dichiarazioni confessorie, fissando a tal fine la data dell’accesso a distanza di pochi giorni, il 24 aprile 2019, nel rispetto delle disposizioni citate.

10.3. Le censure svolte al primo motivo di ricorso vanno, conclusivamente respinte.

11. Con il secondo motivo di ricorso Smurfit Kappa deduce l’illegittimità del Provvedimento impugnato, nella parte in cui ha ritenuto la sussistenza di due distinte intese, con tutte le conseguenze che ciò ha determinato sul trattamento sanzionatorio.

11.1. Alla questione l’AGCM ha dedicato, in particolare, i paragrafi da 370 a 380 del Provvedimento impugnato, ove ha esaminato le analoghe difese già rappresentate dalla ricorrente nel corso del procedimento. Ivi si legge che sarebbero elementi indicativi di due distinte intese: (i) il fatto che avessero ad oggetto due diversi mercati, nettamente distinti; (ii) la circostanza che alle due Intese avrebbero partecipato *“soggetti ampiamente diversificati, secondo tempi e modalità del tutto difformi”*: l’AGM rileva, in particolare, richiamando - il precedente di cui alla sentenza T-27/10 del Tribunale dell’Unione Europea -, che sarebbe stato assurdo per gli scatolifici “puri” partecipare alla intesa sui fogli, della quale potevano solo subire gli effetti negativi; viceversa, secondo l’AGCM dovrebbe escludersi qualsiasi nesso di complementarietà tra le due intese, realizzando ciascuna il suo obiettivo senza necessità dell’altra. L’AGCM ha inoltre rilevato (iii) la mancanza di *“alcun coordinamento a livello di incontri/riunioni/implementazione degli aumenti”*, sotto un profilo temporale e dei soggetti che partecipavano alle varie riunioni, nonché delle azioni in concreto

poste in essere per raggiungere gli obiettivi. Infine la duplicità delle intese deve essere affermata (iv) in quanto diversamente si giungerebbe al paradosso che la moltiplicazione delle attività collusive in mercati distinti, tanto più se contigui, consentirebbe agli operatori economici di esporsi ad un'unica sanzione, il che sarebbe contrario alla *ratio* delle norme sulla concorrenza, che tutelano quest'ultima anche attraverso un trattamento sanzionatorio con funzione deterrente.

11.2. Richiamando varie pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la ricorrente rammenta che l'intesa unica si caratterizza per il fatto che i vari comportamenti, posti in essere dalle varie parti, farebbero parte di un "*piano di insieme*". In particolare, al fine di qualificare diversi comportamenti illeciti come infrazione unica, occorre verificare se essi (a) presentino un nesso di complementarietà, nel senso che ciascuno di essi sia destinato a far fronte a una o più conseguenze del gioco normale della concorrenza e (b) contribuiscano, interagendo reciprocamente, alla realizzazione di tutti gli effetti anticoncorrenziali voluti dai rispettivi autori, nell'ambito di un piano complessivo diretto a un unico obiettivo. L'esistenza di un obiettivo unico sarebbe, dunque, elemento decisivo per valutare se vari comportamenti, che isolatamente considerati potrebbero integrare diverse intese, debbano invece essere qualificati come parti di una unica infrazione.

11.2.1. Ebbene, secondo la ricorrente nella specie sarebbe ravvisabile un unico obiettivo, comune a tutte le parti, consistente nella traslazione, il più a valle possibile, degli aumenti del prezzo della carta. Contrariamente a quanto ritenuto dall'AGCM, l'Intesa sui Fogli non sarebbe stata possibile senza l'interazione con l'Intesa sugli Imballaggi: ciò perché i produttori di fogli verticalmente "integrati" non avrebbero potuto realizzare pienamente l'aumento del prezzo di vendita dei fogli se tale aumento non fosse stato traslato ulteriormente a valle, sugli acquirenti degli imballaggi da loro prodotti, e tuttavia proprio l'aumento del prezzo degli imballaggi richiedeva una intesa tra gli scatolifici, "integrati" e quelli "puri". D'altro canto l'aumento del

prezzo dei fogli, determinato dall'Intesa "a monte", serviva agli scatolifici per giustificare, nei confronti dei clienti finali, l'aumento del prezzo degli imballaggi, che diversamente rischiava di non essere accettato.

11.2.2. Secondo Smurfit Kappa il ragionamento dell'AGCM, che invoca un criterio di "*mera razionalità economica*" per escludere il nesso di complementarietà tra le due intese, non terrebbe, invece, conto del fatto che le Parti coinvolte in entrambe le Intese sono, tutte, imprese "integrate" verticalmente, operanti sul territorio italiano nelle due fasi della filiera, e per tali operatori sarebbe stato del tutto irrazionale limitarsi a un accordo sui soli fogli, perché in tal modo l'aumento dei prezzi realizzato a livelli dei fogli rischiava di essere assorbito a livello degli imballaggi. D'altro canto l'Intesa sui Fogli, se non accompagnata dall'Intesa sugli Imballaggi, avrebbe potuto determinare la marginalizzazione, nel mercato a valle, degli scatolifici "puri", obbligati a sopportare le conseguenze della prima intesa senza poter contare su un corrispondente movimento del prezzo delle scatole: ciò avrebbe determinato una forte contrazione della domanda di fogli da parte degli scatolifici puri, creando delle condizioni sfavorevoli ai produttori di fogli. Non a caso risulterebbe dall'istruttoria che gli scatolifici "puri" erano generalmente a conoscenza dell'esistenza della intesa sui fogli.

11.2.3. In sostanza, l'AGCM avrebbe trascurato di considerare che il mercato finale a cui l'intera filiera si rivolge è unico, ed è rappresentato dal mercato degli imballaggi, rispetto al quale il mercato dei fogli esercita un'azione chiaramente condizionante: a conforto dell'assunto la ricorrente richiama la sentenza del Tribunale dell'Unione Europea T-566/08, *Total Raffinage Marketing*.

11.3. Sotto altro profilo la ricorrente evidenzia la assoluta sovrapposizione temporale delle due (presunte) intese, posto che la data di inizio dell'intesa sui fogli è stata individuata dall'AGCM nel 2 febbraio 2004, mentre quella dell'intesa sugli imballaggi nel 7 settembre 2005, proseguendo poi, ambedue, indisturbate sino all'intervento dell'AGCM: anche tale elemento costituirebbe,

secondo giurisprudenza europea, indice dell'unicità del piano e, quindi, delle intese.

11.4. Ricorrerebbe un altro indice di unicità delle due intese, riconosciuto dalla giurisprudenza europea, nel fatto che le condotte illecite sarebbero in entrambi i casi indirizzate a provocare un aumento dei prezzi, dei fogli e degli imballaggi: si dovrebbe, cioè, guardare al risultato concreto, unico per entrambe le intese e consistente nell'aumento del prezzo degli imballaggi, e non al fatto - evidenziato dall'AGCM - che nella intesa fogli l'aumento sia stato procurato tramite accordo sui prezzi del listino 2004 e fermi di produzione, mentre nella intesa sugli imballaggi tale risultato sia stato perseguito mediante ripartizione della clientela e determinazione di sconti individuali per cliente.

11.5. I rilievi dell'AGCM, secondo cui sarebbe mancato un coordinamento tra i due livelli, sarebbero sconfessati da alcune evidenze istruttorie (in particolare, alcune dichiarazioni rilasciate da International Paper, circa la necessità di organizzare incontri aperti anche agli scatolifici). In ogni caso la partecipazione di diverse imprese alla stessa intesa ben potrebbe presentarsi in forme differenti, a seconda delle caratteristiche del mercato interessato e della posizione di ciascuna impresa su di esso; degli scopi perseguiti, e delle modalità di esecuzione scelte o previste: proprio nel precedente *Total Raffinage Marketing*, avente ad oggetto prodotti appartenenti alla medesima filiera, il Tribunale dell'Unione Europea avrebbe affermato che la prevedibilità dell'aumento del prezzo del prodotto "a valle", conseguente all'aumento del prezzo del prodotto "a monte", non rendeva neppure necessario discutere e fissare regolarmente il prezzo dei prodotti "a valle". In ogni caso, anche gli scatolifici si riunivano con periodicità, e tali riunioni avvenivano, come per l'intesa sui fogli, a due livelli, uno di "coordinamento" e l'altro "locale". Vi sarebbe dunque una evidente somiglianza nel modo di atteggiarsi delle due intese, sulla cui attuazione avrebbe monitorato il GIFCO.

11.6. La ricorrente sottolinea, ancora, che secondo la giurisprudenza europea un ulteriore indice di unicità di una intesa sarebbe costituito dalla sovrapposibilità delle parti delle due, o più, presunte intese: nella specie si riscontra che 9 delle 13 Parti della intesa sui fogli sono anche parte della intesa sugli imballaggi, che conta in tutto 21 parti. Secondo l'AGCM si tratterebbe di un dato non significativo, in quanto non supera la metà delle imprese coinvolte in totale, ma la ricorrente sottolinea che in varie occasioni il Tribunale dell'Unione Europea avrebbe attribuito rilevanza ad una sovrapposibilità ben più limitata; e che le nove Parti comuni ad entrambe le intese rappresentano, a livello nazionale, il 60% del mercato degli imballaggi e l'84% del mercato dei fogli. A ciò si deve aggiungere la considerazione che varie delle persone fisiche che partecipavano alle riunioni dell'intesa sui fogli erano le medesime che partecipavano anche alle riunioni relative alla intesa sugli imballaggi, e tale identità di persone fisiche rappresenterebbe, secondo una pronuncia del Tribunale dell'Unione Europea, un forte indice della consapevolezza di condividere un obiettivo comune. Anche l'AGCM, al par. 158 del Provvedimento avrebbe riconosciuto che in occasione degli incontri relativi al settore degli imballaggi si dava *“espressamente conto di un coordinamento in corso anche nel settore del foglio e della relativa consapevolezza di tale concertazione in atto da parte dei partecipanti a quelle riunioni?”*.

11.6. La ricorrente richiama, infine, alcune dichiarazioni, rese dai *leniency applicants*, che a suo dire confermerebbero l'esistenza di una unica intesa, finalizzata all'obiettivo comune di scaricare sui clienti degli scatolifici l'aumento del prezzo della carta.

12. Così riassunte le posizioni dell'AGCM e della ricorrente, il Collegio, osserva, in primo luogo, che le valutazioni afferenti la natura unica, o meno, di una intesa concorrenziale non hanno natura discrezionale: più volte, infatti, il Tribunale dell'Unione Europea ha avuto modo di precisare che *“...la Commissionenon dispone di alcun potere discrezionale particolare per determinare se le pratiche illecite facciano o meno parte di un'infrazione unica. Peraltro,*

spetta al Tribunale esercitare un controllo completo non solo dell'osservanza delle norme applicabili all'infrazione di cui trattasi, ma anche dei fatti che hanno portato la Commissione ad affermare o ad escludere nella fattispecie la qualificazione di tale infrazione come infrazione unica' (cfr. sentenza del Tribunale dell'Unione Europea T-378/10, Masco, punto 57).

12.1. Ciò chiarito, va rilevato che nella giurisprudenza della Corte di Giustizia ciò che viene ritenuto determinante, al fine di stabilire se vari comportamenti illeciti integrino una sola intesa, è il fatto che le diverse azioni rientrino in un *“piano d'insieme”*: sul punto si veda, in particolare, la sentenza del Tribunale U.E. T-566/08, Total Raffinage Marketing, paragrafo 312, ove si legge che *“In ogni caso, si deve ricordare (v. punto 265 supra) che l'elemento decisivo ai fini dell'accertamento dell'esistenza di un'infrazione unica è che le azioni relative a mercati diversi si inscrivano in un piano globale di cui partecipanti sono a conoscenza. ...”*; ma in termini analoghi si veda anche la sentenza della Corte di Giustizia C-204/00 P, che al par. 258 ricorda che *“Una violazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato può risultare non soltanto da un atto isolato, ma anche da una serie di atti o perfino da un comportamento continuato. Tale interpretazione non può essere contestata sulla base del fatto che uno o più elementi di questa serie di atti o di questo comportamento continuato potrebbero altresì costituire di per sé e presi isolatamente una violazione della detta disposizione (v., in tal senso, sentenza Commissione/Anic Partecipazioni, cit., punto 81). Ove le diverse azioni facciano parte di un «piano d'insieme», a causa del loro identico oggetto di distorsione del gioco della concorrenza all'interno del mercato comune, la Commissione può imputare la responsabilità di tali azioni in funzione della partecipazione all'infrazione considerata nel suo insieme.”*

12.2. Di estremo interesse, sul punto, è anche la sentenza del Tribunale UE, T-378/10, Masco, ove ai parr. 24 e seguenti si legge quanto segue:

“ 24 Per quanto riguarda, in secondo luogo, la constatazione della partecipazione di un'impresa ad un'infrazione unica, occorre ricordare che spetta alla Commissione provare che tale impresa intendeva contribuire con il proprio comportamento all'obiettivo unico perseguito dall'insieme dei partecipanti ed era a conoscenza dei comportamenti illeciti

previsti o attuati da altre imprese nel perseguire il medesimo obiettivo, oppure che poteva ragionevolmente prevederli ed era pronta ad accettarne i rischi(v., in tal senso, sentenza Aalborg Portland e a./Commissione, punto 21 supra, punto 83).

25 Un'impresa può avere partecipato direttamente al complesso dei comportamenti anticoncorrenziali che compongono un'infrazione unica, nel qual caso correttamente la Commissione può imputarle la responsabilità di tutti questi comportamenti e, pertanto, di detta infrazione nel suo insieme. Un'impresa può anche avere partecipato direttamente solo ad alcuni dei comportamenti anticoncorrenziali che compongono un'infrazione unica, ma essere stata al corrente di tutti gli altri comportamenti illeciti previsti o attuati dagli altri partecipanti al cartello nel perseguire i medesimi obiettivi, o aver potuto ragionevolmente prevederli ed essere stata pronta ad accettarne il rischio. Anche in un caso del genere la Commissione può ben imputare a tale impresa la responsabilità di tutti i comportamenti anticoncorrenziali che compongono tale infrazione e, di conseguenza, dell'infrazione nel suo insieme.

26 Per contro se un'impresa ha preso parte direttamente a uno o più comportamenti anticoncorrenziali che compongono un'infrazione unica, ma non risulta provato che tramite il proprio comportamento essa intendesse contribuire al complesso degli obiettivi comuni perseguiti dagli altri partecipanti al cartello e che fosse al corrente di tutti gli altri comportamenti illeciti previsti o attuati da detti partecipanti nel perseguire i medesimi obiettivi o che potesse ragionevolmente prevederli e fosse pronta ad accettarne il rischio, la Commissione deve limitarsi a imputarle la responsabilità dei soli comportamenti ai quali essa ha partecipato direttamente e dei comportamenti previsti o attuati dagli altri partecipanti nel perseguire obiettivi analoghi a quelli che essa perseguiva e dei quali sia dimostrato che essa era al corrente o che poteva ragionevolmente prevederli ed era pronta ad accettarne il rischio.

27 Nel caso di specie, da un lato, per quanto concerne le condizioni per l'esistenza di un'infrazione unica, si deve constatare che la Commissione, al punto 786 della decisione impugnata, basandosi sulla giurisprudenza, ha rilevato che «il concetto di violazione unica comprende precisamente (...) una situazione in cui varie imprese hanno preso parte a una violazione in cui un comportamento continuato finalizzato a un unico obiettivo economico

era inteso a falsare la concorrenza» e che «la presenza di sinergie e la complementarità tra le diverse linee di comportamento sono indizi obiettivi dell'esistenza di tale piano d'insieme».

28 D'altro lato, riguardo alla constatazione della partecipazione ad un'infrazione unica, la Commissione, al punto 789 della decisione impugnata, ha dichiarato, rinviando alla giurisprudenza, quanto segue:

«Il semplice fatto che ciascun partecipante al cartello possa svolgere un ruolo adeguato alle proprie circostanze specifiche non esclude la sua responsabilità per l'infrazione nel suo complesso, ivi comprese le azioni commesse da altri partecipanti che tuttavia condividono lo stesso scopo illecito e determinano il medesimo effetto anticoncorrenziale. Un'impresa che partecipi a un comune accordo illecito mediante azioni che contribuiscono alla realizzazione dell'obiettivo comune è altrettanto responsabile, per l'intero periodo della sua adesione al sistema comune, delle azioni degli altri partecipanti nell'ambito della medesima infrazione. Tale è senz'altro il caso ove si accerti che l'impresa di cui trattasi era a conoscenza dei comportamenti illeciti delle altre partecipanti o che poteva ragionevolmente prevederli ed era pronta ad accettarne i rischi».

29 Alla luce delle considerazioni della Commissione esposte nei precedenti punti 27 e 28, è giocoforza rilevare che quest'ultima non ha commesso alcun errore di diritto né ha violato i principi di trasparenza, di certezza del diritto e di parità di trattamento. Infatti, i requisiti menzionati nei punti 786 e 789 della decisione impugnata che devono essere soddisfatti per accertare l'esistenza di un'infrazione unica e la partecipazione di imprese ad una siffatta infrazione sono conformi a quelli derivanti dalla giurisprudenza ricordata supra ai punti da 21 a 26.....

12.3. Da quanto sopra precede discende che la sussistenza, o meno, di condotte di vario tipo; la sovrapponibilità, più o meno ampia, delle parti delle varie, possibili, intese; la coincidenza, o meno, del periodo temporale in cui le condotte sono state poste in essere; la complementarità tra le varie linee di azione; tutti questi elementi assumono rilevanza solo in quanto indici della sussistenza del “piano di insieme”, che però, a sua volta, determina l'unicità della intesa solo in quanto sia conosciuto da tutte le parti: in particolare,

stando a quanto emerge dai precedenti sopra ricordati, l'unicità della intesa va riconosciuta quando si possa stabilire che ciascuna delle parti sia a conoscenza, non solo dell'obiettivo comune, ma anche delle azioni implementate dalle altre parti per raggiungerlo. Sicché, ove manchi la prova della conoscenza del "piano d'insieme", come innanzi precisato, da parte di tutte le imprese coinvolte, l'intesa unica non può essere riconosciuta, malgrado in concreto si possano apprezzare vari elementi indicativi dell'esistenza di un "piano d'insieme".

12.3. Applicando le coordinate che precedono al caso di specie, si deve precisare che l'unicità della intesa richiedeva la consapevolezza, in capo a tutte le parti coinvolte, non solo dell'intento di riversare sugli acquirenti finali degli imballaggi l'aumento del prezzo della materia prima, ma anche del fatto che tale aumento era determinato anche dalla intesa sui fogli. Tuttavia non emerge alcun elemento concreto a conferma del fatto che l'esistenza della intesa sui fogli fosse conosciuta anche ai c.d. "scatolifici puri" che l'AGCM ha ritenuto parte della sola intesa sugli imballaggi.

12.4. Il rilievo della ricorrente circa il fatto che i produttori di fogli in cartone, "integrati" anche nel mercato degli imballaggi, fossero consapevoli della intesa sui fogli non è determinante, poiché non esiste una prova diretta, o indiziaria, circa il fatto che gli scatolifici "puri", di cui l'AGCM ha contestato la partecipazione alla sola intesa sugli imballaggi, fossero a conoscenza della intesa sui fogli: in particolare non v'è prova che abbiano mai preso parte alle riunioni di quella intesa.

12.4.1. La ricorrente sottolinea, a tale proposito, che i nomi di alcune persone fisiche ricorrerebbero nelle riunioni delle due intese, ma il dato non è significativo di per sé, in quanto si tratta di persone fisiche che partecipavano in rappresentanza di operatori "integrati" nei due mercati, che dunque, ovviamente, erano a conoscenza delle due intese.

12.4.2. La ricorrente evidenzia, ancora, che in questo specifico settore sarebbero pochi gli esperti, e che dunque è ben possibile che persone

dipendenti da operatori “integrati” siano passate, nel corso degli anni, a lavorare per gli scatolifici “puri”: anche questa circostanza è, però, di per sé poco significativa, posto che non si può dare per scontato che tali persone abbiano rivelato segreti di pertinenza delle società per le quali avevano lavorato in precedenza.

12.4.3. Ancora, al paragrafo 34 del ricorso introduttivo Smurfit Kappa riporta uno stralcio di dichiarazioni contenute nel documento istruttorio 512c, secondo le quali *“l’esistenza di queste riunioni era in generale nota agli operatori della filiera e in particolare anche agli scatolifici puri”*, e richiama anche il doc. 624, nel quale sono riportate delle dichiarazioni secondo cui *“gli scatolifici sia verticalmente integrati che puri avvertivano quindi l’esigenza di procedere ad un aumento dei prezzi degli imballaggi in cartone ondulato per evitare un’eccessiva compressione dei margini, tenuto conto appunto dell’aumento della materia prima”*: tali dichiarazioni, tuttavia, non sono dirimenti perché non specificano che alle riunioni partecipassero gli scatolifici “puri” e, quindi, non attestano, con sicurezza, che gli scatolifici “puri” conoscessero esattamente il contenuto di quanto deliberato nelle riunioni della intesa sui fogli; quanto al fatto che gli scatolifici “puri” insistessero per aumentare il prezzo degli imballaggi, questo si spiega, ovviamente, con l’aumento del prezzo dei fogli, il che non implica che essi fossero a conoscenza del fatto che tale aumento dipendeva dalla intesa, e non solo dall’aumento del prezzo della materia prima.

12.4.4. La ricorrente richiama, inoltre, alcune dichiarazioni rese da International Paper, secondo le quali tra i produttori integrati si era pensato all’opportunità di coinvolgere maggiormente gli scatolifici, invitandoli anche alle riunioni della intesa sui fogli: tuttavia tali dichiarazioni evidenziano una “intenzione”, che non risulta si sia mai tradotta in fatti, e cioè nell’effettivo coinvolgimento degli scatolifici “puri” alle riunioni della intesa sui fogli. In tal senso depone anche quanto si legge nel Provvedimento, in nota 187, circa il fatto che ad una riunione tenutasi il 6 dicembre 2005 anche l’amministratore delegato di Imballaggi Piemontesi si era espresso nel senso della opportunità

di indire riunioni congiunte fogli-scatole e di addivenire alla predisposizione di un listino per le scatole, a partire dal listino sui fogli. Tuttavia, si ribadisce, non risulta che ciò si sia mai realizzato.

12.4.5. Non si comprende, del resto, quale interesse potessero avere i produttori “integrati” a rivelare agli scatolifici “puri” l’esistenza della intesa sui fogli, la cui conoscenza avrebbe anche potuto innescare reazioni di opposizione da parte degli scatolifici, che ne venivano danneggiati.

12.4.6. Neppure significativa è la circostanza che i prodotti oggetto delle due intese siano complementari: il provvedimento dà conto della circostanza che gli andamenti delle due intese erano influenzati dal legame esistente tra “fogli” e “imballaggi” nella catena produttiva ma ciò che è assente, come detto, è la prova che gli scatolifici “puri” avessero consapevolezza delle rispettive condotte anticoncorrenziali e della finalizzazione di esse al perseguimento di tale obiettivo, ragione per cui la doglianza relativa all’esistenza di una unica intesa va respinta.

13. Per priorità logica il Collegio procede con la disamina del quarto motivo, a mezzo del quale la ricorrente contesta il Provvedimento nella misura in cui esso ha accertato la partecipazione di Smurfit Kappa alla intesa imballaggi ininterrottamente dal 2005 al 2017, senza considerare che, con riferimento al periodo compreso tra il 14 dicembre 2005 al 30 marzo 2017, non vi sarebbe alcun elemento probatorio. In particolare, secondo Smurfit Kappa, le prove della sua partecipazione a tale intesa sarebbero riconducibili, sostanzialmente, solo a dichiarazioni degli *applicants*, non sorrette, però, da altri elementi non la riguarderebbero in modo specifico.

13.1. Si deve preliminarmente ricordare che l’intesa imballaggi si è compendiata in riunioni e contatti a livelli di progressivo dettaglio: quelle a carattere più generale e di indirizzo si svolgevano, prevalentemente, in concomitanza con l’aumento del prezzo della carta, presso l’Hotel S. Marco di Parma, e vi partecipavano essenzialmente gli amministratori delegati degli scatolifici di maggiori dimensioni – *id est*: i produttori “integrati” o gli

scatolifici aventi rapporti consolidati di fornitura con imprese collegate – al fine di coordinare la condotta da tenere nei confronti di clienti di grandi dimensioni, tramite accordi di “non aggressione” o di “non belligeranza”; altre riunioni, invece, erano frequentate per lo più da rappresentanti commerciali delle aziende, nonché da direttori commerciali, ed avevano funzione di attuazione dei termini raggiunti in seno alle concertazioni di vertice, essendo più focalizzate sui clienti di minori dimensioni, rispetto ai quali v’era una effettiva concorrenza tra produttori “integrati” e scatolifici “puri”. V’erano, poi, ulteriori contatti tra le parti, spesso telefonici, o via mail, con cui si attuavano le c.d. “triangolazioni”, cioè contatti a tre parti finalizzati a coordinare le rispettive strategie commerciali nei confronti di un determinato cliente comune. L’AGCM ha accertato che anche le riunioni indette dal GIFCO, per finalità associative, erano occasione per discutere di tematiche anti-concorrenziali connesse al commercio degli imballaggi, riconoscendo in ciò un ruolo di supporto del GIFCO.

13.2. Venendo alla posizione specifica della ricorrente, risulta estremamente importante l’audizione (citata alle note 392, 399 e 406 del Provvedimento) del sig. S.S., dipendente di Smurfit Sisa (poi divenuta Smurfit Kappa) sino al 2008: costui, sentito dall’Autorità il 31 gennaio 2019, ha confermato che in concomitanza con forti rialzi del prezzo della carta si organizzavano riunioni finalizzate a far fronte alle criticità che seguivano tali aumenti, essenzialmente mettendo in atto azioni coordinate ai fini di spartirsi i maggiori clienti. Il medesimo ha reso anche dichiarazioni molto utili a comprendere la relazione esistente tra l’intesa sui fogli e l’intesa sugli imballaggi, dichiarando, a tale proposito, che *“si tratta di una relazione biunivoca”*, nel senso che *“l’aumento del prezzo delle scatole è funzionale a dare supporto all’aumento del prezzo del foglio”*.

13.3. Rendendo tali dichiarazioni, il citato dipendente di Smurfit dimostrava di essere perfettamente al corrente dell’esistenza della intesa sulle scatole e della sua utilità per l’intesa sui fogli; pertanto tali dichiarazioni (i) da un lato confermano che Smurfit, già prima del 2008 (anno in cui il dipendente che ha

reso le dichiarazioni ha cessato di lavorare per Smurfit), partecipava a riunioni in cui si discuteva del prezzo degli imballaggi, (ii) d'altro canto sono indicative della partecipazione della ricorrente alla intesa-imballaggi. Ciò, del resto, corrispondeva ad un suo preciso interesse, posto che - come la ricorrente ha ben evidenziato nella esposizione del secondo motivo di ricorso - l'intesa in questione doveva servire per poter realizzare un aumento del prezzo delle scatole, affinché i profitti realizzati per mezzo della intesa sugli fogli fossero scaricati sui clienti finali e non rimanessero assorbiti.

13.4. Considerati gli elementi sopra indicati unitamente alle dichiarazioni rese dai *leniency applicants* circa la partecipazione di Smurfit Kappa alla intesa imballaggi anche prima del 2012, emerge un quadro indiziario che, valutato globalmente, depone certamente per la partecipazione della ricorrente, fin dalle fasi iniziali, alla intesa-imballaggi.

13.4. Per quanto riguarda la partecipazione ad essa negli anni più recenti, valga ricordare che vi è specifica evidenza di contatti telefonici tra Ondulati del Friuli e Smurfit Kappa nei documenti ISP775 e ISP776 (richiamati alla nota 784 e 407 del provvedimento): tra essi anche due *emails*, una del 21 novembre 2014, l'altra del 24 novembre 2014, interne a Smurfit Kappa, con oggetto: “ONDULATI DEL FRIULI”, nelle quali si riferisce del tentativo di un rappresentante di Ondulati del Friuli di parlare con il destinatario delle *emails*: tali documenti costituiscono riscontro alle dichiarazioni degli *applicants* circa il fatto che la Ondulati del Friuli intratteneva una “triangolazione” con Smurfit Kappa e Idealkart, ai danni del comune cliente Zignago Vetro.

13.5. Ciò posto va rammentato che, secondo la consolidata giurisprudenza in materia, la prova delle pratiche concordate anticoncorrenziali può anche essere costituita da elementi indiretti ed indiziari, purché seri, precisi e concordanti; inoltre, una volta dimostrata, per tale via, la partecipazione di un'impresa ad un'intesa, il fatto che per un certo lasso di tempo la stessa non risulti aver presenziato alle riunioni di coordinamento non può ritenersi in sé

dirimente, poiché la cessata partecipazione da una intesa deve essere accompagnata da una aperta dissociazione.

13.6. Nel caso di specie vi sono elementi, provenienti proprio da Smurfit, che indicano la partecipazione all'intesa imballaggi, all'inizio ed alla fine del periodo di durata; le dichiarazioni fornite dai *leniency applicants* non costituiscono, dunque, gli unici riscontri probatori, e la ricorrente, peraltro, non ha dimostrato di essersi mai apertamente dissociata dalla intesa.

13.7. Per le indicate ragioni va respinto anche il quarto motivo di ricorso.

14. Infine, possono essere esaminati congiuntamente il terzo ed il quinto dei motivi di ricorso, che hanno ad oggetto il trattamento sanzionatorio: preliminarmente, tuttavia, è opportuno dare conto di come l'AGCM sia pervenuta a determinare le sanzioni in concreto irrogate a Smurfit Kappa.

14.1. Con riferimento all'intesa-fogli, l'Autorità, tenuto conto della gravità dell'infrazione, ha stabilito l'importo base della sanzione applicando un coefficiente nella misura (minima) del 15% sul valore delle vendite (par. 493 provv.). Il valore risultante è stato poi moltiplicato per la durata della partecipazione all'infrazione, espressa in numero di anni, giorni e mesi effettivi.

Nel caso di Smurfit Kappa l'AGCM è partita da un fatturato specifico di euro 104.555.036,00 e la durata della sua partecipazione all'intesa è stata determinata, sulla base delle prove raccolte, in 13 anni, 1 mese e 28 giorni, ovvero dal 2 febbraio 2004 al 30 marzo 2017 (par. 484-485 e tabella n. 7).

14.1.1. L'importo base così determinato, pari a € 206.409.068,00, è stato poi aumentato del 15% in quanto l'Autorità ha riconosciuto alla ricorrente la circostanza aggravante relativa all'aver svolto un ruolo particolarmente attivo nella istigazione all'infrazione; nello stesso tempo le ha anche riconosciuto la circostanza attenuante relativa all'adozione di un programma di *compliance* antitrust, con conseguente applicazione di una decurtazione pari al 5% dell'importo base della sanzione: la sanzione è stata quindi determinata, all'esito di tali operazioni, in euro 227.049.974,00.

14.1.2. Tale importo della sanzione è stato poi riportato entro il limite del 10% del fatturato totale realizzato a livello mondiale, ai sensi dall'art. 15 L. 287/90, riconducendo la sanzione ad un ammontare pari a € 67.185.919,00

14.1.3. Infine è stata riconosciuta a Smurfit Kappa una riduzione del 15% in quanto impresa sanzionata per due intese, così giungendo al risultato finale di € 57.108.031

14.2. Per l'intesa-imballaggi è stato applicato lo stesso coefficiente nella misura (minima) del 15% sul valore del fatturato specifico, pari a 396.117.175,00 euro: il valore risultante è stato poi moltiplicato per la durata della partecipazione all'infrazione che, nel caso di Smurfit Kappa è stata di 11 anni, 3 mesi, ovvero dal 7 settembre 2005 al 30 marzo 2017.

14.2.1. L'importo base così determinato, pari a € 687.098.250,00, è stato poi ridotto riconoscendo a Smurfit Kappa la circostanza attenuante relativa all'adozione di un programma di *compliance* antitrust, con conseguente applicazione di una decurtazione pari al 5% dell'importo base della sanzione, così pervenendo a determinare la sanzione in euro 652.743.338,00.

14.2.2. Tale importo della sanzione è stato poi riportato entro il limite del 10% del fatturato totale realizzato a livello mondiale, ai sensi dall'art. 15 L. 287/90, riconducendo la sanzione ad un ammontare pari a € 67.185.919,00.

15. Tanto premesso, relativamente alla contestazione secondo cui le intese sarebbero state erroneamente qualificate come "gravi", per la segretezza e per l'entità degli effetti, il Collegio osserva quanto in appresso.

15.1. L'Autorità ha considerato che *"secondo consolidata giurisprudenza europea e nazionale, per valutare la gravità di un'infrazione si deve tenere conto di una molteplicità di fattori, il cui carattere e la cui importanza variano a seconda del tipo di infrazione e delle circostanze particolari del caso di specie. Tra tali fattori rilevano principalmente la natura della restrizione della concorrenza nonché il ruolo e la rappresentatività sul mercato delle imprese coinvolte"* (cfr. par. 480 provv.).

15.2. Nel caso di specie, trattandosi di una duplice intesa orizzontale segreta, la qualificazione di ciascuna intesa *"per oggetto"* e la relativa valutazione come

“*molto grave*” sono state desunte dalla natura dell’infrazione e dall’ampiezza della sua potenziale incidenza sul mercato, prescindendo dalla dimostrazione in concreto della sussistenza di effetti dannosi sul mercato (parr. V.4.1.3 id.).

15.3. Non coglie nel segno la tesi secondo cui non si sarebbe tenuto conto dell’assenza di effetti atteso che, per concorde giurisprudenza, “*le intese aventi oggetto anticoncorrenziale (intese orizzontali di prezzo o di ripartizione dei mercati) possono essere qualificate come molto gravi sulla sola base della loro natura, senza che sia sempre necessario dimostrare un impatto concreto dell’infrazione sul mercato (ex multis, Consiglio di Stato, 20 ottobre 2016; Corte di Giustizia 3 settembre 2009, causa C534/07 –William Prym GmbH)*” (Cons. Stato, Sez. VI, 6 ottobre 2020, n. 5900, nn. 5884, 5885, 5897, 5898, 5899 e 5900)”. Ciò in quanto un’intesa restrittiva della concorrenza integra una fattispecie di pericolo, nel senso che il *vulnus* al libero gioco della concorrenza può essere di natura soltanto potenziale e non deve necessariamente essersi consumato (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 13 giugno 2014, n. 3032). “*Ne consegue che l’Autorità, nell’esercizio dei propri poteri valutativi, può considerare come "molto grave" anche solo tale tipologia di accordo a prescindere dalla valutazione degli effetti?*” (Cons. Stato, Sez. VI, 27 agosto 2020, nn. 5257 e 5258).

15.4. A parere del Collegio il provvedimento risulta adeguatamente motivato, dunque, in punto di gravità dell’infrazione; d’altra parte la percentuale del 15 % costituisce il coefficiente minimo del valore delle vendite da prendere in considerazione nella determinazione dell’importo base delle sanzioni per “*le intese orizzontali segrete*”, quali quelle in esame (mentre il massimo è pari al 30%: cfr. Linee guida, punto II). Tale percentuale è stata peraltro ritenuta corretta dalla giurisprudenza amministrativa, in linea con le indicazioni rese al riguardo dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea, secondo cui “*è legittimo applicare, per le restrizioni più gravi, come quelle in esame, «un tasso di almeno il 15% del valore delle vendite, che costituisce il minimo del “valore più alto”, di cui al punto 23 degli orientamenti del 2006, per tale tipo d’infrazione» (Corte di Giustizia UE, sentenza del*

27 aprile 2017, causa C-469/15)” (Cons. Stato, Sez. VI, 29 gennaio 2021, n. 874, che richiama id. 16 marzo 2020, n. 1844).

15.5. Quanto alla natura segreta delle intese in esame, valga la considerazione che, secondo quanto stabilito dalla Direttiva UE/2019/1, considerando 53 e art. 2, § 12, *“perché un cartello sia considerato un cartello segreto non è necessario che siano segreti tutti gli aspetti della condotta. In particolare, un cartello può essere considerato un cartello segreto quando non sono a conoscenza del pubblico, dei clienti o dei fornitori elementi del cartello che rendono più difficile da individuare la condotta nel suo complesso”*.

15.5.1. A tale definizione risulta essersi attenuta l’AGCM, che nel Provvedimento precisa - al par. 444 – che l’intesa-imballaggi *“ha avuto natura segreta, nella misura in cui si è articolata in incontri e contatti che non erano noti ai clienti, acquirenti di imballaggi”* e che numerosi contatti tra le parti avvenivano oralmente in sede di riunione *“nell’ottica di ridurre al minimo i contatti scritti tra le parti”* (Cfr. par. 445 provv.). Circa la segretezza della intesa-fogli, certamente non cognita agli acquirenti degli imballaggi, si richiama quanto rilevato nell’esame del quarto motivo di ricorso a proposito del fatto che, secondo le prove acquisite, essa era sconosciuta anche agli scatolifici *“puri”*.

15.6. Infine, quanto al rilievo che la condotta della ricorrente non avrebbe avuto effetti gravemente pregiudizievoli sul mercato, il Collegio osserva che l’effetto della condotta di ciascuna impresa sul mercato è indirettamente tenuto in conto proprio mediante la considerazione del relativo fatturato, su cui si fonda la determinazione dell’importo base delle sanzioni.

16. Con riferimento alla contestazione secondo cui l’AGCM sarebbe incorsa in violazione dell’art. 15 della L. 287/1990, comminando due sanzioni che superano il limite edittale del 10% del fatturato mondiale, limite che dovrebbe essere unico per entrambe le infrazioni, il Collegio rileva quanto in appresso.

16.1. Secondo le Linee Guida dell’AGCM, la sanzione finale viene determinata all’esito di un percorso che passa attraverso le seguenti tappe: a) determinazione dell’importo base in ragione di una percentuale del valore delle vendite, percentuale che a sua volta deve tener conto della necessità di

garantire l'efficacia deterrente della sanzione, della gravità e della durata dell'infrazione (parr. 7 e segg.): secondo quanto previsto al par. 11, la percentuale da applicarsi al valore delle vendite non può essere superiore al 30%; b) eventuale aumento dell'importo base mediante inserimento di una *entry fee* (par. 17); c) eventuale aumento dell'importo base così determinato in considerazione di circostanze aggravanti, ovvero diminuzione in considerazione di circostanze attenuanti (parr. 19 e segg.); d) eventuale ulteriore incremento della sanzione così determinata per garantire proporzionalità ed effettiva deterrenza (par. 25 e segg.); e) eventuale riduzione in ragione di quanto previsto dal par. 29, secondo cui: *“Quando l'importo finale della sanzione, determinato come descritto nei paragrafi che precedono, supera il massimo edittale di cui all'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90, esso è ridotto nella misura eccedente tale limite. La base di calcolo del massimo edittale è rappresentata, in conformità con la giurisprudenza nazionale, dal fatturato totale realizzato a livello mondiale nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida, da parte di ciascuna impresa partecipante all'infrazione.”*

16.2. Osserva il Collegio che il citato par. 29 intende il limite indicato all'art. 15 L. 287/90 (10% *“del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida”*) quale *“soglia di contenimento”*, come è reso evidente dalla specificazione secondo cui la sanzione, come determinata dall'AGCM in base ai paragrafi precedenti, viene *“elisa”* solo nella misura eccedente l'indicato tetto.

16.3. Il citato paragrafo 29 delle Linee Guida non risulta in contrasto con l'art. 15 L. 287/90, nella misura in cui tale norma prevede che *“Nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione, dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida, determinando i termini entro i quali l'impresa deve procedere al pagamento della sanzione”*.

16.4. Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale nel procedimento di quantificazione delle sanzioni irrogate dall'AGCM per le infrazioni alla concorrenza, in conformità con gli *"orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, paragrafo 2, lettera a) del regolamento CE n. 1/2003"*, elaborati dalla Commissione nella Comunicazione 2006/C 210/02, il limite del 10% del fatturato non rappresenta propriamente il "massimo edittale" di una cornice sanzionatoria al cui interno deve essere concretamente calibrata la sanzione da irrogare in proporzione con la gravità del fatto, ma costituisce soltanto una "soglia legale massima", ovvero un "correttivo" che opera dall'esterno al solo fine di evitare, comunque, l'applicazione di sanzioni di importo ritenuto in astratto eccessivamente elevato quale che sia la gravità dell'infrazione.

16.5. L'unico limite edittale che l'Autorità incontra nella determinazione dell'importo base della sanzione è rappresentato dalla percentuale del 30% riferita al valore delle vendite.

Una volta fissata nell'ambito di questa cornice edittale, in funzione della gravità dell'infrazione (tenendo conto di un certo numero di elementi, quali la natura dell'infrazione, la quota di mercato aggregata di tutte le imprese interessate, l'estensione geografica della infrazione, se sia stata data o meno attuazione all'intesa), la percentuale da applicare al valore delle vendite (e una volta moltiplicato tale importo per il numero di anni di partecipazione all'infrazione di ciascuna impresa), si applicano su questo importo gli adeguamenti in aumento o in diminuzione dipendenti dal riconoscimento di eventuali circostanze aggravanti o attenuanti e si determina, quindi, l'importo finale della sanzione, che poi viene ridotta, in un'ottica di favor per il soggetto sanzionato, entro il limite esterno del 10% del fatturato.

16.6. La percentuale del 10% del fatturato rappresenta, dunque, un tetto esterno, una "soglia di contenimento", che non svolge alcuna funzione all'interno del procedimento che porta alla determinazione dell'importo base e non condiziona il potere dell'Autorità, che rimane, nell'ambito della sua

discrezionalità, certamente libera di fissare una percentuale, rapportata alla ritenuta gravità della violazione, tale da determinare un importo base sensibilmente superiore rispetto al limite esterno.

16.7. Il fatto, pertanto, che, in conseguenza dell'operatività di questo tetto esterno, potrebbe verificarsi un livellamento tra sanzioni relative a fatti di diversa gravità (e possa essere in parte alterata la proporzionalità tra gravità dell'infrazione e sanzione irrogata) non pone problemi di legittimità costituzionale o comunitaria, atteso che si tratta, comunque, di una rimodulazione della sanzione che avviene in un'ottica di *favor* per il soggetto sanzionato, al fine di porre dall'esterno un limite alla discrezionalità dell'AGCM, che in mancanza di tale tetto sarebbe (data anche l'ampiezza del limite edittale interno) eccessivamente ampia.

16.8. Le conclusioni appena esposte sono in linea con la giurisprudenza comunitaria. Il Tribunale UE ha evidenziato come il massimale del 10% rappresenta una "semplice soglia di contenimento" che applicata dopo un'eventuale riduzione dell'ammenda in forza di circostanze attenuanti o del principio di proporzionalità. Tuttavia, ha sottolineato il giudice comunitario, *"la moltiplicazione dell'importo determinato in funzione del valore delle vendite per il numero di anni di partecipazione all'infrazione può implicare che, nel quadro degli orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, paragrafo 2, lettera a) del regolamento CE 1/2003, l'applicazione del massimale del 10% previsto da detto art. 23, n. 3, sia ormai la regola piuttosto che l'eccezione per ogni impresa che operi principalmente su un unico mercato e che abbia partecipato ad una intesa per più di un anno. In tale ipotesi, ogni differenziazione in funzione della gravità o di circostanze attenuanti non sarà più di norma idonea a ripercuotersi su un'ammenda che è già stata contenuta per essere mantenuta entro il 10%"* (sentenza 16 giugno 2011, *Putters Internationale/Commissione, Causa T-211/08*)» (Cons. Stato, Sez. VI, 29 gennaio 2021, n. 874).

16.9. La questione dell'effetto "livellamento" tra sanzioni relative a fatti di diversa gravità e della possibile alterazione della proporzionalità tra gravità

dell'infrazione e sanzione irrogata, è stata dunque già affrontata dalla richiamata giurisprudenza, dalla quale il Collegio non ravvisa motivi per discostarsi, ed è stata risolta nel senso che la stessa non pone problemi di legittimità costituzionale o comunitaria.

16.10 D'altra parte va considerato *«che il tetto del 10%, essendo legato al fatturato realizzato dalla parte “nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida”, implicitamente finisce per tenere conto della misura, minore o maggiore, in cui essa parte ha, in concreto, lucrato dalla partecipazione alla intesa»* (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 27 luglio 2020, n. 8777).

16.11. Né può essere seguita la ricorrente laddove sostiene che, in caso di partecipazione a più intese accertate con lo stesso provvedimento, il limite edittale del 10% dovrebbe essere unico: infatti, una volta accertata la sussistenza di due intese distinte, e stabilito che il “massimo edittale” funge solo quale “soglia di contenimento”, che non svolge alcuna funzione all'interno del procedimento che porta alla determinazione dell'importo base, ne discende che l'AGCM ben poteva, e doveva, irrogare due distinte sanzioni, determinando ciascuna di esse autonomamente e secondo le circostanze del caso, avendo solo curare di applicare, a ciascuna delle due sanzioni, il “massimo edittale” previsto dall'art. 15 della L. n. 287/90, ciò che l'AGCM ha fatto.

18. Per quanto riguarda la contestazione afferente l'aggravante riconosciuta alla ricorrente nella intesa sui fogli, conseguente al ruolo di istigazione che Smurfit Kappa avrebbe svolto, il Collegio, tenuto conto delle statuizioni che precedono, ritiene la censura inammissibile per difetto di interesse sul rilievo che, anche senza tener conto dell'aggravante in questione, Smurfit Kappa sarebbe stata destinataria di una sanzione di euro 196.088.615,00 (ovvero euro 206.409.068 – 10.320.453, per l'attenuante), ben superiore al limite edittale di euro 67.185.919,00, entro il quale è stata ricondotta e sul quale è stata applicata la riduzione del 15% per la partecipazione a due intese.

19. Ugualmente inammissibile, per difetto di interesse, è la contestazione relativa alla mancata applicazione del cumulo giuridico previsto dall'art. 8 della L. n. 689/81.

19.1. La norma citata, infatti, stabilisce:

“Salvo che sia diversamente stabilito dalla legge, chi con una azione od omissione viola diverse disposizioni che prevedono, sanzioni amministrative o commette più violazioni della stessa disposizione, soggiace alla sanzione prevista per la violazione più grave, aumentata sino al triplo.

Alla stessa sanzione prevista dal precedente comma soggiace anche chi con più azioni od omissioni, esecutive di un medesimo disegno posto in essere in violazione di norme che stabiliscono sanzioni amministrative, commette, anche in tempi diversi, più violazioni della stessa o di diverse norme di legge in materia di previdenza ed assistenza obbligatorie”.

19.2. Anche a voler ritenere l'applicabilità, al caso che occupa, del comma secondo, e quindi volendo riconoscere nelle due intese un “medesimo disegno”, l'AGCM avrebbe comunque avuto la possibilità di applicare alla ricorrente, per le due intese, la pena in concreto irrogata: infatti, che si voglia intendere per violazione più grave l'intesa sui fogli o quella sugli imballaggi, comunque l'AGCM avrebbe potuto irrogare una sanzione complessiva sino al triplo, ovvero sino a 171 milioni di euro o 191 milioni di euro, a seconda che si assuma come base di calcolo la sanzione irrogata per l'intesa sui fogli o quella per l'intesa sugli imballaggi. Nella specie le due sanzioni irrogate totalizzano un importo inferiore.

19.3. Ciò posto è evidente che non sussiste un concreto interesse della ricorrente alla valutazione della doglianza, posto che la disciplina del cumulo giuridico non avrebbe comportato l'obbligo dell'Autorità di irrogare una sanzione complessiva più contenuta di quella che in concreto è stata irrogata alla ricorrente, in totale.

20. Conclusivamente il ricorso va respinto.

21. Le spese seguono la soccombenza nei confronti dell'AGCM e si liquidano come da dispositivo. Possono invece essere compensate nei confronti delle

altre parti, che non sono parti necessarie nel presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento, in favore dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, delle spese del giudizio, che si liquidano in euro 10.000,00 (diecimila), oltre accessori, se per legge dovuti.

Compensa le spese tra la ricorrente, Pro-Gest S.p.A., Associazione Italianza Scatolifici – Acis, Ds Smith Holding Italia S.p.A. e Ds Smith Packaging Italia S.P.A., nonché di Unilever Europe ed Unilever Supply Chain Company Ag;

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 10 marzo 2021 e 30 marzo 2021, celebrata in collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 25, comma 2, del D.L. n. 137 del 28 ottobre 2020, con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Roberta Ravasio, Consigliere, Estensore

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Roberta Ravasio

IL PRESIDENTE
Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO