

1805B - PREZZI DEL CARTONE ONDULATO/RIDETERMINAZIONE SANZIONE SMURFIT KAPPA ITALIA

Provvedimento n. 31069

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 20 febbraio 2024;

SENTITA la Relatrice, Professoressa Elisabetta Iossa;

VISTO l'articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE);

VISTO il Regolamento del Consiglio n. 1/2003 del 16 dicembre 2002;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTA la propria delibera del 22 ottobre 2014, n. 25152, con cui sono state adottate le *"Linee guida sulle 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"* (di seguito, *"Linee guida"*, *"LG sanzioni"*, *"LG"*);

VISTO il proprio provvedimento del 17 luglio 2019, n. 27849 (di seguito anche il *"Provvedimento"*), con il quale l'Autorità ha accertato che la società Smurfit Kappa Italia S.p.A. e le società Pro-Gest S.p.A., Cartonstrong Italia S.r.l., Ondulato Trevigiano S.r.l., Ondulati Maranello S.p.A., Plurionda S.p.A., Laveggia S.r.l., Scatolificio Laveggia S.p.A., Ondulati Santerno S.p.A., DS Smith Packaging Italia S.p.A., Innova Group - Stabilimento di Caino S.r.l., Adda Ondulati S.p.A., Imballaggi Piemontesi S.r.l., Ondulati Nordest S.p.A., Ondulati ed Imballaggi del Friuli S.p.A., Ondulato Piceno S.r.l., ICOM S.p.A., Ondulati del Savio S.r.l., nonché l'associazione di categoria Gruppo Italiano Fabbrikanti Cartone Ondulato, hanno posto in essere un'intesa per oggetto restrittiva della concorrenza contraria all'articolo 101 TFUE, consistente in un'unica e complessa intesa continuata nel tempo volta a distorcere fortemente le dinamiche concorrenziali nel mercato della produzione e commercializzazione di fogli in cartone ondulato, e che l'infrazione di Scatolificio Laveggia S.p.A. e Ondulati Santerno S.p.A. viene imputata in solido a Laveggia S.r.l., quella di DS Smith Packaging Italia S.p.A. viene imputata in solido a DS Smith Holding Italia S.p.A., quella di Cartonstrong Italia S.r.l., Ondulato Trevigiano S.r.l., Ondulati Maranello S.p.A. e Plurionda S.p.A. viene imputata in solido a Pro-Gest S.p.A., mentre quella di Innova Group - Stabilimento di Caino S.r.l. viene imputata in solido a Innova Group S.p.A.;

VISTO che, con il richiamato Provvedimento, l'Autorità ha altresì accertato che Smurfit Kappa Italia S.p.A. e le società DS Smith Packaging Italia S.p.A., Toscana Ondulati S.p.A., International Paper Italia S.r.l., Sandra S.p.A., Saica Pack Italia S.p.A., Mauro Benedetti S.p.A., Ondulati ed Imballaggi del Friuli S.p.A., Scatolificio Idealkart S.r.l., Laveggia S.r.l., Scatolificio Laveggia S.p.A., Alliabox Italia S.p.A., Innova Group - Stabilimento di Caino S.r.l., Toppazzini S.p.A., Antonio Sada & Figli S.p.A., ICO Industria Cartone Ondulato S.r.l., ICOM S.p.A., Grimaldi S.p.A., Ondulato Piceno S.r.l., MS Packaging S.r.l., Trevikart S.r.l., Ondulati Maranello S.p.A., nonché l'associazione di categoria Gruppo Italiano Fabbrikanti Cartone Ondulato, hanno posto in essere un'intesa per oggetto restrittiva della concorrenza contraria all'articolo 101 TFUE, consistente in un'unica e complessa intesa continuata nel tempo volta a distorcere fortemente le dinamiche concorrenziali nel mercato della produzione e commercializzazione di imballaggi in cartone ondulato, e che l'infrazione di Scatolificio Laveggia S.p.A. e Alliabox Italia S.p.A. viene imputata in solido a Laveggia S.r.l., quella di DS Smith Packaging Italia S.p.A. e Toscana Ondulati S.p.A. viene imputata in solido a DS Smith Holding Italia S.p.A., quella di Trevikart S.r.l. e Ondulati Maranello S.p.A. viene imputata in solido a Pro-Gest S.p.A., quella di Antonio Sada & Figli S.p.A. viene imputata in solido a Sada Partecipazioni S.r.l., mentre quella di Innova Group - Stabilimento di Caino S.r.l. viene imputata in solido a Innova Group S.p.A.;

VISTO che, per la partecipazione alle sopra richiamate intese, Smurfit Kappa Italia S.p.A. è stata sanzionata per 57.108.031 euro (per l'intesa nel mercato dei fogli in cartone ondulato) e per 67.185.919 euro (per l'intesa nel mercato degli imballaggi in cartone ondulato);

VISTA la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, del 2 febbraio 2023, n. 1159 (di seguito anche la *"sentenza"*), con cui, in parziale accoglimento del ricorso proposto da Smurfit Kappa Italia S.p.A. per la riforma della sentenza del TAR del Lazio, Sez. I, n. 6087/2021, è stato annullato il Provvedimento nella sola parte relativa alla determinazione della sanzione disposta a carico di Smurfit Kappa Italia S.p.A.;

VISTA, in particolare, la parte motiva della sentenza nella quale il Consiglio di Stato ha ritenuto che *"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"*, aggiungendo inoltre 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"*;

CONSIDERATO inoltre che, nella medesima sentenza, il Consiglio di Stato ricorda come la sanzione *“in coerenza con la finalità che le è propria, dev’essere idonea a fungere da strumento di deterrenza rispetto alla commissione di condotte collusive, ma al contempo dev’essere essere proporzionata all’illecito addebitato, in modo da evitare che diritti fondamentali, anche economici, vengano sacrificati da aggressioni sproporzionate e non giustificate. La quantificazione della pena pecuniaria dovrà, quindi, avvenire sulla base di un equo bilanciamento tra l’interesse perseguito con l’applicazione della misura sanzionatoria e l’oppressione della sfera soggettiva e personale del destinatario della stessa”*;

VISTO che, sempre nella richiamata sentenza, in ragione della natura interconnessa dei mercati su cui ha inciso la condotta anticoncorrenziale, il Consiglio di Stato ha altresì affermato che *“il criterio di calcolo della sanzione basato sul c.d. cumulo materiale, connotato da un certo automatismo, se generalmente adottabile, non risulti conforme al principio di proporzionalità, quanto meno nei casi come quello di specie”*, ritenendo che *“in tali casi, l’istituto penalistico della continuazione, pur non direttamente applicabile alle sanzioni antitrust, debba comunque orientare l’azione dell’Autorità nel determinare in concreto la pena applicabile (restando il cumulo materiale il limite massimo - fra l’altro più favorevole del limite penalistico - ma operando un aumento proporzionato sul richiamato massimo del 10%)”* e stabilendo pertanto che *“l’Autorità dovrà procedere a rideterminare l’entità delle due sanzioni in osservanza dell’enunciato principio, facendo sì che il loro complessivo ammontare si mantenga, comunque, superato il limite editale del 10% del fatturato globale dell’impresa, in misura superiore ma proporzionata all’interconnessione - puramente soggettiva - ossia relativa al solo elemento psicologico della Smurfit - non tale da integrare il piano d’insieme - delle due diverse intese”*;

CONSIDERATO che il Consiglio di Stato ha demandato all’Autorità di eliminare *“tale discrasia [...] in sede di ridefinizione degli importi delle sanzioni considerando il valore primario della disposizione di cui all’articolo 15 della L. n. 287/90”*;

VISTO il proprio provvedimento del 4 aprile 2023, n. 30583, con cui è stato avviato il procedimento I/805B, volto alla rideterminazione delle sanzioni nei confronti della società Smurfit Kappa Italia S.p.A.;

VISTO E CONSIDERATO quanto rilevato da Smurfit Kappa Italia S.p.A. nell’audizione davanti agli Uffici del 17 maggio 2023;

VISTO il proprio provvedimento del 17 ottobre 2023, n. 30816, con cui è stato deliberato di prorogare al 29 febbraio 2024 il termine di conclusione del procedimento;

VISTA la comunicazione del termine infra-procedimentale di chiusura della fase istruttoria trasmessa il 3 novembre 2023 dalla Direzione Cartelli, *Leniency* e *Whistleblowing* a Smurfit Kappa Italia S.p.A., in cui venivano illustrate le modalità di rideterminazione della sanzione e la relativa quantificazione, nonché fissata al 15 dicembre 2023 la data di chiusura della fase istruttoria relativa al caso I/805B;

VISTA E CONSIDERATA la memoria di Smurfit Kappa Italia S.p.A. pervenuta il 15 dicembre 2023;

VISTI tutti gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LA PARTE

1. Smurfit Kappa Italia S.p.A. (di seguito anche “Smurfit Kappa”, la “Parte” o la “Società”) è una società che svolge, tra le altre, le attività di produzione e commercializzazione di fogli e imballaggi in cartone ondulato. Al tempo della contestazione dell’infrazione, la Parte era controllata interamente da Smurfit Kappa Europe BV, parte del gruppo irlandese Smurfit Kappa. Nel 2018, il fatturato di Smurfit Kappa è stato pari a circa 672 milioni di euro.

II. IL PROVVEDIMENTO E LA SENTENZA DEL CONSIGLIO DI STATO

2. L’Autorità, con il provvedimento del 17 luglio 2019, n. 27849 (di seguito anche il “Provvedimento”), ha accertato che la società Smurfit Kappa Italia S.p.A. e le società Pro-Gest S.p.A., Cartonstrong Italia S.r.l., Ondulato Trevigiano S.r.l., Ondulati Maranello S.p.A., Plurionda S.p.A., Laveggia S.r.l., Scatolificio Laveggia S.p.A., Ondulati Santerno S.p.A., DS Smith Packaging Italia S.p.A., Innova Group - Stabilimento di Caino S.r.l., Adda Ondulati S.p.A., Imballaggi Piemontesi S.r.l., Ondulati Nordest S.p.A., Ondulati ed Imballaggi del Friuli S.p.A., Ondulato Piceno S.r.l., ICOM S.p.A., Ondulati del Savio S.r.l., nonché l’associazione di categoria Gruppo Italiano Fabbricanti Cartone Ondulato, hanno posto in essere un’intesa per oggetto restrittiva della concorrenza contraria all’articolo 101 TFUE, consistente in un’unica e complessa intesa continuata nel tempo volta a distorcere fortemente le dinamiche concorrenziali nel mercato della produzione e commercializzazione di fogli in cartone ondulato, e che l’infrazione di Scatolificio Laveggia S.p.A. e Ondulati Santerno S.p.A. viene imputata in solido a Laveggia S.r.l., quella di DS Smith Packaging Italia S.p.A. viene imputata in solido a DS Smith Holding Italia S.p.A., quella di Cartonstrong Italia S.r.l., Ondulato Trevigiano S.r.l., Ondulati Maranello S.p.A. e Plurionda S.p.A. viene imputata in solido a Pro-Gest S.p.A., mentre quella di Innova Group - Stabilimento di Caino S.r.l. viene imputata in solido a Innova Group S.p.A.

3. Con il richiamato Provvedimento, l'Autorità ha altresì accertato che la Parte e le società DS Smith Packaging Italia S.p.A., Toscana Ondulati S.p.A., International Paper Italia S.r.l., Sandra S.p.A., Saica Pack Italia S.p.A., Mauro Benedetti S.p.A., Ondulati ed Imballaggi del Friuli S.p.A., Scatolificio Idealkart S.r.l., Laveggia S.r.l., Scatolificio Laveggia S.p.A., Allibox Italia S.p.A., Innova Group - Stabilimento di Caino S.r.l., Toppazzini S.p.A., Antonio Sada & Figli S.p.A., ICO Industria Cartone Ondulato S.r.l., ICOM S.p.A., Grimaldi S.p.A., Ondulato Piceno S.r.l., MS Packaging S.r.l., Trevikart S.r.l., Ondulati Maranello S.p.A., nonché l'associazione di categoria Gruppo Italiano Fabbri Cartone Ondulato, hanno posto in essere un'intesa per oggetto restrittiva della concorrenza contraria all'articolo 101 TFUE, consistente in un'unica e complessa intesa continuata nel tempo volta a distorcere fortemente le dinamiche concorrenziali nel mercato della produzione e commercializzazione di imballaggi in cartone ondulato, e che l'infrazione di Scatolificio Laveggia S.p.A. e Allibox Italia S.p.A. viene imputata in solido a Laveggia S.r.l., quella di DS Smith Packaging Italia S.p.A. e Toscana Ondulati S.p.A. viene imputata in solido a DS Smith Holding Italia S.p.A., quella di Trevikart S.r.l. e Ondulati Maranello S.p.A. viene imputata in solido a Pro-Gest S.p.A., quella di Antonio Sada & Figli S.p.A. viene imputata in solido a Sada Partecipazioni S.r.l., mentre quella di Innova Group - Stabilimento di Caino S.r.l. viene imputata in solido a Innova Group S.p.A.

4. In particolare, Smurfit Kappa Italia S.p.A. è stata destinataria delle sanzioni pecuniarie amministrative pari a 57.108.031 euro e 67.185.919 euro per aver partecipato a due intese uniche complesse e continuate nei mercati della produzione e commercializzazione, rispettivamente, di fogli ed imballaggi in cartone ondulato.

5. Con sentenza n. 1159 del 2 febbraio 2023, il Consiglio di Stato ha annullato parzialmente il citato Provvedimento nella sola parte relativa alla quantificazione della sanzione disposta a carico di Smurfit Kappa S.p.A. Nello specifico, il giudice di appello ha ritenuto, con riferimento al coefficiente di gravità, che *"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"*, aggiungendo 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"*. Il giudice di appello ha ritenuto inoltre che *"deve ritenersi che il criterio di calcolo della sanzione basato sul c.d. cumulo materiale, connotato da un certo automatismo, se generalmente adottabile, non risulti conforme al principio di proporzionalità, quantomeno nei casi, come quello di specie, nei quali la condotta addebitata, incidente su mercati tra loro interconnessi, sia riguardabile come continuata (a parte subjecti), e la configurazione di un duplice illecito sia dipesa solo dalla circostanza, del tutto estrinseca rispetto all'impresa sanzionata, della mancata prova che tutti gli altri operatori economici coinvolti condividessero l'obiettivo comune. E invero, ritiene il Collegio, che in tali casi, l'istituto penalistico della continuazione, pur non direttamente applicabile alle sanzioni antitrust, debba, comunque orientare l'azione dell'Autorità nel determinare in concreto la pena pecuniaria applicabile (restando il cumulo materiale il limite massimo - fra l'altro più favorevole del limite penalistico - ma operando un aumento proporzionato sul richiamato massimo del 10%)"*. Pertanto, il Consiglio di Stato ha demandato all'Autorità di eliminare *"tale discrasia [...] in sede di ridefinizione degli importi delle sanzioni considerando il valore primario della disposizione di cui all'articolo 15 della L n. 287/90"*.

III. L'ATTIVITÀ ISTRUTTORIA

6. A seguito della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 1159 del 2 febbraio 2023, l'Autorità, con decisione del 4 aprile 2023, ha avviato il procedimento per la rideterminazione delle sanzioni amministrative pecuniarie pari, rispettivamente, a 57.108.031 euro e a 67.185.919 euro irrogate a Smurfit Kappa con il citato Provvedimento.

7. Nel procedimento di rideterminazione della sanzione, Smurfit Kappa ha avuto modo di esercitare il proprio diritto di difesa, chiedendo di essere sentita in audizione¹. Nel corso dell'audizione svolta il 17 maggio 2023, Smurfit Kappa ha illustrato le proprie valutazioni in merito alla pronuncia del Consiglio di Stato sopra riportata, nonché esposto alcune osservazioni sulle concrete modalità di applicazione dei principi ivi enunciati².

8. Gli Uffici hanno trasmesso una lettera in cui veniva comunicato il termine di conclusione della fase istruttoria alla Parte in data 3 novembre 2023 (di seguito, la "lettera"). Nella medesima lettera, oltre a replicare agli argomenti eccepiti dalla Parte, sono stati forniti gli argomenti di motivazione richiesti dal Giudice ed è stata prospettata un'ulteriore riduzione della sanzione³.

9. Il 15 dicembre 2023 Smurfit Kappa ha trasmesso una memoria⁴.

¹ [Doc. 3.]

² [Doc. 6.]

³ [Doc. 11.]

⁴ [Doc. 12.]

IV. LE ARGOMENTAZIONI DELLA PARTE

10. La Parte afferma che, diversamente da quanto rappresentato dagli Uffici, l'accoglimento del motivo del ricorso in appello da parte del Consiglio di Stato, concernente la violazione del principio di proporzionalità, implicherebbe che tutti gli argomenti sviluppati nel suddetto motivo debbano ritenersi "assorbiti" anche se non espressamente menzionati nella sentenza e che, dunque, tutti gli elementi impiegati dall'Autorità ai fini della commisurazione delle sanzioni debbano essere singolarmente presi nuovamente in considerazione ai fini della rideterminazione della sanzione.

11. A tal proposito, la Parte evidenzia: *i)* di non aver partecipato a otto riunioni di vertice su tredici né ai tavoli regionali di Piemonte e Lombardia e, dopo il 2006, a quelli di Umbria e Marche; *ii)* l'inesistenza di prove circa il suo coinvolgimento attivo nel tavolo del Veneto e, per gli anni tra il 2005 e il 2012, di continuazione della partecipazione all'intesa imballaggi, né degli effetti anticoncorrenziali delle due intese *iii)* che il 35% della vendita del foglio prescindeva dal "Listino 2004" e il 40% delle vendite di imballaggi era legato a contratti di lunga durata con prezzi indicizzati, implicando una scarsissima incidenza delle condotte nella politica commerciale della Società; *iv)* che non vi è evidenza dell'effettiva realizzazione delle condotte anticompetitive da parte della Società, anche in virtù dell'applicazione in Italia di politiche di prezzo aggressive sia a monte che a valle e del fatto che le riunioni si inserivano all'interno di uno scenario altamente concorrenziale; *v)* la dimostrata inaffidabilità delle dichiarazioni rese da alcuni *leniency applicant*.

12. Inoltre, la Parte ritiene che la circostanza aggravante connessa al ruolo particolarmente attivo di Smurfit Kappa sia in termini di istigazione all'adesione da parte delle altre imprese sia di organizzazione delle riunioni non possa ritenersi confermata anche perché oggetto di una specifica censura nel ricorso per revocazione ex articolo 395 n. 4 c.p.c. promosso dinanzi al Consiglio di Stato⁵.

13. Quanto alla concreta implementazione dei principi enunciati dalla sentenza di appello, la Società ha osservato come, benché in quest'ultima venga ribadita l'esistenza di due distinte intese e, dunque, di due distinte sanzioni, il Consiglio di Stato ha accolto la censura relativa alla non proporzionalità del cumulo materiale e, per la prima volta, ha precisato come l'azione dell'Autorità nella determinazione della sanzione debba essere orientata dall'istituto penalistico della continuazione.

14. Il Consiglio di Stato avrebbe inoltre, secondo la Parte, superato il precedente orientamento giurisprudenziale, segnalando un problema di sistema dovuto al fatto che il sistematico superamento della soglia del 10% e la riconduzione delle sanzioni al massimo edittale impediscono di personalizzare la sanzione all'interno dell'intervallo 0-10% e, dunque, di rispettare il principio di proporzionalità previsto dalle Linee Guida in materia di sanzioni, di fatto mettendo in discussione la legittimità di queste ultime.

15. La Parte ha, inoltre, evidenziato che la sanzione complessiva che verrebbe irrogata a Smurfit Kappa a esito della rideterminazione suggerita nella lettera, pari al 16% del fatturato nell'anno di riferimento, porterebbe a un superamento del 60% del limite edittale, non sarebbe conforme alle prescrizioni del Consiglio di Stato relative al principio di proporzionalità. Tale superamento, se motivato dagli Uffici esclusivamente nella "*interconnessione tra le due intese*" non terrebbe conto infatti, secondo la Società, di alcuni elementi della pronuncia, assenti nelle altre sentenze, che proverebbero la totale interconnessione "*soggettiva*" tra le due intese e, in particolare, che Smurfit Kappa sarebbe stata animata dalla "*convinzione [...] di porre in essere un'unica condotta anticoncorrenziale*" e ciò dovrebbe "*rileva[re] sul piano della personalizzazione della sanzione*". Da ciò deriverebbe, secondo la Parte, l'eccezionalità della posizione di Smurfit Kappa rispetto alle altre imprese originariamente sanzionate.

16. La Società ritiene, inoltre, che la sentenza, con la quale il Consiglio di Stato dispone per la prima volta l'applicabilità di fatto alle sanzioni *antitrust* del cumulo materiale, ponga la stessa in una posizione di eccezionalità anche in termini assoluti.

17. La Società ritiene, dunque, che la totale interconnessione tra le due intese debba traslarsi nell'importo della sanzione attraverso un aumento proporzionato al di sopra del 10%. Nel caso di specie tale aumento dovrebbe essere simbolico o, in ogni caso, estremamente moderato proprio in virtù della totale interconnessione tra le due intese.

18. Infine, Smurfit Kappa ha evidenziato che, nei suoi confronti, sono state avviate azioni di risarcimento del danno *antitrust* da parte dei clienti delle quali dovrà farsi carico.

V. VALUTAZIONI

V.1. Osservazioni preliminari

19. In via preliminare si devono respingere tutte le argomentazioni e le osservazioni della Parte volte a rimettere in discussione l'accertamento svolto dall'Autorità sull'esistenza delle infrazioni e sulla responsabilità della Società per le stesse.

20. Infatti, la sentenza di appello ha confermato nel merito l'accertamento condotto dall'Autorità, limitando le proprie censure al profilo della proporzionalità delle sanzioni irrogate alla Parte, richiedendo di adeguarle al coinvolgimento della Società nelle infrazioni accertate secondo le indicazioni fornite nella sentenza stessa.

⁵ [Doc. 12.]

21. Di conseguenza, la valutazione delle intese sotto il profilo materiale, personale e temporale non è stato oggetto di revisione da parte della sentenza di appello, così confermando pienamente il perimetro dell'accertamento e la responsabilità per le infrazioni come declinati nel Provvedimento.

22. Né tanto meno in questa sede possono essere rimesse in discussione le evidenze impiegate dall'Autorità per fondare l'accertamento nei confronti della Società. Il giudice amministrativo ha, infatti, ritenuto tali elementi idonei e sufficienti a provare le infrazioni in tutti i loro aspetti, nonché la responsabilità della Parte per le stesse.

23. Parimenti, la richiamata sentenza non ha censurato gli elementi utilizzati dall'Autorità ai fini della commisurazione delle sanzioni e la loro quantificazione nell'ambito della definizione del trattamento sanzionatorio, bensì ha esclusivamente richiesto all'Autorità di rideterminare l'entità delle due sanzioni in osservanza del principio di proporzionalità.

24. A riguardo, alla luce delle eccezioni di Smurfit Kappa, appare necessario evidenziare come l'appello sia stato accolto con riferimento soltanto alla sanzione pecuniaria e, quindi, nell'esercizio della giurisdizione esclusiva estesa al merito, tanto che è stato ordinato all'Autorità di applicare solo alla quantificazione della sanzione le considerazioni svolte nella sentenza.

25. Pertanto, a differenza di quanto prospettato dalla Parte, non è possibile in questa sede svolgere un'analisi *ex novo* degli elementi di fatto già valutati nel Provvedimento e confermati dallo stesso Consiglio di Stato. Pertanto, l'Autorità non è tenuta a considerare nella rideterminazione anche quanto non esaminato nella sentenza.

26. Conseguentemente non può trovare accoglimento la pretesa di rimettere in discussione l'accertamento della partecipazione all'infrazione. Infatti, il perimetro del giudicato è limitato alla riconduzione a proporzionalità delle due sanzioni, nonché all'eliminazione dell'appiattimento delle sanzioni sul limite edittale di cui all'articolo 15 della legge n. 287/1990 e a una maggiore personalizzazione delle stesse. Analogamente, non può essere oggetto del presente procedimento la mancata prova degli effetti concorrenziali, considerando, peraltro, che l'Autorità ha contestato una restrizione per oggetto.

27. Inoltre, il fatto che la circostanza aggravante per via del ruolo particolarmente attivo di Smurfit Kappa sia in termini di istigazione all'adesione da parte delle altre imprese sia di organizzazione delle riunioni sia oggetto di una specifica censura nel ricorso per revocazione ex articolo 395 n. 4 c.p.c. promosso dinanzi al Consiglio di Stato non preclude, in sede di rideterminazione della sanzione, l'utilizzo della stessa nella valutazione del grado di coinvolgimento della Parte, posto che l'ordine del Giudice contenuto nella sentenza è tuttora efficace e, quindi, l'Autorità è tenuta a ottemperare quanto prescritto dalla citata decisione del Consiglio di Stato, che rappresenta l'unico antecedente logico-giuridico del presente procedimento di rideterminazione. Peraltro, la revocazione è un rimedio eccezionale e non costituisce un terzo grado di giudizio⁶. Conseguentemente, la mera sussistenza di una censura revocatoria in pendenza della fase rescindente del giudizio non incide sull'efficacia della sentenza da ottemperare.

28. Con riguardo all'asserita unicità della sentenza relativa al coinvolgimento della Parte nelle intese, invero, il Consiglio di Stato afferma nella stessa che "*il piano di insieme*" considerato solo in prospettiva psicologica "*possa e debba essere riguardato successivamente unicamente nella prospettiva soggettiva, della convinzione di una singola impresa di porre in essere un'unica condotta anticoncorrenziale come fatto che rileva sul piano della personalizzazione della sanzione o del cumulo giuridico[...]*"⁷. La sentenza, tuttavia, non solo non è l'unica in cui è presente tale affermazione⁸ ma, per di più, quest'ultima non appare in alcun modo riferita specificamente a Smurfit Kappa, bensì a una "*singola impresa*" astrattamente considerata dal Consiglio di Stato al fine di illustrare le proprie valutazioni. Dunque, l'eccezionalità della posizione della Parte rispetto alle altre imprese originariamente sanzionate nel Provvedimento non può essere condivisa.

29. Infine, si osserva che la circostanza che siano state promosse azioni civili di risarcimento del danno *antitrust* nei confronti della Società non ha alcuna rilevanza in questa sede.

30. Infatti, pur svolgendo il *public* e il *private enforcement* funzioni complementari e sinergiche nell'assicurare l'effetto utile delle disposizioni nazionali ed europee in materia di concorrenza, i due plessi normativi perseguono finalità distinte all'interno dell'ordinamento. L'enforcement di competenza dell'Autorità mira, infatti, a salvaguardare l'interesse pubblico, proteggendo il processo concorrenziale rispetto a condotte delle imprese/associazioni di imprese idonee a falsare il funzionamento dei mercati. La sanzione amministrativa pecuniaria irrogata dall'Autorità è uno strumento punitivo e deterrente, così assolvendo sia una funzione di prevenzione speciale nei confronti dell'impresa artefice dell'infrazione affinché non incorra in futuro in violazione delle regole di concorrenza, sia una funzione di prevenzione generale nei confronti di tutte le altre imprese, affinché conoscano le conseguenze derivanti dall'infrazione delle regole antitrust.

31. Diversamente l'enforcement privato, ossia l'azione di risarcimento del danno che il privato fa valere dinanzi al giudice civile a presidio del proprio diritto soggettivo leso dalla condotta anticoncorrenziale, assolve una funzione compensatoria del danno patrimoniale subito dai soggetti (individui e/o imprese clienti/concorrenti) incisi dalle condotte anticoncorrenziali.

⁶ [Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza del 18 marzo 2014, n. 1334.]

⁷ [Sentenza n. 1159 del 2 febbraio 2023, § 5.15.]

⁸ [Sentenza n. 2906 del 22 marzo 2023, § 4.16.]

32. Pertanto, la distinta natura e le diverse finalità perseguite consentono di affermare l'autonomia dei due rimedi, tale da escludere la rilevanza dell'esperimento di rimedi civilistici in corso ai fini della rideterminazione della sanzione.

V.2. La rideterminazione della sanzione

a) Criteri generali

33. Prima di entrare nel merito della rideterminazione delle sanzioni irrogate alla Società, va evidenziato che il procedimento di cui si discute costituisce una situazione affatto eccezionale in cui molte delle imprese coinvolte (tra cui Smurfit Kappa S.p.A.) hanno partecipato a due intese certamente distinte ma intimamente connesse, come evidenziato dallo stesso Consiglio di Stato laddove sottolinea che *"la configurazione di un duplice illecito sia dipesa solo dalla circostanza, del tutto estrinseca rispetto all'impresa sanzionata, della mancata prova che tutti gli altri operatori economici coinvolti condividessero l'obiettivo comune"*.

34. Tale peculiare circostanza ha portato il Consiglio di Stato ad assumere una precisa posizione in merito alla proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio riservato dall'Autorità alle imprese coinvolte in entrambe tali intese, tradottasi nelle indicazioni contenute nella citata sentenza e richiamate nei paragrafi che precedono, secondo cui – in sostanza – il cumulo delle sanzioni nel caso di specie dovrebbe essere maggiormente orientato alle *"effettive responsabilità"* della singola impresa (i.e. al relativo grado di partecipazione) attestandosi su importi più aderenti al limite edittale di cui all'articolo 15 della legge n. 287/1990, facendo sì che *"il loro complessivo ammontare si mantenga, comunque, superato il limite edittale del 10% del fatturato globale dell'impresa, in misura superiore ma proporzionata alla interconnessione [...] delle due diverse intese"*.

35. Il Consiglio di Stato, inoltre, riferendosi anche alle imprese che hanno partecipato a una sola delle intese accertate, ha richiesto una rivalutazione della proporzionalità delle sanzioni irrogate nel caso di specie che tenga conto dell'effettivo coinvolgimento degli autori delle condotte illegittime.

36. Gli importi delle ammende originariamente irrogate andranno, quindi, ridefiniti per il caso di specie sulla base di tali indicazioni.

37. Al fine di ottemperare alle indicazioni del giudice si procederà, quindi, a rimodulare le percentuali di riduzione ai sensi del punto 34 delle LG sanzioni, fermo restando che - tenuto conto di quanto osservato sopra, nonché delle argomentazioni della Parte - dovranno trovare conferma tutti gli elementi impiegati per la quantificazione della sanzione nel provvedimento di chiusura del caso I/805 (nello specifico: valore delle vendite, coefficiente di gravità, durata dell'infrazione, eventuali circostanze attenuanti o aggravanti).

38. In tale ottica, si ritiene utile, sulla scorta di quanto indicato dal Consiglio di Stato in alcune sentenze di appello relative al medesimo cartello⁹, distinguere la partecipazione delle imprese in funzione del loro coinvolgimento *"pieno, medio o lieve"*. Questa differenziazione consentirà di modulare il trattamento sanzionatorio di ciascuna impresa in relazione alle infrazioni di cui si sia resa responsabile. In tale esercizio, tuttavia, l'Autorità terrà conto che le intese orizzontali segrete di durata protratta nel tempo rappresentano le violazioni più gravi del diritto *antitrust* e giustificano, al fine di assicurare un apprezzabile effetto deterrente, sanzioni prossime al massimo edittale o, comunque, particolarmente elevate in relazione al fatturato realizzato sul mercato rilevante.

39. Ciò posto, il parametro fondamentale per l'inclusione nei livelli di coinvolgimento *"lieve"* e *"medio"* è costituito dal fatto che alle Società sia stato riconosciuto un ruolo non primario nell'intesa e che la loro partecipazione abbia avuto un potenziale impatto minore sui mercati. Tali elementi hanno determinato - in sede di Provvedimento - l'applicazione della riduzione c.d. *"soggettiva"* del 20% ai sensi del punto 34 delle LG sanzioni¹⁰.

40. Conseguentemente, ai fini della rideterminazione del trattamento sanzionatorio, si conferma il coinvolgimento *"pieno"* delle Società a cui - avendo esse svolto un ruolo di primario rilievo nell'intesa e alla luce del maggiore impatto potenziale sui mercati della loro partecipazione all'illecito - non è stata applicata la riduzione ex punto 34 delle LG sanzioni.

41. Per le Parti a cui, invece, è stata riconosciuta suddetta riduzione, il coinvolgimento nella condotta anticoncorrenziale andrà distinto tra *lieve* e *medio*.

42. Sarà quindi considerato *lieve* il coinvolgimento delle Società la cui partecipazione alle intese ha avuto una durata inferiore a tre anni oppure a cui sia stata riconosciuta una circostanza attenuante, a eccezione di quella relativa all'adozione di un programma di *compliance antitrust*. Infatti, quest'ultima attenuante viene concessa per una condotta successiva alla cessazione dell'infrazione e non è in grado di valorizzare la tipologia di partecipazione.

43. Diversamente, il coinvolgimento *medio* nella perpetrazione dell'intesa comprende quelle Società che abbiano aderito per un periodo uguale o superiore a tre anni e che non abbiano beneficiato di alcuna circostanza attenuante, escludendo per le medesime ragioni di cui sopra quella concessa in relazione ai programmi di *compliance*.

44. La Tabella n. 1 di seguito riassume la divisione in livelli di coinvolgimento.

⁹ [Cfr. Consiglio di Stato, sentenze del 19 gennaio 2023, n. 671 e del 20 gennaio 2023, nn. 688, 690, 691.]

¹⁰ [Nel Provvedimento è stata attribuita una riduzione c.d. *"soggettiva"* per l'intesa nel mercato dei fogli a quelle imprese che *"in ragione delle dimensioni delle stesse e della circostanza di non aver svolto un ruolo primario o trainante nella concertazione"* (§ 508 Provvedimento), mentre per l'intesa nel mercato degli imballaggi tale riduzione è stata attribuita alle imprese per le quali *"in ragione o della ridotta dimensione aziendale o del più limitato ambito di commercializzazione dei prodotti, la partecipazione all'intesa ha potenzialmente avuto un impatto minore sui mercati"* (§ 527 Provvedimento).]

Tabella n. 1

Livello di coinvolgimento	Punto 34 Sogg.	Durata/attenuanti
Lieve	Sì	< 3 anni o almeno una circostanza attenuante
Medio	Sì	≥ 3 anni
Pieno	No	≥ 3 anni

45. Per quanto concerne la rideterminazione della sanzione si conferma la riduzione del 20% ex punto 34 cit. alle Società rientranti nel livello lieve e medio. Inoltre, si attribuisce alle Parti classificate in tali livelli un'ulteriore deduzione ai sensi del punto 34 delle LG rispetto a quanto già riconosciuto nel Provvedimento, calcolata sulla soglia di cui all'articolo 15, comma 1-*bis*, cit., come illustrato nella seguente Tabella n. 2.

Tabella n. 2

Livello	Deduzione ex punto 34 sogg. (Prov. v.)	Ulteriore Deduzione (Rideterminazione)	Deduzione complessiva
Lieve	20%	20%	40%
Medio	20%	10%	30%
Pieno	0%	0%	0%

46. I livelli delle riduzioni risultano congrui alla luce della gravità dell'infrazione commessa dalle imprese, essendo i cartelli tra le violazioni più gravi delle regole di concorrenza. Livelli di riduzione maggiori rischierebbero di privare la sanzione della propria forza deterrente e di vanificare la funzione di prevenzione generale e speciale del trattamento sanzionatorio per questo tipo di infrazioni di per sé molto gravi.

47. Infine, per le imprese che hanno partecipato a entrambi i cartelli e a cui è stato applicato un trattamento sanzionatorio per ciascuna infrazione, la cui legittimità è stata confermata dal Consiglio di Stato, occorre procedere - seguendo le indicazioni del Giudice - con un ulteriore correttivo, al fine di assicurare la proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio alla luce del cumulo delle due sanzioni irrogate.

48. Tale circostanza era già stata considerata dall'Autorità nel Provvedimento, dove a tali imprese era stata riconosciuta per la sola sanzione inflitta per il cartello del foglio una riduzione del 15% ai sensi del punto 34 delle LG sanzioni (c.d. riduzione per elemento oggettivo). Infatti, ai §§ 509 e 510 del Provvedimento si legge: *"l'intesa di cui trattasi [n.d.r. quella nel mercato dei fogli] è caratterizzata dal fatto di riguardare un mercato, quale quello della produzione e commercializzazione del foglio in cartone ondulato, che si pone a monte della più ampia filiera che ricomprende a valle la produzione e commercializzazione di imballaggi ottenuti dalla trasformazione di detto foglio, sui quali spesso operano le stesse imprese o i medesimi gruppi societari. Ciò comporta che, ad alcuni soggetti integrati, in ragione dell'accertamento della loro partecipazione anche a un'intesa su tale secondo mercato, verranno applicate sanzioni tanto nel mercato a monte del foglio quanto nel mercato a valle degli imballaggi, con un possibile effetto di sproporzione della sanzione complessivamente comminata rispetto alla sua finalità di deterrenza. In tal senso, si ritiene opportuno applicare per tali soggetti (si tratta di Smurfit Kappa, gruppo Progest, gruppo DS Smith, gruppo Laveggia, Innova, Ondulati e Imballaggi del Friuli, Ondulato Piceno e ICOM) una riduzione percentuale del 15% del valore della sanzione applicata per l'intesa foglio."*

49. Il giudice dell'appello ha, tuttavia, ritenuto non sufficiente il correttivo individuato dall'Autorità per ripristinare una corretta proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio.

50. Si ritiene pertanto di attribuire alle imprese che ricevono un duplice trattamento sanzionatorio, per aver partecipato a entrambi i cartelli accertati dall'Autorità con il Provvedimento, un'ulteriore riduzione del 20% sempre ai sensi del punto 34 delle LG sanzioni da applicarsi sulla sanzione da irrogare per la partecipazione al cartello nel mercato degli imballaggi in cartone ondulato. Inoltre, si incrementa di un ulteriore 5% la riduzione ex punto 34 cit. già applicata sulla sanzione da irrogare per il cartello nel mercato del foglio in cartone ondulato (pari al 15%), così da pervenire anche per questa intesa a un decremento complessivo del 20%.

51. In replica all'eccezione di Parte concernente la riduzione specifica per ciascuna delle due sanzioni inflitte, si osserva che il richiamo all'utilizzo dell'istituto penalistico della continuazione non è coerente con il dettato del Giudice amministrativo per cui tale istituto non è direttamente applicabile alle sanzioni *antitrust*, ma può solo orientare l'azione sanzionatoria.

52. A riguardo, inoltre, si rileva che l'applicazione dell'articolo 81 c.p. e del correlato articolo 8, comma 1, della legge n. 689/1981 ben potrebbe determinare uno scenario sanzionatorio deteriore per la Parte rispetto a quanto prospettato

nella lettera dagli Uffici, posto che tali norme non prevedono un minimo incremento della sanzione prevista per la violazione più grave, bensì un aumento fino al triplo.

53. Infine, allo scopo di salvaguardare l'efficace funzionamento del programma di clemenza, si applica un ulteriore decremento alle sanzioni comminata ai *leniency applicant*, ai sensi del punto 34 delle LG.

b) La rideterminazione della sanzione di Smurfit Kappa

54. Applicando la cornice valutativa sopra delineata al caso di specie, il livello di partecipazione di Smurfit Kappa all'infrazione relativa al mercato del foglio in cartone ondulato deve considerarsi *pieno*.

55. Infatti, codesta Società ha partecipato all'infrazione per la sua intera durata (13,16 anni), non ha beneficiato di alcuna circostanza attenuante (a parte quella relativa all'adozione di un programma di *compliance antitrust*), bensì è stata destinataria di una circostanza aggravante per via del ruolo particolarmente attivo di Smurfit Kappa sia in termini di istigazione all'adesione da parte delle altre imprese sia di organizzazione delle riunioni (§ 498 Provvedimento), tanto che non ha ricevuto la riduzione c.d. "soggettiva" in applicazione del punto 34 delle LG sanzioni.

56. Tenuto conto della interconnessione tra le due intese accertate nei confronti della Società, per le ragioni sopra esposte, la riduzione già attribuita a Smurfit Kappa ai sensi del punto 34 LG sanzioni per il c.d. "elemento oggettivo" è incrementata al 20%.

57. Pertanto, la sanzione da applicare a Smurfit Kappa S.p.A. per la partecipazione al cartello nel mercato della produzione e vendita di fogli in cartone ondulato è pari a 53.748.735 euro, così calcolata: 67.185.919 euro (soglia ex articolo 15, comma 1-*bis*) - 13.437.184 euro (riduzione del 20% ai sensi del punto 34 delle LG sanzioni).

58. Per quanto riguarda il livello di partecipazione di Smurfit Kappa all'infrazione relativa al mercato degli imballaggi in cartone ondulato, questo deve considerarsi *pieno*, non avendo codesta Società ricevuto la riduzione c.d. "soggettiva" in applicazione del punto 34 delle LG sanzioni.

59. Infatti, codesta Società ha partecipato all'infrazione per un periodo di tempo consistente (11,56 anni), non ha beneficiato di alcuna circostanza attenuante (a parte quella relativa all'adozione di un programma di *compliance antitrust*) e non ha ricevuto la riduzione c.d. "soggettiva" in applicazione del punto 34 delle LG sanzioni in considerazione del ruolo primario svolto.

60. Inoltre, partendo dalla soglia di cui all'articolo 15, comma 1-*bis*, della legge n. 287/1990, si deve ridurre la sanzione del 20% per il citato elemento "oggettivo" ex punto 34 delle Linee Guida da attribuire *ex novo* a Smurfit Kappa, al fine di tenere conto delle osservazioni svolte dal Giudice con riferimento al cumulo delle sanzioni.

61. Pertanto, all'esito della rideterminazione, la sanzione da applicare a Smurfit Kappa S.p.A. per la partecipazione al cartello nel mercato della produzione e vendita di imballaggi in cartone ondulato risulta pari a 53.748.735 euro, così calcolata: 67.185.919 euro (soglia ex articolo 15, comma 1-*bis*) - 13.437.184 euro (riduzione del 20% ai sensi del punto 34 delle LG sanzioni).

62. Ciascuna delle due sanzioni incide in misura pari al 8% rispetto al fatturato globale realizzato dall'impresa nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida. Al riguardo si richiama la citata sentenza del Consiglio di Stato nella parte in cui afferma, con riferimento alle ipotesi in cui l'impresa sia stata sanzionata per la partecipazione a entrambi i cartelli, che in sede di rideterminazione da parte dell'Autorità il complessivo ammontare delle sanzioni si deve mantenere "*comunque, superato il limite edittale del 10% del fatturato globale dell'impresa, in misura superiore ma proporzionata alla interconnessione [...] delle due diverse intese*". Relativamente all'eccezione concernente il superamento del 60% del limite edittale in le due sanzioni inciderebbero nel loro insieme per il 16%, si osserva che la partecipazione piena a entrambe le intese rende proporzionato il superamento del limite edittale considerando complessivamente le due sanzioni conformemente a quanto dettato dal Giudice amministrativo.

63. In conclusione, in ottemperanza alla sentenza del Consiglio di Stato, si ritiene di procedere a rideterminare la sanzione per la partecipazione al cartello nel mercato della produzione e vendita di fogli in cartone ondulato nell'importo di 53.748.735 euro e la sanzione per la partecipazione al cartello nel mercato della produzione e vendita di imballaggi in cartone ondulato nell'importo di 53.748.735 euro.

Tutto ciò premesso e considerato;

RITENUTO, pertanto, di dover procedere, in ottemperanza alla citata sentenza del Consiglio di Stato, a rideterminare la sanzione da irrogare a Smurfit Kappa S.p.A. per la violazione accertata nel mercato della produzione e vendita di fogli in cartone ondulato nell'importo di 53.748.735 euro (cinquantatremilionisettescentoquarantottomilasettecentotrentacinque euro) e la sanzione da irrogare a Smurfit Kappa S.p.A. per la violazione accertata nel mercato della produzione e vendita di imballaggi in cartone ondulato nell'importo di 53.748.735 euro (cinquantatremilionisettescentoquarantottomilasettecentotrentacinque euro);

DELIBERA

che la sanzione amministrativa pecuniaria da applicare alla società Smurfit Kappa S.p.A. per i comportamenti nel mercato della produzione e vendita di fogli in cartone ondulato alla stessa ascritti nel provvedimento dell'Autorità n.

27849 del 17 luglio 2019, viene rideterminata nella misura di 53.748.735 euro (cinquantatremilionisettecentoquarantottomilasettecentotrentacinque euro), e che la sanzione amministrativa pecuniaria da applicare alla società Smurfit Kappa S.p.A. per i comportamenti nel mercato della produzione e vendita degli imballaggi in cartone ondulato alla stessa ascritti nel provvedimento dell'Autorità n. 27849 del 17 luglio 2019, viene rideterminata nella misura di 53.748.735 € (cinquantatremilionisettecentoquarantottomilasettecentotrentacinque euro).

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lettera b), del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di comunicazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'articolo 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'articolo 8 del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del Provvedimento stesso.

Il presente provvedimento sarà notificato al soggetto interessato e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE
Guido Stazi

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli