

Publicato il 20/01/2023

**N. 00690/2023REG.PROV.COLL.
N. 08058/2021 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8058 del 2021, proposto da Adda Ondulati s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Sergio Fiorenzano, Marco Verdi, Massimo Rizza ed Emiliano Marchisio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Autorità 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, n. 12;

nei confronti

Associazione CIS, in persona del legale rappresentante pro tempore,

rappresentato e difeso dagli avvocati Damiano Lipani, Francesca Sbrana e Jacopo Polinari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Damiano Lipani in Roma, via Vittoria Colonna, n. 40;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 6040/2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e dell'Associazione CIS;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 dicembre 2022 il Cons. Giovanni Pascuzzi e uditi per le parti gli avvocati Emiliano Marchisio, Luca Reali per l'Avvocatura Generale dello Stato, Damiano Lipani, Francesca Sbrana e Jacopo Polinari;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso del 2019 la società Adda Ondulati s.p.a. ha chiesto al Tar per il Lazio l'annullamento:

- del provvedimento n. 27849 conclusivo del procedimento I805, adottato nell'adunanza del 17 luglio 2019 e notificato a mezzo PEC in data 6 agosto 2017 al procuratore nominato nell'ambito del procedimento, con il quale l'AGCM rilevando un'intesa restrittiva della concorrenza vietata ai sensi degli artt. 101 TFUE e 2 della legge 287/1990 nel mercato della produzione e commercializzazione di fogli in cartone ondulato, ha

comminato alla Adda Ondulati s.p.a. la sanzione pecuniaria pari ad € 3.658.077,00, ingiungendo altresì alla medesima di astenersi in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata, nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale, cognito e non.

2. Nel giudizio di primo grado si è costituita l'AGCM chiedendo il rigetto del ricorso. Si è costituita anche l'ACIS, Associazione Italiana Scatolifici chiedendo il rigetto del gravame.

3. Con sentenza n. 6040/2021 il Tar per il Lazio ha rigettato il ricorso.

4. Avverso detta sentenza ha proposto appello la società Adda Ondulati s.p.a. per i motivi che saranno più avanti esaminati.

5. L'AGCM si è costituita in giudizio chiedendo il rigetto dell'appello. Si è costituita l'associazione CIS, per resistere all'appello.

6. All'udienza del 20 dicembre 2022 l'appello è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

1. L'esame delle censure dedotte impone un riassunto del procedimento confluito nell'atto sanzionatorio impugnato in prime cure.

1.1 In data 19 ottobre 2016 perveniva all'AGCM una segnalazione dell'ACIS (associazione di categoria dei cosiddetti "scatolifici puri") segnalazione integrata in data 2 novembre 2016 e 1° febbraio 2017.

1.2 Con delibera adottata il 22 marzo 2017, l'AGCM avviava, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/1990, un'istruttoria:

a) volta ad accertare la partecipazione a una intesa nel mercato della produzione e commercializzazione di cartone ondulato in violazione dell'articolo 101 TFUE nei confronti delle società Pro-Gest s.p.a.,

Cartonstrong Italia s.r.l., DS Smith Holding Italia s.p.a., DS Smith Packaging Italia s.p.a., Toscana Ondulati s.p.a., Ondulati Nordest s.p.a., Ondulati ed Imballaggi del Friuli s.p.a., Smurfit Kappa Holdings Italia s.p.a., Smurfit Kappa Italia s.p.a., Innova Group s.p.a., La Veggia s.r.l., Laveggia s.r.l., Scatolificio La Veggia s.p.a., Imballaggi Piemontesi s.r.l. e del Gruppo Italiano Fabbricanti Cartone Ondulato – GIFCO (associazione di categoria);

b) volta ad accertare ad un'intesa nel mercato della produzione e commercializzazione di imballaggi in cartone ondulato in violazione dell'articolo 101 TFUE nei confronti delle società Pro-Gest s.p.a., Cartonstrong Italia s.r.l., DS Smith Holding Italia s.p.a., DS Smith Packaging Italia s.p.a., Toscana Ondulati s.p.a., International Paper Italia s.r.l., Ondulati Nordest s.p.a., Ondulati ed Imballaggi del Friuli s.p.a., Sada Partecipazioni s.r.l., Antonio Sada & Figli s.p.a., Sada Packaging s.r.l., Smurfit Kappa Holdings Italia s.p.a., Smurfit Kappa Italia s.p.a., La Veggia s.r.l., Laveggia s.r.l., Scatolificio La Veggia s.p.a. e del Gruppo Italiano Fabbricanti Cartone Ondulato – GIFCO (associazione di categoria).

1.3 La nota di avvio del procedimento (prot. n. 26476 del 22 marzo 2017), faceva quindi riferimento all'accertamento di due distinte intese restrittive segrete della concorrenza per oggetto, in violazione dell'art. 101 TFUE, poste in essere rispettivamente nei mercati del cartone ondulato (intesa-fogli) e degli imballaggi in cartone ondulato (intesa-imballaggi).

1.4 Con delibera AGCM del 5 luglio 2017 il procedimento veniva esteso alle società Adda Ondulati s.p.a., Ondulato Piceno s.r.l. e ICOM s.p.a., con riferimento alla partecipazione alla presunta intesa sul cartone ondulato in violazione dell'articolo 101 TFUE, nonché alle società Adda Ondulati s.p.a., Imballaggi Piemontesi, I.C.O. Industria Cartone Ondulato s.r.l. e Sandra

s.p.a. con riferimento alla partecipazione alla presunta intesa sugli imballaggi in violazione dell'articolo 101 TFUE.

1.5 Con delibera del 5 dicembre 2017 il procedimento veniva esteso alle società SIFA s.p.a. e Ondulati del Savio s.r.l., con riferimento alla partecipazione alla presunta intesa riguardante il cartone ondulato in violazione dell'articolo 101 TFUE, nonché alle società Ondulato Piceno s.r.l., Scatolificio Idealkart s.r.l., Grimaldi s.p.a., Millestampe s.r.l., Millestampe Packaging s.r.l., Saica Pack Italia s.p.a., Toppazzini s.p.a. e Mauro Benedetti s.p.a., con riferimento alla partecipazione alla presunta intesa sugli imballaggi in violazione dell'articolo 101 TFUE.

1.6 Con delibera del 9 maggio 2018 il procedimento veniva esteso alle società Trevikart s.r.l., Ondulato Trevigiano s.r.l., Plurionda s.p.a. e Ondulati Maranello s.p.a., con riferimento alla partecipazione alla presunta intesa riguardante il cartone ondulato in violazione dell'articolo 101 TFUE, nonché alle società Trevikart s.r.l. e Bergapack s.r.l., con riferimento alla partecipazione alla presunta intesa sugli imballaggi in violazione dell'articolo 101 TFUE.

1.7 Con delibera del 31 ottobre 2018 il procedimento veniva esteso all'accertamento di possibili condotte di limitazione o controllo della produzione dei fogli in cartone ondulato, di definizione concordata del cd. Listino 2004 nonché, con riferimento al settore degli imballaggi, di ripartizione di specifici clienti anche nel contesto di eventuali gare da essi indette, in violazione dell'articolo 101 TFUE, con contestuale estensione delle contestazioni alle società Ondulati Santerno s.p.a., Innova Group – Stabilimento di Caino s.r.l. e Sandra s.p.a., con particolare riferimento all'accertamento di condotte poste in essere nel mercato del cartone ondulato in possibile violazione dell'articolo 101 TFUE, nonché nei

confronti delle società Sunion Società per Azioni, Alliabox Italia s.r.l., Sabox s.r.l., Innova Group s.p.a., Innova Group – Stabilimento di Caino s.r.l. e ICOM s.p.a., con particolare riferimento all'accertamento di condotte poste in essere nel mercato degli imballaggi in cartone ondulato in possibile violazione dell'articolo 101 TFUE.

1.8 Sia all'avvio che ai successivi ampliamenti dell'istruttoria contribuiva in termini rilevanti la cooperazione offerta, nell'ambito del programma di clemenza (c.d. *leniency*), da diverse imprese partecipanti alle intese oggetto di disamina nell'ambito del procedimento.

1.8.1 Domanda di non imposizione o riduzione della sanzione è stata presentata da DS Smith Holding Italia s.p.a., DS Smith Packaging Italia s.p.a. e Toscana Ondulati s.p.a. in data 2 marzo 2017, poi successivamente integrata in data 10 e 17 marzo 2017, prima dell'avvio del procedimento, e in seguito nel corso del procedimento istruttorio.

1.8.2 Domanda di non imposizione o riduzione della sanzione è stata presentata da Ondulati Nordest s.p.a. in data 3 agosto 2018, poi successivamente integrata nel corso del procedimento istruttorio.

1.8.3 Domanda di non imposizione o riduzione della sanzione è stata presentata da Scatolificio Idealkart s.r.l. in data 3 agosto 2018, poi successivamente integrata nel corso del procedimento istruttorio;

1.8.4 Domanda di non imposizione o riduzione della sanzione è stata presentata da Pro-Gest s.p.a., Cartonstrong Italia S.r.l., Trevikart s.r.l., Ondulato Trevigiano s.r.l., Plurionda s.p.a. e Ondulati Maranello s.p.a. in data 5 ottobre 2018, poi successivamente integrata nel corso del procedimento istruttorio.

1.9 Con delibera del 31 gennaio 2018 il termine di chiusura del procedimento veniva prorogato al 31 dicembre 2018.

1.10 In data 17 aprile 2019 veniva notificata alle Parti la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie (c.d. CRI).

1.11 Tutte le parti hanno avuto accesso alla documentazione relativa alle domande di clemenza, in forma orale (dichiarazioni) e in forma scritta (documentazione allegata), in data 24 aprile 2019 (cfr. punto 61 del provvedimento). Questo è avvenuto ai sensi dell'art. 10-*bis* della Comunicazione AGCM sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 allo scopo di assicurare la riservatezza circa l'identità dei *leniency applicant* nel corso dell'istruttoria.

1.12 In data 14 maggio 2019 l'Autorità accoglieva l'istanza di proroga dei termini procedurali formulata da talune delle parti (cfr. punto 67 del provvedimento).

1.13 L'Audizione finale dinanzi al Collegio veniva fissata e si svolgeva in data 18 giugno 2019.

1.14 A fronte della ritenuta accertata fondatezza della contestazione in merito alla realizzazione delle due intese (concernenti rispettivamente il mercato dei fogli ed il mercato degli imballaggi di cartone ondulato) l'Autorità concludeva l'iter con il provvedimento impugnato in prime cure, con cui ingiungeva alle imprese di astenersi per il futuro da comportamenti corrispondenti a quelli oggetto di accertamento ed irrogava le rispettive sanzioni pecuniarie, pari agli importi indicati alle tabelle riportate al punto "h" del dispositivo.

2. In punto di diritto l'appellante premette un richiamo alla principale carenza della sentenza: l'aver ignorato gli elementi istruttori che escludono la partecipazione di Adda Ondulati da qualsivoglia intesa ed aver, invece, acriticamente aderito alla ricostruzione prospettata dall'AGCM: in

manca di prove certe e in presenza di elementi robusti, precisi e concordanti a riprova dell'estraneità della odierna ricorrente da qualsivoglia accordo con i propri concorrenti, la società Adda Ondulati doveva essere dichiarata estranea all'asserita intesa.

Con il primo motivo di appello si lamenta: Eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità e travisamento dei fatti. Estraneità di Adda Ondulati a qualsivoglia intesa anticoncorrenziale. Gli errori di valutazione riferibili alla sentenza di primo grado.

L'appellante premette che:

- nel primo motivo di ricorso in primo grado era stato rilevato come l'unico elemento utilizzato a sostegno della partecipazione della odierna deducente all'asserita intesa consisteva in ciò: che il solo signor Luciano Manzoni (responsabile commerciale di Adda Ondulati fino al 31.12.2013, poi collaboratore sino al 20.10.2015, data del decesso) avrebbe partecipato alle riunioni che risulterebbero essere intercorse in attuazione dell'intesa;
- il Tar per il Lazio, invece, omettendo qualsiasi esame nel merito del ricorso, si è limitato a ritenere gli elementi riportati nel Provvedimento siccome idonei a restituire un "quadro univoco in ordine alla partecipazione di Adda Ondulati all'intesa-fogli" (sentenza impugnata, p. 15).

2.1 Sui profili sostanziali si sostiene che:

- il signor Manzoni operava, in seno all'asserita intesa, "in proprio", per coltivare il proprio prestigio all'interno di GIFCO, e non quale rappresentante di Adda Ondulati;
- l'appellante risulta documentalmente estranea all'asserita intesa – anzi addirittura ignorante dell'intesa, in ragione delle risultanze documentali in atti;
- l'AGCM avrebbe dovuto provare l'adeguamento di Adda Ondulati a

quanto asseritamente concordato dal signor Manzoni con terzi;

- risulta agli atti che la fissazione dei prezzi per la carta ondulata da parte di Adda Ondulati sia avvenuta, per tutto il periodo esaminato, in maniera assolutamente indipendente e abbia portato, peraltro, a risultati economici incomparabilmente peggiori di quelli ottenuti dai concorrenti di maggiori dimensioni circostanza che prova esattamente l'estraneità ad ogni intesa e, anzi, l'intento commercialmente aggressivo della odierna deducente;

- Adda Ondulati non può essere considerata coinvolta nell'intesa asseritamente intercorsa in ragione della sola condotta del signor Manzoni;

- questi è stato anche dipendente di Adda Ondulati (e non già amministratore delegato) ma era soprattutto esponente di spicco del GIFCO, di cui è stato membro del consiglio direttivo per più di un decennio, certamente dal 2005 sino a tutto il 2013;

- ogni sua iniziativa è stata coltivata per il suo proprio, personale interesse di progressione all'interno del GIFCO e non certo come rappresentante di Adda Ondulati;

- morto il sig. Manzoni, nessun rappresentante di Adda Ondulati, né in particolare il sig. Fabrizio Rigamonti che l'ha sostituito, ha mai più preso parte a qualsivoglia riunione dell'asserita intesa;

- non risponde al vero e non risulta in atti che, dopo la morte del Signor Manzoni, la Adda Ondulati abbia continuato a "partecipare indirettamente (tramite i rappresentanti di ... propri concorrenti ...)" a mezzo della signora Luisa Taschetti;

- la signora Taschetti è stata invitata, telefonicamente, agli incontri dal signor Brambillasca di Pro-Gest (due volte) e lei ogni volta ha declinato l'invito, non essendovi prova che la stessa abbia ricevuto alcuna informazione preventiva, aggiornamento o report su tali riunioni;

- non vi è stato alcuno scambio di informazioni commerciali tra Adda Ondulati e i suoi concorrenti; - l'unico interesse di Adda Ondulati nella partecipazione al GIFCO derivava dalla conseguente possibilità di poter usufruire delle certificazioni di qualità riconosciute agli associati;
- tale ricostruzione alternativa a quella sostenuta dall'AGCM risulta confermata dal fatto che Adda Ondulati ha mantenuto una politica di prezzo totalmente autonoma dal Listino 2004 e nel corso del tempo ha conseguito risultati economici ben peggiori di quelli dei suoi concorrenti;
- l'Autorità, invece di esaminare la posizione di ciascuna impresa, si è limitata a prendere atto dei ricavi medi di settore. Tale scorciatoia istruttoria appare inaccettabile, in presenza di variazioni relevantissime tra i ricavi dei singoli concorrenti, anche in ragione del fatto che i ricavi di Adda Ondulati sono risultati essere in linea con l'andamento, nel tempo, dei costi della materia prima – in tal modo dimostrando, nei fatti, l'estraneità a qualsivoglia condotta anticoncorrenziale;
- non è mai risultato che Adda Ondulati abbia mai effettuato alcun fermo di turni di produzione (cd. "ciminiere spente"), come invece accaduto per i *leniency applicant*, DS Smith e Pro-Gest, in particolare nel biennio 2013-2014;
- il *core business* della società è rappresentato dalla vendita di scatole ma essa è stata considerata dall'AGCM estranea proprio rispetto all'intesa tra gli scatolifici.

2.2 Sui profili istruttori si sostiene che lo "schema" delle riunioni di cui fa menzione il Tar per il Lazio a p. 14 della sentenza impugnata appare del tutto inattendibile perché:

- non vi è alcuna chiarezza sul se e sul quando il signor Manzoni abbia partecipato alla stragrande maggioranza delle riunioni attuative dell'asserita intesa;

- le informazioni contenute nelle tabelle (ancora: prive di data certa e redatte unilateralmente da un *leniency applicant*) si sono palesate totalmente inveritiere ed inaffidabili;
- dalla documentazione raccolta in istruttoria risulta evidente l'assenza di Adda Ondulati dalle riunioni e, anzi, la sua estraneità allo scambio documentale.

2.3 Sul pagamento dell'albergo da parte del signor Manzoni si sostiene che:

- il Tar per il Lazio osserva come “per il tavolo Lombardia la sala era stata pagata da Adda Ondulati in data 5 novembre 2014” (sentenza impugnata, p. 13);
- da tale isolata circostanza il giudice, come pure l'AGCM, hanno superficialmente desunto che Adda Ondulati aderisse senz'altro all'asserita intesa, avendo pagato il locale presso il quale era avvenuta la riunione;
- non è dato rivenire in atti un solo documento tale da consentire di ricondurre all'odierna appellante il pagamento della sala in cui si sarebbe svolta la riunione (al di là delle dichiarazioni del *leniency applicant*);
- ammesso pure che la sala di cui trattasi sia stata pagata dal signor Manzoni, ciò è senza dubbio avvenuto con il proprio fondo spese, del quale, secondo la prassi in atto, chiedeva il rimborso mensile ad Adda Ondulati senza l'indicazione di alcuna specifica.

2.4 Sull'istruttoria si sostiene, infine, che:

- l'adesione di Adda Ondulati all'intesa si basa sulla parola di un *leniency applicant*;
- non risulta alcuna prova di alcuna informazione mai fornita ad Adda Ondulati dopo la morte del signor Manzoni. Solo la parola (peraltro contraddittoria) di due concorrenti, a loro volta aderenti all'asserita intesa;
- caduta la riconducibilità ad Adda Ondulati delle iniziative personalissime

del signor Manzoni, le dichiarazioni dei *leniency applicant* non hanno valenza istruttoria se non corroborate da ulteriori elementi di prova, riscontri che, invece, rispetto ad Adda Ondulati sono completamente assenti.

2.5 Il motivo è infondato.

2.5.1 Conviene preliminarmente richiamare alcuni principi enunciati dalla Sezione in materia di prova dell'esistenza e della partecipazione ad una intesa restrittiva della concorrenza:

- l'accertamento di un'intesa anticoncorrenziale non richiede che essa risulti da documenti o da altri elementi probatori fondati su dati estrinseci e formali, essendo all'uopo sufficiente anche una prova indiziaria, purché gli indizi siano gravi, precisi e concordanti (Cons. Stato, sez. VI - 10/01/2020, n. 236);

- la ricostruzione della fattispecie collusiva postula una valutazione globale delle prove acquisite, al fine di dare evidenza dell'intero assetto dei rapporti intercorrenti tra le imprese; ciò esclude la possibilità di parcellizzare i singoli elementi probatori sulla base di una considerazione meramente atomistica degli stessi (Cons. Stato, sez. VI - 10/01/2020, n. 236);

- ai fini dell'accertamento di un'intesa anticompetitiva tra imprese è necessario predisporre un'analisi complessa ed articolata, che deve tenere conto di tutti gli elementi di prova acquisiti nella loro interezza e nella correlazione reciproca che lega gli uni agli altri (Cons. Stato, sez. VI - 03/01/2020, n. 52);

- la prova di accordi bilaterali assume valenza sufficiente a dimostrare l'esistenza dell'intesa in quanto si tratta di tasselli che si inseriscono in un quadro complessivo indiziaro idoneo a provare l'intesa stessa. Non è necessario, dunque, che ci sia la prova della partecipazione ad ogni singolo episodio contestato dall'Autorità (Cons. Stato, sez. VI - 02/09/2019, n.

6022);

- l'esistenza di una pratica o di un accordo anticoncorrenziale deve normalmente essere dedotta da un elevato numero di indizi e riscontri, i quali, considerati nel loro insieme, possono costituire, solo se manchi una spiegazione alternativa lecita della condotta delle imprese coinvolte, la prova di una violazione delle regole di concorrenza (Cons. Stato, sez. VI - 14/01/2019, n. 321);

- qualora la prova della concertazione tra imprese 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 l'onere di fornire una diversa spiegazione lecita delle loro condotte e dei loro contatti (Cons. Stato, sez. VI - 04/09/2015, n. 4123);

- la sola partecipazione di un'impresa alle riunioni nel corso delle quali sono stati definiti gli elementi dell'intesa vietata rappresenta un dato che non consente a tale impresa di invocare poi la propria estraneità rispetto alla fattispecie oggetto di sanzione: a meno che essa non si sia manifestamente opposta alla pratica che si andava in modo evidente delineando, ovvero riesca persuasivamente a dimostrare che la sua partecipazione alle riunioni non si sia connotata di alcuno spirito anticoncorrenziale (Cons. Stato sez. VI - 02/07/2015, n. 3291);

- si deve presumere, fatta salva la prova contraria il cui onere incombe agli operatori interessati, che le imprese partecipanti alla concertazione e che rimangono presenti sul mercato, tengano conto degli scambi di informazioni con i loro concorrenti per decidere il proprio comportamento

sul mercato stesso. Al fine di inficiare questa presunzione, è onere dell'impresa interessata dimostrare che la concertazione non abbia influenzato in nessun modo il suo personale comportamento sul mercato (Cons. Stato, sez. VI - 24/10/2014, n. 5274);

- risulta superfluo, al fine dell'*an* della responsabilità, indagare se il singolo partecipante all'intesa vietata abbia avuto un ruolo maggiore o minore, attivo o meramente passivo. Ed infatti, l'intesa risulta contestabile anche nei confronti di chi si limiti a trarne un vantaggio assumendo un ruolo meramente passivo, dovendosi riconoscere l'esonero da responsabilità solo in caso di dissociazione espressa dall'intesa (Cons. Stato, sez. VI - 04/09/2014, n. 4506).

2.5.2 Nel caso di specie la solidità del supporto probatorio emerge sia in generale sia in relazione alle singole partecipazioni. Sul primo versante, l'accertamento si fonda sulla peculiare circostanza per cui numerose imprese parti dei due diversi illeciti (cc.dd. *leniency applicant*) hanno confessato la propria partecipazione agli illeciti, rendendo all'Autorità le relative dettagliate dichiarazioni, il cui contenuto è debitamente riportato nel provvedimento, alla cui conferma contribuisce la relativa documentazione acquisita agli atti.

L'istruttoria svolta dall'Autorità fa emergere una serie di elementi utili ad enucleare la partecipazione dell'appellante all'intesa e il ruolo avuto dalla stessa. Di seguito gli elementi rilevanti ripresi dal provvedimento impugnato:

- *dalle evidenze descritte nel prosieguo emerge che [omissis] Adda Ondulati [omissis], nonché l'associazione di categoria GIFCO, hanno posto in essere un'intesa avente ad oggetto la definizione dei prezzi di vendita del cartone ondulato, in particolare agli scatolifici non verticalmente integrati, e la definizione di fermi degli stabilimenti*

produttivi, laddove necessari al fine di sostenere gli aumento del prezzo del foglio concordati. L'intesa accertata ha avuto inizio con la definizione del Listino del 2 febbraio 2004 ed è proseguita senza soluzione di continuità fino al 30 marzo 2017, data di svolgimento dei primi accertamenti ispettivi nel presente procedimento istruttorio (par. 110);

- in tal senso, appare ad esempio avere natura generale, con la partecipazione di esponenti di [omissis] Adda Ondulati [omissis] la riunione che si è svolta presso l'hotel San Marco di Parma in data 6 dicembre 2005, descritta in maniera puntuale dai citati appunti di [omissis] rinvenuti in ispezione presso la sede di International Paper (par. 235);

- altra riunione avente carattere di vertice, considerata dai partecipanti una riunione "informale" del GIFCO, è quella svoltasi presso l'hotel Doria Grand Hotel di Milano in data 26 febbraio 2013, anch'essa documentata dai citati appunti di [omissis] di International Paper. Stando al contenuto degli appunti, alla riunione hanno partecipato rappresentanti di Adda Ondulati [omissis]. Oltre a dare atto della circostanza del parallelo aumento del prezzo del cartone in fogli ([omissis]), nel contesto di quella riunione viene definita, a valle di una modifica della normativa di riferimento, una linea di condotta comune al fine di ridurre i termini di pagamento applicati ai propri clienti, oltre che una percentuale generale di aumento del prezzo delle scatole pari al 10% (par. 237)

- in particolare, dalle dichiarazioni degli applicant e dalle informazioni in atti, risulta che le seguenti società hanno partecipato alle riunioni regionali, seppur talune di esse con una partecipazione variabile nel tempo, o di carattere residuale, come meglio illustrato nel seguito: (i) riunioni Lombardia: [omissis] Adda Ondulati [omissis]; (ii) riunioni Piemonte: [omissis] Adda Ondulati [omissis] (par. 241);

- in questo contesto, l'applicant ha dichiarato che a tali riunioni relative all'area Lombardia, nel corso del tempo, hanno partecipato rappresentanti di [omissis] Adda

Ondulati [omissis] (par. 251);

- il sig. [omissis] ha poi dichiarato di aver partecipato ad incontri tra concorrenti a partire dal 1998, quando era in forze presso gli stabilimenti del nord di Smurfit Sisa, alcuni dei quali sono descritti dal sig. [omissis] di International Paper nei dettagliati appunti rinvenuti in ispezione, cui ricorda hanno partecipato anche rappresentanti di Adda Ondulati [omissis] (par. 252);

- a conferma delle dichiarazioni rese, gli appunti forniscono prova della partecipazione agli incontri da parte di rappresentanti di [omissis] Adda Ondulati [omissis] (par. 253);

- più in particolare, gli appunti offrono la prova di una prima riunione regionale relativa all'area Lombardia svoltasi in data 7 settembre 2005. Gli appunti, su carta intestata dell'Hotel Holiday Inn, presi dal sig. [omissis], al tempo (e fino al 2017) Plant General Manager dello stabilimento di Bellusco di International Paper, descrivono una riunione svoltasi ad Assago in data 7 settembre 2005 ([omissis]), a cui hanno partecipato: “[omissis] [Adda Ondulati], [omissis] (par. 254);

- i dettagliati appunti del sig. [omissis] riportano quanto segue: [omissis], annotazione seguita da due frecce che indicano l'aumento del 5% per le carte [omissis] e l'8% per il [omissis]. [omissis]. Negli appunti [omissis], di Adda Ondulati, viene indicato come il [omissis], e si riportano, tra le altre, le seguenti ulteriori considerazioni formulate dai partecipanti alla riunione: [omissis] [Adda Ondulati] (par. 255);

- in sede di audizione in data 13 luglio 2018, con riferimento al contenuto dei suoi appunti, [omissis] ha dichiarato che probabilmente la persona che si era occupata delle convocazioni era stata [omissis], al tempo responsabile commerciale di Adda Ondulati (par. 256);

- in data 16 settembre 2005 [omissis] si è svolta un'ulteriore riunione di cui il sig. [omissis], Plant General Manager dello stabilimento di Bellusco di International Paper, offre testimonianza nei propri appunti, classificata come riunione [omissis], e dunque

relativa all'area Piemonte ed espressamente riferita al GIFCO. Alla riunione hanno partecipato: [omissis] [omissis] [Adda Ondulati], [omissis]. La riunione si è svolta presso l'hotel Al Mulino di Alessandria, sito in prossimità del casello autostradale di Alessandria Ovest (par. 257);

- lo stesso set di appunti di questa riunione offre la prova di un incontro, svolto al margine di quella riunione che appare teso a definire alcune triangolazioni tra International Paper, rappresentata da [omissis], e Adda Ondulati, nella persona di [omissis], con riferimento ai clienti [omissis] e, possibilmente, [omissis] (par. 259);

- presso la sede di International Paper sono stati rinvenuti appunti manoscritti del [omissis], su carta intestata dell'Hotel San Marco di Parma, di una riunione svoltasi a Parma in data 3 ottobre 2005 [omissis], cui hanno partecipato: [omissis] [Adda Ondulati] (par. 260);

- da una lettura degli appunti si osserva che la riunione si apre con un giro di tavolo tra i partecipanti, i quali esprimono in particolare le seguenti considerazioni: “ [omissis]. A questo punto, un altro partecipante considera: [omissis]. A seguire, [omissis] di Adda Ondulati considera: [omissis]”. Gli appunti si concludono con l'indicazione relativo al luogo del successivo incontro ad Alessandria Ovest (par. 261);

- sempre presso la sede di International Paper, sono stati rinvenuti alcuni appunti di [omissis], su carta intestata dell'Hotel San Marco di Parma, di una riunione svoltasi a Parma in data 6 dicembre 2005 [omissis]), cui hanno partecipato [omissis] [Adda Ondulati] [omissis]. Tale riunione appare avere natura generale, e ciò emerge non solo da un'osservazione del luogo dell'incontro (essendo l'hotel San Marco identificato come sede di varie riunioni di vertice), nonché dei suoi partecipanti (tutti esponenti di vertice delle aziende considerate), ma in particolare dalla natura degli argomenti in quella sede trattati (par. 263);

- sempre nel 2013, e in particolare in data 26 febbraio, ha avuto poi luogo una riunione di vertice, ampiamente documentata da appunti del sig [omissis] rinvenuti in ispezione

presso International Paper. In particolare, la riunione si è svolta in data 26 febbraio 2013 presso il Doria Grand Hotel di Milano, come risulta dalla carta intestata utilizzata dal sig. [omissis] per prendere gli appunti. Tra i partecipanti alla riunione compaiono: [omissis] e [omissis] di Adda Ondulati, [omissis]. Dopo una serie di considerazioni introduttive circa l'andamento del mercato, la discussione è proseguita al fine di definire linee di condotta comuni per ridurre i termini di pagamento applicati ai propri clienti, stabilendo altresì una percentuale generale di aumento del prezzo delle scatole pari al 10% (par. 273).

3.5.3 Da quanto esposto risulta in maniera evidente la partecipazione della società appellante all'intesa. Il dato emerge in maniera inequivocabile sia dalle dichiarazioni degli *applicant* che da elementi ulteriori come la partecipazione ad una pluralità di riunioni.

Ne discende che nella specie, alla luce dei richiamati orientamenti della Sezione:

- esistono indizi gravi, precisi e concordanti della partecipazione dell'appellante all'intesa;
- a tale conclusione si giunge guardando all'intero assetto dei rapporti intercorrenti tra le imprese e tenendo conto di tutti gli elementi di prova acquisiti nella loro interezza e nella correlazione reciproca che lega gli uni agli altri, senza che sia necessaria la prova della partecipazione ad ogni singolo episodio;
- l'appellante non ha fornito una diversa spiegazione plausibile delle proprie condotte;
- l'appellante non ha fornito neanche un principio di prova circa l'essersi opposta alla pratica che si andava in modo evidente delineando.

È appena il caso di sottolineare che non può essere condiviso il tentativo di creare un discrimen tra i ruoli ricoperti dal signor Manzoni (dipendente di

Adda Ondulati per un verso e per altro verso esponente di spicco del GIFCO, di cui è stato membro del consiglio direttivo per più di un decennio). Basti pensare al fatto che nessun elemento accredita l'idea che il signor Manzoni abbia inteso separare la posizione di Adda Ondulati ad esempio dichiarando il dissenso rispetto all'intesa. Gli effetti dei suoi comportamenti si riverberano sulla posizione dell'appellante.

Per queste ragioni il motivo di appello è infondato e devono essere condivise le conclusioni raggiunte dal primo giudice.

3. Con il secondo motivo di appello si lamenta: Eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità e travisamento dei fatti sotto altro e diverso profilo. Errata definizione da parte del Tar del Lazio dei limiti temporali della contestata partecipazione di Adda Ondulati all'asserita intesa.

Si chiede a questa Sezione di accogliere il secondo motivo di gravame, relativo alla quantificazione temporale della partecipazione di Adda Ondulati all'intesa per il periodo compreso tra il 5.11.2009 e il 30.3.2017 (provvedimento impugnato, § 485).

Si sostiene che tale datazione è totalmente inaffidabile e slegata rispetto alle risultanze istruttorie perché:

- i file rinvenuti nel computer del sig. Brambillasca riguardanti due riunioni del tavolo Lombardia/Piemonte nel 2009, non contengono alcun riferimento a Adda Ondulati; (così come a qualsivoglia altra impresa concorrente);
- nessun riferimento alla odierna esponente si rinviene anche nei file relativi all'anno 2010;
- la partecipazione all'asserita intesa del signor Manzoni non è imputabile ad Adda Ondulati;
- dopo la morte del signor Manzoni, a partire dal 20.10.2015 nessun

collaboratore di Adda Ondulati ha mai più partecipato ad alcuna riunione né risulta mai essere stato informato di alcunché, non risultando in proposito alcun elemento idoneo a vincere la rilevata presunzione di innocenza esistente in favore di Adda Ondulati;

- non c'è prova di alcun contatto o coinvolgimento, neanche indiretto, di Adda Ondulati nell'asserita intesa dopo il decesso del Signor Manzoni, a parte la dichiarazione generica e non circostanziata di un *leniency applicant*;

- il principio di presunzione di innocenza impone di considerare le risultanze istruttorie del procedimento assolutamente insufficienti a far ritenere che Adda Ondulati possa aver partecipato alla (pur inesistente) asserita intesa nel lasso temporale indicato nel provvedimento;

- stando alla documentazione in atti (ma ferma la totale estraneità di Adda Ondulati da qualsivoglia accordo illecito), il lasso temporale rilevante ai fini della partecipazione della odierna deducente all'asserita intesa non si estenderebbe – come erroneamente ritenuto dal Giudice di prime cure nella sentenza n. 6040/2021 – per circa otto anni ma, a tutto concedere, per non più di quattro.

3.1 Il motivo non può essere accolto.

Le circostanze addotte dall'appellante non fanno venir meno il quadro degli indizi gravi, precisi e concordanti ricostruiti in precedenza (ai quali si rinvia) che testimoniano una partecipazione prolungata dell'appellante all'intesa oggettivamente molto lunga, senza che in assenza di una dissociazione o di una persuasiva spiegazione alternativa del provato coinvolgimento, possano essere invalidati o determinare una circoscrizione temporale nel senso postulato dal motivo in esame.

Il principio di presunzione di innocenza (*rectius*: di non colpevolezza) è soddisfatto dalla esistenza di tale corposo quadro indiziario.

Rilevano poi anche altri principi costituzionali come la libertà di iniziativa economica che viene mortificata ogni qualvolta si pone in essere un'intesa anticoncorrenziale: si pensi solo alle imprese estranee all'intesa o alle imprese acquirenti dei beni prodotti dai soggetti partecipanti all'intesa che per effetto della stessa vendono falsate le dinamiche concorrenziali.

Sono considerazioni di questo tipo a dare fondamento al principio per il quale (come nella specie) una intesa deve ritenersi provata ogni qualvolta esistono indizi gravi, precisi e concordanti della partecipazione, dovendo l'azione di contrasto ai cartelli essere effettiva ed essendo evenienza rarissima per il carattere segreto o riservato degli accordi di cartello la prova della c.d. pistola fumante.

Evidenze individualizzanti relative alla partecipazione a determinati segmenti temporali del cartello unitario protrattosi per lungo tempo, in presenza di una mancata dissociazione significativa o della prova positiva di una spiegazione alternativa sono sufficienti a ritenere concretizzata la prova della partecipazione all'intesa come valutata dall'Autorità.

Devono essere condivise le considerazioni svolte dal primo giudice.

4. Con il terzo motivo di appello si lamenta: Eccesso di potere per travisamento dei fatti. Riqualficazione dell'asserita intesa in termini di abuso di posizione dominante (collettiva) nei confronti (anche) di Adda Ondulati. Erronea valutazione da parte del Tar in merito all'impossibilità di riqualficare la fattispecie in termini di abuso di posizione dominante ai danni della società.

Secondo l'appellante la sentenza impugnata ha frainteso il motivo di ricorso con il quale non si metteva in discussione l'esistenza di una intesa *tout court* ma, al contrario, si evidenziava come gli operatori dominanti sul mercato avevano concordato, a proprio esclusivo vantaggio, condizioni commerciali

che poi sono state imposte agli altri concorrenti mediante meccanismi ritorsivi.

Si sostiene che i fatti all'esame dell'AGCM presentavano le seguenti caratteristiche:

- a. i contenuti dell'asserita intesa sono stati definiti dai soli operatori titolari di una quota di larghissima maggioranza sul mercato, che hanno unilateralmente definito il "Listino", hanno autonomamente deciso le condizioni di mercato da applicare;
- b. tali imprese detengono, congiuntamente, una posizione dominante sul mercato della carta, laddove "circa il 70% del mercato è riferibile a quattro gruppi di imprese (Pro-Gest, DS Smith, Smurfit Kappa e Laveggia)". Per inciso, la quota di mercato ricoperta da Adda Ondulati quanto a produzione di fogli di cartone ondulato è stata pari, nel 2017, all'1,2%;
- c. questi hanno, poi, imposto agli operatori minori le condizioni alle quali operare sul mercato;
- d. le condizioni imposte ai concorrenti di dimensioni minori sono state oggetto di controllo e verifica da parte delle imprese dominanti;
- e. ai meccanismi di controllo e verifica si affiancavano meccanismi di ritorsione nei confronti di quanti non si fossero adeguati alle condizioni di mercato imposte dalle imprese dominanti, come espressamente riconosciuto nel provvedimento al § 497 e § 247.

Secondo l'appellante sussistono, pertanto, tutte le caratteristiche "da manuale" perché si accerti l'esistenza di una posizione dominante collettiva e la posizione di impresa danneggiata, e non certo collusa, di Adda Ondulati.

A dire dell'appellante la necessità di riqualificare l'illecito contestato dall'AGCM da intesa comprendente tutte le parti del procedimento in

abuso di posizione dominante di alcune di esse nei confronti altre quantomeno di Adda Ondulati appare inevitabile (o quantomeno estremamente più ragionevole e probabile di quella sostenuta nel provvedimento) perché:

- a. il vantaggio economico dell'asserita intesa risulta concentrato nelle mani delle sole imprese in posizione dominante mentre Adda Ondulati non ha in nessun modo tratto vantaggio dall'intesa asseritamente intercorsa;
- b. gli unici operatori ad avere interesse ad una intesa del tipo di quella immaginata dall'AGCM erano solo ed esclusivamente le grandi imprese titolari di più stabilimenti. Le vendite di cartone avvengono, come riconosciuto dalla stessa AGCM, all'interno di un'area il cui raggio non supera i 250 Km dallo stabilimento produttivo. Le imprese escluse dalle "riunioni nazionali", dotate di un unico stabilimento, come Adda Ondulati, evidentemente, non hanno alcun interesse ad uniformare i prezzi sull'intero territorio nazionale;
- c. ciò vale tanto più in riferimento ad Adda Ondulati, il cui *core business* è rappresentato dalla vendita di scatole;
- d. Adda Ondulati ha mantenuto una politica commerciale autonoma.

L'appellante sostiene che:

- l'ipotizzata intesa è intercorsa tra le sole imprese in posizione dominante e la sua imposizione quantomeno ad Adda Ondulati ha rappresentato un abuso di posizione dominante, di cui Adda Ondulati è stata, al più, vittima;
- il Tar per il Lazio non ha scrutinato le doglianze sviluppate nel ricorso in primo grado, limitandosi – erroneamente – ad affermare che le evidenze probatorie avrebbero confermato la sussistenza di una intesa segreta e richiamando sul punto un indirizzo giurisprudenziale secondo il quale anche il vantaggio ottenuto da un'impresa che abbia mantenuto un

contegno passivo nell'ambito dell'intesa sia passibile di sanzione;

- nulla viene argomentato in ordine all'essere stata la società vittima di una diversa e rilevante fattispecie anticoncorrenziale: *id est* l'abuso di posizione dominante, di cui si ritiene ricorrano tutti gli indici rivelatori.

4.1 Il motivo è infondato.

Come chiarito da Cons Stato, sez. VI , 01/06/2016, n. 2328, in materia di intese restrittive della concorrenza singoli comportamenti delle imprese (ciascuno dei quali, considerato di per sé, potrebbe apparire privo di specifica rilevanza) possono rivelarsi elementi di una fattispecie complessa, costitutiva di un'unica infrazione da ricondurre in parte al concetto di «accordo», in parte a quello di «pratica concordata», ai sensi e per gli effetti dell'art. 81 del Trattato (ora art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea) e degli artt. 1, 2 e 3 della l. l. 10 ottobre 1990, n. 287; in tale situazione i dati singoli debbono essere considerati quali tasselli di un mosaico, i cui elementi non sono significativi di per sé, ma come parte di un disegno unitario qualificabile come intesa restrittiva della libertà di concorrenza o abuso di posizione dominante; in tale ipotesi, è sufficiente che l'AGCM tracci un quadro indiziario coerente ed univoco, a fronte del quale spetta ai soggetti interessati fornire spiegazioni alternative alle conclusioni tratte nel provvedimento accertativo della violazione concorrenziale.

Nella specie il provvedimento impugnato offre una chiara ricostruzione dei fatti come riferibili alla nozione di intesa e non di abuso. Tale ricostruzione appare priva di salti logici e come tale condivisibile mentre l'ipotesi di riconduzione della fattispecie all'abuso di posizione dominante appare meramente ipotetica, una mera congettura.

L'esistenza del cartello è stata provata da un complesso quadro indiziario,

prima succintamente richiamato, e da plurime dichiarazioni dei leniency applicants, riscontrate dalla c.d. prova endogena sull'andamento dei ricavi e dalle puntuali indagini svolte ripercorse nella analitica motivazione del provvedimento.

Diversamente opinando, d'altronde, non si comprenderebbe come mai nessuna delle tante imprese coinvolte nell'intesa non si sia attivata per denunciare l'abuso di posizione dominante.

5. Con il quarto motivo di appello si lamenta: Erronea valutazione da parte del Tar in merito alla determinazione della sanzione.

5.1 Sotto un primo profilo si lamenta l'illegittima applicazione dell'aggravante della segretezza dell'intesa.

Si sostiene che:

- il primo motivo di impugnativa di primo grado della sanzione riguardava l'inapplicabilità dell'aggravante della segretezza dell'intesa al caso specifico;
- la sentenza impugnata si limita a rilevare che *«la parte preponderante del supporto probatorio adoperato dall'Autorità è costituito da documenti ad uso interno ovvero da scambi di mail intercorsi tra le parti e non conoscibili all'esterno, il che determina la palese clandestinità e segretezza dei contatti e dei coordinamenti tra le parti del cartello»*;
- c'è palese contraddizione con la precedente giurisprudenza del medesimo Tar, che ha correttamente ritenuto che l'illiceità delle condotte anticoncorrenziali le rende naturalmente non "pubbliche" e perseguite mediante riunioni riservate, la cui documentazione è ridotta al minimo;
- la "segretezza" non può mai dirsi insita nella violazione in sé o nella natura riservata con cui essa viene posta in essere, altrimenti l'aggravante della segretezza dovrebbe applicarsi a qualsivoglia intesa, per il fatto stesso di essere intesa vietata, il che contrasta con la logica giuridica prima ancora

che con la presunzione di innocenza;

- per la relativa maggiorazione della sanzione, l'AGCM deve fornire prova di circostanze idonee a far ritenere la precisa e determinata volontà delle parti di occultare ogni contatto avvenuto per dare luogo all'intesa sanzionata, desumibile da artifici particolari e indirizzati esclusivamente a tale scopo. Cosa che non è avvenuta in questo caso.

5.2 Sotto un secondo profilo si lamenta l'illegittima omissione da parte del Tar della valutazione degli effetti dell'intesa.

Si sostiene che il Tar per il Lazio omette totalmente di osservare come la commisurazione della sanzione non possa prescindere, ai sensi del § 14.iv delle Linee Guida, dalla valutazione degli effetti in concreto verificatisi a seguito dell'intesa contestata;

- nel caso di specie, invece, tale profilo è stato totalmente ignorato;

- tale valutazione degli effetti della pratica contestata sui fatturati delle singole imprese coinvolte sarebbe stata tanto più rilevante nel caso di specie, nel quale le grandi imprese dominanti hanno guadagnato tassi di crescita importanti dall'asserita intesa mentre Adda Ondulati ha avuto, nello stesso arco di tempo esaminato dall'Autorità, un quadro non di crescita, ma semmai di stabilità (se non a tratti di contrazione), sia in termini di ricavi che di margine operativo.

5.3 Sotto un terzo profilo si lamenta l'illegittima mancata valutazione da parte del Tar delle attenuanti.

Si sostiene che:

- sul punto il Tar per il Lazio si limita a osservare che, ai fini del provvedimento di condanna da parte dell'AGCM, non interessa rilevare il ruolo più o meno attivo giocato dalle imprese nella condotta collusiva eventualmente accertata;

- ai sensi del § 23 delle Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie, rappresenta, nei confronti delle singole imprese, attenuante il “dimostrare di aver svolto un ruolo marginale alla partecipazione dell’infrazione, provando altresì di non aver di fatto concretamente attuato la pratica illecita”;
- Adda Ondulati non era parte del gruppo delle imprese che hanno definito le condizioni dell’asserita intesa, non ha partecipato a gran parte delle riunioni, non si è mai adeguata ai prezzi imposti, ha avuto i risultati economici peggiori tra i suoi concorrenti.

5.4 Un quarto profilo riguarda il ricalcolo della sanzione.

L’appellante chiede a questo Collegio di determinare, in sentenza, i criteri di determinazione della sanzione nei termini che seguono:

- l’AGCM interpreta l’art. 15, co. 1, l. 287/1990 (là dove è stabilito che l’AGCM può applicare una sanzione “fino al 10% del fatturato [...]”) come mera soglia di contenimento della sanzione;
- ciò implica che l’importo sanzionatorio calcolato secondo le Linee guida possa eccedere il massimo di legge nei passaggi sanzionatori intermedi, purché il risultato finale sia, poi, ridotto entro il limite massimo di legge;
- tale interpretazione solleva forti perplessità sia in letteratura che in giurisprudenza;
- lo stesso Parlamento Europeo, con la propria Risoluzione del 2 febbraio 2012 sulla relazione annuale sulla politica di concorrenza dell’Unione europea (2011/2094(INI)) § 34, ha sollecitato una revisione degli Orientamenti della Commissione proprio al fine di adottare espressamente la soluzione qui suggerita;
- il calcolo di una sanzione teorica eccedente il massimo di legge avvenga – da parte dell’Autorità – sulla base di regole tecniche di natura meramente

amministrativa, da cui consegue inevitabilmente la violazione del principio di legalità;

- parimenti lesi appaiono i principi di proporzionalità, individualità e uguaglianza, laddove l'interpretazione fatta propria dall'AGCM comporta, come inevitabile conseguenza, un "appiattimento" di tutte le sanzioni irrogate verso il massimo, posto che il superamento della soglia del 10% nei passaggi intermedi di calcolo comporta un innalzamento artificioso ed indebito della sanzione sulla quale calcolare le eventuali attenuanti;

- una siffatta impostazione rischia anche di rendere di fatto irrilevanti, in sede sanzionatoria, perfino le attenuanti spettanti all'impresa – come quella richiesta nel presente ricorso;

- le considerazioni svolte e la palese maggiore severità del sistema nazionale rispetto a quello comunitario fanno ritenere che l'interpretazione fin qui seguita dall'AGCM confligga irrimediabilmente con i principi costituzionali di legalità, determinatezza, proporzionalità, nonché con i canoni di individualità della pena, di parità di trattamento, di ragionevolezza e di buon andamento della P.A. di cui agli artt. 3, 25 e 97 Cost., 7 CEDU e 49 Carta Europea dei Diritti Fondamentali;

- è inevitabile, allora, concludere per una lettura del limite dell'art. 15 l. 287/1990 come massimo edittale in senso proprio, tale da imporre all'AGCM di determinare l'importo della sanzione entro il massimo di legge anche nei passaggi di calcolo intermedi.

L'appellante chiede al Collegio di uniformare l'eventuale sanzione in capo alla Adda Ondulati ai criteri interpretativi dell'art. 15, co. 1, l. 287/1990 di cui sopra, ritenendo il limite di legge non quale mera soglia di contenimento ma come massimo edittale in senso proprio, con la conseguenza di mantenere entro la soglia massima stabilita dal legislatore

non solo la sanzione finale irrogata ma anche i passaggi di calcolo intermedi.

5.4 Il motivo è fondato per quanto di ragione.

5.4.1 Conviene preliminarmente richiamare alcuni principi enunciati dalla Sezione in materia di quantificazione delle sanzioni da comminare ove venga accertata (come nella specie) la partecipazione ad una intesa restrittiva della concorrenza:

- la politica sanzionatoria dell'AGCM è volta sia a punire coloro che hanno posto in essere condotte illecite e a scongiurare la reiterazione delle stesse, sia a dissuadere le altre imprese dal porre in essere comportamenti vietati. In particolare nell'esercizio del proprio potere sanzionatorio, l'Autorità persegue un duplice obiettivo: (a) deterrenza specifica nei confronti delle imprese che si sono rese responsabili di una violazione delle norme in materia di intese (cosiddetto effetto dissuasivo specifico); (b) deterrenza generale nei confronti degli altri operatori economici dall'assumere o continuare condotte contrarie alle norme di concorrenza (cosiddetto effetto dissuasivo generale) (Cons. Stato, sez. VI, 15/07/2019, n.4990);
- dato l'elevato grado di severità che le caratterizzano, le sanzioni antitrust hanno natura sostanzialmente penale (Cons Stato, sez. VI, 22/03/2016, n.1164; Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza Menarini, 27 settembre 2011, n. 43509/08) anche se questo non significa un'automatica applicazione di tutti i principi garantistici previsti dal processo penale come ad esempio i principi del giusto processo e della parità delle armi (Cons. Stato - sez. VI, 10/07/2018, n.4211);
- la Corte costituzionale ha esteso il principio di proporzionalità nell'applicazione delle sanzioni penali - che impone la necessaria personalizzazione della pena alla luce della oggettiva gravità, oggettiva e

soggettiva, del singolo fatto di reato in attuazione del principio di personalità della responsabilità penale ai sensi dell'art. 27 Cost. - anche alle sanzioni amministrative punitive (*ex multis*, Cons. Stato sez. VI, 09/06/2022, 4696);

- in materia di tutela della concorrenza, il concetto di gravità di cui all'art. 15, l. n. 287/90 viene in rilievo in ordine al quantum sanzionatorio (tenuto conto) laddove essa risulta normativamente e logicamente compatibile con la (diversa e prodromica) qualificazione di gravità dell'infrazione. In altri termini, ferma la qualificazione dell'illecito come grave ai fini della punibilità con sanzione pecuniaria, consente al giudice quell'apprezzamento di gravità in ordine alla graduazione commisurativa della pena (Cons. Stato, sez. VI, 24/06/2010, n. 4013);

- i provvedimenti dell'Autorità, nella parte sanzionatoria, devono recare l'indicazione di una serie di dati come: qualificazione dell'infrazione come grave o molto grave; durata dell'illecito; importo della sanzione per ciascuna impresa; eventuali circostanze attenuanti o aggravanti applicate; rapporto percentuale tra importo della sanzione e fatturato complessivo dell'impresa; eventuali altri criteri di quantificazione utilizzati (Cons. Stato sez. VI, 20/05/2011, n. 3013). (Mette conto notare che sono state indicazioni di questo tipo a propiziare l'adozione della Delibera AGCM 22 ottobre 2014, n.25152 - Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90);

- la determinazione dell'importo della sanzione costituisce espressione di un potere discrezionale dell'Autorità: ciò esclude l'applicazione di un approccio puramente matematico e meccanicistico nella valutazione del peso da

attribuire a ciascuna circostanza, poiché il valore finale della sanzione va determinato, assumendo quale principale parametro di riferimento l'effettiva idoneità del quantum della sanzione a tenere conto nel modo più adeguato possibile della specifica gravità della condotta contestata all'impresa (Cons Stato - sez. VI, 26/03/2020, n.2111).

5.4.2 Alla luce dei principi appena richiamati è possibile analizzare le specifiche censure contenute nel motivo di appello.

5.4.3 Sotto un primo profilo l'appellante lamenta l'illegittima applicazione dell'aggravante della segretezza dell'intesa.

La specifica censura non può essere accolta.

Correttamente l'Autorità ha considerato le intese di cui si discute come segrete se non altro perché esse non erano certo palesate al pubblico e per averne la prova si è dovuto ricorrere a plurime dichiarazioni dei *leniency applicants* e all'acquisizione di documenti come la corrispondenza delle imprese coinvolte, che di norma è coperta dal segreto epistolare (conforme Cons. Stato, sez. VI, 31/12/2018, n.7320).

5.4.4 Non può essere accolta la tesi secondo cui il provvedimento non avrebbe accertato gli effetti che l'intesa ha prodotto sul mercato. Come ribadito, ad esempio, da Cons. Stato sez. VI, 13/01/2020, la giurisprudenza di questo Consiglio chiarito le "intese per oggetto" (come quella di cui si discute) hanno un oggetto di per sé vietato e, quindi, sono, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza, con la conseguenza che è inutile dimostrare in concreto la sussistenza di effetti dannosi sul mercato.

5.4.5 Sono invece fondate, per quanto di ragione, le censure con cui si lamentano per un verso la mancata valutazione da parte del Tar delle attenuanti e per altro verso i criteri di calcolo della sanzione che si risolvono

in una violazione dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e individualità della pena.

Alla luce dei principi esposti, nella specie non si rinviene una apprezzabile personalizzazione delle modalità di calcolo del quantum della sanzione, nel senso prima indicato, con conseguente venir meno della sua proporzionalità e adeguatezza.

5.4.6 Preliminarmente allo scrutinio di tale ultimo ordine di censure, è opportuno effettuare una sintetica ricognizione del contesto normativo riferimento cui, peraltro, l'Autorità afferma di essersi attenuta nella quantificazione degli importi comminati.

Ai sensi dell'art. 31 della L. n. 287/1990 «per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione della presente legge si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della legge 24 novembre 1981, n. 689».

L'art. 11 della fonte normativa richiamata dispone che «nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell'applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche».

L'impianto normativo prevede, pertanto, la modulabilità della sanzione in ragione delle specificità del caso concreto.

Le Linee Guida, in tema di quantificazione della sanzione, dispongono ai punti 7 e ss. che la sanzione venga calcolata moltiplicando una percentuale del valore delle vendite determinata in funzione della gravità dell'infrazione, per la durata dell'intesa contestata (espressa in anni, mesi e giorni).

Il valore rilevante ai presenti fini, è quello del fatturato generato, anche attraverso eventuali società controllate, dalla produzione e commercializzazione dei beni oggetto dell'intesa nell'ultimo anno intero di partecipazione alla stessa, al netto di IVA e altre imposte.

L'importo assunto quale base di calcolo della sanzione è, quindi, ancorato ad un dato di base ricavato sulla base di dati oggettivi.

L'importo così calcolato viene considerato solo per una quota parte percentuale da definirsi, a cura dell'Autorità, in funzione della gravità dell'infrazione, nella misura massima del 30% del valore delle vendite.

È, altresì, previsto che in presenza di violazioni particolarmente gravi quali, per espressa previsione, le intese orizzontali segrete di fissazione dei prezzi, di ripartizione dei mercati e di limitazioni della produzione (caratteri rilevati e contestati dall'Autorità), la percentuale di riduzione non possa essere inferiore al 15%.

Nel caso di specie, l'Autorità, sul rilievo dell'indisponibilità di elementi certi circa l'effettivo impatto dell'intesa sul mercato, applicava a tutte le partecipanti lo specificato valore percentuale minimo.

Il quantum così parametrato, ai sensi dell'art. 25 delle Linee Guida, viene rimodulato in relazione alle responsabilità del singolo operatore tenuto conto di eventuali circostanze aggravanti/attenuanti rinvenibili nella fattispecie.

L'importo risultante all'esito del descritto procedimento di calcolo, è ulteriormente previsto che non possa eccedere il tetto fissato dall'art. 15 della l. n. 287/1990, a norma del quale, nel testo *ratione temporis* vigente, l'Autorità «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».

Ai sensi dell'art. 30 delle Linee Guida, una ulteriore riduzione della sanzione sino alla concorrenza dell'importo della stessa, è riconoscibile in applicazione di un programma di clemenza.

La considerazione delle circostanze concrete (dimensioni delle aziende e rilievo del ruolo rivestito nell'intesa), ai sensi dell'art. 34 delle Linee Guida, può consentire una ulteriore riduzione della sanzione.

L'Autorità, a sostegno della congruità e ragionevolezza della sanzione comminata, allega la già evidenziata applicazione, per tutte le partecipanti alle intese, del coefficiente di gravità nella misura minima del 15% del valore delle vendite, procedendo, come indicato nelle tabelle riportate nel provvedimento impugnato, alle ulteriori riduzioni (in termini percentuali variabili in relazione ad ogni singola fattispecie) contemplate dall'illustrata normativa.

Come detto ai sensi dell'art. 15 della l. n. 287/1990, l'Autorità, «tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione, dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10 per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o associazione di imprese nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida».

La disciplina attuativa del richiamato precetto normativo è contenuta nelle «Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90» adottate con Delibera AGCM 22 ottobre 2014, n. 25152 che detta i criteri in base ai quali dovrà essere nel concreto fissato l'importo della sanzione avuto riguardo alla natura, gravità e durata dell'infrazione accertata.

L'importo base della sanzione, ai sensi del punto 7 delle Linee Guida «si ottiene moltiplicando una percentuale del valore delle vendite determinata

in funzione del livello di gravità dell'infrazione, alla durata della partecipazione di ciascuna impresa all'infrazione». L'importo così determinato non può in ogni caso eccedere il valore del 30% delle vendite (punto 11 delle Linee Guida). Per le violazioni più gravi la percentuale del valore delle vendite considerata sarà di regola non inferiore al 15% (punto 11 delle Linee Guida).

Il coefficiente di gravità consente di definire sulla base di un parametro certo (volumi di vendita) l'importo base cui applicare gli aumenti e riduzioni commisurati alle concrete peculiarità della condotta oggetto di contestazione.

Tuttavia, lo scarto esistente fra il minimo valore percentuale del 15% del coefficiente in questione e il massimo valore percentuale del tetto imposto dalla norma nel 10%, determina nel concreto un appiattimento della sanzione su quest'ultimo valore frustrando la ratio della disciplina di settore, sia di rango legislativo che regolamentare, astrattamente improntata ad una differenziazione della sanzione in funzione delle specificità delle condotte e dei ruoli imputabili a ciascun singolo operatore.

La circostanza trova indiretta conferma nello stesso provvedimento impugnato (punto 504) laddove l'Autorità precisa che le sanzioni applicate alle partecipanti alle intese oggetto del presente giudizio, «eccedono per la maggior parte delle aziende coinvolte, il limite massimo previsto dall'art. 15, comma 1, della legge n. 287/1990».

Ne deriva che, sia pur in termini non assoluti ma percentuali, il tetto legale determina una riduzione tanto più significativa quanto è maggiore lo scostamento in aumento della sanzione.

In altri termini, il beneficio riconosciuto dalla norma ad ogni azienda, si determina in funzione dell'entità dello scostamento della sanzione

(calcolata come sopra descritto) dal tetto legale, determinando il paradossale risultato che maggiore è la gravità della condotta, maggiore può rivelarsi il vantaggio che il trasgressore ricava.

È, quindi, possibile affermare che la ratio sottesa alla norma di legge, individuabile nella necessità di contenere l'entità della sanzione entro limiti di sostenibilità finanziaria, di fatto limita, quando non esclude, la possibilità di graduare la stessa adeguandola alle effettive responsabilità degli autori delle condotte illegittime.

Dell'eliminazione di tale discrasia dovrà farsi carico l'Autorità in sede di ridefinizione degli importi delle sanzioni considerando il valore primario della disposizione di cui all'art. 15 della L. n. 287/1990.

5.4.7 Il provvedimento impugnato deve essere annullato nella parte relativa alla quantificazione della sanzione. L'Autorità dovrà ridefinire gli importi delle stesse alla luce delle considerazioni esposte e dando rilievo al coinvolgimento pieno, medio e lieve di ogni singola impresa coinvolta.

6. Per le ragioni esposte l'appello deve essere accolto in parte, in relazione alla quantificazione della sanzione pecuniaria.

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi o eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Sussistono eccezionali ragioni per disporre l'integrale compensazione di spese e onorari del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte e,

per l'effetto, in parziale riforma della sentenza gravata, accoglie il ricorso di primo grado limitatamente alla quantificazione della sanzione pecuniaria.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere

Giovanni Pascuzzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Pascuzzi

IL PRESIDENTE
Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO