



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 NRG 5910/2021, proposto dalla MS Packaging s.r.l., corrente in Salerno, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Fimmanò e Giuliano Gruner, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

contro

l'Autorità garante della concorrenza e del mercato-AGCM, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi n. 12 e

nei confronti

- dell'Associazione CIS, con sede in Milano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Damiano Lipani, Francesca Sbrana e Carlo Edoardo Cazzato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Roma, via Vittoria Colonna n. 40 e
- della DS Smith Holding Italia s.p.a., corrente in Vimercate (MB), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difeso dall'avv. Emilio De

Giorgi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

per la riforma

della sentenza del TAR Lazio, sez. I, n. 6073/2021, resa tra le parti e concernente la sanzione irrogata dall'AGCM all'appellante col provvedimento prot. n. 0054404 del 6 agosto 2019;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità intimata, nonché delle controinteressate DS Smith Holding Italia s.p.a. e Associazione CIS;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore all'udienza pubblica del 31 marzo 2022 il Cons. Silvestro Maria Russo e uditi altresì, per le parti, gli avvocati Fimmanò, Gruner, De Giorgi, Lipani e Sbrana;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. – La MS Packaging s.r.l., corrente in Salerno, rende noto d'essere una primaria impresa per la produzione e commercializzazione di imballaggi in cartone ondulato operante dalla fine del 2015, a seguito dell'acquisizione d'uno stabilimento della Mauro Benedetti s.p.a. in Arzano-NA,

Detta Società dichiara altresì d'esser stata attinta, insieme a numerose altre imprese del settore, dalla nota prot. n. 26476 del 22 marzo 2017, con cui l'AGCM iniziò un procedimento istruttorio, relativo 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).

In particolare, tali intese restrittive erano state realizzate dai «... *maggiori produttori di cartone ondulato in Italia, integrati anche nella fase a valle della produzione di imballaggi...*» ed ebbero ad oggetto «... *il coordinamento delle condizioni commerciali nei mercati della vendita di cartone ondulato e della*

vendita di imballaggi, con... riferimento alla determinazione uniforme dei relativi prezzi di vendita, dei livelli degli sconti, nonché della ripartizione della clientela...». Ebbene, a detta Società, che pure era stata definita anche dalle concorrenti un'impresa molto aggressiva nel mercato degli imballaggi, l'Autorità contestò, in esito al procedimento istruttorio I-805 e dopo la notifica della CIR, d'aver partecipato all'intesa-imballaggi, per il periodo 25 febbraio 2016/30 marzo 2017. In particolare, dalla CIR s'evince l'intesa-imballaggi in cartone ondulato, consistente «... nella definizione in comune di aumenti dei prezzi delle scatole, espressi in termini percentuali, applicabili a tutti i... clienti, e nella ripartizione dei clienti (non aggressione) e delle forniture a clienti co-forniti (non belligeranza), prevalentemente di grandi dimensioni, nonché... nella definizione in comune di altri parametri commerciali rilevanti, quali i termini di pagamento ...».

2. – Sul punto detta Società osservò d'appartenere alla quota di mercato (6%) dei c.d. “scatolifici puri” e che le pratiche segrete e concordate (testé descritte) in tal intesa avrebbero trovato la loro genesi, ad avviso esplicito dell'Autorità, negli effetti della prima intesa, ossia nell'aumento dei prezzi del cartone ondulato, costituente la materia prima per gli imballaggi.

Nonostante le articolate difese di tal Società in contraddittorio con l'AGCM stessa, quest'ultima,

col provvedimento prot. n. 54404 del 6 agosto 2019, le ha irrogato, in una con la diffida di astenersi «... in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto delle infrazioni accertate di cui al punto a) e c)...», la sanzione pecuniaria di € 2.817.890,00.

Tanto perché, pur dando l'Autorità espressamente atto dell'esiguità degli incontri svolti, ha ritenuto che «... non rileva... che taluni operatori abbiano partecipato solo alle riunioni di un dato tavolo regionale, e non ad altre, o che non abbiano partecipato al coordinamento a livello di vertice o con riferimento a determinate specifiche tipologie di prodotti o clienti...». Invero, a detta dell'Autorità, «... anche la mera condivisione di informazioni è stata capace di rimuovere

l'incertezza sul mercato, così consentendo alle parti di prendere decisioni basate su informazioni più specifiche e più accurate...».

L'Autorità ha precisato inoltre che «... per l'assenza di una dissociazione manifesta, non è possibile estromettere MS Packaging dall'accertamento, nella misura in cui la società ha non solo partecipato (ed ospitato) una riunione successiva alla prima cui aveva partecipato (e in particolare alla riunione centro-sud del 24 marzo 2016, successiva a quella del 25 febbraio 2016), ma dalla documentazione in atti emerge... che MS Packaging stava diventando un operatore aggressivo in termini di concorrenza esercitata e prezzi offerti,...(ma) a fronte della proposta di aderire all'intesa la società non si sia, anche successivamente a tale seconda riunione, rifiutata di assumere un atteggiamento cooperativo...».

3. – Dal che l'adizione attorea al TAR Lazio, col ricorso NRG 13055/2019.

Contro tal provvedimento, il procedimento istruttorio, il relativo avvio e le risultanze della CIR, l'impresa deduce i seguenti motivi:

I) – l'omessa puntuale ed autonoma istruttoria sull'intesa-imballaggi affinché fosse possibile isolare oggetto, soggetti ed effetti dell'altra intesa (intesa –fogli) rispetto ad essa, ov'è invece emersa l'estraneità piena ed incondizionata ed addirittura la dissociazione da parte della ricorrente dal tentativo di coinvolgerla da parte degli autori della prima intesa (e di fatto anche della seconda, quali imprese *leader* nella produzione c.d. integrata di cartone ondulato e di imballaggi in cartone ondulato), avendo l'Autorità messo insieme condotte relative a due distinti settori merceologici riferiti a due diversi mercati e ha, addirittura, condonato tal illecito al promotore della prima intesa;

II) – l'avvenuto coinvolgimento dei c.d. “scatolifici integrati”, quali la ricorrente, solo in un tempo successivo alle vicende collusive tra le imprese produttive di cartone ondulato e gli scatolifici c.d. “puri”, ché l'intesa-imballaggi si qualificò comunque qual distinta infrazione *antitrust* in base alle varie ragioni considerate dall'Autorità (composizione soggettiva assai diversificata tra gli operatori dei due

mercati; mancato coordinamento globale tra loro, anche a livello locale; diversità di prodotti e clienti tra le due intese; ecc.), ma comunque petizione di principio, asserita dai leader della prima intesa contro la condotta concorrenziale aggressiva della ricorrente;

III) – l’insussistenza, in base alla documentazione raccolta dall’AGCM, dell’intesa segreta collusiva anche da parte della ricorrente, che non partecipò a riunioni a livello nazionale e prese parte solo a due riunioni locali ed a presunti contatti telefonici con altre imprese, ritenuti erroneamente indiziari della “condivisione di informazioni” tra tutte loro e dell’“assenza di dissociazione manifesta” della ricorrente, cosa non vera, questa (a differenza del comportamento tenuto da altri operatori in siffatto contesto e, anzi, smentita dalle dichiarazioni rese dalla legale rappresentante della ricorrente stessa all’Autorità, in sede d’audizione, circa le due riunioni organizzate dalla GIFCO e nelle quali le altre imprese ribadirono l’atteggiamento pro-concorrenziale di MS Packaging nella sua attività, di cui l’AGCM non ha tenuto in alcun conto;

IV) – l’insussistenza di, e comunque l’assenza di prove su, scambi di informazioni telefoniche ri. levanti a fini antitrust tra un funzionario della ricorrente e il direttore Area sud-Italia di DS Smith, evinti da e-mail interne a quest’ultima, proposti dalla stessa e relativi a due clienti storici di DS (che avevano fatti vari acquisti presso MS, grazie alle sue offerte competitive), al fine d’evitarne effetti negativi sul cartello illecito già messo in piedi, donde l’assenza d’ogni coordinamento di condotte, la manifesta volontà della ricorrente di dissociarsi dall’intesa e l’insussistenza di condivisione della concorrenza “aggressiva” attorea con le altre imprese dell’intesa (avente ad oggetto l’aumento e non il ribasso dei prezzi –invece posto in essere da MS–, né la ripartizione dei clienti);

V) – l’esistenza d’un programma di boicottaggio ai danni della ricorrente stessa (si da dimostrarne l’estraneità a tal cartello), l’insussistenza d’un atteggiamento collusivo endogeno da parte di essa, il difetto di congruità narrativa del preteso intento illecito attoreo (dove l’irragionevolezza, nonché l’abnormità della misura

della sanzione irrogata), l'omessa considerazione dei prezzi effettivi praticati e l'assenza di prova seria sulla partecipazione attorea al cartello collusivo;

VI) – l'irragionevolezza e l'illogicità della valutazione dell'Autorità sugli elementi istruttori raccolti a carico della ricorrente, non essendo stata dimostrata l'esistenza né d'un accordo collusivo, né una pratica concordata (cioè, di coordinamento) di essa con le altre imprese della seconda intesa (di cui mancano gli indizi gravi, precisi e concordanti);

VII) – l'illegittimità della sanzione applicata, in relazione al brevissimo tempo contestatole (2016/17) rispetto al lungo periodo (dal 2005 in poi) in cui fu mantenuta l'intesa collusiva, donde l'effetto discriminatorio, oltre all'errore sulla base di calcolo della sanzione stessa (l'ACGM ha preso come parametro il fatturato, peraltro consolidato e complessivo, non solo del cartone ondulato, realizzato nel 2018 invece di quello realizzato nel 2016, pari alla minor somma di € 20.530.014,77);

VIII) – in subordine, la congrua riduzione della sanzione così applicata al fine di differenziare la posizione della ricorrente da quella delle altre imprese partecipanti.

La ricorrente ha infine formulato, ai fini dell'eventuale rinvio pregiudiziale alla CGUE i seguenti quesiti: A) - se la corretta interpretazione dell'art. 101 TFUE consenta di considerare qual "pratica concordata" vietata la mera partecipazione di un'impresa ad un esiguo numero (due) di riunioni organizzate dall'associazione di categoria in qualità di membro neo-iscritto a tal sodalizio, senza conoscerne l'intento e senza spirito anticoncorrenziale; B) - se la mera partecipazione d'un operatore, ignaro dell'esistenza di un cartello, ad un numero esiguo di incontri tra imprese facenti parte della medesima associazione di categoria e costituenti il cartello, senza che l'operatore abbia poi coordinato le proprie politiche concorrenziali con tali imprese e senza il ricorrere di ulteriori elementi indiziari, possa legittimamente far ritenere sussistente una violazione del § 1) dell'art. 101 TFUE, ove l'impresa nel corso di tali incontri non abbia mantenuto un

atteggiamento meramente passivo, bensì abbia espresso dissenso rispetto all'invito a partecipare al cartello.

Con l'atto per motivi aggiunti depositato il 26 giugno 2020, la ricorrente, dopo aver illustrato le questioni sulla rateazione concessale dall'Autorità col provvedimento del precedente 26 febbraio, si grava pure contro tal determinazione, deducendo che l'AGCM ha indicato un importo, nel piano di ammortamento, corrispondente a quello contestato col gravame introduttivo e senza tener conto della marginalità delle condotte contestate e ribadendo il dianzi cennato errore sulla base di calcolo. La ricorrente ha quindi proposto un'"istanza di supplemento istruttorio" (depositata il 15 gennaio 2021) volta ad acquisire le Appendici I e II alla CRI nella versione integrale e priva di *omissis*, trattandosi, a suo dire, di documenti rilevanti ai fini del giudizio.

3. – L'adito TAR, con sentenza n. 6073 del 24 maggio 2021, ha integralmente respinto la pretesa così azionata, in quanto:

A) – non è possibile riconoscere l'unicità delle due intese accertate, nella specie mancando la prova della conoscenza del "piano d'insieme" da parte di tutte le imprese colà coinvolte (al di là di taluni elementi indicativi dell'esistenza di detto piano), né la consapevolezza, in capo a tutte le imprese coinvolte, non solo dell'intento di riversare sugli acquirenti finali degli imballaggi l'aumento del prezzo della materia prima, ma anche della derivazione di tal aumento dall'intesa-fogli, donde la netta distinzione tra le due intese perché realizzate da soggetti assai diversificati, con tempi e modi del tutto difforni e senza possibilità d'identificare un comune obiettivo o la complementarietà delle condotte;

B) – l'intesa-fogli ebbe ad oggetto l'aumento dei prezzi del foglio di cartone (grazie al controllo dei volumi di fogli immessi sul mercato) perlopiù in danno agli scatolifici non integrati, mentre l'intesa - imballaggi riguardò l'aumento dei soli prezzi di questi e la ripartizione della clientela (acquirenti finali di scatole), in danno ad essa, donde la ragionevolezza dell'interpretazione dell'Autorità sulla distinzione consequenziale tra tali due intese;

C) – secondo le regole ed i principi sottesi all'art. 101 TFUE, il divieto di intese anti-concorrenziali (a tutela della concorrenza nel mercato e per garantire il benessere dei consumatori e un'allocazione efficiente delle risorse) impone, tra l'altro, che a ciascun operatore, pur potendo tener conto delle scelte imprenditoriali note o presunte dei concorrenti, non è consentito instaurare con costoro diretti o indiretti contatti, aventi per oggetto o per effetto condizioni di concorrenza non corrispondenti alle normali condizioni del mercato;

D) – assodata nella specie l'esistenza dei due citati accordi collusivi, la ricorrente ha confermato di aver partecipato alle due riunioni del 25 febbraio e del 24 marzo 2016, ma di non esser riuscita a dar prova della sua asserita dissociazione dalla condotta illecita, non essendo altrimenti giustificabile la sua decisione di prender parte anche alla seconda riunione, visto che essa non fornì alcun elemento di prova sul suo dissenso esplicito e, al contrario, essa ospitò la seconda delle due riunioni presso una struttura a sua disposizione;

E) – nella misura in cui emerge, dagli elementi in atti, che la ricorrente partecipò alle citate riunioni coi concorrenti o ne ricevè informazioni relative, si può lecitamente presumere che, se un'impresa riceve dati strategici da un concorrente (nel contesto di una riunione, o mediante telefono o posta elettronica), essa abbia accettato le informazioni ricevute e adattato di conseguenza l'atteggiamento sul mercato;

F) – non son condivisibili le doglianze sulla verifica dei prezzi applicati a valle del coordinamento e, più in generale, sugli effetti dell'intesa, poiché la ricorrente non tien conto della peculiare natura dell'illecito, consistente in un'intesa restrittiva, unica, complessa, segreta e per oggetto, mediante cui i partecipanti hanno voluto neutralizzare la pressione competitiva nel mercato italiano delle scatole in cartone ondulato attraverso la concertazione di significativi aumenti di prezzo e la definizione di meccanismi di controllo e spartizione della clientela;

G) – il provvedimento impugnato non nega che, nella percezione degli altri

operatori, MS fosse visto come un produttore “aggressivo”, senza che però questa “percezione” abbia in concreto inciso sulla decisione della ricorrente di non opporsi al coordinamento (cfr. i §§ 316/318 e, in particolare, la nota 597);

H) – l’infondatezza delle censure sia sul criterio di calcolo della sanzione riferita al fatturato 2018 e non al 2016 (l’Autorità ha correttamente considerato il fatturato 2016 e quello 2018 è rilevato per individuare il massimo del 10 % ex art. 15, co. 1 della l. 287/1990-ultimo esercizio chiuso prima della notifica della diffida), sia sul diverso trattamento sanzionatorio a suo detrimento rispetto ad altre imprese, sia sul limitato ambito di operatività di essa o sul suo ruolo marginale nella concertazione, sia, infine, sulla riconoscibilità dell’attenuante della cooperazione procedimentale (essendosi limitata la ricorrente a rispondere a specifiche richieste informative rivolte da AGCM); I) – la conseguente infondatezza del ricorso per motivi aggiunti sulla rateazione di tal sanzione, recante censure simili a quelle testé viste.

Appella quindi la MS Packaging s.r.l., col ricorso in epigrafe, deducendo l’erroneità dell’impugnata sentenza per: I) – non aver colto non solo che essa, qual scatolificio puro, fu vittima e non complice dell’intesa-imballaggi, a sua volta provocata a cascata dal rialzo dei prezzi per effetto dell’intesa-fogli, ma soprattutto che la sua partecipazione alle sole due riunioni dell’intesa, peraltro provocate dal “fastidio” competitivo che essa aveva procurato e ha continuato a provocare ai suoi *competitor*, è stata dissociativa (quindi, ben più che passiva, come quella di Ondulati Del Savio o di Toppazzini, immuni da sanzioni), donde il paradosso d’esser stata sanzionata pur svolgendo attività pro-competitive; II) – l’omessa considerazione degli argomenti attorei addotti in primo grado, ossia il minimo coinvolgimento consultivo in due ravvicinate riunioni (peraltro voluti dalla GIFCO e svolte per evitare attriti col suo presidente) e per talune *e-mail* scambiate sul suo conto da imprese terze, tali da escludere la presenza di indizi gravi, precisi e concordanti sulla partecipazione all’intesa collusiva, sulla condivisione di informazioni con tali imprese, sull’assenza di chiara dissociazione, su successive “triangolazioni” con specifici clienti; III) – l’omessa valutazione della censura sulle

e-mail aziendali interne a DS Smith, acquisite al procedimento dietro produzione del *leniency applicant* (cfr. Appendice II, § 91), proposti dalla stessa e relative a due clienti storici di DS (che avevano fatti vari acquisti presso MS, grazie alle offerte competitive di essa), tant'è che non risulta dimostrato dall'Autorità il coinvolgimento diretto dell'appellante in nessuno di questi scambi di informazioni; IV) – il boicottaggio in danno all'appellante, che DS avrebbe voluto coinvolgere nell'intesa collusiva, sebbene tal disegno non fu realizzato e la sola DS, e non anche altri operatori, parlò del coinvolgimento di MS in tal intesa e fu creduta dall'Autorità, che neppure considerò i prezzi effettivi da essa praticati (di fatto incompatibili con l'intesa stessa), né l'estrema brevità del periodo in cui essa sarebbe stata collusa; V) – l'irragionevole ed illogica valutazione degli elementi acquisiti in sede istruttoria e dai quali l'Autorità avrebbe dovuto ricavare non certo l'illiceità della condotta attorea, bensì la diversa ed opposta conclusione dell'assenza di partecipazione di MS a tal intesa anti-competitiva, viste l'assenza di prova sul punto e l'esistenza di indizi di segno opposto, all'uopo non occorrendo che la dissociazione dalla pratica concordata si manifesti per forza in una dissociazione pubblica o in un obbligo di denuncia all'Autorità stessa, ma bastando che si dimostri che la mera partecipazione a riunioni collusive fu svolta, come infatti avvenne, senza spirito anti-concorrenziale; VI) – la ribadizione delle censure sull'*an* ed il *quantum* della sanzione irrogata.

Resiste in giudizio l'Autorità intimata, concludendo per il rigetto dell'appello.

4. – L'appello in esame, relativo alla c.d. "intesa-imballaggi", è infondato e va respinto.

Anzitutto, non pare aver gran senso l'insistenza attorea sulla stretta correlazione tra l'intesa-fogli e l'intesa-imballaggi, quasi che la prima si fosse riverberata a cascata sulla seconda, tanto da esimere l'Autorità da una puntuale istruttoria sulla differenza tra le due intese. Non è così: in disparte le evidenze fattuali riscontrate dall'Autorità in senso contrario alla tesi attorea, dirimente s'appalesa, in base a

ferma giurisprudenza UE, per stabilire se i vari comportamenti illeciti integrino una sola o più intese, se le predette intese rientrino ciascuna o tutte quante in un “piano d’insieme”. Quest’ultimo, pur se connotato da una pluralità di azioni e condotte, in realtà descrive l’elemento decisivo ai fini dell’accertamento dell’esistenza di un’infrazione al diritto della concorrenza e, nella specie, di un’unica infrazione specifica per volta. Invero, le azioni relative ai due diversi mercati s’inscrivono in altrettanti, ma separati piani globali, dei quali, a seconda che si muovano in uno, nell’altro o in entrambi i contesti, i partecipanti sono ben a conoscenza di qual sia il tipo d’intesa in cui stanno operando. Riferendosi a copiosa giurisprudenza in materia, il TAR ha affermato che *«... elementi quali la sussistenza di condotte di vario tipo, la sovrapponibilità, più o meno ampia, delle parti delle varie possibili intese, la coincidenza del periodo temporale in cui le condotte sono state poste in essere e l’eventuale complementarietà tra le varie linee di azione assumono rilevanza solo in quanto indici della sussistenza del (singolo-NDE) “piano di insieme”, che però, a sua volta, determina l’unicità della intesa solo se sia conosciuto da tutte le parti...»*.

A suo avviso (ma anche per il Collegio), infatti, l’unicità dell’intesa va dunque riconosciuta quando si possa *«... stabilire che ciascuna delle parti sia a conoscenza non solo dell’obiettivo comune, ma anche delle azioni poste in essere dalle altre parti per raggiungerlo. Mentre, ove manchi la prova della conoscenza del “piano d’insieme”, nei sensi innanzi precisati, da parte di tutte le imprese coinvolte, l’intesa unica non può essere riconosciuta, nonostante la sussistenza in concreto di alcuni degli elementi indicativi dell’esistenza di detto “piano d’insieme”...»*.

Ora, non sfugge al Collegio che le due intese potessero esser, anche nell’intento o nella visione di uno o più dei partecipanti ad entrambi i contesti, come una sola cosa. A ben vedere, però, il TAR, dando concreta applicazione al citato orientamento al caso di specie, ha potuto concludere che non si trattò di un’intesa unica. Invero, ciò avrebbe richiesto l’accertamento della consapevolezza, in capo a

tutte le imprese coinvolte, non solo dell'intento di riversare sugli acquirenti finali degli imballaggi l'aumento del prezzo della materia prima, ma pure del fatto che tale aumento fosse stato determinato dall'intesa-fogli. Ma quand'anche l'Autorità non avesse avuto a disposizione elementi cospicui e ragionevoli di prova su tal differenza tra le intese e nonostante quanto ripetuto fino alla fine dalla Società appellante, in sede di risposta alla CRI e nei due gradi di giudizio la stessa impresa appellante, come dice il TAR, *«... conferma, in effetti, di aver partecipato alle due riunioni del 25.2 e del 24.3.2016, ma non è riuscita a dare la prova della sua asserita dissociazione dalla condotta collusiva, non risultando per altro verso nemmeno condivisibile la motivazione offerta per giustificare la sua decisione di prender parte anche alla seconda riunione:... essa non ha fornito alcun elemento di prova attestante un suo dissenso esplicito, ma è risultato, al contrario, come abbia ospitato la seconda... una struttura di proprietà del suo titolare...»*. Il che è come dire che, qualunque fosse stata la sorte dell'intesa-fogli, alla fine vi fu un'intesa-imballaggi che la coinvolse e dalla quale non è che non seppe, ma non volle dissociarsi.

Sicché, proprio per questi dati e, specialmente se l'appellante si sentì "boicottata" a causa della sua intraprendenza competitiva e tirata dentro l'accordo collusivo grazie alla DS Smith, avrebbe dovuto manifestare subito (cioè nel 2016) la propria totale e chiara dissociazione, dandone comunicazione all'Autorità. Non lo fece e, dunque, agì accettando il rischio della collusione che rileva sul piano anticoncorrenziale anche se accettati solo al fine di evitare boicottaggi, rimanendo in apparenza ai margini, ma in una posizione ambigua, dell'intesa collusiva, accentandone le condotte e le conseguenze. Infatti, essa non volle scontentare il Presidente di GIFCO; mise a disposizione i propri locali per la seconda riunione; ebbe contezza delle ragioni collusive espresse in tali due riunioni; poté apprezzare, anche ove non si fosse rappresentata alcunché della prima intesa, le ragioni anti-competitive di quella alla quale fu invitata e che perseguì. Si potrebbe forse dire marginale tal

partecipazione, ma è un falso problema, per un duplice ordine di ragioni: per un verso, è *jus receptum* la superfluità, ai fini dell'*an* della responsabilità, d'indagare se il singolo partecipante all'intesa abbia avuto un ruolo maggiore o minore, poiché si può riconoscere l'esonero da responsabilità solo in caso di dissociazione espressa dall'intesa. Per altro verso, per dimostrare la partecipazione di un'impresa ad una *combine* anti-concorrenziale, ne basta la mera partecipazione a riunioni ove siano stati conclusi accordi di tal fatta (di cui v'è ampia prova sul piano obiettivo e di contesto per le plurime dichiarazioni di imprese collaboranti), senza esservisi specificamente opposta.

Sicché, al di là della citata ambiguità, l'appellante, pur dicendo di mantenere condotte commerciali molto vivaci e competitive, alla fine fu sodale e partecipe di detta intesa imballaggi, la quale s'inverò nel voler «...*neutralizzare la pressione competitiva* (e, quindi, pure la sua) *nel mercato italiano delle scatole in cartone ondulato attraverso la concertazione di significativi aumenti di prezzo e la definizione di meccanismi di controllo e spartizione della clientela...*», in termini sia di non aggressione, che di non belligeranza. Rettamente il TAR ha condiviso quanto detto dall'Autorità sulla condotta tanto della Società appellante, quanto dei corresponsabili di essa, sul numero esiguo di riunioni tra le imprese o sulla circostanza che i loro rappresentanti avessero partecipato solo alle riunioni di un certo tavolo regionale, anziché ad altre o al tavolo di coordinamento relative a dati prodotti piuttosto che ad altri. Quale che rileva, ai fini della natura, illecita o meno, di tal condotto delle imprese, tra cui la stessa appellante, è la comune consapevolezza sul tipo e sullo scopo di tali incontri, in varia guisa ordinati a mantenere di comune accordo prezzi alti verso la clientela, elidendo ogni forma di concorrenza o condizionandola al fine di limitarla. Anzi, risulta che l'appellante, ad onta d'una sua diversa opinione, partecipò alle due citate riunioni, ma pure alle c.d. "triangolazioni" su specifici clienti.

Tanto a differenza del Gruppo DS Smith che, nella vicenda in esame, è stato *leniency applicant* e ha tenuto una condotta non (solo) passiva ed ambigua, simile,

cioè a quella dell'appellante, ma (anche) attiva e dissociativa nel denunciare la *combine* sui prezzi nell'intesa-imballaggi, alla luce di fatti ed atti poi oggettivamente riscontrati dall'Autorità in sede istruttoria. Dal che l'infondatezza d'ogni diverso avviso dell'appellante, secondo per cui la sua responsabilità sarebbe discesa solo da siffatta denuncia del Gruppo DS.

5. – Fermo, così, il rigetto dei primi tre mezzi di gravame, non certo a diversa conclusione deve il Collegio pervenire con riguardo al quarto motivo.

Dice l'appellante che fu proprio DS a volerla coinvolgere nell'intesa collusiva, ma che tal disegno non sarebbe giunto a buon fine, tant'è che fu la sola DS, e non anche altri operatori, ad aver parlato del coinvolgimento di MS in tal intesa e fu creduta dall'Autorità.

Ora, è noto che, se la prova della concertazione si basa non sulla percezione d'un parallelismo di comportamenti tra le imprese colluse, ma sull'istruttoria dell'Autorità da cui emerga che le pratiche siano il frutto di una concertazione e d'uno scambio di informazioni concrete tra le imprese (in relazione alle quali vi siano ragionevoli indizi di una pratica concordata anti-concorrenziale), grava sulle imprese l'onere di fornire una diversa e ragionevole spiegazione lecita delle loro condotte e dei loro contatti. Su tali aspetti non sfuggono al Collegio né le pec interne a DS, né i prezzi praticati dall'appellante, né le “accuse” rivolte dai concorrenti a MS per le pratiche “aggressive”. Ma le une riguardarono soltanto gli approcci verso l'appellante (dalle quali essa non si ritrasse), gli altri rappresentarono il rilancio di un'attività produttiva dopo l'acquisto dell'impresa da parte del sig. Lombardi (forse sarebbe stato meglio aver un dato più facilmente percepibile del rapporto tra investimenti, diritti pagati e terzi e fatturati, per gli anni 2015/17) e gli ultimi la constatazione delle condotte economiche tenute dal MS fino al momento della riunione del 24 marzo 2016 in Cava dei Tirreni. Si tratta di dati dai quali l'appellante vorrebbe inferire la propria estraneità alla collusione, mentre essi dimostrano al più buone capacità e indipendenza di tal impresa, che tuttavia

non intese dissociarsi, pur avendone ben compreso l'oggetto, da tal *combine*.

Se l'attendismo attoreo e la brevità del contatto illecito (in realtà un anno ed un mese, quanto bastò per ben comprenderne il significato) con le altre imprese colluse non fanno certo dell'appellante l'artefice o l'ideatrice, non per ciò solo la rendono vittima o, comunque, immune da colpe. Al più tal vicenda sarebbe potuta esser invocata, in astratto, solo sul *quantum* della sanzione ed è ciò che ha fatto l'appellante in primo grado, ma invano. La ragione è semplice: come s'è detto (e ciò rende del tutto non condivisibile il quinto motivo), la dissociazione dev'esser operosa, ogni altra condotta, pur se contraria ma passiva, appalesandosi petizione di principio. Inoltre, la misura della sanzione al più potrebbe esser congruamente ridotta (come si vedrà), in quanto fossero ricorsi in capo all'appellante seri e significativi aspetti connotanti la fattispecie, quali la collaborazione dell'appellante nel corso dell'istruttoria e, soprattutto, il qualificato contributo nella ricostruzione dei fatti e nella cessazione dell'illecito. Proprio per questo, e rettamente ad avviso del Collegio, di ciò s'è fatto carico il provvedimento AGCM gravato, ove ha precisato, ai §§ 316/318 (nt. 597), che MS, per quanto stesse diventando un «... *operatore aggressivo ... dalla documentazione in atti emerge... che, a fronte della proposta formulata dai partecipanti all'intesa di aderire alla concertazione in corso... non si sia rifiutata di assumere un atteggiamento cooperativo...*».

Alla luce di tutto ciò, non si ravvisa spazio, a fermo avviso del Collegio, per un rinvio pregiudiziale alla CGUE, secondo quanto detto dall'appellante già in primo grado.

Non per la prima questione, con cui l'appellante chiede se l'interpretazione dell'art. 101 TFUE ritenga già "pratica concordata" illecita la mera partecipazione di un'impresa ad un esiguo numero (due) di riunioni organizzate dal sodalizio di categoria e senza conoscerne le ragioni, giacché il quesito è non già sull'interpretazione in generale, bensì e più propriamente sull'applicazione in concreto del predetto art. 101 ed al solo fine di valutare se due riunioni, anziché tre o più, non raggiungessero un'ipotetica e arbitraria soglia minima d'esenzione da

responsabilità. E' evidente che nel sistema dell'ordinamento giuridico unionale esiste un riparto fra le funzioni del giudice sovranazionale e le funzioni del giudice nazionale, al primo spetta il monopolio dell'attività interpretativa, al secondo solo le attività applicative del diritto dell'unione. Il quesito proposto è "tagliato" su misura del caso concreto e non è un reale quesito sull'interpretazione dell'art. 101 TFUE e sulla nozione giuridica di intesa o di pratica concordata, ma concerne la rilevanza concreta della condotta tenuta dall'impresa. Ma tal rilevanza concreta spetta al giudice nazionale apprezzare, non essendovi una risposta astratta alla significatività di tale condotta per il sol fatto o solo in dipendenza dell'esiguità del numero di contatti in cui s'è concretizzata, ma della valenza degli stessi apprezzabile alla luce del complesso delle concrete circostanze del caso.

La Corte UE nel caso CILFIT (c. 238/81) ha ritenuto che *«l'art. 177, 3° comma, del Trattato CEE, va interpretato nel senso che una giurisdizione le cui decisioni non sono impugnabili secondo l'ordinamento interno è tenuta, qualora una questione di diritto comunitario si ponga dinanzi ad essa, ad adempiere il suo obbligo di rinvio, salvo che non abbia constatato che la questione non è pertinente, o che la disposizione comunitaria di cui è causa ha già costituito oggetto di interpretazione da parte della Corte, ovvero che la corretta applicazione del diritto comunitario si impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi; la configurabilità di tale eventualità va valutata in funzione delle caratteristiche proprie del diritto comunitario, delle particolari difficoltà che la sua interpretazione presenta e del rischio di divergenze di giurisprudenza all'interno della Comunità»*.

Moltissime volte la Corte ha affrontato nodi interpretativi relativi all'art. 101 TFUE ad es. per quanto qui rileva nella sentenza *T Mobile Netherlands* (CGUE 4/7/09 - C 8/08) ha statuito che la pratica concordata deve semplicemente essere idonea in concreto, tenuto conto del contesto giuridico ed economico nel quale si inserisce, ad impedire, restringere o falsare la concorrenza ed ha aggiunto che potrebbe essere

sufficiente un'asola presa di contatto al fine di pervenire ad una cooperazione di fatto sostitutiva della concorrenza e dei rischi che questa ultima comporta.

Nella sentenza *Dole* (CGUE 19/3/2015 - C. 286-13) la Corte ha statuito che un sistema di scambio di informazioni può costituire una violazione delle regole di concorrenza anche nel caso in cui il mercato in questione non sia oligopolistico. Tutte le volte che le condotte tenute siano tali da compromettere l'autonoma determinazione di ciascun produttore ad es. nella formazione dei prezzi o nelle proprie strategie la pratica va sanzionata.

Vanno pure ricordate le Linee guida sull'applicabilità dell'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale, che hanno fornito utili chiarimenti alla giurisprudenza nazionale per valutare il livello di anti-concorrenzialità dei contatti fra i competitors e dello scambio di informazioni. In tale documento la Commissione chiarisce come la valutazione deve essere condotta alla luce del contesto economico e giuridico in cui avviene la condotta contestata che spetta al giudice nazionale apprezzare in sede applicativa.

L'insieme dei precedenti richiamati offre un quadro giuridico consolidato, che rende superflua la rimessione. L'apprezzamento delle concrete circostanze del caso spetta infatti al giudice nazionale e non deve condurre ad un rinvio che assumerebbe tratti defatigatori.

E neppure la seconda delle questioni pregiudiziali prospettate merita diversa sorte, poiché fu già *ictu oculi* contrario alla corretta interpretazione dell'art. 101 non l'esiguità del numero di riunioni cui l'appellante partecipò, ma l'atteggiamento di essa, tanto conciliante ed ospitale da organizzare in una sua struttura ricettiva la seconda di tali riunioni, partecipandovi essa stessa e anzi favorendola, sì da elidere ogni sua ignoranza al riguardo e da imporle, ma invano, almeno la sola ma tempestiva denuncia dell'illecito continuato degli ospiti.

Come si vede, nell'un caso e nell'altro, pur essendo consapevole il Collegio degli obblighi di rinvio qual Giudice d'ultima istanza nell'ordinamento nazionale, può pacificamente concludersi secondo ragionevolezza ed a fronte di soli profili

applicativi dell'art. 101 TFUE che, nella specie, non sia necessario appunto per questo operare il rinvio pregiudiziale su una questione rispetto alla quale non appaiono reali e seri dubbi interpretativi.

In definitiva, il Collegio è dell'avviso che non sussista obbligo di rinvio le quante volte sia sufficiente accertare l'inammissibilità della questione pregiudiziale perché non vertente su un reale quesito interpretativo (le questioni poste non sono infatti d'interpretazione, ma di corretta applicazione della disposizione europea rilevante nel caso concreto) e tanto si verifica in presenza di un numero di significativi precedenti capaci di orientare la soluzione del caso.

6. – Invece, il Collegio condivide per quanto di ragione il sesto motivo, ove l'appellante ribadisce le censure circa l'*an* ed il *quantum* della sanzione irrogata.

Sull'*an*, la doglianza mira esclusivamente a trasmutare la brevità del coinvolgimento attoreo in tale *combine* in una vera e propria esimente, smentita invece, come s'è visto nei paragrafi precedenti, dal comportamento equivoco e non collaborativo dell'appellante stessa.

Per quanto poi attiene al *quantum* della sanzione, ossia l'invocata riduzione del 25% della relativa misura (già accordata ad altre imprese sanzionate), occorre anzitutto intendersi su che cosa sia stata la marginalità della posizione attorea durante e nella *combine*. Fermo restando anzitutto non v'è un interesse qualificato di ciascun'impresa sanzionata a contestare la (o trarre argomenti dalla) misura di quella irrogata alle altre al fine di pretendere per forza il medesimo trattamento, una condotta di natura anti-competitiva si può dire marginale non per la sua mera brevità, ma perché sarebbe dovuta esser diversa da quella descritta nel § precedente. Ebbene, la qualità della condotta attorea in effetti tenuta è stata oggettivamente connotata dalla consapevolezza dell'illecito dalla sua agevolazione e dell'assenza d'ogni seria dissociazione da tal intesa, che invece fu consapevole e mai realmente disattesa o ripudiata, neppure in sede d'audizione innanzi all'Autorità. Ma non può il Collegio non tener conto, dissociandosi così dal diverso

avviso del TAR sul punto, dalla condotta dall'appellante in termini di brevità e intensità, essendo durata poco più d'un anno e non essendosi inverata nel perseguimento d'un cartello-prezzi, al pari di altre imprese: l'appellante sapeva, non s'è dissociata, ma non ha progredito nell'illecito.

Ora, il Giudice di prime cure non ha sbagliato a stigmatizzare, in capo all'appellante, come fosse mancata la prova della estraneità alla pratica illecita; non così si deve dire in ordine al limitato ambito di operatività dell'impresa all'interno della *combine* e la marginalità della sua attività concertativa. Per quanto sia vero che non fare quel che sarebbe dovuto esser lecito e non dissociarsi dall'illecito sono condotte illecite —ma ciò non è in discussione, poiché l'appellante è in effetti responsabile—, la brevità dell'ingaggio e la concreta limitata cooperazione di essa con le altre imprese sanzionate giustificano la riduzione, secondo equità e nella misura del 20%, della misura applicatale. Certo, dalla lettura dei §§ 486 e ss. dell'impugnato provvedimento, s'evince chiaramente come l'Autorità abbia attentamente ponderato, ai fini della quantificazione della sanzione per tutte e ciascuna impresa, l'elemento della durata dell'illecito. Pur tuttavia, non fu solo la brevità, ma anche l'assenza d'intensità della partecipazione attorea alla citata *combine*, a giustificare l'invocata riduzione della sanzione, che va adesso affermata, senz'ulteriore disamina della pretesa “cooperazione” con l'Autorità: quest'ultima, se fosse stata vera e spontanea, e non la mera risposta a specifiche richieste informative rivolte dall'AGCM in sede d'audizione (cioè, un obbligo di legge), avrebbe comportato un provvedimento di clemenza, non tal riduzione.

Inoltre il Collegio trova poco perspicuo l'assunto per cui l'appellante avrebbe fornito all'Autorità la propria cooperazione procedimentale. Ma siffatta cooperazione di MS s'è in concreto inverata nel rispondere, cosa, questa, che è mera attività d'istruttoria procedimentale e in attuazione d'un obbligo di legge, non certo il presupposto per godere dell'apposita attenuante. Dal che la manifesta infondatezza della censura attorea sul mancato riconoscimento di tal attenuante, che il TAR ha correttamente rigettato, essendo ontologicamente diversa la dissociazione

spontanea ed attiva dall'adempimento dell'obbligo di dar risposta alle richieste formulate in audizione dall'Autorità procedente, peraltro in un procedimento con diversi *leniency applicant*.

Inoltre e per ciò che concerne la base di calcolo della sanzione stessa, l'Autorità, in ragione di quanto previsto dal § 7 delle Linee-guida ha individuato l'importo base delle sanzioni moltiplicando una percentuale del valore delle vendite, determinata in funzione del livello di gravità dell'illecito, per la durata della partecipazione di ciascun'impresa all'accordo collusivo. In pratica, l'Autorità ha utilizzato, qual riferimento, il valore delle vendite, dirette e indirette, dei beni oggetto delle intese e in particolare i fatturati generati dall'attività di produzione e commercializzazione, nella specie, degli imballaggi in cartone ondulato, nell'ultimo anno intero di partecipazione all'intesa illecita, applicandovi il coefficiente di gravità pari al 15% e moltiplicando il relativo risultato per la durata della partecipazione a detto accordo.

7. – In definitiva, l'appello va accolto, ma nei soli limiti testé indicati. Tutte le questioni vagliate fin qui esauriscono la vicenda sottoposta all'esame della Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c. e gli argomenti di doglianza non esaminati espressamente sono stati ritenuti dal Collegio non rilevanti ai fini della decisione e, comunque, inidonei a supportare una conclusione di segno diverso.

Giusti motivi suggeriscono la compensazione integrale, tra tutte le parti, delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sez. VI), definitivamente pronunciando sull'appello (ricorso NRG 5910/2021 in epigrafe), lo accoglie nei soli limiti della riduzione al 20% della misura della sanzione applicata e, per l'effetto, conferma con parziale diversa motivazione la sentenza di primo grado.

Spese del grado compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento UE 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità di tutte le parti.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del 31 marzo 2022, con l'intervento dei Magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Silvestro Maria Russo, Consigliere, Estensore

Dario Simeoli, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere

Thomas Mathà, Consigliere

L'ESTENSORE

Silvestro Maria Russo

IL PRESIDENTE

Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.