



Prezzi del cartone ondulato

Sanzioni, cumulo e massimo edittale. Azioni *follow-on*

Concorrenze - 25 maggio 2023

A cura di Gian Luca Zampa e Fabrizio Arossa



Freshfields Bruckhaus Deringer

Agenda

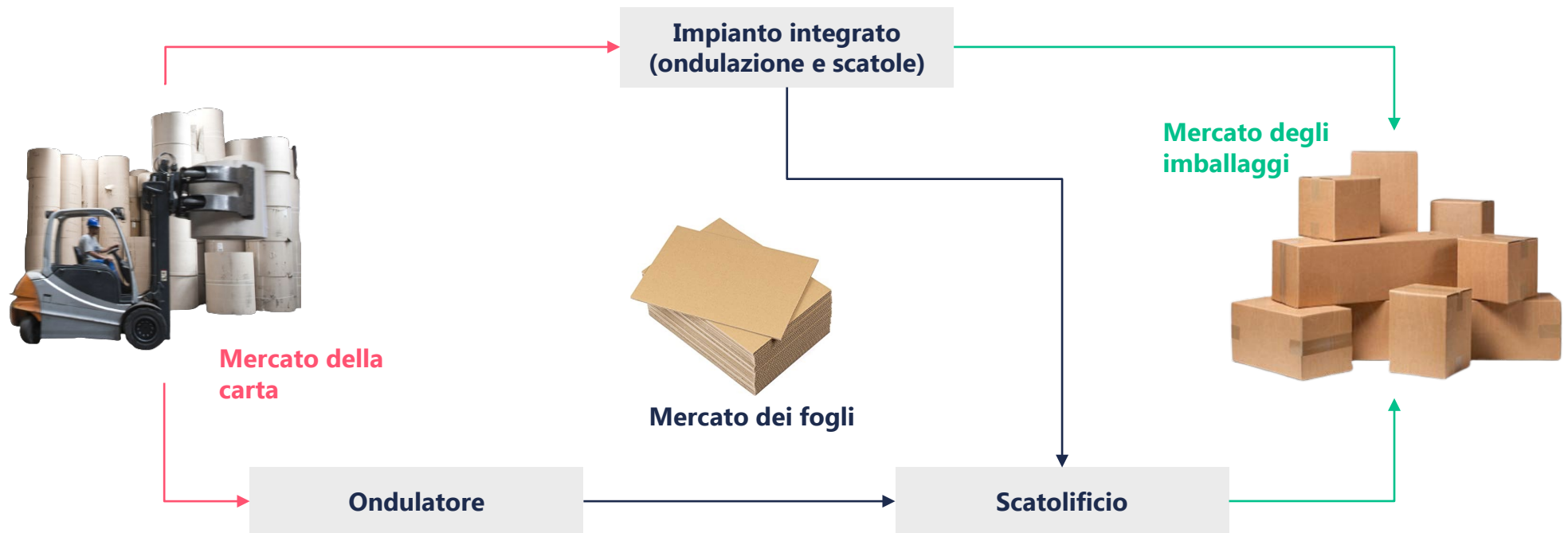
1

I principi espressi nelle sentenze
del Consiglio di Stato

2

Riflessioni nell'ottica del
private enforcement

Brevi cenni sulla filiera del cartone



Il provvedimento AGCM

Con il provvedimento n. 27849 del 17 luglio 2019, l'AGCM ha chiuso l'istruttoria avviata nel marzo 2017 - su segnalazione di alcuni leniency applicants - accertando due distinte violazioni dell'art. 101 TFUE che hanno coinvolto i principali operatori nel mercato della (i) produzione e commercializzazione di fogli in cartone ondulato (***l'Intesa Fogli***) e nel mercato della (ii) produzione e commercializzazione di imballaggi in cartone ondulato (***l'Intesa Imballaggi***). Ad esito del procedimento, l'AGCM ha irrogato sanzioni complessivamente pari a più di €285 milioni di euro.

Intesa Fogli

Condotte: 1) definizione dei prezzi di vendita agli scatolifici non verticalmente integrati (definizione concordata degli sconti sulla base del Listino 2004)
2) coordinamento delle quantità prodotte

Durata: 2 febbraio 2004 – 30 marzo 2017

Sanzioni complessive: € 109.665.530,00

Intesa Imballaggi

Condotte: 1) definizione degli aumenti generalizzati dei prezzi degli imballaggi
2) ripartizione dei clienti (c.d. non aggressione)
3) ripartizione delle forniture ai clienti co-forniti (c.d. non belligeranza)

Durata: 7 settembre 2005 – 30 marzo 2017

Sanzioni complessive: € 177.761.029,00

Le sentenze del TAR Lazio

Il TAR Lazio ha sostanzialmente confermato le risultanze dell'AGCM, ad eccezione dei seguenti casi dove ha riscontrato **carenze istruttorie e lacune motivazionali**:

Sent. n. 6074/2021

Corredo probatorio: (i) dichiarazioni provenienti da due degli *applicants*, e (ii) un documento (pure riconducibile ad uno degli *applicants*) che a sua volta non ha alcun riscontro esogeno

«**gli elementi indiziari** raccolti dall'AGCM contro la ricorrente **non possono considerarsi gravi, precisi e concordanti**, al fine di dimostrare la sua partecipazione all'intesa-fogli»

Sent. n. 6083/2021

«*carenze istruttorie circa l'analisi dell'astratta idoneità della condotta contestata, consistita nella **partecipazione a una sola riunione** a fronte di una concertazione tra gli operatori protrattasi per numerosi anni, ad alterare il comportamento della ricorrente sul mercato*»

Sent. n. 6044/2021

carenze istruttorie circa l'analisi della astratta idoneità della condotta contestata, durata **pochissimi giorni** (a fronte di una concertazione pluriennale), ad alterare il comportamento dell'impresa sul mercato

omessa valutazione degli elementi in senso contrario circa la partecipazione della ricorrente all'intesa

le **dichiarazioni** dei *leniency applicant* non possono costituire di per sé prova piena dell'esistenza dell'accordo collusivo

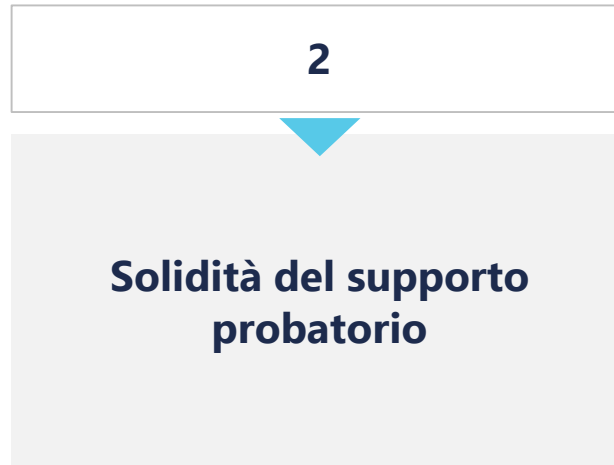
Sent. n. 6090/2021

carenze istruttorie circa l'analisi della astratta idoneità della condotta contestata, durata **pochissimi giorni** (a fronte di una concertazione pluriennale), ad alterare il comportamento dell'impresa sul mercato

presenza di **considerazioni contraddittorie** circa la non manifesta dissociazione dell'impresa ricorrente e l'asserita durata della partecipazione all'intesa

Le sentenze del Consiglio di Stato

Tra il novembre 2022 e il marzo 2023, il Consiglio di Stato si è pronunciato su tutti i ricorsi proposti avverso le relative sentenze del TAR Lazio. In particolare, le censure avanzate dalle ricorrenti possono essere raggruppate in 3 macro-argomenti principali, ovvero:



(1) Duplicità delle intese

Nel merito, il Consiglio di Stato ha confermato la bontà della ricostruzione dell'AGCM valorizzando i seguenti aspetti:

Distinzione soggettiva

le intese incidono su **soggetti diversi**

Distinzione oggettiva

le intese hanno ad oggetto **beni diversi (non sostituibili)** e **mercati differenti**

Differenti finalità delle condotte

contingentamento della produzione (*Intesa Fogli*) v.
riparto della clientela (*Intesa Imballaggi*)

No complementarità tra le condotte

«ciascuna intesa realizza il suo obiettivo **senza necessità dell'altra**»

«Al fine di qualificare diversi comportamenti illeciti come infrazione unica e continuata alle regole di complementarità della concorrenza, occorre verificare se essi presentino un **nesso di stretta inscindibile presupposizione** nel senso che ciascuno di essi è destinato a far fronte ad una o più conseguenze del gioco normale della concorrenza e se essi contribuiscano, interagendo reciprocamente, con un **piano d'insieme, voluto da tutti e da ciascuno dei rispettivi autori, di ciò tutti reciprocamente consapevoli, alla realizzazione di tutti gli effetti anticoncorrenziali**»

(1) Duplicità delle intese

(continua)

Un breve confronto con i precedenti comunitari e nazionali rilevanti.



Tribunale dell'UE T-27/10
(*AC-Treuhand AG v. Commissione*)

La ricorrente aveva lamentato un'erronea valutazione dell'intesa nel mercato degli stabilizzanti termici a base di stagno e dell'intesa nel mercato degli stabilizzanti termici a base di ESBO/esteri come distinte.

Il Tribunale dell'UE ha confermato le valutazioni della Commissione sulla base dei seguenti elementi:

- Assenza di piena identità tra partecipanti alle intese
- Esistenza di mercati del prodotto differenti
- Diversa durata delle intese
- Discussioni in riunioni separate per mercato



Consiglio di Stato sent. n. 5257/2020
(*re: I780 – Mercato del calcestruzzo in Veneto*)

La ricorrente aveva lamentato un'erronea valutazione della duplicità dell'intesa con l'analogo cartello avvenuto in Friuli Venezia Giulia (*cf. I722*)

Il Consiglio di Stato ha respinto la censura sulla base dei seguenti elementi:

- Assenza di un nucleo comune di aderenti all'intesa
- Ambito territoriale diverso
- Diversa durata dei tavoli d'intesa (sebbene parzialmente sovrapponibile)

«L'identità del prodotto e l'utilizzazione di analoghi strumenti operativi non eliminano il fatto che le intese si siano realizzate su tavoli distinti riferibili ognuno a precise aree»



**Ripercussioni in
tema di ordine
d'arrivo nelle
domande di
leniency?**

(*cf. C-428/14 DHL
Express Italy srl v.
AGCM*)



(2) Solidità del supporto probatorio

Premessa la necessità di procedere ad una **valutazione globale degli elementi di prova**, il Consiglio di Stato ha confermato la solidità del quadro probatorio alla base del Provvedimento in quanto basato su plurimi elementi **endogeni** ed **esogeni**. Viene posta particolare enfasi sui seguenti punti:

Il ruolo della dissociazione esplicita

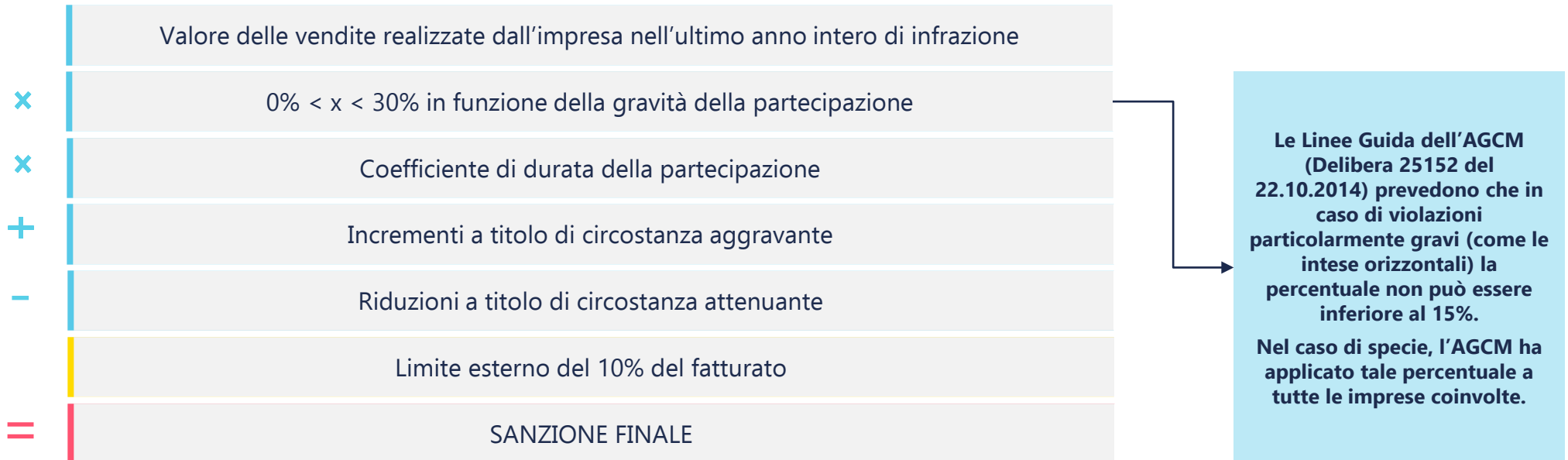
- La responsabilità dell'impresa sussiste **indipendentemente dal ruolo avuto e dal vantaggio** che ne abbia tratto
- L'esonero dall'addebito può discendere solo da un'**esplicita dissociazione**
- Ove sia stata dimostrata la partecipazione **anche solo ad una riunione**, spetta all'impresa dedurre indizi atti a dimostrare che la sua partecipazione alle riunioni fosse priva di qualunque spirito anticoncorrenziale
- **Abbandonare** una riunione non può essere, di per sé, considerato quale dissociazione pubblica dall'intesa
- Spetta all'impresa interessata fornire indizi atti a dimostrare che **i partecipanti all'intesa consideravano che la detta impresa avesse posto termine alla propria partecipazione**

L'irrelevanza di uno sviluppo diacronico della partecipazione

- Alcune imprese hanno evidenziato l'assenza di elementi probatori ulteriori rispetto alle **sole dichiarazioni dei leniency applicants** a fondamento della loro partecipazione per specifici periodi di tempo prolungati (in un caso, **anche per ben 7 anni!**)
- Nel caso di intese di lunga durata, **la continuità dell'infrazione non può essere esclusa** per il solo fatto che la partecipazione soffra di uno **sviluppo diacronico isolato**, ovvero parcellizzato nel corso di individuati o circoscritti periodi
- Una volta acquisita la prova diretta della partecipazione consapevole dell'impresa ad almeno uno degli episodi contestati, diventa **estremamente implausibile** sostenere che tale partecipazione consapevole non sia proseguita anche in ulteriori episodi analoghi
- Eccesso di potere per carenza istruttoria? (cfr. T-147/09 e T-148/09 re: *Marine Hoses*)

(3) Proporzionalità nell'imposizione delle sanzioni

Tuttavia, il Consiglio di Stato ha censurato il meccanismo di calcolo delle sanzioni adottato dall'AGCM.



(3) Proporzionalità nell'imposizione delle sanzioni

(continua)

Nel caso di imprese partecipanti ad una sola intesa...

- Il dato normativo prevede la **modulabilità della sanzione** in ragione delle specificità del **caso concreto**
- Lo scarto esistente fra il minimo valore percentuale del 15% del coefficiente di gravità e il massimo valore percentuale del limite esterno del 10% determina di fatto un **appiattimento della sanzione** su quest'ultimo valore, con conseguente **impossibilità di differenziazione** della sanzione in funzione delle specificità delle condotte e dei ruoli imputabili
- In termini percentuali, il tetto legale determina una riduzione tanto più significativa quanto è maggiore lo scostamento in aumento della sanzione determinando il paradossale risultato che **maggiore è la gravità della condotta, maggiore può rivelarsi il vantaggio che il trasgressore ricava**

Nel caso di imprese partecipanti ad entrambe le intese...

- Il criterio del c.d. **cumulo materiale** non risulta conforme al principio di proporzionalità, quantomeno nei casi in cui:
 - la condotta incide su **mercati tra loro interconnessi**
 - la condotta sia riguardabile come **continuata** (*a parte subiecti*)
 - la configurazione di un duplice illecito sia dipesa solo dalla circostanza estrinseca rispetto all'impresa sanzionata della **mancata prova che tutti gli altri operatori coinvolti condividessero l'obiettivo comune**
- In tali casi, sebbene non direttamente applicabile alle sanzioni antitrust, l'AGCM si deve ispirare all'**istituto penalistico della continuazione**

(3) Proporzionalità nell'imposizione delle sanzioni

(continua)

Pertanto, il Consiglio di Stato ha parzialmente annullato la grande maggioranza delle sentenze del TAR Lazio relative al procedimento I-805 imponendo all'AGCM di procedere alla **rideterminazione della sanzione** al fine di dare conto del coinvolgimento (i) **pieno**, (ii) **medio** o (iii) **lieve** delle imprese coinvolte.

Nel fare ciò l'AGCM dovrà tenere conto dei seguenti aspetti:

1 Il **valore primario dell'art. 15** della L. 287/1990 rispetto alle Linee Guida AGCM

2 **Riduzione dall'importo corrispondente al limite del 10%** del fatturato altrimenti le pronunce del CdS sarebbero private di «**ogni effetto utile**»
(cfr. le precedenti rideterminazioni dell'AGCM relative a I808-Gara Consip FM4 e I783-Accordo tra operatori del settore vending; CdS 8570/2018)

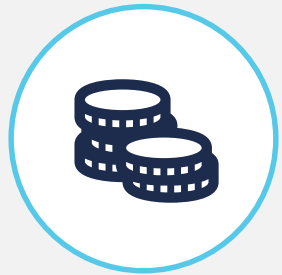
3 La **posizione individuale** delle imprese nel mercato di riferimento
(cfr. CdS 1551/2019 e 8191/2019)



Spazio per un potenziale cambio di rotta nella ormai consolidata giurisprudenza che vede nel limite del 10% una mera «soglia esterna di contenimento» con conseguente aggravio (in termini proporzionali) delle sanzioni a carico delle imprese monoprodotto?

(CdS 4506/2014, e da ultimo 3570/2022 e 874/2021)

What's next?



**Procedimenti AGCM per la
rideterminazione della sanzione**



**Azioni *follow-on* per il
risarcimento del danno da
illecito antitrust**

Il contenzioso sul caso Prezzi del Cartone Ondulato nel contesto del *private enforcement* del diritto antitrust in Italia

Diffusione dei contenziosi *follow-on* in Italia

- Negli ultimi anni, e in particolare in seguito all'attuazione in Italia della Direttiva 2014/104/UE per effetto del D.lgs. 3/2017, si è assistito a un considerevole aumento dei contenziosi *follow-on* instaurati dinanzi all'autorità giudiziaria italiana.
- Per avere un'idea delle attuali dimensioni del fenomeno, basti pensare che secondo i dati raccolti dalla banca dati Ita.ca (*Italian Cases on Private Antitrust Enforcement*) tra il 2013 e il 2023, tra primo e secondo grado, a Roma, Napoli e Milano sono state pronunciate **oltre 120 sentenze soltanto in casi *follow-on***.

Il contenzioso sul caso *Prezzi del Cartone Ondulato*

- I giudizi sul caso *Prezzi del Cartone Ondulato* potrebbero rappresentare *una milestone* nello sviluppo della giurisprudenza italiana sul *private enforcement*, considerato che:
 - l'ampiezza del mercato interessato è tale da rendere potenzialmente molto significative le dimensioni del relativo filone di contenzioso;
 - riguardando infrazioni sanzionate successivamente all'entrata in vigore del D.lgs. 3/2017, questi giudizi potrebbero offrire alle corti italiane una delle prime occasioni per pronunciarsi sull'esegesi della nuova disciplina.

I numeri del contenzioso follow-on sul caso *Prezzi del Cartone Ondulato*

+10

Giudizi pendenti

+40

Azioni prospettate

Alcune peculiarità delle azioni *follow-on* relative al caso *Prezzi del Cartone Ondulato*



Nuovi trend del mercato del private enforcement: nascita di un *plaintiffs' bar* e incremento dell'attività dei *litigation funds*



Profili di strategia processuale: integrazione del contraddittorio nei confronti di tutti i fornitori del preteso danneggiato



Il D.lgs. 3/2017 alla prova delle prime applicazioni concrete?

I nuovi *trend* del mercato del *private enforcement* nel contenzioso sul caso *Prezzi del Cartone Ondulato*

Nascita e sviluppo di un *plaintiffs' bar*

- Sul modello delle esperienze di altre giurisdizioni europee, da anni si assiste in Italia alla nascita di un c.d. ***plaintiffs' bar***, vale a dire al consolidamento del ruolo sul mercato di studi legali specializzati esclusivamente nell'assistenza ai pretesi danneggiati.
- Nel caso del contenzioso *Prezzi del Cartone Ondulato*, tale ruolo è oggi rivestito anche da studi legali di grandi dimensioni ed esperienza, tradizionalmente specializzati nell'assistenza lato *defendant*, quali **BonelliErede**, **Simmons&Simmons**, **Grimaldi**.
- Un fenomeno analogo riguarda gli studi di consulenza economica.

Incremento dell'attività dei *litigation funds*

- Parallelamente, si registra un incremento del ricorso allo strumento del *third-party litigation funding*.
- Simili iniziative sono state promosse da società quali **Deminor**, **Libra** e **Victoria Consulting**.
- Oltre a investire nelle azioni, i finanziatori spesso offrono anche servizi di gestione e di assistenza legale, concludendo accordi *ad hoc* con studi legali specializzati. In relazione alla vicenda *Prezzi del Cartone Ondulato*, sono state annunciate **partnership tra il fondo Deminor e gli studi BonelliErede e Grimaldi**.

Italian Corrugated
Cardboard Cartel - Deminor
and BonelliErede launch
collaboration

Profili di strategia processuale

Come noto, tra le imprese co-autrici di una violazione del diritto della concorrenza vige un regime di **responsabilità solidale** ex art. 2055 c.c..

Sinora, la prassi adottata dagli attori in giudizi *follow-on* è stata quella di **citare in giudizio soltanto uno degli autori** dell'infrazione e, se del caso, estendere il contraddittorio nei confronti di altre imprese in seguito all'autorizzazione dell'istanza di chiamata di terzi avanzata dal convenuto ai fini dell'esercizio del regresso

Nel caso del contenzioso *Prezzi del Cartone Ondulato*, considerato che la giurisprudenza si sta orientando nel senso di autorizzare la chiamata dei terzi ove richiesta dall'impresa convenuta, **è verosimile che gli attori converranno in giudizio sin dalla sua instaurazione tutti i loro fornitori destinatari del Provvedimento AGCM**

Il D.lgs. 3/2017 alla prova delle prime applicazioni concrete: i temi più rilevanti

La prescrizione

- L'art. **8** D.lgs 3/2017 prevede un termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno di **5 anni**.
- Cessata la violazione del diritto antitrust, il ***dies a quo*** decorre da quando l'attore è a conoscenza:
 1. della condotta e del fatto che tale condotta costituisce una violazione del diritto antitrust;
 2. del fatto che la violazione ha cagionato un danno al soggetto danneggiato;
 3. dell'identità dell'autore della violazione.
- Durante l'indagine / l'istruttoria da parte dell'autorità garante, la prescrizione rimane **sospesa**. Tale sospensione si protrae per un anno dal momento in cui la decisione che accerta la violazione è divenuta definitiva o dopo che il procedimento si è chiuso in altro modo.

Le presunzioni probatorie

- L'art. **12** D.lgs. 3/2017 stabilisce una presunzione relativa di **trasferimento del sovrapprezzo** in favore dell'acquirente indiretto che dimostri che:
 1. il convenuto ha commesso una violazione del diritto della concorrenza;
 2. la violazione del diritto della concorrenza ha determinato un sovrapprezzo per l'acquirente diretto del convenuto;
 3. l'acquirente indiretto ha acquistato beni o servizi oggetto della violazione o che derivano dagli stessi o che li incorporano.
- L'art. **14** D.lgs. 3/2017 stabilisce, invece, una presunzione relativa dell'esistenza del **danno** cagionato da una violazione del diritto alla concorrenza consistente in un cartello.

Atteso che le Intese sono cessate successivamente all'entrata in vigore del D.lgs. 3/2017, è possibile che la disciplina dettata dal decreto (comprese norme di natura sostanziale come gli artt. 8, 12 e 14) sia considerata interamente applicabile *ratione temporis* ai giudizi risarcitori *follow-on*.

La riforma Cartabia del processo civile: quale impatto sui giudizi instaurati dopo la sua entrata in vigore?



Salvo intervenga un differimento dell'udienza, è necessario provvedere alla redazione della perizia economica e alla raccolta del dataset sottostante in **meno di 3 mesi** dall'instaurazione del giudizio

Grazie per l'attenzione!

Le informazioni contenute nel presente documento non sono da considerarsi né un esame esaustivo, né un parere legale e non prescindono dalla necessità di ottenere pareri specifici in ordine alle singole fattispecie.

© **Freshfields Bruckhaus Deringer LLP 2023**

DS166583