

A437 - ESSELUNGA/COOP ESTENSE

Provvedimento n. 23639

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 6 giugno 2012;

SENTITO il Relatore Professor Piero Barucci;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287 ed, in particolare, l'articolo 3 della medesima;

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

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

VISTA la legge 6 febbraio 1996, n. 52, come modificata dalla legge 21 dicembre 1999, n. 526, e, in particolare, l'articolo 54;

VISTA la Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, del 27 aprile 2004;

VISTA la segnalazione pervenuta da parte della società Esselunga S.p.A. in data 27 ottobre 2010, successivamente integrata con ulteriori comunicazioni;

VISTA la propria delibera del 23 febbraio 2011, con la quale è stato avviato un procedimento istruttorio ai sensi dell'articolo 14, comma 1, della legge n. 287/90, nei confronti della società Coop Estense S.c. a r.l., per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 3 della legge n. 287/90;

VISTA la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie trasmessa alle parti in data 13 febbraio 2012;

VISTA la propria comunicazione alla Commissione europea, ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 4, del Regolamento (CE) n. 1/2003;

VISTA la propria delibera dell'8 febbraio 2012, con la quale è stato differito al 18 maggio 2012 il termine di conclusione del procedimento, in ragione della quantità e la complessità degli elementi acquisiti nel corso dell'istruttoria, nonché della necessità di assicurare alla parte un congruo termine per l'esercizio dei diritti di difesa;

VISTE le memorie conclusive delle parti, pervenute in data 2 e 3 aprile 2012;

SENTITI in audizione finale, in data 12 aprile 2012, i rappresentanti delle società Coop Estense S.c. a r.l. ed Esselunga S.p.A.;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

VISTA la propria delibera del 9 maggio 2012, con la quale è stato differito al 15 giugno 2012 il termine di conclusione del procedimento, in ragione della quantità e della complessità degli elementi acquisiti nel corso dell'istruttoria, nonché della necessità di valutare compiutamente gli elementi del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

I PREMESSA

1. Nel luglio 2010, sono apparsi vari articoli di stampa aventi ad oggetto presunti comportamenti anticoncorrenziali messi in atto da Coop Estense Società Cooperativa a r.l. (di seguito, Coop Estense) tesi ad impedire o quantomeno fortemente ostacolare l'espansione di Esselunga S.p.A. (di seguito, Esselunga) nella distribuzione moderna di prodotti alimentari e non alimentari di largo e generale consumo nella Provincia di Modena. A seguito di una richiesta di informazioni inviata in data 28 luglio 2010, Esselunga, con risposta pervenuta in data 27 ottobre, e successivamente integrata in data 14 dicembre, ha segnalato l'adozione da parte di Coop Estense di una serie di presunti comportamenti in violazione dell'articolo 3 della legge n. 287/90, nei Comuni di Modena e di Vignola. In particolare, Coop Estense avrebbe ingiustificatamente condizionato, con atti ostruzionistici e dilatori, l'iter amministrativo già iniziato per il rilascio delle autorizzazioni all'avvio di attività commerciali in tali Comuni con la conseguenza di impedire e/o ritardare in modo significativo l'espansione di Esselunga nella distribuzione moderna.

II IL PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO

2. In data 23 febbraio 2010, l'Autorità ha avviato, ai sensi dell'articolo dell'articolo 3 e dell'articolo 14 della legge n. 287/90, un procedimento istruttorio nei confronti della società Coop Estense, al fine di verificare la sussistenza di eventuali comportamenti restrittivi della concorrenza consistenti nell'adozione di condotte ingiustificatamente dilatorie o suscettibili di condizionare l'esito delle procedure di rilascio di autorizzazioni necessarie all'avvio di attività commerciali alimentari. Con tali comportamenti, Coop Estense avrebbe ostacolato l'ingresso e/o l'espansione di Esselunga nella grande distribuzione moderna nella Provincia di Modena, in particolare nei Comuni di Modena e di Vignola.

3. In data 4 marzo 2011 sono stati svolti accertamenti ispettivi presso le sedi delle società Coop Estense e il Consorzio Nazionale Cooperative di Consumatori Soc. coop. a r.l. (anche Coop Italia S.c. a r.l.; di seguito, Coop Italia). Nel corso di tali accertamenti è stata acquisita ampia documentazione relativa all'oggetto del presente procedimento.

4. Sono stati sentiti in audizione i seguenti soggetti: la società Coop Estense (in data 14 giugno 2011), la società Esselunga (in data 21 giugno 2011), il Comune di Vignola, nello specifico il Responsabile Dirigente della Struttura Pianificazione Territoriale (in data 9 settembre 2011) ed il Comune di Modena, nello specifico il Dirigente Responsabile del Settore Trasformazione Urbana e Qualità Edilizia, il Dirigente del Servizio Trasformazione edilizia e qualità dell'architettura e il Responsabile dell'Avvocatura civica del Comune (in data 17 ottobre 2011).

5. Inoltre, sono state inviate richieste di informazioni o di precisazioni a Coop Estense (in data 28 giugno, 1 luglio e 23 settembre 2011), ad Esselunga (in data 21 giugno 2011) nonché al Comune di Modena (17 e 26 ottobre e il 28 novembre 2011). Le Parti hanno risposto alle richieste di informazioni e prodotto memorie ed integrazioni, specificatamente Coop Estense (in data 3 e 30 giugno, 15 luglio, 7 ottobre 2011 e 11 gennaio 2012) ed Esselunga (in data 12 e 21 giugno, 24 ottobre e 10 novembre 2011). Il Comune di Modena ha inviato integrazioni (in data 18 novembre e 5 dicembre 2011).

6. In data 8 febbraio 2012, è stato prorogato il termine di chiusura del procedimento alla data del 18 maggio 2012, in ragione della quantità e la complessità degli elementi acquisiti nel corso dell'istruttoria, nonché della necessità di assicurare alla parte un congruo termine per l'esercizio dei diritti di difesa.

7. Le parti hanno presentato le loro memorie conclusive in data 2 e 3 aprile 2012. Le parti sono state sentite in audizione finale davanti al Collegio in data 12 aprile 2012.

Nel corso del procedimento è stato ripetutamente concesso alle parti e agli intervenienti l'accesso agli atti del fascicolo.

8. In data 9 maggio 2012, è stato differito il termine di conclusione del procedimento al 15 giugno 2012, in ragione della quantità e della complessità degli elementi acquisiti nel corso dell'istruttoria, nonché della necessità di valutare compiutamente gli elementi del procedimento.

III LE PARTI

9. Esselunga, con sede legale a Milano, è una società attiva nel settore della distribuzione moderna al dettaglio di prodotti alimentari e non alimentari di largo e generale consumo, attraverso una rete di ipermercati e supermercati di media e grande superficie situati nel Nord Italia ed in Toscana ed aventi insegna "Esselunga". La società è altresì attiva nella produzione di generi alimentari destinati alla vendita nei punti vendita ad insegna Esselunga ed on-line. Esselunga è controllata dalla società Fudfina S.r.l., a sua volta controllata dalla Supermarkets Italiani S.p.A..

10. Coop Estense, con sede legale a Modena, è attiva nella distribuzione commerciale al dettaglio di prodotti alimentari e di altri beni di largo consumo¹. In particolare, Coop Estense opera con l'insegna "Ipercoop" per quanto attiene agli ipermercati e con l'insegna "Coop" per i supermercati, e "Dico" per i *discount*². Coop Estense aderisce, insieme ad altre otto grandi cooperative, al consorzio Coop Italia. Coop Estense opera nel distretto Adriatico ed è l'unico operatore aderente al suddetto consorzio a svolgere attività nella Provincia di Modena³. Coop Estense svolge attraverso sue controllate, anche attività di locazione immobiliare e di intermediazione finanziaria.

IV IL CONTESTO NORMATIVO

IV.1 Il Quadro Generale

A La disciplina per lo sviluppo commerciale e l'uso del territorio

11. Con le leggi n. 14/1999⁴ e n. 20/2000⁵, la Regione Emilia Romagna definiva le competenze in materia di pianificazione urbanistica ed introduceva nuove regole nel processo di programmazione della rete distributiva⁶ dotandosi di uno nuovo strumento normativo di tutela e uso del territorio, tra cui anche il governo degli insediamenti commerciali.

¹ [COOP Estense contava al 31 dicembre 2008 un numero di soci pari a 583.204, ciascuno titolare del diritto ad un solo voto indipendentemente dal capitale conferito.]

² [Coop Estense controlla pariteticamente (insieme a tutte le altre cooperative di Coop Italia) la società "DICO S.p.A." ai cui fanno capo i discount della Coop (sviluppo discount).]

³ [Ciascuna delle 9 grandi cooperative opera su una ben delimitata porzione del territorio nazionale, suddiviso in tre aree geografiche: distretto Nord-ovest, distretto Adriatico e distretto Tirreno. Nel distretto Adriatico sono presenti anche Coop Adriatica Soc. Cooperativa a r.l. e Coop Consumatori Nordest S.c. a r.l..]

⁴ [Regione Emilia-Romagna – L.R. 5 luglio 1999, n. 14 "Norme per la disciplina del commercio in sede fissa in attuazione del DLgs 31 marzo 1998, n. 114 (Pubblicata nel B.U.R. 10 luglio 1999, n. 86).]

⁵ [Regione Emilia-Romagna – L.R. 24 marzo 2000, n. 20 "Disciplina generale sulla tutela e l'uso del territorio" (Pubblicata nel B.U.R. 24 marzo 2000, n. 52).]

⁶ [In tal senso la delibera della Giunta Regionale 1253/1999 ampliava le fattispecie tipologiche delle strutture di vendita introducendo distinzioni in funzione della dimensione dei Comuni. Per i Comuni con popolazione inferiore ai 10.000 abitanti, sono considerate strutture medio-piccole le superficie di vendita compresa tra 251-1.500 metri quadrati. Per i Comuni con oltre 10.000 abitanti, la soglia dimensionale minima delle strutture medio-grandi è superiore ai 1.500 metri quadrati.]

12. In base all'impianto normativo di cui sopra, le Province sono competenti per la pianificazione commerciale tramite un Piano Operativo degli Insediamenti Commerciali (POIC)⁷, con cui sono stabiliti gli insediamenti di *grandi strutture* e di *medie strutture di rilevanza sovra-comunale* (con superficie superiore ai 1.500 metri quadrati; numero, localizzazione e tipologia). La Provincia di Modena si dota di un POIC solo nel luglio 2006 (doc. 3.82 all. 23)⁸. Il processo di revisione essendo iniziato a fine 2004⁹. Sino a quella data vigevano, pertanto, sia a livello provinciale che nei diversi Comuni della Provincia di Modena, le previsioni urbanistiche e commerciali già contenute nel Piano Territoriale di Coordinamento Provinciale del 1998/1999 (il PTCP)¹⁰ e nei relativi piani urbanistici comunali anche detti Piani Regolatori Generali (PRG) e successive varianti.

Il POIC del 2006 non ha introdotto modifiche sostanziali alle previsioni in vigore in precedenza cristallizzando di fatto le possibilità di nuovi insediamenti e confermando, quindi, di fatto solo gli insediamenti già contemplati nei precedenti strumenti di urbanistica (doc. 4.111)¹¹.

13. I Comuni sono competenti per la regolazione urbana e commerciale del territorio tramite gli appositi PRG, e loro varianti, nei quali sono individuate le aree urbane idonee per insediamenti urbani e commerciali; inoltre per il rilascio di autorizzazioni all'avvio, trasferimento ed ampliamento di medie strutture di vendita (fino a 1.500 metri quadrati)¹². La L.R. 20/2000 prevedeva che i Comuni si dotassero di nuovi strumenti di pianificazione territoriale generale e settoriale sovra ordinati, i cosiddetti Piani Strutturali Comunali (PSC) in sostituzione dei PRG.

14. L'individuazione, da parte dei Comuni, di aree idonee a nuovi insediamenti, ovvero la modifica della destinazione d'uso di aree urbane a fini commerciali, avviene attraverso una modifica al PRG. Fino all'entrata in vigore dei PSC e comunque non oltre l'11 aprile 2005¹³, i Comuni potevano adottare varianti ai PRG in via diretta; dopo tale data, invece, l'unico modo per poter individuare nuove aree insediabili era attraverso una definizione e/o revisione del PSC (docc. 2.59 all. C26 e C27, 3.104 e 4.118). Rileva osservare, che mentre l'adozione diretta della variante era un atto di competenza esclusivamente comunale, il procedimento di approvazione (o revisione) del PSC prevede una serie di articolati passaggi amministrativi che coinvolgono altre istituzioni con poteri consultivi (tra cui ad esempio una conferenza di pianificazione con Comuni, Province e Regione interessati). In linea teorica, sulla base della tempistica indicata nella normativa, l'iter di approvazione del PSC si prevede concluso nell'arco temporale di un anno (articolo 32 della L.R. 20/2000).

Rileva osservare che non tutti i Comuni si sono adeguati con tempestività alla nuova strumentazione urbanistica: a Modena il PSC è entrato in vigore nel 2002/2003 a Vignola non è stato ancora elaborato, a più di 11 anni dall'entrata in vigore della L.R. 20/2000. Nelle more vigevano, quindi, le disposizioni delle previsioni urbanistiche già assunte dai PRG, e successive varianti.

B L'accordo con i privati ex articolo 18 della L.R. 20/2000

15. L'articolo 18 della L.R. 20/2000 disciplinava l'accordo con i privati quale strumento di pianificazione urbanistica alternativo all'intervento pubblico diretto (anche nella forma di esproprio di area) al fine di effettuare interventi di trasformazione urbana in aree private in presenza di interesse pubblico e rilevante interesse locale (docc. 1.26 e 3.86)¹⁴. A fronte della disponibilità di un privato di concorrere finanziariamente alla realizzazione di un'opera di interesse pubblico, il Comune prevedeva forme di perequazione che lo compensassero. La più frequente essendo l'autorizzazione all'edificabilità di aree (per destinazioni commerciali) nella disponibilità del privato¹⁵. Queste modifiche d'uso o di destinazione delle aree (più vantaggiose) potevano essere assunte direttamente dai Comuni con varianti

⁷ [Del. del C.R. 1410/2000. Il POIC Provinciale teso a disciplinare lo "sviluppo equilibrato del commercio nel territorio va a sostituire i Piano Territoriale di Coordinamento Provinciale. Nella Provincia di Modena il Piano Territoriale di Coordinamento Provinciale P.T.C.P. risale al 1998-1999 (Del. di Consiglio Provinciale n.72 del 25/2/1998 e n. 51 del 3/3/1999 e approvato con Del. di Giunta Regionale n. 1864 del 26/10/1998 e n. 2489 del 21/12/1999).]

⁸ [Cfr. deliberazione di Consiglio n. 100 del 19 luglio 2006.]

⁹ [Per la stesura del POIC era previsto il coinvolgimento di tutti Comuni appartenenti alla Provincia, tra cui anche i Comuni di Modena e di Vignola; quest'ultimo aveva iniziato parallelamente una revisione del suo piano urbanistico comunale non ancora conclusa. La Provincia deliberava nel settembre 2005 un Documento Preliminare di Piano operativo comprensivo di un Quadro Conoscitivo e di una prima valutazione di sostenibilità ambientale e territoriale (VALSAT), discusso nella Conferenza di Pianificazione del 2 settembre 2005. Cfr. Delibera di Giunta n. 351 del 6 settembre 05.]

¹⁰ [Il Piano Territoriale di Coordinamento Provinciale (P.T.C.P.) è lo strumento di pianificazione che definisce l'assetto del territorio con riferimento agli interessi sovra comunali.]

¹¹ [La situazione non è mutata neanche con il nuovo POIC adottato con del. Consiglio Provinciale n. 216 del 20 luglio 2011.]

¹² [Cfr. si veda anche Delibera del Consiglio Regionale n. 1410 del 29 febbraio.]

¹³ [Cfr. disciplina transitoria di cui all'art. 41 della stessa L.R. 20/2000.]

¹⁴ [L'articolo recita, infatti, che: "Gli enti locali possono concludere accordi con soggetti privati per assumere nella pianificazione proposte di progetti e iniziative di rilevante interesse per la comunità locale, al fine di determinare talune previsioni del contenuto discrezionale degli atti di pianificazione territoriale e urbanistica, nel rispetto della legislazione e pianificazione sovra ordinata vigente e senza pregiudizio dei diritti dei terzi".]

¹⁵ [Si trattava di forme di perequazione che si traducevano generalmente nella modifica della destinazione d'uso dell'area da attività agricola a terziaria o commerciale o nell'attribuzione di quote di edificabilità aggiuntive.]

sostanziali ai PRG. Il termine dell'11 aprile 2005 fissato dalla L.R. 20/2000 per l'autorizzazione diretta da parte dei Comuni di tali varianti si traduceva tassativamente in un limite temporale al concreto impiego di detti accordi.

IV.2 Le Specifiche disposizioni per i Comuni di Modena e Vignola

16. Fino al luglio del 2006 (adozione del POIC) in entrambi i Comuni di Modena e Vignola non era possibile avviare strutture di vendita alimentari di grandi dimensioni (superiori ai 2.500 metri quadrati) né ampliare le grandi strutture esistenti; dopo tale data, solo a Vignola il nuovo POIC consentiva l'ampliamento dell'unico grande punto vendita esistente – ad insegna Coop – da 2.500 metri quadrati a 4.500 metri quadrati.

Dal 1999, vigeva in entrambi i Comuni anche il limite alla superficie massima delle medie strutture di vendita alimentari fissata a 1.500 metri quadrati (docc. 4.124 e 4.127).

A La normativa urbanistica e commerciale applicabile nel Comune di Modena

17. All'epoca dei fatti (1999), il Comune di Modena era dotato di un PRG del 1991, e successive varianti del 1997 e del 1998/99¹⁶, e di un Piano del Commercio del 1994-1998; quest'ultimo regolava l'effettiva possibilità di insediamento degli esercizi commerciali nonché la loro tipologia¹⁷.

Le aree individuate per attività commerciale erano solo quattro, ubicate in zone carenti di strutture commerciali: tre aree insistevano nella zona Sud della città, una - l'area ex Consorzio oggetto del presente procedimento - nella zona Nord a ridosso della fascia ferroviaria¹⁸. Due delle tre aree localizzate a Sud di Modena, erano interessate da progetti della società Conad (tra l'altro, i punti vendita sono stati avviati solo dopo il 2008); la terza area risulta tutt'ora non edificabile (doc. 4.127). A tutt'oggi non sono state previste nuove aree insediabili a fini alimentari.

18. Il 12 aprile 1999, con delibera del Consiglio Comunale n. 55, veniva approvato un Programma di Riqualficazione Urbana (di seguito PRU) avente per obiettivo *"il recupero, la trasformazione e la riqualficazione di aree produttive dismesse e da dismettere"*. Con il PRU si dava concreta attuazione alla riqualficazione urbana di alcune zone della città (in tutto nove comparti), tra cui anche la zona della fascia ferroviaria Nord di Modena, riqualficazione già prevista sin dal PRG del 1991, in cui è compreso anche il comparto ex Consorzio Agrario. In particolare, quest'ultima area risultava fondamentale nel disegno complessivo della riqualficazione della Fascia ferroviaria Nord di Modena (docc. 4.118 e 4.124).

19. Con la medesima delibera si disponeva che il detto comparto ex Consorzio Agrario (circa 66.000 metri quadrati) fosse composto da tre aree di intervento: *i)* l'area ex Officine Rizzi (circa 9.000 metri quadrati, nel 2001 ex Fallimento Rizzi), *ii)* l'area ex Consorzio Agrario (circa 44.000 metri quadrati) e *iii)* un'area residuale di proprietà del Comune di Modena.

Con riguardo alla destinazione del comparto, il PRU disponeva che il comparto avesse destinazione commerciale per 2.900 metri quadrati di cui 1.500 per attività alimentare (docc. 4.110 e 4.124)¹⁹. In altri termini, si ribadiva quanto già stabilito nel PRG del 1991, ovvero che nel comparto ex Consorzio potesse sorgere l'unica media struttura alimentare prevista in tutta l'area nella zona Nord della città di Modena (docc. 4.111 e 3.82 all. 27). In particolare, il PRG del 1991, aveva già previsto che *i)* la porzione maggioritaria del comparto, ossia l'area ex Consorzio Agrario (entrata nella disponibilità di Esselunga tramite Edilmontanari sin dal 1999), fosse destinata ad attività commerciale per un massimo di 4.000 metri quadrati di cui 1.500 metri quadrati di struttura commerciale alimentare; *ii)* l'area limitrofa di proprietà del Comune fosse destinata ad strutture ausiliari di servizio; e *iii)* che nell'area ex Fallimento Rizzi fossero collocate altri edifici residenziali.

Il PRU del 1999, stabiliva, tuttavia, che l'attuazione agli interventi di urbanizzazione e di riqualficazione dell'intero comparto dovesse avvenire con l'elaborazione di un unico Piano (detto Particolareggiato ad iniziativa privata)²⁰. In altri termini, le soluzioni pianificatorie, e quindi le scelte di ripartizione dei diritti d'uso ed edificazione, dell'intero comparto dovevano essere concordate tra i proprietari delle tre aree e dare luogo alla stesura di un solo Piano c.d. Piano Particolareggiato privato²¹ (docc. 4.118 e 4.124)²². Fino al 2001, i proprietari erano: Esselunga (tramite Edilmontanari), l'ex Fallimento Rizzi e il Comune di Modena.

20. Da ultimo, si sottolinea che nel Comune di Modena non era possibile l'adozione di accordi ex articolo 18 L.R. 20/2000, quale strumento di urbanistica alternativo all'intervento diretto, poiché il Comune si è adeguato a tale disposizione solo nel 2007 (doc. 4.115), disciplinando con apposita normativa i necessari criteri perequativi a favore

¹⁶ [Cfr. del. CC. n. 66 del 21.05.1998 e del. CC. n. 55 del 12.04.1999.]

¹⁷ [Cfr. del. C.C. n. 329 del 22/12/1994.]

¹⁸ [Cfr. del. C.C. 49 del 8/04/1999.]

¹⁹ [Cfr. PRG Normativa delle Zone Elementari. Variante al PRG ex art. 14 LR 47/78, deliberazione di Approvazione CC.n. 55 del 12.04.1999.]

²⁰ [Il Piano Particolareggiato privato è una delle forme che può assumere il Piano Urbanistico Attuativo (PUA). Il PUA è uno strumento urbanistico di dettaglio.]

²¹ [ex Legge Reg. 47/1978.]

²² [Cfr. normativa delle Zone Elementari del nuovo PRG del Comune di Modena, deliberazione di Approvazione della GR n. 5354 del 26.11.1991.]

dei privati²³. In altri termini, la destinazione d'uso di un'area o la sua modifica non potevano che essere disciplinate attraverso il PRG, o una sua modifica o con l'elaborazione di nuovo PSC ai sensi della L.R. 20/2000; ovvero con forme di esproprio.

B La Normativa Urbanistica e Commerciale Applicabile nel Comune di Vignola

21. Nel Comune di Vignola era possibile insediare (o trasferire) nuove strutture di medie dimensioni (fino ad un massimo di 1.500 metri quadrati) solo previo *"accorpamento o concentrazione di licenze esistenti ed in zone urbane presenti nel PRG"*, in altri termini era possibile realizzare opere urbanistiche e commerciali solo in aree già predefinite nel PRG (doc. 3.104). Il Comune disponeva, tra l'altro, solo di quattro ulteriori licenze per medio-piccole superfici di vendita per attività non alimentari.

22. Con atto n. 19 del 29 aprile 2002, il Comune di Vignola sbloccava parzialmente una situazione di scarsità di aree da destinare ad urbanizzazione, individuando una serie di aree da sottoporre ad interventi di recupero urbano in variante al vigente PRG del Comune, in quanto ritenute strategiche per la riqualificazione della città e la realizzazione di opere di rilevante interesse pubblico. Si ipotizzava all'epoca anche la possibilità di forme misto pubblico-privato (con la costituzione di Società di Trasformazione urbana o *S.T.U.*) proprio per l'attuazione di detti interventi. In particolare, nella zona o comparto, era prevista la realizzazione di opere di interesse pubblico tra cui anche una scuola (doc. 3.104). (tra cui una scuola).

Con Delibera n. 53 del 9 ottobre 2002, veniva approvata una variante specifica alla variante generale del PRG²⁴, al fine di dare attuazione al progetto di riqualificazione e recupero urbano della zona interessata. In tale zona, ritenuta strategica, era ricompresa anche l'area di proprietà della società Vignola Due, oggetto del presente procedimento.

23. Rileva notare che a fine 2004, cinque comuni della Provincia di Modena (oltre al Comune di Vignola anche Castelnovo, Castelvetro, Svinano e Spilamberto) approvavano una convenzione per la redazione di un nuovo Piano intercomunale (il PSC) ai sensi della L.R. 20/2000, in sostituzione dei rispettivi PRG comunali; l'avvio di detti lavori avveniva in concomitanza con l'inizio del processo di approvazione del nuovo Piano commerciale provinciale (il POIC). L'iter di approvazione del nuovo piano sovra-comunale non si è ancora concluso, né peraltro è stato adottato un nuovo piano urbanistico comunale (doc. 3.104).

Nel Comune di Vignola vigeva, all'epoca dei fatti, e vige tutt'ora il precedente PRG²⁵.

24. In sintesi, dal quadro sopra delineato emerge una articolata e pervasiva strumentazione urbanistico-commerciale che concorre a determinare sostanziali barriere amministrative all'ingresso nello svolgimento di attività commerciali, in particolare alimentari.

V LE RISULTANZE ISTRUTTORIE

V.1 I Mercati Rilevanti

A La dimensione rilevante del prodotto e geografica dei mercati

25. Ai fini della valutazione della fattispecie in oggetto, il settore di riferimento è quello relativo alla distribuzione moderna di prodotti alimentari e non alimentari di largo e generale consumo. Secondo una consolidata giurisprudenza nazionale²⁶, i punti vendita si distinguono nelle seguenti diverse categorie²⁷: gli ipermercati, i supermercati, le *superette* e i *discount*. Le differenze attengono a caratteristiche quali la dimensione della superficie di vendita, il posizionamento di prezzo, l'ampiezza e la profondità della gamma di prodotti offerti, le caratteristiche espositive, la presenza di banchi per i prodotti freschi, la disponibilità di parcheggi.

La diversità nella qualità e nel livello di servizi offerti dalle varie tipologie di punto vendita ne rende piuttosto deboli i rapporti di sostituibilità reciproci, che risultano sostanzialmente limitati alle categorie dimensionali immediatamente contigue. Tra le diverse categorie dimensionali vi è, infatti, una catena di sostituibilità che va dagli ipermercati alle *superette*, con relazioni maggiormente significative tra segmenti contigui e pressoché trascurabili agli estremi della catena.

Nell'individuazione dei mercati rilevanti occorre, pertanto, partire da ciascuna tipologia di punto vendita e affiancare ad essa le categorie di punti vendita con le quali sussistano forti relazioni di sostituibilità. L'Autorità, nella propria prassi decisionale, ha sino ad ora definito i seguenti tre distinti mercati del prodotto, i quali presentano un'area di reciproca

²³ [Cfr. Art. 14.1 Piano Operativo Comunale, introduzione di una variante allo stesso POC e al Regolamento urbanistico edilizio, RUE, delibera CC 17/2007 approvata con CC 16/2008 e CC 36/2008.]

²⁴ [Assunta con Del. GP n. 359 del 18/09/2001.]

²⁵ [Cfr. Delibera della giunta dell'Unione n. 77 del 15 luglio 2010, dell'allegato B, di approvazione del calendario dei lavori.]

²⁶ [Cfr. Prov. Dell'Autorità n. 6113 del 18 giugno 1998, C3037 - Schemaventuno-Promodes/Gruppo GS, in Boll. N. 25/98.]

²⁷ [Ai sensi del D.L. 114/1998 (cd Decreto Bersani) sono ipermercati i punti vendita aventi superficie superiore ai 2.500 metri quadrati; rientrano nella categoria dei supermercati i punti vendita aventi superficie compresa tra 400 e 2.500 metri quadrati; sono invece superette i punti vendita di dimensione inferiore ai 400 metri quadrati. I discount appartengono ad una o l'altra categoria a seconda della loro superficie di vendita.]

sovrapposizione: i) il mercato delle *superette*, composto da tutte le *superette* e dai piccoli supermercati²⁸; ii) il mercato dei supermercati, composto da tutti i punti vendita della distribuzione moderna (in quanto i supermercati risentono, da un lato, della concorrenza delle *superette*, e dall'altro, di quella degli stessi supermercati e degli ipermercati); e iii) il mercato degli ipermercati, comprensivo degli ipermercati e dei medio-grandi supermercati²⁹.

26. Nel caso in esame, i comportamenti abusivi di Coop Estense sono tesi ad impedire o fortemente ritardare l'apertura da parte della concorrenza di due punti vendita aventi superfici di vendita pari o superiori a 1.500 metri quadrati da parte della concorrenza, a Vignola sarebbe potuto, infatti, essere insediato anche un punto vendita di 2.500 metri quadrati (piccolo ipermercato); i comportamenti di Coop Estense hanno inciso, quindi, sulle possibilità di ingresso sia nel mercato dei supermercati (che comprende tutte le superfici della moderna distribuzione commerciale) sia nel mercato degli ipermercati (che comprende tutti i punti vendita da 1.500 metri quadrati in su). L'apertura di entrambi i punti vendita avrebbe accresciuto, infatti, la pressione concorrenziale in entrambi i mercati; in particolare, nel mercato degli ipermercati, ai quali i punti vendita di dimensione pari o superiore ai 1.500 metri quadrati appaiono, per le caratteristiche dell'assortimento e dei servizi offerti, più simili.

In sintesi, quindi, per il presente procedimento, i mercati del prodotto rilevanti sono quello dei supermercati e, anche, quello degli ipermercati.

27. Da un punto di vista geografico, secondo una consolidata prassi dell'Autorità i mercati interessati hanno dimensione locale, in considerazione dei comportamenti di acquisto dei consumatori e dell'importanza da questi attribuita alla prossimità dei punti vendita. L'esatta delimitazione della dimensione geografica dei mercati – in prima approssimazione solitamente identificata con i confini amministrativi provinciali – può essere effettuata caso per caso, sulla base della dimensione dei bacini di utenza dei singoli punti vendita delle imprese interessate e del loro livello di sovrapposizione (il così detto metodo delle isocrone)³⁰.

Nel caso di specie, in merito alla posizione assunta dall'Autorità relativamente alla delimitazione geografica dei mercati rilevanti – definita coincidente con la Provincia di Modena – la parte non ha sollevato alcuna obiezione³¹.

B Alcune caratteristiche dei mercati rilevanti nella Provincia di Modena

28. La Provincia di Modena è la seconda provincia della Regione Emilia Romagna sia in termini di numero di esercizi commerciali avviati che di superficie di vendita totale degli esercizi al dettaglio³². Tuttavia, in base ai dati del 2009, la Provincia di Modena si colloca al terzo posto per capillarità della rete alimentare, con margini, quindi di efficientamento.

29. I principali Comuni della Provincia di Modena per numero di abitanti sono: il Comune di Modena (unico Comune con più di 100.000 abitanti); il Comune di Carpi (con una popolazione tra i 50.000 e i 100.000 abitanti); altri cinque Comuni (con una popolazione compresa tra i 20.000 e i 50.000 abitanti), tra cui Vignola, Sassuolo e Mirandola, che svolgono funzioni di capofila zonale e a cui fanno riferimento ampie aree sovra-comunali, in particolare nella parte sud della Provincia più montuosa). Castelfranco Emilia e Formigine sono tendenzialmente assorbiti nell'orbita del capoluogo di provincia (pur continuando a svolgere una funzione di servizio zonale per alcuni territori limitrofi). Peraltro, come specificato di seguito, l'attività commerciale è prevalentemente localizzata in tali comuni.

30. Sulla base dei più recenti dati disponibili³³, nel 2009 erano attivi nel Comune di Modena esercizi commerciali alimentari corrispondenti al 40% circa della superficie di vendita insediata a livello provinciale. Nella valle del Panaro, che comprende anche i Comuni di Vignola e di Spilamberto, erano, invece, concentrate il 10% circa delle attività commerciali. La distribuzione delle tipologie commerciali, presentava ancora, nel 2009, una prevalenza di punti vendita di vicinato o di piccole dimensioni (99,5%); nel periodo tra il 1998-2009, l'incidenza della media e grande dimensione non muta rimanendo del tutto limitata (0,5%). Ciò conferma che, la normativa urbanistica e commerciale successiva al

²⁸ [Tutti i punti vendita di dimensione inferiore ai 400 metri quadrati ed i piccoli supermercati di dimensione inferiore ai 1.500 metri quadrati.]

²⁹ [Appartengono al tale mercato rilevante tutti i punti vendita di dimensione superiore ai 1.500 metri quadrati.]

³⁰ [L'ampiezza del bacino d'utenza dei singoli punti vendita dipende, in primo luogo, dalla distanza che i consumatori sono disposti a percorrere per effettuare gli acquisti (la quale è funzione tra l'altro della tipologia di prodotto ricercata delle infrastrutture commerciali associate, le vie di comunicazione, l'ampiezza delle famiglie, il tempo libero di cui dispongono e la loro capacità di spostamento). La dimensione del bacino di utenza del singolo punto vendita è funzione anche del grado di attrazione che l'area geografica in cui quest'ultimo è localizzato esercita verso i consumatori (i fattori che la influenzano sono tra l'altro struttura territoriale e quella socio-economica, quali il livello di urbanizzazione, le infrastrutture offerte, la difficoltà di accesso all'area, ecc).]

³¹ [Peraltro, vale osservare che per morfologia la Provincia di Modena presenta comunque distanze medie tra i principali bacini di utenza (tra cui Modena, Carpi, Vignola, Sassuolo e Mirandola) di 30 km circa e, quindi, può essere considerata una buona approssimazione di mercati definiti con il metodo alternativo delle isocrone. Secondo una prassi consolidata, tale distanza è considerata il tratto massimo percorribile da un consumatore per i propri acquisti (corrispondente infatti ad un tragitto di 30/45 minuti in auto). Ciò detto, quindi, i comuni di Modena e di Vignola (nei quali Esselunga ha tentato di avviare nuovi punti vendita) appartengono entrambi al medesimo mercato geografico rilevante anche ove si utilizzasse la metodologia delle isocrone, qualunque fosse il punto di partenza preso per la delimitazione geografica del mercato (isocrona da Modena o isocrona da Vignola).]

³² [Cfr. Allegato 1.1 Relazione di Quadro Conoscitivo alla Delibera Consiglio Provinciale n. 216 del 20 luglio di adozione del nuovo POIC (<http://www.economia.provincia.modena.it/page.asp?IDCategoria=228&IDSezione=4494>).]

³³ [POIC del 2011, Provincia di Modena Relazione al Piano <http://www.economia.provincia.modena.it/page.asp?IDCategoria=228&IDSezione=4494>.]

1999 non ha, di fatto, introdotto sostanziali modifiche all'assetto commerciale, non prevedendo nuovi insediamenti di grandi dimensioni ma meramente confermando i piani già in vigore prima del 1999.

31. Nel 2011, nei principali Comuni della Provincia di Modena (oltre al capoluogo Modena, i Comuni di Carpi, Vignola, Sassuolo, Mirandola, Castelfranco e Formigine) si concentrava la quasi totalità degli ipermercati (punti vendita con superficie superiore ai 2.500 metri quadrati, pari a circa il 90%) e il 60% dei supermercati (punti vendita con superficie compresi tra i 400 e i 1.500 metri quadrati) e non meno del 70% dei grandi supermercati (punti vendita con superficie superiore ai 1.500 metri quadrati ma inferiore ai 2.500 metri quadrati) attivi nella Provincia. Tali percentuali si sono mantenute pressoché invariate nel corso dell'ultimo decennio evidenziando, da un lato, che tali comuni rappresentano i bacini di utenza economicamente più interessanti ove insediare un punto vendita e, dall'altro, che la struttura dell'offerta è rimasta sostanzialmente immutata nel corso dell'ultimo decennio, come si evince dalla tavola che segue (Tavola 1).

Tavola 1: Numero di punti vendita per classe dimensionale

COMUNE	IPER (2.500 m ² e oltre)			GRANDI SUPER (tra 1.500 e 2.500 m ²)			Piccoli SUPER (tra 400 e 1.500 m ²)		
	2001	2005	2011	2001	2005	2011	2001	2005	2011
CARPI			1	1	1	2	10	13	13
CASTELFRANCO EMILIA			1	1	1	1	3	3	4
FORMIGINE	1	1				1	1	1	2
MIRANDOLA	1	2	2				3	4	4
MODENA	3	3	3	2	2	4	25	26	23
SASSUOLO	3	3	3				7	5	5
SPILAMBERTO						1	3	3	2
VIGNOLA	1	1	1				3	3	5
TOT	9	10	11	4	4	9	55	58	58
TOT PROVINCIA	9	11	12	5	6	13	90	93	101

Fonte: Elaborazione AGCM su dati Nielsen

32. Degli undici punti vendita avviati nella provincia di Modena tra il 2000 e il 2011, ben quattro sono ad insegna Coop, questi rappresentano una superficie di vendita del 50% circa rispetto alla superficie totale degli undici punti vendita aperti in tale periodo. Tutte le aperture sono avvenute dal 2004/2005 in poi (ad eccezione di un punto vendita di Coop Estense nel Comune di Modena e di uno ad insegna Famila nel Comune di Mirandola entrambi attivi dal 2000/2001³⁴). In particolare, a Modena l'unico punto vendita avviato da un concorrente di Coop Estense è quello di Conad (attivo solo dal 2008). Quanto a Vignola, nessun nuovo avvio riguarda supermercati di 1.500 metri quadrati o più, ma piccole strutture con una dimensione massima di 600 metri quadrati, la cui apertura è stata resa possibile da una modifica normativa introdotta dopo il 2005. Contestualmente, invece, Coop Estense trasferiva ed ampliava una propria struttura commerciale di medie dimensioni a Spilamberto, distante da Vignola circa 5 km.

In ogni caso, occorre sottolineare che i nuovi avvii sono la mera attuazione di piani insediativi già previsti da piani urbanistici e di sviluppo commerciale adottati prima del 1999, riguardando aree già individuate nei relativi PRG e spesso già nella disponibilità degli operatori (come per gli avvii di Conad ad esempio).

Preme sottolineare che, nel corso dello stesso periodo, si è assistito a varie riorganizzazioni *infragruppo* con la chiusura di alcuni punti vendita e l'ampliamento di strutture già esistenti. Tale processo è stato promosso dalla previsione normativa presente nella maggior parte dei comuni secondo cui le nuove aperture dovevano essere realizzate per accorpamento di licenze già esistenti.

33. La razionalizzazione dei punti vendita ha portato, nei comuni della Provincia di Modena, ad un aumento della superficie di vendita media dei piccoli supermercati che non supera, comunque, in tutti i comuni analizzati (ad eccezione di Carpi e Spilamberto) i 700 metri quadrati nel 2011 e degli ipermercati, che non raggiunge in media i 4.000 metri quadrati.

34. A complemento di questa analisi rileva osservare che nel 2001, i punti vendita attivi nel Comune di Modena contribuivano a circa il 56% circa del fatturato realizzato nel mercato degli ipermercati nella Provincia e per il 38%

³⁴ [Rileva osservare che, qualora si consideri una dimensione del mercato alternativa alla provincia (isocrone), i punti vendita avviati risulterebbero nove, di cui sempre quattro avviati da Coop, con una nuova superficie di vendita nella disponibilità della parte che risulterebbe addirittura superiore al 65%. Ciò in quanto Mirandola, ad esempio, non è compresa in nessuno dei mercati definiti sulla base delle isocrone.]

circa per i supermercati. Il fatturato dei punti vendita localizzati nel Comune di Vignola incideva per il 5% circa sul totale. Nel corso del tempo, i dati evidenziano una leggera contrazione del peso di Modena in entrambi i mercati rilevanti a favore di altri comuni, tra cui Vignola, rimanendo comunque significativa.

C Le barriere amministrative all'accesso

35. I mercati rilevanti sono caratterizzati dalla presenza di significative barriere amministrative all'ingresso e dalla scarsa disponibilità di aree destinabili ad usi commerciali.

La scarsità di aree destinabili a fini commerciali e la vischiosità ad individuare nuove aree ad uso commerciale che risultino compatibili con i piani territoriali costituiscono evidenti limiti alla possibilità di ingresso ed insediamento di nuove strutture commerciali anche in concorrenza con gli insediamenti storici (cfr. sezione 0 più sopra). La stessa Coop Estense ha documentato difficoltà a reperire aree idonee al trasferimento e insediamento di strutture di vendita (docc. 3.82 e 4.110).

L'avvio, il trasferimento o l'ampliamento di strutture commerciali è, infatti, strettamente correlato alla disponibilità di aree edificabili che dipende dalle scelte di urbanizzazione territoriale effettuate, in ultima istanza, dai comuni.

L'adeguamento al nuovo quadro legislativo in materia di insediamenti commerciali introdotto con il Decreto Bersani ha, di fatto, confermato l'avvio di punti vendita sostanzialmente in funzione di aree urbane già individuate in precedenza dalla disciplina commerciale e urbanistica vigente a livello comunale, che risale ai PRG in vigore ben prima del 1999.

Sebbene la normativa commerciale e urbanistica sia stata progressivamente variata nel corso del 1999-2010, il Comune di Modena non ha previsto nuove aree urbane da destinare né a medie né a grandi strutture di vendita alimentari in aggiunta a quelle già individuate sin dal PRG del 1991.

Il Comune di Vignola ha deliberato, nel 2002, una variante al PRG in vigore all'epoca, che individuava una sola nuova area destinabile ad attività commerciale (quella su cui era localizzato il terreno di interesse di Esselunga). Dal 2006, con il nuovo POIC, è poi stata prevista la sola possibilità di ampliare grandi strutture di vendita esistenti (l'unica di Coop) mentre non sono state previste nuove aperture di medio-grandi punti vendita.

36. Oltre ai vincoli territoriali sussistono anche limitazioni alla dimensione delle strutture alimentari le medie strutture non possono superare i 1.500 metri quadrati di superficie e, in particolare, nei Comuni di Modena e Vignola non è ancora, ad oggi possibile, avviare strutture commerciali alimentari di grandi dimensioni; al più, come detto sopra, ad esempio a Vignola con il POIC Provinciale del 2006, è stata autorizzato l'ampliamento della grande struttura esistente.

Il POIC ha, di fatto, confermato quanto già disposto a livello comunale, cristallizzando, come indicato dai rappresentanti del Comune di Modena, le possibilità di nuovi ingressi alle disposizioni in essere, sin da prima del 1999, in tutta la Provincia (doc. 4.111, cfr. sezione 0 più sopra).

Da ultimo rileva notare che la previsione di nuovi avvisi subordinata all'accorpamento di licenze esistenti chiaramente introduce un ulteriore vincolo, in particolare, per i nuovi entranti i quali non disponendo di licenze pregresse devono reperirle affrontando ulteriori difficoltà e costi.

V.2 La posizione dominante di Coop Estense

37. La posizione dominante di Coop Estense nei mercati rilevanti è agevolmente individuabile sulla base di una serie di fattori strutturali, tra cui le quote di mercato in livello e relativamente ai propri concorrenti, la presenza di barriere amministrative all'ingresso, la reputazione e la presenza storica nel territorio della stessa Coop, e nonché di elementi comportamentali che concorrono a creare barriere strategiche all'ingresso.

A La struttura di mercato: le quote di mercato di Coop Estense e dei concorrenti

38. Coop Estense dispone di elevate quote di mercato, sia in termini assoluti che relativamente alla concorrenza, anche accresciutesi nel corso dell'ultimo decennio nella Provincia Modena. Il vantaggio strutturale di Coop Estense è misurabile anche dal fatto che i principali concorrenti registrano, invece, nello stesso periodo, posizioni costanti o talvolta in flessione. Coop Estense, dunque, ha e mantiene nel tempo un significativo potere di mercato³⁵.

39. Come si evince dalle tavole seguenti, le quote di mercato di Coop Estense si sono mantenute, a livello provinciale, ad un livello significativo, attestandosi tra il 2000 e il 2011 al 60-66% negli ipermercati e al 40-47% nei supermercati (cfr. Tavola 2a e Tavola 2b). La posizione di Coop oltre ad accrescersi nel tempo si è mantenuta nel medesimo arco temporale superiore di quattro – cinque volte quella del diretto concorrente nel mercato degli ipermercati e superiore a circa due volte nel mercato dei supermercati. Anche rispetto ad Esselunga, che Coop Estense qualifica come il concorrente più aggressivo, le quote di mercato dell'incumbent risultano stabilmente e significativamente maggiori (dalle quattro alle sei volte negli ipermercati e fino a sette volte nei supermercati); Esselunga mantiene quote di mercato durevolmente tra il 10-15% negli ipermercati e al 7% circa nei supermercati.

³⁵ [Cfr. Comunicazione della Commissione — Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti (Testo rilevante ai fini del SEE) (2009/C 45/02).]

Tav. 2a: Quote di mercato (Provincia MO) – ipermercati

Insegne	2001	2005	2010	2011
COOP	61,9%	59,2%	66,2%	66,3%
CONAD	11,7%	13,6%	10,5%	9,5%
ESSELUNGA	15,2%	13,3%	12,2%	11,8%
SELEX	3,1%	7%	6,8%	6,6%

Fonte: elaborazioni su dati Nielsen

Tav. 2b: Quote di mercato (Provincia MO) – supermercati

Insegne	2001 ³ 6	2005	2010	2011
COOP	41,5%	41,6%	46,3%	47,2%
CONAD	22,8%	23,9%	22,7%	22,5%
ESSELUNGA	7,3%	6,8%	6,6%	6,6%
SELEX	5,2%	6,9%	5,6%	5,6%

Fonte: elaborazioni su dati Nielsen

B Le barriere amministrative all'ingresso

40. Nell'ambito dei criteri strutturali che definiscono la posizione dominante di un operatore, assume rilievo la presenza di barriere all'ingresso.

Nel caso di specie, come ampiamente descritto, sussiste una situazione di scarsità di aree destinabili ad attività commerciali in ragione della relativa difficoltà ad individuare nuove aree disponibili a tale uso che risultino, da un lato, compatibili con i piani urbanistici territoriali e commerciali (in particolare, dei comuni che hanno, in ultima istanza, competenza sull'assetto urbanistico dei centri e, quindi, sulle scelte di edificabilità urbana e commerciale dei comuni stessi) e, dall'altro, che rappresentino investimenti economicamente sostenibili. Non tutte le possibilità insediative hanno la stessa appetibilità economica: affinché un nuovo ingresso possa esplicare efficacemente una pressione competitiva nel mercato occorre che la localizzazione geografica dell'area sia in bacini caratterizzati da una domanda sufficiente, ovvero che il nuovo punto vendita permetta un ingresso su scala efficiente che consenta un ritorno economico congruente (in comuni di minori dimensioni questo può essere raggiunto con punti vendita almeno di grande dimensione).

41. Oltre alla scarsità di aree, le barriere all'ingresso sono costituite anche dai tempi lunghi (spesso pluriennali) per il rilascio delle relative autorizzazioni così come dai vincoli connessi alle aperture per accorpamento di licenze esistenti, che facilitano l'espansione degli operatori già attivi nel mercato e, in particolare, dell'impresa *incumbent*.

42. Tali fattori concorrono a determinare evidenti limiti alla possibilità di ingresso e di insediamento di nuove strutture commerciali ovvero al dispiegarsi di una concorrenza potenziale nei mercati rilevanti.

C Il radicamento territoriale e la reputazione di Coop

43. Il potere di mercato di Coop Estense discende anche, da altri fattori strutturali, tra cui il forte radicamento della cooperativa nel territorio provinciale³⁷. Alla cooperativa aderiscono più di 250.000 soci e la stessa realizza più dei tre quarti delle proprie vendite in ambito consortile.

Rileva, peraltro, notare che il sistema Coop si è dotato di un'organizzazione tale per cui ciascuna cooperativa opera in un ben definito territorio nazionale. Nello specifico, Coop Estense è l'unica Coop attiva nella Provincia di Modena. La parte è presente con propri punti vendita in tutti i Comuni della Provincia, realizzando la maggior parte del proprio fatturato a Modena (circa il 45% del fatturato degli ipermercati operanti nella provincia e quasi il 38% dei supermercati). Con riferimento, invece al Comune di Vignola, seppure il fatturato realizzato da Coop Estense rappresenti il 5% circa di quello realizzato a livello provinciale in entrambi i mercati, si osserva, che in questo Comune, Coop Estense è l'unico operatore ad operare una grande struttura di vendita (2.500 metri quadrati, ampliabile fino a 4.500 metri quadrati), con una posizione di accertata asimmetria dimensionale rispetto agli altri attori della distribuzione moderna (il secondo punto vendita più grande è quello di Conad di 600 metri quadrati).

44. Il forte radicamento territoriale è stato, tra l'altro, riconosciuto dalla parte in sede di audizione, evidenziando le difficoltà a giustificare ai propri soci un eventuale trasferimento in altre aree di proprie strutture di vendita già attive (doc. 2.80).

Alla significativa presenza pluridecennale, si aggiunge anche la forza del marchio Coop e la sua reputazione.

D Le altre barriere di tipo strategico

45. Costituiscono da ultimo barriere di tipo strategico le condotte dell'operatore *incumbent* e, nel caso di specie, la capacità di Coop Estense di porre in essere comportamenti volti ad ostacolare o quanto meno ritardare l'ingresso o l'espansione della concorrenza al fine di salvaguardare la propria posizione di mercato.

E Conclusioni sulla dominanza di Coop Estense

46. La posizione dominante di Coop Estense discende da una serie di fattori sia di natura strutturale che comportamentale. Con riguardo ai fattori strutturali, Coop Estense mantiene una significativa e persistente posizione di mercato caratterizzata da una costante asimmetria rispetto ai propri concorrenti. Tale vantaggio strutturale attenua la

³⁶ [Il dato per il 2000 comprende anche le vendite effettuate da UniCoop Firenze, Unicoop Adriatica e Unicoop Consumatori Nordest allora presenti nell'area con insegna Coop e Ipercoop. Il dato al netto di tali vendite non cambia comunque significativamente attestandosi al 60%. Tale situazione non si è tuttavia ripetuta nel tempo in conseguenza del consolidamento delle attività a marchio Coop e Ipercoop in capo alla Coop Estense.]

³⁷ [Coop Estense è nata nel 1989 dalla unificazione di Coop Modena e Coop Ferrara, attive nelle suddette provincie sin dall'inizio del secolo.]

capacità competitiva degli operatori attivi in ragione anche della limitata scala dimensionale in cui operano rispetto a Coop Estense, operatore *incubent* radicato capillarmente e storicamente sul territorio. Oltre a ciò, concorrono all'accertamento della posizione di mercato di Coop Estense la presenza di significative barriere amministrative all'ingresso, che indeboliscono l'eventuale pressione proveniente dalla concorrenza potenziale.

Quanto ai fattori comportamentali, la capacità di Coop Estense di porre in essere condotte tese ad ostacolare o quanto meno ritardare l'ingresso o l'espansione della concorrenza costituiscono ulteriori barriere strategiche all'ingresso.

Un'analisi quale quella svolta sopra, fondata su fattori strutturali e comportamentali, è coerente con un approccio "*basato sugli effetti*", in linea con la più recente prassi comunitaria, che offre un accertamento della dominanza ancor più definitivo³⁸.

V.3 I Comportamenti di Coop Estense nel Comune di Modena

A Premessa

47. L'attività istruttoria ha permesso di chiarire che, nonostante il dichiarato pregresso interesse commerciale per l'area ex Consorzio, Coop Estense non ha presentato offerte di acquisto quando ne avrebbe avuto occasione sia nel 1994 che nel 1995. Dagli atti è, peraltro, emerso che Coop Estense ha acquisito una porzione minoritaria del comparto (la parcella ex Fallimento Rizzi) nel 2001, solo dopo che la parte maggioritaria di tale comparto era entrata nella disponibilità di Esselunga tramite Edilmontanari (1999) e che la presentazione del Piano di riqualificazione del comparto era stata già autorizzata dal Comune (2000). Inoltre, l'acquisto è avvenuto nella piena consapevolezza che l'ingresso nella proprietà del comparto le avrebbe conferito un potere di incidere sulle soluzioni pianificatorie dell'intero comparto e, quindi, rimettere in discussione anche le scelte edificatorie già effettuate. In altri termini, Coop Estense, attraverso l'ingresso nella proprietà del comparto, è venuta a disporre di un "*potere di veto*" esercitabile nei confronti di qualunque proposta alternativa della controparte.

48. In particolare, Coop Estense ha messo in atto una serie di comportamenti volti ad impedire che si potesse dare seguito allo sviluppo commerciale del comparto, e quindi, del progetto del concorrente nell'area. Nel marzo del 2001, Coop Estense ha impugnato per le vie legali il Piano Particolareggiato, la cui presentazione era già stata autorizzata nel 2000 dal Comune a seguito di una compiuta attività istruttoria. Tra il 2001 e il 2004, Coop Estense ha messo in atto una condotta dilatoria e di attesa. Il Comune, trattandosi di un Piano particolareggiato d'iniziativa privata, quindi, la cui formazione è rimessa sostanzialmente alla volontà delle parti non ha potuto che prendere atto della manifesta contrapposizione di interessi tra le proprietà. Verificata l'impossibilità di addivenire ad consenso tra le parti sul Piano, che è condizione necessaria e sufficiente all'autorizzazione del Piano stesso, ne ha deliberato la non adozione (cfr. sezione 0 più sotto). Successivamente a tale data, Coop Estense ha posto in essere un comportamento solo apparentemente collaborativo, volto a trovare una soluzione al conflitto originato dalla sua opposizione al Piano, attivandosi per uno scambio di aree con Esselunga. Va tuttavia, rilevato che Coop Estense è entrata in possesso dell'area oggetto di scambio solo anni dopo la proposta e che la proposta non era né economicamente né tecnicamente realizzabile. Da ultimo, nel 2009 Coop Estense ha presentato un proprio Piano autonomo e non caratterizzato dal necessario consenso tra le proprietà. Ancora oggi Coop Estense mantiene il diritto di proprietà sull'area e, quindi, il diritto di incidere sulle scelte di edificabilità del comparto il cui recupero è tuttora in stallo.

49. Al fine di contestualizzare al meglio la condotta di Coop Estense, si ritiene utile descrivere le evidenze acquisite distinguendo temporalmente il periodo in due fasi: *i)* quella antecedente l'acquisizione da parte di Coop Estense della particella ex Fallimento Rizzi (prima del febbraio 2001) e *ii)* quella successiva all'acquisizione della particella ex Fallimento Rizzi e l'opposizione da parte di Coop Estense alle soluzioni di edificazione dell'area presentate da Esselunga (dopo il marzo 2001).

B La fase antecedente all'acquisizione della parcella ex Fallimento Rizzi e all'opposizione di Coop Estense al Piano (prima del 2001)

B1 I rapporti intercorsi tra Coop Estense e il Presidente dell'area ex Consorzio Agrario (1992-1995)

50. Sin dal PRG del 1991 era previsto che sulla porzione maggioritaria del comparto (ossia sull'area ex Consorzio entrata poi nella disponibilità di Esselunga) potesse essere realizzata attività commerciale ed, in particolare, l'insediamento di un punto vendita di medie dimensioni (1.500 metri quadrati). Di ciò risulta agli atti che Coop Estense era pienamente consapevole (1.17)³⁹.

Nonostante il dichiarato interesse commerciale per l'area ex Consorzio, che Coop Estense fa risalire al 1992, la parte ha riconosciuto di non aver mai formulato proposte di acquisto concrete all'allora Presidente che aveva offerto la cessione di porzioni di area sia nel 1994 (8.866 metri quadrati, per 11 miliardi di lire) che nel 1995 (12.000 metri quadrati per 10,5 miliardi di lire). Era stata, al riguardo, anche formulata una proposta progettuale di Piano

³⁸ [Cfr. Comunicazione della Commissione - Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti (2009/C 45/02).]

³⁹ [Dal documento risulta, infatti, che nel 1992 era prevista (la porzione di area ex Consorzio) poteva essere realizzata attività commerciale per circa 1.199 metri quadrati; mentre nel marzo 1994, il responsabile dell'ufficio tecnico del Comune di Modena Comune (l'Ing. Villanti), avrebbe indicato che "l'area CAP [n.d.r. Consorzio Attività Produttive ex Consorzio Agrario] può consentire attività commerciali per una superficie utile non superiore a 4.000 metri quadri".]

Particolareggiato che prevedeva la realizzazione di una media struttura alimentare sulla porzione di area che sarebbe poi entrata nella disponibilità di Esselunga, per il tramite di Edilmontanari nel 1999.

Coop Estense ha dichiarato di non aver potuto concretizzare l'offerta nel 1995, in ragione del fatto che l'area ex Consorzio fu posta in commissariamento dopo poco (doc. 1.17 e 3.84); risulta, tuttavia, che il consorzio è stato posto in liquidazione coatta amministrativa solo il 14 febbraio 1997 con decreto del Ministero delle politiche agricole.

B2 *La sottoscrizione del contratto di acquisto dell'ex Consorzio ed il subentro di Esselunga (1999-2000)*

51. Nel luglio del 1999, veniva perfezionato il contratto preliminare di vendita per l'intera area ex Consorzio Agrario (44.000 metri quadrati) a favore di Edilmontanari per una somma pari a 17,5 miliardi di lire (docc. 2.59 e 2.60 e 3.82). Il contratto definitivo risulta firmato a fine marzo 2000 (doc. 3.82 all. 10).

Anche la società Agoràcinque S.c. a r.l. (di seguito Agoràcinque), che operava nell'interesse di Coop Estense, presentò un'offerta per l'acquisto dell'area pari a 11 miliardi di lire che risultava assai inferiore alla stima elaborata dal commissario liquidatore nell'aprile 1999 compresa tra [omissis]⁴⁰ e [omissis] miliardi di lire (docc. 3.82 all. 9, 4.110 e 4.134). Coop Estense ha dichiarato di non aver presentato offerte dirette né di aver definito la somma in quanto si trattava di un'operazione immobiliare di più ampia portata (l'acquisto dell'intera area) che avrebbe travalicato i limiti statuari di oggetto sociale della cooperativa (docc. 2.80 e 4.134).

52. A fine dicembre 1999, la proprietà del comparto risultava, quindi, suddivisa tra Edilmontanari, che agiva nell'interesse di Esselunga, con il 72% circa della superficie complessiva (tutta l'area ex Consorzio), la società ex Fallimento Rizzi con il 18% circa e il Comune di Modena con la restante quota (10% circa). Il contratto preliminare di compravendita con Esselunga per l'acquisto di una porzione di area di Edilmontanari è avvenuto ai primi di marzo 2000 mentre a fine 2001 Esselunga subentrava a Edilmontanari nella disponibilità dell'intera porzione maggioritaria del comparto (ossia l'area ex Consorzio; docc. 2.81, 4.122 e 4.134).

53. A seguito di una compiuta attività istruttoria, la Giunta del Comune di Modena autorizzava a fine dicembre 2000 "ora per allora", la presentazione del Piano Particolareggiato, depositato da Edilmontanari e dall'ex Fallimento Rizzi nel dicembre del 1999; l'autorizzazione veniva pubblicata ad inizio 2001. L'autorizzazione alla presentazione del Piano e la sua adozione risultano atti necessari a dare seguito alle iniziative edili di un'area⁴¹. Il Piano aveva, infatti, ad oggetto un'ipotesi ripartitoria e di edificabilità per l'intero comparto ex Consorzio che prevedeva l'attribuzione della proprietà della struttura di vendita ad Esselunga e la localizzazione del punto vendita su una porzione dell'area ex Consorzio Agrario (già nella sua disponibilità come detto dal 1999). I rappresentanti del Comune hanno confermato che l'attività istruttoria è consistita nella verifica della congruità dello schema di progetto e delle relative planimetrie con la normativa urbanistica in essere, in particolare il Piano Particolareggiato urbano dell'area si inquadrava in un piano di recupero e riqualificazione dell'intera zona nord di Mantova (in particolare, di riqualificazione della fascia ferroviaria), tanto da richiedere un'integrazione al progetto nell'ottobre del 2000 (doc. 2.81 e 4.111). Le considerazioni formulate dalla competente amministrazione, sia alla proprietà che al progettista del Piano, risultavano in un marginale spostamento di alcune strutture, che non andavano ad incidere sull'impianto complessivo né sulla localizzazione della struttura commerciale, ma che erano necessarie poiché il recupero dell'area avrebbe comportato il coinvolgimento di altri comparti/proprietà limitrofe e di riprogettazione del raccordo ferroviario (docc. 4.111 e 4.115). Nel parere reso dal Comune alla proposta di progetto, come detto depositata a dicembre del 1999 e approvata a fine 2000, si legge, infatti, che "il Piano Particolareggiato ex Consorzio Agrario rappresenta per la città un intervento di enorme importanza urbanistica [...] è l'innesto principale di tutta la zona Nord con il centro storico" (doc. 4.115).

54. In sintesi, l'autorizzazione alla presentazione del Piano Particolareggiato nel 2000 è avvenuta a seguito di una istruttoria condotta dall'organo tecnico dell'amministrazione competente, che ha valutato positivamente la congruità dello schema di progetto con le disposizioni in materia urbanistica ovvero con il piano di recupero e riqualificazione dell'intera area Nord della città in cui si inseriva; al riguardo, rileva precisare che il parere della Commissione Edile al Piano non era un atto vincolante (docc. 2.60 all. B21 *septies*, 4.154, 4.158 e 4.169, all. 3 e 4)⁴².

B3 *La contro-offerta di Coop Estense (fine 1999-2000)*

55. Agli atti risulta che, Coop Estense è venuta a conoscenza dell'acquisizione dell'area dell'ex Consorzio da parte di Edilmontanari a fine dicembre 1999. Al riguardo, in un documento interno rinvenuto presso la parte, Coop Estense commenta: "a Modena era noto che Edilmontanari aveva rapporti con Esselunga per la quale aveva costruito il Centro commerciale di via Morane" (sottolineatura aggiunta, doc. 1.17).

Nel corso del 2000, Coop Estense, d'intesa con Agoràcinque (per il tramite di CESA), proponeva ad Edilmontanari, e allo stesso curatore fallimentare, di riacquistare l'area per 20 miliardi di lire; tuttavia, si sentì "rispondere che

⁴⁰ [Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.]

⁴¹ [Il Piano è infatti uno strumento urbanistico di dettaglio, con il quale si definiscono le opere urbanistiche e commerciali da realizzare, e necessario al fine di dare attuazione al piano di recupero e riqualificazione di un'area.]

⁴² [Inoltre, Coop Estense sembra abbia anche eccepito che nonostante il parere negativo della Commissione Edile al Piano, la sua presentazione sia stata comunque approvata dalla Giunta. Il parere non è vincolante, ma un eventuale delibera Comunale contraria a tale parere avrebbe dovuto, a detta di Coop Estense, essere motivata.]

[Edilmontanari] *non intendeva trattare la vendita dell'area a Coop Estense, in quanto aveva già assunto un analogo impegno con un gruppo concorrente di essa*" (sottolineatura aggiunta, docc. 1.17, 4.110 e 4.134)⁴³.

56. Contestualmente, e sempre con riguardo alla cessione dell'area ex Consorzio ad Edilmontanari nell'ambito della procedura fallimentare, risulta che Coop Estense aveva anche valutato *[omissis]* (doc. 3.82 all. 9).

57. Consapevole della presenza di un concorrente nella proprietà del comparto, e venuta meno la possibilità di subentrare nella porzione maggioritaria, ossia nell'area ex Consorzio, nel settembre 2000, Coop Estense formulava al curatore fallimentare della parcella ex Fallimento Rizzi (porzione minoritaria del comparto ed entrata in liquidazione), un'offerta di acquisto per 5 miliardi di lire (doc. 3.82). La parcella è stata messa all'asta nel febbraio 2001.

B4 *L'aggiudicazione da parte di Coop Estense della parcella ex Fallimento Rizzi (febbraio 2001)*

58. L'8 febbraio 2001, Coop Estense si aggiudicava l'asta fallimentare della parcella ex Fallimento Rizzi, avente una superficie di poco inferiore ai 9.000 metri quadrati, per una somma di circa 23 miliardi di lire e subentrava, quindi, nella proprietà del comparto (doc. 1.35).

Coop Estense ha motivato la partecipazione all'asta fallimentare della parcella ex Fallimento Rizzi nei seguenti termini: *"tramontata la prospettiva di acquisire l'area del Consorzio Agrario, ed entrata in una fase di irreversibile stallo la trattativa con Edilmontanari [Coop Estense] comprese che altra strada non le restava [...] se non quella di cercare di acquistare [la] proprietà del Fall. Rizzi"*; la parte ha, altresì, precisato che l'acquisto della parcella *"avrebbe in definitiva consentito a Coop E. di riaprire i giochi" che si erano chiusi con l'aggiudicazione a Edilmontanari dell'area di proprietà del Consorzio Agrario"* (sottolineatura aggiunta, doc. 3.82)⁴⁴. Coop Estense, infatti, indicava esplicitamente che: *"l'acquisizione dell'area già di proprietà della Luigi Rizzi consentirebbe di condizionare l'utilizzazione del piano che interessa il comparto"* (sottolineatura aggiunta, doc. 1.17). In un appunto manoscritto rinvenuto presso Coop Estense, la parte scriveva, infatti, che *"il consenso di tutti i proprietari dell'ex Comparto è un atto necessario al fine della legittimità del Piano"* (sottolineatura aggiunta, doc. 1.17). L'appunto manoscritto appare in relazione ad un parere legale che risulterebbe rilasciato a Coop Estense in data 2 febbraio 2001, ovvero prima dell'aggiudicazione dell'asta fallimentare.

59. Coop Estense partecipa all'acquisto della parcella ex Fallimento Rizzi, l'8 febbraio 2001, nella consapevolezza, quindi, da un lato, che l'ingresso nella compagine proprietaria del comparto, attraverso l'acquisto della parcella ex Fallimento Rizzi, le avrebbe conferito un diritto di intervento su tutte le scelte edificatorie nel comparto stesso. Dall'altro, che con riguardo allo specifico Piano già autorizzato dalla Giunta comunale, mancava la formalizzazione della firma congiunta: Coop Estense scrive, infatti: *"l'accordo tra le parti sul progetto (risulta esservi) mentre manca la firma congiunta sulla ripartizione delle varie funzioni all'interno dell'area"* (sottolineatura aggiunta, doc. 1.17). In altri termini, Coop Estense era consapevole della strumentalità di una eventuale opposizione formale al Piano già elaborato dal concorrente.

60. Coop Estense ha acquisito la porzione ex Fallimento Rizzi e, quindi, il potere di intervenire ed opporsi alle scelte di uso dell'area, per un valore particolarmente elevato. Al riguardo, i rappresentanti del Comune di Modena hanno osservato che *"un'area relativamente contenuta pari al 18% dell'ex Comparto ha un grande valore laddove consente di poter incidere sull'edificabilità dell'intera area, attraverso il già descritto sistema di ripartizione delle aree edificabili"* (sottolineatura aggiunta, doc. 4.111).

L'ammontare corrisposto da Coop Estense per l'acquisto di tale porzione di comparto risulta, infatti: i) superiore a quanto corrisposto da Edilmontanari per una superficie cinque volte più grande (44.000 metri quadrati acquistati a 17,5 miliardi di lire); ii) superiore alla somma che la stessa Coop Estense era disposta a corrispondere ad Edilmontanari per rilevare l'intera porzione di 44.000 metri quadrati (20 miliardi di lire, pagata poi da Esselunga per il subentro ad Edilmontanari); iii) pari ad oltre il doppio del valore richiesto da ultimo nel 1995 dal Presidente dell'ex Consorzio per una porzione di area di poco superiore (12.000 metri quadrati a circa 11 miliardi di lire); infine, iv) risulta anche superiore di quasi 5 volte al prezzo che la stessa Coop Estense ha dichiarato di aver offerto al curatore fallimentare della parcella Rizzi a settembre del 2000 (doc. 3.82).

61. In merito all'interesse commerciale per l'area in questione, Coop Estense ha, d'altra parte, affermato, in sede di audizione, che *"qualunque operatore avesse avviato una struttura commerciale nell'area ex Consorzio si sarebbe posto in diretta concorrenza con il punto vendita di Coop Estense e ne avrebbe determinato la chiusura"* (sottolineatura aggiunta, doc. 2.80).

62. Coop Estense, subentrata nella compagine proprietaria del comparto, si opponeva legalmente nel mese di marzo 2001 al Piano Particolareggiato, la cui presentazione, come detto, era già stata approvata a fine 2000. In particolare, Coop Estense contestava la ripartizione delle superfici utili edificabili, che sarebbe stata fatta in maniera impropria e discrezionale dalla sola Edilmontanari in assenza di condivisione con gli altri proprietari, come sopra riportava *"manca la firma congiunta"* (docc. 1.31, 1.34, 1.17, 2.81, 3.82 all. 11 e 4.110 all. 7).

⁴³ *[Analoga contro-offerta fu anche presentata al curatore fallimentare dell'area ex Consorzio Agrario senza esito positivo.]*

⁴⁴ *[Nella sua memoria Coop Estense ha dichiarato esplicitamente che con l'acquisto della parcella ex Fallimento Rizzi "sarebbe divenuta, in sostanza, comproprietaria pro quota dell'intero Comparto, e, come tale, avrebbe avuto diritto di essere coinvolta nelle decisioni (da adottare con il consenso unanime dei comproprietari) relative alla definizione del piano particolareggiato, delle relative ripartizioni e perequazioni, e quindi, in ultima analisi, anche di chi e dove poteva realizzare, all'interno del Comparto stesso, il punto vendita che sullo stesso poteva essere realizzato in base ai vigenti strumenti urbanistici" (sottolineatura aggiunta, doc. 3.82).]*

63. Coop Estense ha legittimato la sua opposizione al Piano in virtù del meccanismo che governa l'elaborazione del Piano Particolareggiato. Ogni proprietario di una singola porzione di comparto è, infatti, comproprietario *pro-quota* dell'area nel suo complesso; il consenso di tutti i proprietari è, quindi, un atto necessario per la definizione delle scelte ripartitorie e d'uso del comparto nel suo insieme. In altri termini, anche un soggetto che possiede una quota minoritaria dell'area complessiva ha il "potere di intervenire, al pari di qualunque altro proprietario, nelle decisioni relative alla ripartizione delle quote di edificabilità e di destinazione d'uso e, quindi, nella scelta delle caratteristiche e della dislocazione dell'opera da realizzare" (sottolineatura aggiunta, doc. 4.111). Questo significa che *"nessun proprietario, qualunque sia la percentuale di area in suo possesso, può pretendere che sulla sua porzione di area siano realizzate determinate strutture, ovvero siano assegnate ad esempio tutte le quote edificabili per la realizzazione di una struttura commerciale, se non attraverso un accordo tra le proprietà medesime"* (sottolineatura aggiunta, doc. 4.111).

L'attribuzione di quote di edificabilità e di destinazione d'uso *pro-quota* implica, come riconosciuto dalla stessa Coop Estense in audizione, che ogni proprietario può opporre un veto alla proposta degli altri comproprietari sulla scelta delle caratteristiche e della dislocazione dell'opera da realizzare sull'area stessa (doc. 2.80).

Coop Estense ha esercitato tale potere di veto opponendosi dapprima legalmente al Piano nel 2001.

C La fase successiva all'asta e all'opposizione di Coop Estense al Piano (dal 2001 ad oggi)

C1 I tentativi di risoluzione del conflitto da parte del Comune e le proposte delle Parti

64. Successivamente all'asta di aggiudicazione della particella ex Fallimento Rizzi da parte di Coop Estense vi sono evidenze agli atti di tentativi di risoluzione della situazione di conflitto venutasi a determinare in conseguenza dell'opposizione, esperita per le vie legali, al Piano già autorizzato nel 2000 e che avrebbe consentito la realizzazione di un supermercato di 1.500 metri quadrati di superficie di vendita da parte di Esselunga nell'area ex Consorzio, nelle adiacenze del punto vendita di Coop Estense.

65. Con lettera del 12 giugno 2002, e successiva convocazione del 14 ottobre 2002, il Comune di Modena sollecitava i proprietari privati del comparto (quindi Esselunga e Coop Estense) a presentare un progetto condiviso di Piano nell'attesa della conclusione dell'iter consultivo di altri enti coinvolti nella valutazione (tra cui ARPA e USL; docc. 1.17, 1.31, 1.32, 4.110 e 4.111). A fine 2002, Esselunga si dichiarò disponibile a rinunciare ad una parte della superficie edificabile e dei diritti d'uso *pro-quota* in virtù dei diritti di proprietà sul comparto. Tale ripartizione avrebbe consentito a Coop Estense la realizzazione di una struttura commerciale di piccole dimensioni (300 metri quadrati), proprio in ragione dei suoi diritti di proprietà. Coop Estense si dichiarava, a fine 2002, disponibile ad una trattativa negoziale *"a fine di raggiungere quel consenso indispensabile per l'attivazione del piano"* (sottolineatura aggiunta, doc. 4.110, all. Q).

66. Ciononostante, la situazione di conflitto si è protratta fino alla fine del **2003** (docc. 2.60, 4.110, 4.111 e 4.122). Così che, **nel febbraio 2004**, il Comune deliberava la non approvazione del Piano del 1999, la cui presentazione era già stata approvata *ora per allora* dallo stesso Comune a fine 2000. Nella delibera del Consiglio Comunale si motiva la decisione come segue *"nel periodo intercorrente dal giugno 2002 a giugno 2003 non si è raggiunto alcun accordo [tra i proprietari] ed è chiaramente emersa una contrapposizione di interessi nell'attuazione del Piano Particolareggiato in quanto i due soggetti proprietari sono portatori di interessi contrapposti nel campo commerciale in quanto rappresentano due marchi concorrenti"* (sottolineatura aggiunta, doc. 4.110, all. R). Si sottolinea che il Piano è privo della *"necessaria e obbligatoria"* convenzione urbanistica, espressione dell'accordo tra i proprietari su diritti e doveri, che risulta un atto fondamentale, proprio perché si tratta di un Piano Particolareggiato ad iniziativa privata. Con riferimento ai pareri di ARPA/USL, il Consiglio Comunale osserva che anche la risoluzione delle osservazioni tecniche sollevate richiederebbe il consenso tra le parti poiché si tratta di Piano privato⁴⁵. Si indica altresì che *"se le due parti raggiungessero un accordo il procedimento si riaprirebbe e richiuderebbe nel giro di poche settimane"* (sottolineatura aggiunta, doc. 4.110, all. R).

67. Coop Estense ha dichiarato di essersi fatta parte attiva nella proposta di uno scambio di aree con Esselunga. Nelle memorie, Coop Estense ha confermato che *"tramite l'intermediazione del Comune di Modena, interessato, come si è detto, a che i co-proprietari trovassero una soluzione amichevole per superare lo stallo [del recupero e riqualificazione del comparto; Coop Estense offriva a Esselunga] un'alternativa rappresentata da una diversa area, appositamente acquistata da Coop E. e pagata la bellezza di nove milioni di euro"* (docc. 3.82, doc. 4.154 e 4.169, all. 4). In altre parole, Coop Estense si è attivata per entrare nella disponibilità di un'area alternativa con l'obiettivo di indurre Esselunga a cederle l'area ex Consorzio ed, eventualmente, collocare un supermercato in *"altre aree del Comune di Modena"* (2.59 all. B15).

L'area alternativa, indicata da Coop Estense, era localizzata nel comparto ex Vinacce. Va tuttavia precisato che: *i)* Coop Estense è subentrata nella disponibilità di una porzione di 3.000 metri quadrati nell'area ex Vinacce svariati anni dopo l'incontro, [omissis] e con rogito del 2008 fu costruito un immobile (docc. 3.82 e 3.84); *ii)* sulla base degli strumenti urbanistici in vigore all'epoca, in particolare il PGR del 1991 e il PRU del 1999, sull'area ex Vinacce era prevista

⁴⁵ [I pareri di ARPA/USL questi esprimono osservazioni rispettivamente alle scelte di edificabilità di strutture residenziali (e all'impatto acustico derivante dalla vicinanza alla ferrovia) e sull'indagine ambientale del suolo almeno dell'area ex Fallimento Rizzi (di proprietà della Coop).]

esclusivamente la realizzazione di una struttura non alimentare (doc. 3.82 all. 16, 2.60 all. B15 e 4.111). Al riguardo, Coop Estense ha dichiarato che: *"il mutamento a destinazione specificamente alimentare [dell'area] non avrebbe costituito un ostacolo, dato che tale cambiamento rientrava nella potestà del Comune, il quale voleva favorire in ogni modo, come detto, una soluzione condivisa circa l'utilizzo del Comparto Consorzio Agrario, al fine di poter procedere alla sua riqualificazione"* (doc. 3.82).

Gli uffici tecnici dell'amministrazione competente del Comune hanno dichiarato, da un lato, la loro estraneità alla vicenda, specificando di non essere al corrente della intermediazione del Comune di Modena, e chiarito, dall'altro, che la *"possibilità [di modificare la destinazione d'uso dell'area ex Vinacce] non era prevista dalla normativa urbanistica all'epoca vigente né vi erano state previsioni o richieste di cambiarne la destinazione d'uso"* (sottolineatura aggiunta, doc. 4.111). Anche con riguardo alla possibilità di utilizzare strumenti urbanistici alternativi (come per esempio l'accordo ex articolo 18 della L.R. 20/2000) al fine di modificare la destinazione d'uso dell'area ex Vinacce, risulta che tale evenienza non sarebbe comunque stata percorribile poiché la normativa comunale è stata adeguata alla L.R. 20/2000, con riguardo a forme di perequazione, solo nel 2007-2008 (docc. 4.111 e 4.115)⁴⁶.

In conclusione, la previsione normativa circa la possibilità di insediamento nell'area Nord (che comprende sia l'area ex Consorzio che l'area ex Vinacce) di una sola struttura di medie dimensioni alimentare la cui collocazione era appunto indicata nel Comparto ex Consorzio non è mai stata messa oggetto di modifica da parte dell'amministrazione competente (doc. 4.111). Tuttora permane tale disposizione.

68. Nel 2008 (settembre), il Consiglio Comunale discusse della situazione di stallo nelle opere di recupero e riqualificazione dell'area ex Consorzio, e si faceva promotrice di un tentativo di mediazione tra i proprietari *"al fine di favorire un accordo volto a superare l'attuale situazione di inerzia che impedisce l'attuazione dell'area, pregiudicando l'intero ed importante programma di riqualificazione urbana che interessa il quadrante nord della città"* (doc. 2.60 all. B21 septies). Con lettera del 26 gennaio 2009, il Comune di Modena invitava, pertanto, Esselunga e Coop Estense *"a formulare [...] nel termine perentorio di 60 giorni dal ricevimento della presente, proposta di piano particolareggiato in forma congiunta (siglata da entrambe le parti)"* [inoltre si precisava che] *qualora non dovesse pervenire tale proposta entro il termine previsto, l'Amministrazione Comunale procederà alla modifica dello strumento urbanistico sia per ciò che concerne le destinazioni d'uso, sia per ciò che concerne il relativo dimensionamento delle superfici destinate"* (sottolineatura aggiunta, docc. 2.60 all. B20 e 4.111).

69. Al riguardo, sono agli atti, una serie di scambi di corrispondenza tra Esselunga e Coop Estense nel periodo dal 17 marzo al 14 settembre 2009, aventi ad oggetto varianti al Piano originario a cui Coop Estense si era fin lì opposta. Obiettivo di tale corrispondenza era di superare la situazione di stallo verificatasi negli ultimi anni (docc. 2.59, 2.60 e 2.61 e 1.38).

Coop Estense appare, tuttavia, evasiva e non tempestiva nel fornire una risposta ad Esselunga (i.e. che le chiedeva di valutare una proposta di nuovo Piano tesa anche a superare i rilievi tecnici; doc. 4.110)⁴⁷. In particolare, Coop Estense in una lettera di risposta, datata 1° aprile 2009, rimanda ad una successiva fase di progettazione eventuali osservazioni, e indica di aver incaricato i suoi progettisti per l'elaborazione di un adeguato progetto di Piano (sottolineatura aggiunta, doc. 2.60 all. B21bis e all. B21 septies)⁴⁸. In altri termini, a fronte della sollecitazione di Esselunga di valutare un nuovo Piano, Coop Estense risponde prendendo tempo e rinviando ogni decisione ad una progettazione in fase di elaborazione. In data 20 aprile 2009, Esselunga, presenta, quindi, un suo progetto di Piano. Mentre il successivo 13 maggio 2009 (ben oltre il termine previsto dei 60 giorni richiesti dal Comune), anche Coop Estense presenta un proprio progetto di Piano. Dagli atti emerge che Coop Estense non ha coinvolto Esselunga nell'elaborazione del proprio Piano, atteso che il progetto è stato inviato contestualmente sia al Comune di Modena che ad Esselunga (doc. 2.59). I Piani sono, quindi, il frutto di decisioni non condivise e, quindi, chiaramente la loro presentazione non accoglibile dal Comune.

C2 *Impossibilità di autorizzare due distinti Piani Particolareggiati di Coop Estense e Esselunga (2009)*

70. Nell'ottobre del 2009, il Comune di Modena verificata l'assenza di una soluzione pianificatoria non concordata tra i proprietari del comparto ex Consorzio (ancora da ultimo sollecitati, nel settembre 2009, a trovare una posizione condivisa su ripartizione dei diritti di edificabilità e di destinazione d'uso), precisa di trovarsi nell'impossibilità di deliberare l'autorizzazione alle proposte di due distinti Piani che non consentono l'attuazione del comparto (docc. 1.38,

⁴⁶ [Ciò è confermato anche da un documento rinvenuto presso Coop Estense, da cui si evince che al momento dell'ipotesi di scambio: *"il piano regolatore comunale non era all'epoca uniformato alla legge regionale in vigore (ex L.R. n. 20 del 24 marzo 2000); in tal senso sarebbe stato necessario rimuovere gli impedimenti all'avvio di programmi di riqualificazione della fascia ferroviaria, i.e. la modifica della destinazione d'uso dell'area, eventualmente attraverso la definizione di un accordo ex art. 18"* (sottolineatura aggiunta, doc. 3.82 all. 16).]

⁴⁷ [Si osserva che la proposta di Esselunga continuava a prevedere la realizzazione integrale della struttura commerciale e, quindi, a mantenere l'ubicazione della stessa nella porzione di area del ex Consorzio di sua proprietà.]

⁴⁸ [Nello specifico Coop Estense scrive: *"riceviamo e riscontriamo la vostra del 17 Marzo us. Per informarvi che, a fronte della formale sollecitazione indirizzata dall'assessore Sitta [...] abbiamo provveduto ad attivare i progettisti di nostra fiducia per la redazione di una proposta di Piano che corrispondesse [...] all'esigenza di perequare le posizioni delle proprietà [...] non appena i progettisti da noi incaricati avranno provveduto alla predisposizione di un adeguato progetto di Piano particolareggiato, di sottoporlo alla vostra attenzione per un confronto con il progetto trasmessoci, al fine di verificare la possibilità di progettazione comune da sottoporre prima agli Uffici e poi al Consiglio [...]"*.]

e 2.60 all.B21 *septies*). Nella delibera si legge che *"nel corso di questo lungo periodo l'Amministrazione [attivatasi sia in veste istituzionale che di socio di minoranza] ha dovuto constatare l'impossibilità di attivare un tavolo comune tra i proprietari"* (doc. 2.60 all. B21 *septies*). Si indica altresì in maniera chiara che si tratta di un nuovo Piano, da avviare e sottoporre al relativo e pertinente iter di approvazione (doc. 2.60 all. B21 *septies*).

Al riguardo, i rappresentanti del Comune di Modena hanno chiarito che *"l'impossibilità di procedere alla riqualificazione urbanistica dell'area [n.d.r. ex Consorzio, in ragione della situazione di conflitto tra i proprietari dell'area che non ha consentito la presentazione di un Piano Particolareggiato condiviso] ha rappresentato e ancora rappresenta un elevato costo per la collettività"* lo sviluppo del comparto, infatti, si innesta in un progetto di recupero e riqualificazione urbana di tutta fascia ferroviaria a Nord della città (docc. 4.111 e 4.115).

71. A tutt'oggi sul comparto ex Consorzio permane una situazione di stallo in merito alla sua riqualificazione in ragione del permanere nella compagine proprietaria di due soggetti portatori di interessi configgenti, come più volte riconosciuto. Questa situazione di stallo – irrisolvibile state l'attuale assetto proprietario – ha condotto il Comune a verificare l'ipotesi di modificare la destinazione d'uso del comparto ex Consorzio (da commerciale ad usi esclusivamente residenziali). Tale possibilità risiederebbe, a detta dei rappresentanti del Comune di Modena, su una facoltà normativa (ex articolo 25 L.R. n. 47/78, legge abrogata ma articolo trasfuso in leggi successive). Si dava contestualmente mandato di verificare la possibilità di rendere edificabile commercialmente un'altra area localizzata sempre nella zona Nord, quale il limitrofo comparto ex Mercato Bestiame. Ciò richiederebbe, comunque, una modifica del PRG. L'arco temporale per l'approvazione di una variante al PRG è stimato in 1-3 anni. Il POIC del 2006 aveva, di fatto, cristallizzato la situazione vigente in precedenza: ossia che la struttura di media superficie di vendita alimentare fosse realizzata nel comparto ex Consorzio. Secondo i rappresentanti del Comune, è comunque auspicabile che nell'area Nord sia realizzata una nuova media struttura di vendita alimentare (doc. 4.111).

72. La trasformazione non è ancora intervenuta, anche in ragione del fatto che si dovrebbe procedere attraverso lo strumento dell'esproprio per pubblica utilità del comparto ex Consorzio. Circa l'opportunità di una tale iniziativa in questa fase, è stato chiarito che, essendo in atto un contenzioso, la situazione va valutata attentamente (doc. 4.111).

73. Nel caso in cui il Comune decidesse di trasferire l'autorizzazione all'avvio di una struttura commerciale sull'area ex Mercato Bestiame, questa sarebbe assegnata o ceduta attraverso procedure ad evidenza pubblica (docc. 4.111).

V.4 I Comportamenti di Coop Estense nel Comune di Vignola

A Premessa

74. L'attività istruttoria ha permesso di chiarire che Coop Estense ha reiterato la propria condotta escludente ostacolando, ancora una volta, lo sviluppo commerciale del concorrente, in occasione, di nuovo un tentativo di Esselunga di avviare una struttura di vendita alimentare anche di grandi dimensioni (2.500 metri quadrati) a Vignola. Il nuovo punto vendita si sarebbe posto in diretta concorrenza con un punto vendita Coop situato a circa 400 metri.

Nonostante il dichiarato pregresso interesse commerciale di Coop Estense a trovare una soluzione urbanistica (analoga a quella di Esselunga) per trasferire ed ampliare il suo punto vendita già attivo, la società ha espresso una manifestazione di interesse al Comune, anche rendendosi disponibile a finanziare l'opera pubblica, solo quando l'ingresso di Esselunga è diventato tangibile, ovvero quando si è palesato che l'iter di adozione dell'accordo ex articolo 18 L.R. 20/2000 e di autorizzazione all'edificabilità del terreno di suo interesse avrebbe avuto esito positivo.

75. Coop Estense inviava, infatti, una lettera all'amministrazione del Comune di Vignola il 7 aprile, ossia dopo che la presentazione del progetto di Esselunga era stata autorizzata (31 marzo 2005), ed il giorno prima la delibera di recepimento e adozione dell'accordo ex articolo 18 L.R. 20/2000 e di autorizzazione della variante al PRG, funzionale alla realizzazione della struttura commerciale di interesse di Esselunga su un terreno di proprietà della società Vignola Due (fissata per l'8 aprile 2005).

76. Al fine di meglio chiarire il comportamento di Coop Estense ai fini dell'accertamento della sua liceità sotto il profilo antitrust, si descrivono le evidenze acquisite relativamente a Vignola, distinguendo il periodo in due fasi temporali: *i)* quella precedente l'invio della lettera da parte di Coop Estense al Comune di Vignola (invio avvenuto il 7 aprile 2005), e *ii)* quella successiva all'invio della lettera che ha interrotto il processo di valutazione della richiesta da parte di Vignola Due (dal 7 aprile 2005 in poi).

B La fase precedente all'invio della lettera al Comune (aprile 2002- 7 aprile 2005)

B1 La variante al Piano Regolatore Generale (PRG) dell'aprile 2002

77. Nell'aprile del 2002, il Comune di Vignola individuava, in variante al PRG, una zona considerata *strategica* per la riqualificazione ed il recupero dell'area urbana, situata sull'asse urbano tra il Comune di Vignola Due e Sassuolo, soggetta ad opere di interesse pubblico e sulla quale erano, anche, ammesse attività commerciali (doc. 3.104, all. 4). Nella zona era ricompreso il terreno della società Vignola Due, controllata da ICEA. Come accade per ogni atto comunale, fu data ampia pubblicità alla suddetta delibera (doc. 4.118)⁴⁹.

78. Tra gli interventi pubblici previsti vi era anche la realizzazione di un plesso scolastico (cfr. sezione 0 più sopra e doc. 3.104); al riguardo si prevedeva la possibilità di realizzare di tali interventi urbanistici anche con strumenti urbanistici misti pubblico-privato e avviati studi di fattibilità, in particolare per la cosiddetta S.T.U. Al riguardo, risulta

⁴⁹ [Cfr. *Delibera consiliare n. 19 del 29 aprile 2002.*]

agli atti che sin dal 2002, l'amministrazione aveva tentato "di sensibilizzare gli operatori privati del settore [anche commerciale] sugli interventi di riqualificazione e trasformazione dell'area [senza sortire] alcuna partecipazione attiva, per la scarsa propensione riscontrata ad ipotesi di intervento congiunto" (sottolineatura aggiunta, doc. 3.104 all. 1).

B2 *Il contatto preliminare tra Esselunga e la società Vignola Due (luglio 2002)*

79. Nel luglio 2002, Esselunga (tramite la controllata Fiordaliso S.r.l.) concludeva un contratto preliminare di vendita di cosa futura con la società Vignola Due, che si impegnava a realizzare un centro commerciale di 5.000 metri quadrati inclusivo di un supermercato di grandi dimensioni (docc. 2.59 all. C 12 *bis* e 4.118). Il terreno, che aveva dimensione complessiva di circa 22.000 metri quadrati, si adattava bene, sia per l'ubicazione che per la dimensione, alla realizzazione anche un punto vendita di 2.500 metri quadrati o più. Il progetto iniziale prevedeva, infatti, l'apertura di un di 2.500 metri quadrati.

B3 *L'istanza al Comune di Vignola per la modifica della destinazione d'uso (2003-dicembre 2004)*

80. L'istanza di modifica della destinazione d'uso del terreno di Vignola Due S.r.l. fu presentata nel novembre 2003 (docc. 1.25 e 3.104 all. 1). Nell'aprile 2004, la società ricevette una formale manifestazione di interesse da parte dell'amministrazione comunale alla definizione di un accordo ex articolo 18 L.R. 20/2000 (cfr. lettera del 14 aprile 2004 dal Sindaco del Comune di Vignola a Vignola Due; docc. 1.19 e 1.25). L'accordo prevedeva che Vignola Due avrebbe concorso finanziariamente alla realizzazione della scuola per un importo di 2.500.000 € (doc. 1.19, 1.20 e 1.24 e 1.25), a fronte della disponibilità da parte del Comune di adottare una modifica di destinazione d'uso, che si sarebbe concretizzata nell'approvazione di una variante al PRG comunale tale da rendere edificabile l'area di Vignola Due.

81. L'accordo ex articolo 18 L.R. 20/2000 costituiva uno strumento urbanistico alternativo alla realizzazione diretta di opere pubbliche da parte della amministrazione e prevedeva esplicitamente forme di perequazione, tra cui la modifica di destinazione d'uso di un'area in variante al PRG a favore del privato che partecipasse a tale opera. In tal senso, l'esito di una sua adozione era, quindi, per definizione probabile, poiché strettamente connesso ad un rilevante interesse pubblico perseguito dall'amministrazione di Vignola.

82. Che vi fosse un rilevante interesse dell'amministrazione all'accordo con Vignola Due risulta innanzitutto, confermato, da una lettera inviata dal Comune in data 13 ottobre 2004, da cui emerge chiaramente che "da questa iniziativa [accordo con Vignola Due] si desume la volontà della Amministrazione di giungere alla trasformazione urbanistica tra l'altro dell'area di proprietà della Società vignola Due [...] cioè nella consapevolezza che il ricorso alla S.T.U. è oggettivamente inadeguato, anche e non solo, per i tempi lunghi che si profilano per la attuazione [e perché] come sopra ricordato gli operatori del settore non avevano fino ad allora manifestato interesse in tal senso (sottolineatura aggiunta, doc. 3.104 all. 1). La proposta di Vignola Due andava, pertanto, nel senso auspicato dall'amministrazione così come la disponibilità di cofinanziare una nuova struttura scolastica (doc. 3.104 all. 1).

83. L'istruttoria per la valutazione dell'accordo ex articolo 18 della L.R. 20/2000 con la società Vignola Due è stata avviata formalmente il 22 dicembre 2004 e si è conclusa a fine marzo 2005 con l'autorizzazione alla presentazione del progetto di Esselunga (doc. 3.104). Come qualunque altro atto di pianificazione, anche l'accordo ha avuto adeguata pubblicità e, questo, per dare la possibilità di intervento a terzi nei tempi e modi previsti dalle legge (docc. 1.20, 3.104 all. 2 e 4.118).

Nel caso di specie, l'istruttoria ha avuto quale obiettivo quello di valutare la congruità dell'istanza di modifica di destinazione d'uso richiesta da Vignola Due nell'interesse di Esselunga. La richiesta originaria prevedeva una prevalente destinazione d'uso a fini commerciali per la realizzazione di un punto vendita di grandi dimensioni (2.500 metri quadrati di superficie di vendita; doc. 3.104 all. 1). Sulla base della normativa vigente, il Comune poteva autorizzare punti vendita con superficie fino a 1.500 metri quadrati. Per l'autorizzazione all'avvio di una grande struttura sarebbe stato necessario l'intervento della Provincia, anche perché all'epoca non era prevista la possibilità di insediamenti di strutture alimentari di medio-grandi dimensioni nel Comune di Vignola ulteriori rispetto all'unico punto vendita esistente di Coop Estense (con dimensione 2.500 metri quadrati, ampliabile fino a 4.500 metri quadrati; cfr. sezione 0 più sopra e doc. 4.118).

L'accordo è stato modificato e, quindi, autorizzato al fine di tenere in debito conto le competenze comunali.

84. Il rappresentante del Comune di Vignola ha precisato, tuttavia, che sarebbe stato possibile avviare, su quell'area, una struttura commerciale anche di grandi dimensioni. Una volta recepito e adottato, da parte del Comune, l'accordo ex articolo 18 e la variante al PRG, così come richiesto da Vignola Due, – quindi, sostanzialmente, una volta ottenuta l'autorizzazione ad edificare l'area – Vignola Due o Esselunga avrebbero potuto richiedere alla Provincia una modifica del progetto in maniera da prevedere una autorizzazione all'avvio di una struttura di maggiori dimensioni. La modifica sarebbe stata compatibile anche con la normativa urbanistica comunale, trattandosi in questo caso di variante non sostanziale al PRG (doc. 4.118). In tal senso, si rammenta che, a fine dicembre, era iniziata la fase di revisione del POIC (il quale fu poi adottato a metà 2006).

85. In data 31 marzo 2005 si concludeva l'istruttoria del progetto e la Giunta Comunale di Vignola autorizzava la presentazione dello schema di accordo che avrebbe consentito l'edificabilità del terreno di Vignola Due e l'avvio di una media struttura di vendita (1.500 metri quadrati; doc. 3.104 all. 4), così come convenuto con la parte richiedente⁵⁰.

⁵⁰ *[In data 12 marzo 2005, Vignola Due sollecitava l'Amministrazione ad esprimersi sulla verifica dell'accordo (all. 3 al doc. 3.104).]*

In data 7 aprile 2005, l'ufficio tecnico del Comune, competente sulla valutazione dell'accordo (la Struttura di Pianificazione Territoriale del Comune di Vignola), predisponendo una bozza avente ad oggetto " Variante al PRG [...] recepimento accordo ex articolo 18 L.R.20/2000. Adozione" per la seduta del Consiglio Comunale fissata al seguente 8 aprile 2005. In altri termini, a seguito di una compiuta istruttoria formalizzata positivamente nell'autorizzazione alla presentazione dell'accordo, l'amministrazione predispone una bozza di adozione, da parte del Consiglio Comunale, della variante al PRG richiesta da Vignola Due e del contestuale recepimento dell'accordo ex articolo 18. In conclusione, quindi, almeno fino al 7 aprile 2005, vi sono evidenze che l'amministrazione (sia nella sua componente tecnica che politica) era pienamente favorevole al progetto in esame che avrebbe comportato la realizzazione del supermercato di interesse di Esselunga, ritenuto compatibile con il piano di recupero e di riqualificazione del comparto in cui era inserito e considerato strategico nella variante al PRG adottata nel 2002 (docc. 1.21 e 3.104 all. 5).

B4 *L'iniziativa di Coop Estense: la lettera inviata al Comune di Vignola (7 aprile 2005)*

86. Il medesimo 7 aprile 2005, Coop Estense inviava al Sindaco di Vignola una lettera nella quale dichiarava il proprio interesse a ricollocare il punto vendita di grandi dimensioni già attivo anche rendendosi disponibile a partecipare al sostegno di iniziative di utilità per la comunità locale, facendo espresso riferimento all'eventualità di partecipare alla costruzione di un edificio scolastico.

In particolare, la lettera indicava che "da tempo si sono avanzate [...] esigenze all'Amministrazione Comunale [di uno sviluppo e di una qualificazione della presenza dell'attuale negozio] analizzando potenziali opportunità e trovando informali consensi. In quegli incontri la cooperativa ha ripetutamente dichiarato la propria disponibilità a partecipare al sostegno di iniziative di utilità per la comunità locale, in particolare una consistente contribuzione economica alla costruzione di un edificio scolastico. Per tutto questo e su tali basi si avanza ufficialmente all'Amministrazione del Comune di Vignola la disponibilità e l'impegno di Coop Estense a sostenere unitamente al proprio sviluppo anche quello di un rilevante contributo alla costruzione della scuola in oggetto" (sottolineatura aggiunta, docc. 3.104 all. 6). Coop Estense indica di aver preso contatti con l'Amministrazione in merito alla identificazione di un'area idonea al trasferimento del proprio punto vendita sin dal 2003 (doc. 4.110).

87. In un documento rinvenuto presso Coop Estense, il quale ripercorre cronologicamente i fatti relativi alle condotte segnalate (doc. 1.15), si legge che "qualche tempo prima della seduta allo scopo convocata [corretto "all'incirca nel periodo"], apprendiamo che il Consiglio Comunale di Vignola [metteva] all'ordine del giorno [l'adozione della variante, aggiunto a mano l'8/04/2005⁵¹ e che] da nostre informazioni la catena interessata da tale iniziativa risulta essere FAMILIA" (la frase è barrata manualmente; doc. 1.15).

Il documento prosegue indicando che Coop Estense prende contatti con l'allora Sindaco per "chiedere lumi sulla vicenda [e, inoltre, che] nell'occasione non facciamo mistero della nostra contrarietà a tale iniziativa [...] A seguito di un confronto con i nostri legali, riteniamo utile inviare al Comune di Vignola, nella persona del Sindaco, una nostra manifestazione di interesse e la nostra disponibilità ad un accordo volto a consentire al Comune di realizzare il medesimo bene oggetto dell'accordo sul quale il Consiglio Comunale avrebbe dovuto esprimersi in data 8/04/2005" (sottolineatura aggiunta, doc. 1.15).

Nello stesso documento, Coop Estense scrive testualmente "con tale lettera ci ponevamo in esplicita concorrenza con l'analoga proposta presentata dalla società Vignola Due (Gruppo ICEA che costruiva, per quanto allora di nostra conoscenza, per la catena FAMILIA)" con l'obiettivo di ricondurre il Comune ai principi [...] soprattutto di concorrenzialità che la Giurisprudenza aveva già individuato quali principi governanti gli accordi pianificatori con i privati" (sottolineatura aggiunta, doc. 1.15).

Agli atti risulta che il 1 aprile 2005 veniva data pubblicazione della seduta del Consiglio Comunale fissata per l'8 aprile 2005 avente ad oggetto l'approvazione della variante e dell'accordo (doc. 4.129 e 4.130).

C **La fase successiva all'invio della lettera al Comune (dal 7 aprile 2005 ad oggi)**

C1 *Sugli esiti della lettera di Coop Estense (8-11 aprile 2005)*

88. Nella seduta della Giunta dell'8 aprile 2005, veniva deliberato il rinvio della discussione sulla variante di interesse di Esselunga al successivo 11 aprile 2005, per consentire di valutare il contenuto della proposta di Coop Estense. A tale fine, Coop Estense fu convocata l'11 aprile alle ore 9 del mattino, presso la Residenza Comunale della Città di Vignola, per acquisire ulteriori elementi e, quindi, approfondire l'istruttoria (docc. 1.12, 1.22, 1.23 e 3.104 all. 7 e 8).

Il rappresentante del Comune ha spiegato che, così come per qualunque altro strumento urbanistico, l'Amministrazione è tenuta, anche nel caso degli accordi ex articolo 18 L.R. 20/2000, a conformarsi ai principi di pubblicità e trasparenza, per garantire la manifestazione di interesse da parte di terzi al procedimento. In tal senso, l'Amministrazione doveva verificare se la proposta di Coop Estense risultava "contrastante o concorsuale con quella di Vignola Due, oltre che la sua eventuale fattibilità e convenienza per l'Amministrazione" (sottolineatura aggiunta, doc. 3.104).

⁵¹ [Sul punto Esselunga osserva che lo stesso "Paolo Morselli - Assessore e Vicesindaco del Comune di Vignola all'epoca dei fatti - ha dichiarato che «Coop Estense apprese probabilmente grazie ad un consigliere comunale di Vignola che si stava per deliberare l'avvento di un nuovo centro commerciale» (cfr. doc. fase. istrutt. 2.59 All. C.16) ed ancora »preciso che un consigliere comunale e precisamente Succì Giordano fa parte del Consiglio di Amministrazione della Coop e posso presumere che sia stato lui ad informare Coop di quanto stava accadendo» (cfr. doc. fase. istrutt. 2.59 All. C.17) (doc. 4.118).]

89. Con riguardo alla tempistica dell'invio della lettera, il rappresentante del Comune ha sottolineato l'efficacia della lettera di sospendere il procedimento in corso e di posticipare la decisione di adozione della variante al PRG e, quindi, dell'accordo ex articolo 18, al successivo 11 aprile 2005, per permettere all'Ufficio di raccogliere le necessarie informazioni in merito alla manifestazione di interessi di Coop Estense (doc. 3.104).

90. Il rappresentante del Comune di Vignola ha tenuto a precisare che l'incontro con Coop Estense avvenne presso la Lega delle cooperative a Modena, alla presenza anche dell'allora Sindaco di Vignola e non presso il Comune di Vignola, come inizialmente previsto. Inoltre, che l'obiettivo dell'incontro era quello di verificare, se sotto il profilo amministrativo, la lettera inviata da Coop Estense potesse o meno incidere sulla procedura in corso ottenendo conferma che Coop Estense non aveva manifestato interesse alla variante in corso di approvazione (doc. 3.104). Seppure *"non si ritenne in quella sede necessario approfondire i termini della proposta di Coop Estense, nella specie in riferimento alla procedura di variante all'ordine del giorno"* Coop Estense ebbe modo di manifestare "il suo proposito di sviluppare la propria presenza commerciale nell'area con ipotesi di trasferimento ed ampliamento della propria struttura commerciale" (sottolineatura aggiunta, doc. 3.104). Nello specifico, *"era intenzione di Coop di spostarsi in altra area idonea, sempre lungo la circonvallazione [ossia là dove era localizzata l'area di interesse di Esselunga], area che avrebbe dovuto essere individuata dal Comune tra le varie possibili [...]".* Questo fu riportato al Consiglio Comunale la sera che ha adottato la delibera n. 28 rimettendo ogni decisione ad una valutazione più complessiva il che significava in sede di approvazione del PSC" (sottolineatura aggiunta, doc. 2.59 all. C12 bis).

È stato, infine, spiegato che non si ritenne necessario trascrivere i dettagli dell'incontro né *"di modificare la proposta di accordo [predisposta in data 7 aprile 2005] che doveva essere discussa nella seduta del Consiglio dell'11 aprile 2005"* (doc. 3.104).

91. Sentita in merito all'incontro di cui sopra, Coop Estense ha, invece, precisato che *"come già ribadito nella memoria depositata, Coop Estense confermò la disponibilità già manifestata con la lettera del 07.04.2005 a «sostenere (...) un rilevante contributo alla costruzione della scuola in oggetto» la cui entità, ragionevolmente, non poteva che attestarsi su analogo ordine di grandezze della somma offerta da Icea, che risultò di €. 2.500.000,00"* (sottolineatura aggiunta, doc. 3.84).

92. Quanto all'impatto della lettera e alla decisione di rinviare la decisione in merito all'adozione della variante, il rappresentante del Comune di Vignola ha chiarito che la norma transitoria di applicazione della L.R. 20/2000 limitava all'11 aprile 2005 la possibilità per i Comuni di adottare direttamente varianti significative ai PRG. In altri termini, dopo l'11 aprile 2005 veniva meno il vantaggio della sottoscrizione di accordi ex articolo 18, perché il Comune non sarebbe stato più in grado di adottare modifiche d'uso di aree in variante al PRG, quale quella richiesta da Vignola Due. Più precisamente è stato spiegato che *"qualunque operatore avesse voluto reperire una nuova area da rendere edificabile ai fini commerciali (o ad altri fini) dopo l'11 aprile 2005 avrebbe dovuto aspettare la definizione di una nuova disciplina di pianificazione, il Piano Strutturale Comunale (PSC)"* in attuazione del nuovo POIC provinciale (sottolineatura aggiunta, docc. 3.104 e 4.111). Spostare la discussione del Consiglio Comunale dopo quella data significava, pertanto, ritardare di molto la possibilità dello sviluppo dell'area e, dunque, il possibile ingresso di un nuovo concorrente.

Il POIC fu approvato a metà del 2006, mentre il Comune di Vignola non si è ancora dotato, da allora, di un PSC (doc. 3.104).

Lo stesso rappresentante ha sottolineato che *"poco dopo la delibera in parola [ossia dopo l'11 aprile 2005] con variante non sostanziale al PRG, [fu] estesa la possibilità di apertura di strutture di vendita medio-piccole alimentari (con accorpamento o concentrazione di licenze esistenti) in zone urbane presenti nel PRG"* (sottolineatura aggiunta, doc. 3.104). Tale previsione era, tuttavia, limitata ad aree già individuate dalla pianificazione urbanistica e commerciale e, pertanto, per tali strutture non sarebbe stato possibile chiedere alcuna modifica di ampliamento.

93. Coop Estense ha indicato, in sede di audizione, che: *"il giorno 11 aprile 2005 segnava soltanto il termine oltre il quale varianti come quella che intendeva ottenere Icea avrebbero dovuto seguire una procedura diversa da quella in vigore in precedenza"* (sottolineatura aggiunta, doc. 2.80).

C2 *Il ritiro della delibera di adozione della variante al PRG (11 aprile 2005)*

94. Con delibera n. 28 dell'11 aprile 2005, il Consiglio Comunale di Vignola rinviava la delibera di adozione dell'accordo ex articolo 18 L.R. 20/2000 proposto da Vignola Due, nell'interesse di Esselunga, con la conseguenza di non procedere all'autorizzazione neanche della variante al PRG. In altri termini, con il rinvio della delibera si rimandava, ad un momento pianificatorio complessivo, la valutazione dell'autorizzazione alla modifica d'uso del terreno di Vignola Due, e quindi, l'avvio della struttura commerciale di Esselunga. Nella delibera si legge che la proposta di Coop Estense rappresentava un "fatto nuovo" rispetto alla situazione che aveva condotto alla predisposizione della bozza di adozione dell'accordo e della conseguente variante (il 7 aprile 2005). Specificatamente, in ragione della "nuova situazione determinatasi per effetto della presentazione della nuova proposta presentata dalla Coop Estense [e del fatto] che la decisione rappresenta una questione di governo del territorio", si riteneva opportuno riportare la discussione e deliberare la sospensione della suddetta proposta (sottolineatura e enfasi aggiunta, doc. 2.59, all. C13).

95. Nella copia agli atti della trascrizione della discussione del Consiglio Comunale di Vignola dell'11 aprile 2005, viene ampiamente documentata una *"disponibilità, anzi una volontà [di Coop Estense] di proporre all'amministrazione*

un'area in cui ricollocarsi", seppure con una tempistica ancora da definirsi (doc. 1.21)⁵². Il riferimento esplicito è alla manifestazione di interesse di Coop Estense di individuare un nuovo insediamento per il proprio punto vendita di grandi dimensioni (superficie di vendita di 2.550 metri quadrati) da ampliare. Proprio per il fatto stesso di prefigurarsi come una proposta di variante urbanistica, la proposta di Coop Estense è stata considerata suscettibile di essere valutata tra le altre proposte di modifiche urbanistiche in un momento pianificatorio complessivo e necessariamente successivo alla discussione in corso; ossia nell'ambito della nuova pianificazione strutturale comunale (sottolineatura aggiunta; docc. 1.21 e 2.59 all. C12 bis). Infatti, si spiega che non essendo prevista alcuna *"variazione al piano commerciale, [...] non ci sono nuove licenze"* quindi, anche la ricollocazione di strutture commerciali esistenti (quale quella di Coop Estense) doveva avvenire con interventi *"solo sulle varianti urbanistiche [e] poiché le richieste cercano di individuare posizioni servite dalla viabilità [...] l'impatto non è irrilevante sulla rete e sul sistema commerciale"* (si rammenta che Coop Estense voleva spostarsi in un'area proprio sulla medesima circonvallazione in cui era localizzato il terreno di Vignola Due; doc. 1.21 e 2.59 all. C12 bis).

Tuttavia, si osserva che mentre la variante urbanistica di cui all'accordo con Vignola Due era compatibile con le disposizioni urbanistiche di recupero dell'area (ossia era già prevista nel PRG dal 1992), un'altra proposta di pianificazione, quale quella manifestata solo il 7 aprile 2005 da Coop Estense, avrebbe comunque necessitato di una nuova variante e, quindi, modifica al Piano con una incidenza non secondaria sulla rete commerciale e sulla pianificazione commerciale (doc. 1.21).

In altri termini, ai fini dell'assetto urbano e commerciale, le due proposte risultavano alternative.

Nel corso della discussione, si riconosce, pertanto, l'opportunità di dare rinvio o dare un parere negativo sulla variante in esame proprio per permettere una valutazione in un contesto complessivo delle proposte pervenute; ossia *"affinché la Coop possa ricollocare la propria superficie su 4.450 metri quadri [...] grandissima struttura per comuni come il nostro"* (docc. 1.21 cit. e 2.59, all. C12 ter).

96. Al riguardo, il rappresentante del Comune ha spiegato che: *i)* l'amministrazione ha sempre manifestato interesse per la conclusione dell'accordo proposto da Vignola Due; *ii)* vi era la piena discrezionalità del Consiglio nella decisione finale; ma che *iii)* la discussione si spostò di fatto sull'opportunità di valutare l'adozione dell'accordo in esame in un più ampio contesto di programmazione urbanistica, che avrebbe garantito anche di prendere in considerazione interessi di sviluppo commerciale di altre realtà. Su tale ipotesi ci fu una spaccatura all'interno della maggioranza. A votazione avvenuta prevalse l'ipotesi di rinvio della variante all'ordine del giorno a favore di una programmazione più ampia (doc. 3.104).

97. È utile rammentare che a fine dicembre 2004, ossia contestualmente all'avvio di istruttoria dell'accordo formulato nell'interesse di Esselunga, era iniziato l'iter di approvazione del nuovo POIC, con il coinvolgimento anche dei Comuni interessati, tra cui il Comune di Vignola, conclusosi poi a metà 2006. In parallelo, cinque comuni della Provincia di Modena, tra cui anche il Comune di Vignola (oltre a Castelnuovo, Castelvetro, Savignano e Spilamberto) approvavano una convenzione per la redazione di un PSC intercomunale in sostituzione dei rispettivi PRG. In altri termini, l'iter di adozione dell'accordo di interesse di Esselunga si inquadrava in un contesto regolatorio in fase di revisione con aspettative di eventuali modifiche del suddetto quadro che avrebbero potuto incidere sulla struttura commerciale della zona. Coop Estense scrive, infatti, in un documento acquisto agli atti: *"a Vignola la programmazione provinciale non prevedeva nessun nuovo insediamento sopra i 1.500 metri quadri né alcun ampliamento di medie o grandi strutture esistenti"* (sottolineatura aggiunta, docc. 1.13 e 1.15)⁵³. Secondo Coop Estense si sarebbe dovuto attendere la nuova programmazione della Provincia, cui il Comune si sarebbe adeguato con la redazione di un nuovo Piano urbanistico (il PSC) e *"ciò valeva per Coop ma anche per chiunque altro (Esselunga in testa)"* (sottolineatura aggiunta, docc. 1.13 e 1.15).

98. Mentre come scrive Coop Estense *"in data 19/07/2006, dopo quasi un anno, la provincia ha approvato in via definitiva il POIC [e dispone che] per il Comune di Vignola in materia di struttura [di medio-grandi dimensioni sia] prevista esclusivamente la possibilità dell'ampliamento della struttura commerciale i Ciliegi [n.d.r. il punto vendita attivo a Vignola ad insegna Coop] verso un'area che dovrà essere individuata dallo strumento di pianificazione urbanistica"* (sottolineatura aggiunta, docc. 1.13 e 1.15), il PSC di Vignola non è ancora stato adottato.

C3 L'acquisizione di Vignola Due da parte di Coop Estense (2006-2008)

99. Nell'aprile/maggio 2006 Coop Estense entrava in trattativa con ICEA per l'acquisizione di Vignola Due (controllata da ICEA), che formalizzava nel 2008, divenendo, quindi, proprietaria del terreno oggetto della denuncia (doc. 4.154). Coop Estense commenta: *"l'area che Vignola Due possedeva a Vignola era ubicata in una posizione ritenuta ottimale"*

⁵² [L'allora Sindaco del Comune di Vignola spiega "non ho sinceramente riscontrato concorrenza da parte della proposta di Coop Estense: da una parte perché Coop Estense quest'oggi non è in grado di fare una proposta precisa: di area, di ipotesi di variante, di condizioni al contorno, quindi quell'ipotesi già per queste ragioni si può dire che sia concorrente" ma prosegue indicando che vi sono due progetti in campo: uno sicuro, quello di Vignola Due, e uno probabile, quello manifestato da Coop, precisando che "non so esattamente in che tempi, ovviamente il tempo per costruirla nel dettaglio" (sottolineatura aggiunta, doc. 1.21).]

⁵³ [Dallo stesso documento emerge la piena conoscenza di Coop Estense dei limiti delle competenze del Comune sia in materia di autorizzazione all'avvio di strutture commerciali, esclusivamente riservata a nuove strutture fino a 1.500 metri quadrati, mentre per l'autorizzazione all'avvio, al trasferimento e all'ampliamento di strutture di dimensioni di vendita superiori, la normativa subordinava l'autorizzazione alla pianificazione provinciale e sovracomunale; sia di trasferimento della propria struttura commerciale, previa Conferenza dei Servizi Regionale così come disposto dal D.lgs. 114/1998 (Decreto Bersani).]

(sottolineatura aggiunta, doc. 1.15). L'area acquisita da Coop Estense era, tra l'altro, situata ad una distanza di circa 400 metri dal punto vendita ad insegna Coop attualmente in attività⁵⁴.

Inoltre, nonostante all'epoca delle trattative con ICEA la possibilità di destinare ad usi commerciali l'area fosse incerto, *"l'acquisizione di Vignola Due costituì[va] un buon investimento, anche in ragione del fatto che le aree nella disponibilità di quest'ultima erano già state ritenute idonee per gli interessi pubblici del Comune"* (sottolineatura aggiunta, doc. 2.80). Coop Estense ha, inoltre, indicato che è *"molto frequente che gli investimenti immobiliari abbiano un ritorno economico solo dopo anni, in ragione del fatto che l'iter amministrativo per la concessione delle autorizzazioni è molto lungo"* (sottolineatura aggiunta, doc. 2.80).

100. Rileva, infine, notare che l'area ha ancora la medesima destinazione d'uso (docc. 1.13 e 1.15). Coop Estense non ritiene, comunque, che la situazione di stallo in merito alle suddetta area sia immutabile (doc. 2.80).

C4 *L'accordo di programma deliberato nel vicino Comune di Spilamberto (2004 - 8 aprile 2005)*

101. Rileva osservare che in merito all'interesse economico a svilupparsi commercialmente, Coop Estense prese contatti con l'amministrazione del limitrofo Comune di Spilamberto sin da febbraio 2001 per identificare aree in cui trasferire ed ampliare un proprio punto vendita. L'interesse di Coop Estense non pareva attuabile, tanto che la società tentava l'acquisizione di un'area anche nel limitrofo Comune di Ravarino non concretizzatasi (docc. 1.14 e 1.16).

102. Nell'ottobre del 2004, Coop Estense e ICEA⁵⁵ (che controllava Vignola Due) proponevano al Comune di Spilamberto la sottoscrizione di un accordo di pianificazione ex articolo 18 L.R. 20/2000, del tutto analogo a quello presentato da Vignola Due nell'interesse di Esselunga, al fine di realizzare un nuovo supermercato di medie dimensioni che sarebbe sorto su un terreno di proprietà di ICEA situato a 5 km di distanza da quello in cui Esselunga avrebbe inteso realizzare la propria grande struttura commerciale nel Comune di Vignola (docc. 1.12 e 1.22)⁵⁶.

103. In data 8 aprile 2005, veniva adottata la variante al PRG richiesta da Coop Estense in esecuzione all'accordo di cui sopra (doc. 1.22)⁵⁷. Al riguardo, non risulta agli atti che il procedimento di valutazione dell'accordo ex articolo 18 L.R. 20/2000, così come richiesto da Coop Estense, abbia seguito una procedura diversa rispetto a quello del limitrofo Comune di Vignola (in termini ad esempio di maggiore trasparenza e/o partecipazione di terzi)⁵⁸.

V.5 Evidenze in merito all'efficienza di Esselunga

104. Vi sono evidenze che Esselunga veniva percepita da Coop Estense come un operatore in grado di esercitare una pressione competitiva particolarmente incisiva nei mercati rilevanti in cui è presente. Al riguardo, Esselunga ha indicato che nei mercati in cui opera, i prezzi praticati da Coop Estense sono inferiori del 10-20% rispetto a quelli praticati dalla Coop in *mercati* nelle quali la stessa Esselunga non è presente. A commento di dati di confronto tra i prezzi di Coop e quelli di altre marche concorrenti forniti dalla stessa Coop Estense, per il periodo 2009-2011, si legge: *"l'analisi dei dati di trend confrontati per periodo e per competitor mostra chiaramente che tra i diversi fattori che determinano i prezzi di vendita riveste un'importanza fondamentale la politica di prezzo posta in essere dai concorrenti"* (doc. 3.82 all. 25).

105. In una presentazione ad uso interno elaborata da Coop Italia, e rinvenuta presso Coop Estense, si analizza il posizionamento di prezzo di Esselunga in alcuni mercati in cui sono presenti le Coop nel marzo 2009. Sulla base delle rilevazioni di Coop 2009, con riferimento a Modena e in entrambi i canali distributivi (supermercati e ipermercati), Esselunga risultava, nel 2009, più competitiva di Coop (documento 1.39).

106. Di rilievo sono anche una serie di elaborazioni acquisite presso Coop Italia aventi ad oggetto, tra l'altro, il monitoraggio competitivo di Coop e dei suoi principali concorrenti nei segmenti Iper e Super in diverse aree geografiche (doc. 2.50)⁵⁹. Coop effettua confronti di prezzo ed elabora una serie di indicatori, tra cui indicatori di posizionamento e di convenienza. Dall'analisi settimanale dei prezzi, emerge che, con specifico riferimento a Modena, Esselunga ha un vantaggio competitivo su Coop sia nel canale Iper che Super e che la concorrenza è particolarmente

⁵⁴ *[Esselunga contesta la posizione di Coop Estense sulla notorietà dei rapporti tra la prima e Vignola Due. In particolare, Esselunga osserva che non poteva non essere evidente a tutti che una società immobiliare come Vignola Due non poteva essere portatrice di un autonomo interesse commerciale né che potesse assumersi da sola l'onere finanziario di un tale piano (docc. 2.81, 2.59 all. C.13, C.13bis, C.13ter, C.12ter e C.17, doc. 4.118, 4.158 e doc. 4.169, all.3).]*

⁵⁵ *[Il contratto preliminare di compravendita di un terreno e il relativo contratto di appalto per la realizzazione di un negozio sono stati sottoscritti da Coop Estense ed ICEA nel maggio del 2004 successivamente integrati in data nel maggio 2006 e finalizzati nel febbraio 2007 (doc. da 1.13 a 1.16 e 3.84).]*

⁵⁶ *[L'accordo di pianificazione prevedeva tra l'altro l'acquisto da parte del Comune di Spilamberto di un'area su cui insiste un esercizio commerciale di Coop Estense e l'uso di tale area per la costruzione di centro sanitario. A fronte di ciò il Comune si impegnava a pianificare aree per la riallocazione e il trasferimento di esercizi commerciali medio-piccoli tra cui appunto il supermercato Coop nella zona. L'area sulla quale trasferite le attività di Coop sarebbe stata individuata in una zona compresa tra vie Vignolensi e S. Pellegrino nella disponibilità di ICEA S.c. a r.l. (che avrebbe il diritto di acquisirne la proprietà).]*

⁵⁷ *[In data 27 gennaio 2006 il Comune di Spilamberto avrebbe approvato in via definitiva della variante parziale al PRG adottata con delibera del Comune n.63 del 25/7/2005.]*

⁵⁸ *[Il Comune di Spilamberto aveva peraltro approvato, insieme al limitrofo Comune di Vignola, una convenzione per la redazione di un nuovo PSC in sostituzione del suo PRG proprio a fine 2004.]*

⁵⁹ *[Cfr. Documento dal titolo "Monitor posizionamento competitivo prezzi. Indici di sintesi posizionamento competitivo", rilevazione prezzi Ottobre 2010 (settimana dal 18 Ottobre al 24 Ottobre 2010).]*

accesa (doc. 2.50). In particolare, nel documento si legge che: *"Piazza di Modena: Esselunga si conferma più conveniente di Ipercoop, seppur quest'ultima abbia recuperato sul competitor [omissis]. Lo sconto è particolarmente acceso in questa area, come si evince dall'analisi dei prezzi, dove per entrambi siamo in presenza, sul confrontabile, di una forte deflazione"*. Quanto al segmento Super il documento indica: *"Esselunga riporta il proprio vantaggio [omissis]"* (doc. 2.50).

107. Elaborazioni su dati Nielsen mostrano che, nella Provincia di Modena, Esselunga a parità di metratura (supermercato con superficie di vendita di 1.500 metri quadrati) ha un rendimento costantemente e significativamente superiore a quello di Coop Estense nel tempo. La tavola seguente riporta il valore del fatturato medio potenziale delle due società tra il 2000 e il 2010⁶⁰.

Tav. 3: Fatturato medio Provincia di Modena

	Coop Estense	Esselunga
2000	0.15	0.4
2005	0.09	0.4
2010	0.14	0.44

Fonte: Elaborazioni AGCM su dati Nielsen

108. Da ultimo, l'*"Osservatorio prezzi praticati dai supermercati, ipermercati e discount a Modena e Piacenza"*, XVII edizione, riporta che, su un paniere di 133 prodotti di grandi marche, l'insegna più conveniente nella Provincia di Modena è Esselunga (lo scostamento rispetto al prezzo medio provinciale è pari a -5% circa con riguardo agli ipermercati e a -11% circa per i supermercati). Tra l'altro la localizzazione territoriale dei punti vendita risulta determinante: i punti vendita più convenienti sono localizzati nell'area di Modena e nel Distretto ceramico (doc. 4.131).

VI LE ARGOMENTAZIONI DELLE PARTI

109. Coop Estense ha rappresentato la propria posizione in merito ai profili oggetto di istruttoria nel corso dell'audizione del 14 giugno 2011 e di memorie infraprocedimentali depositate in data 30 giugno, 15 luglio, 13 dicembre 2011 e 10 gennaio 2012, nonché nella memoria finale del 2 aprile 2012⁶¹ e, infine, in sede di audizione conclusiva davanti al Collegio, tenutasi in data 12 aprile 2012. Esselunga ha presentato memorie il 12 luglio, 21 ottobre, 11 novembre 2011, una memoria conclusiva in data 3 aprile 2012 nonché in sede di audizione finale.

110. La difesa di Coop Estense si è incentrata su alcuni aspetti principali, relativi a: *i)* errata identificazione del mercato rilevante; *ii)* assenza di una posizione dominante imputabile alla stessa; *iii)* non imputabilità di un comportamento abusivo a danno di Esselunga. I comportamenti di Coop Estense sarebbero razionali e legittimi, le condotte non idonee ad escludere e l'intento escludente non provato; *iv)* assenza di alcun collegamento tra le vicende di Modena e Vignola; *vi)* durata e gravità dei comportamenti contestati. In particolare, ad avviso di Coop Estense non sussisterebbero le condizioni richieste per l'accertamento dell'infrazione in quanto le condotte contestate sarebbero prescritte.

Di seguito saranno esposti i principali argomenti presentati da Coop Estense in merito a ciascuno dei temi elencati, nonché le principali contro-argomentazioni avanzate da Esselunga nel corso del procedimento.

VI.1 L'errata identificazione del mercato rilevante

111. Per quanto concerne la definizione del mercato rilevante, Coop Estense ha evidenziato, sotto il profilo merceologico, che sarebbe stato corretto fare riferimento soltanto al mercato dei supermercati e non anche a quello degli ipermercati. Ciò, in ragione del fatto che le vigenti disposizioni in materia di disciplina del commercio permettevano solo l'avvio di strutture di dimensioni non superiori a 1.500 metri quadrati nei due Comuni in esame; pertanto l'eventuale esclusione non potrebbe che riferirsi a punti vendita di 1.500 metri quadrati (docc. 4.154 e 4.169 all. 4)⁶².

La Parte, invece, non ha sollevato alcuna obiezione in merito alla definizione geografica del mercato, coincidente con la Provincia di Modena.

112. Ad avviso di Esselunga l'argomento di Coop Estense appare privo di pregio ove si consideri che i punti vendita di dimensioni pari a 1.500 metri quadrati sono, comunque, ricompresi sia nella categoria dei supermercati che in quella

⁶⁰ *[Si tratta di un dato appositamente calcolato da Nielsen che tiene conto della capacità potenziale di vendita di un punto vendita di analoghe metrature del medesimo operatore.]*

⁶¹ *[Il 3 aprile è stata inviata una correzione di un errore materiale contenuto nella memoria finale del 2 aprile di Coop Estense.]*

⁶² *[Coop Estense osserva che la realizzazione di strutture distributive entro i 1.500 metri quadrati è soggetta ad una separata regolamentazione amministrativa, sia sul piano urbanistico che su quello della disciplina del commercio; le aree immobiliari destinate alla collocazione di tali strutture (e, di conseguenza, le strutture stesse) costituiscono un mercato distinto da quello delle aree immobiliari su cui possono essere (autorizzati) e realizzati centri commerciali di maggiore estensione.]*

degli ipermercati, proprio per la loro attitudine ad esercitare una disciplina concorrenziale dai punti vendita più piccoli ai punti vendita di dimensioni maggiori.

Inoltre, nel caso di specie, nulla vietava che, sulla base di un'apposita disciplina commerciale provinciale, una struttura di 1.500 metri quadrati potesse essere ampliata successivamente alla sua autorizzazione. D'altronde il progetto originario di Esselunga era, in particolare a Vignola, quello di realizzare una struttura di 2.500 metri quadrati (docc. 2.59 All.C3, 3.104, 4.158 e 4.169 all. 3).

VI.2 L'assenza di posizione dominante

A Le quote di mercato

113. Coop Estense, nel contestare l'accertamento di una posizione dominante, ha evidenziato che il criterio strutturale della quota di mercato non rappresenta di per sé un indizio sufficiente di posizione dominante (docc. 4.154 e 4.169 all. 4).

114. Ad avviso di Coop Estense, essa non deterrebbe comunque quote di mercato suscettibili di individuare una posizione dominante. Al contrario, le quote risultanti dall'analisi istruttoria – a suo dire il 45%, il 38% e il 5% – sarebbero di gran lunga inferiori alla soglia del 50%-60%, ritenuta, in base ai precedenti comunitari, indice di una posizione di dominanza⁶³.

115. Coop Estense rileva, altresì, che gli altri fattori strutturali considerati nella Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, tra cui la reputazione della cooperativa e del marchio Coop ed il suo radicamento sul territorio, non sarebbero adeguatamente valutati alla stregua della posizione degli altri concorrenti, tra cui Esselunga e Conad, i quali pure godono, sia a livello locale che nazionale, di una analoga reputazione e radicamento.

116. Sull'analisi strutturale, Esselunga rileva l'incredibile l'equivoco in cui Coop Estense è incorsa nel valutare le presunte quote di mercato.

Da una corretta lettura della Comunicazione delle Risultanze Istruttorie è del tutto evidente che il 45%, il 38% e il 5% non si riferiscono alle quote di mercato di Coop Estense nei mercati rilevanti (ipermercati e supermercati), ma rappresentano solo l'incidenza percentuale del fatturato dei punti vendita di Coop Estense nei comuni in esame (Modena e Vignola) rispetto ai punti vendita della parte nella provincia (doc. 4.169, all. 3).

Secondo Esselunga, le quote di mercato di Coop Estense sono significative e largamente superiori a quelle dei diretti concorrenti, qualunque definizione geografica si adotti (doc. docc. 4.158 e 4.169 all. 3).

B Le barriere all'ingresso

117. Coop Estense ha, inoltre, contestato l'esistenza di barriere all'ingresso nei mercati rilevanti. A Modena, nel 2001, erano, infatti, disponibili ben quattro aree per l'insediamento di medie strutture di vendita; di cui una di proprietà del Comune (che potrebbe - sulla base di notizie recenti - essere messa in vendita a breve) e due aree su cui Conad ha avviato punti vendita (con dimensione inferiore o pari a 1.500 metri quadrati).

La parte, peraltro, rileva che, nel decennio tra il 2000 e il 2010, sono stati avviati nella Provincia di Modena, ben undici punti vendita di dimensioni uguali o superiori a 1.500 metri quadrati di superficie di vendita, non solo da Coop ma anche da numerosi altri concorrenti; oltre che diverse decine di punti vendita inferiori a tale limite, tra cui uno di Conad proprio a Modena (in una delle quattro aree sopra menzionate; doc. 3.82 all. 27 e 28, 4.154 e 4.169, all. 4).

118. Secondo Esselunga, le quattro aree disponibili a Modena a fini commerciali non erano fungibili tra loro. In particolare, solo l'area ex Consorzio Agrario rappresentava una soluzione economicamente conveniente in ragione, tra l'altro, della sua localizzazione strategica (poiché collegata al centro storico di Modena) e del fatto che si inseriva in un Piano di recupero e riqualificazione urbana che coinvolgeva tutta la zona Nord della città. Quanto alle altre tre aree, queste sono situate in periferia e non servite da assi ad alta viabilità, in due sono stati avviati punti vendita di Conad, tra l'altro con superfici di 750 e 1.500 metri quadrati; l'ultima risulta tutt'ora inutilizzata e, tra l'altro, situata in prossimità dell'unico punto vendita di Esselunga a Modena (doc. 4.169, all. 3)⁶⁴.

119. Esselunga rileva, inoltre, che tali avvii non hanno, comunque, modificato la situazione di asimmetria strutturale a favore di Coop Estense che caratterizza il mercato. Infatti, la superficie complessiva dei quattro punti vendita avviati da Coop Estense avviati nella provincia di Modena (a Modena, Maranello, Spilamberto e a Carpi) è pari a circa il 50% della superficie totale dei punti vendita di dimensioni superiori ai 1.500 metri quadrati avviati nel decennio 2001-2011⁶⁵.

Oltre ai vincoli connessi ad una disciplina urbanistica che contribuisce ad esacerbare il problema della scarsità e non fungibilità delle aree, ad avviso, di Esselunga vi è un forte interesse di Coop Estense, fortemente radicato nel territorio, a limitare le possibilità di insediamento, in particolare di grandi strutture di vendita nella Provincia, da ultimo manifestato in una accesa opposizione della cooperativa a nuovi insediamenti in fase di revisione del POIC nel 2009 (doc. 4.123 e 4.158).

⁶³ [cfr. Corte di Giustizia 13.2.1979, C-85/76, Hoffmann-La Roche.]

⁶⁴ [Peraltro, Esselunga sottolinea che "non è dato sapere se i predetti punti vendita sono localizzati in aree venutesi a rendere disponibili nel tempo ovvero in aree già in possesso da tempo dei soggetti che hanno realizzato le strutture commerciali" (doc. 4.123).]

⁶⁵ [Cfr. doc. 3.82 all. 22 e doc. 3.90 all. 1.]

C La condotta commerciale di Coop Estense non sarebbe indipendente dai concorrenti

120. Coop Estense contesta l'approccio, a suo giudizio, essenzialmente strutturale dell'analisi istruttoria; nell'accertare la dominanza non è stata tenuta in debito conto la pressione competitiva esercitata nei suoi confronti dai concorrenti, nonostante Coop Estense riconosca di avere una quota di mercato comunque elevata, sia in termini assoluti che in termini relativi.

Nel caso di specie, Coop Estense ritiene di non disporre di un sufficiente grado di indipendenza dai propri rivali con riguardo alla politica di prezzo praticata e ciò nonostante i concorrenti detengono quote di mercato inferiori; in particolare, non è indipendente da Esselunga. Quest'ultima disporrebbe, infatti, ad avviso di Coop Estense di un *"countervailing power"* economico sul territorio nazionale, tale da consentirle di agire da *"price maker"*, ossia di imporre i suoi prezzi all'impresa *incumbent* nella Provincia di Modena, nonostante il vantaggio strutturale di Coop (docc. 4.154 e 4.169 all. 4).

121. A supporto di tale argomento, Coop Estense indica che, nel 2010, nella Provincia di Modena i prezzi al consumo praticati dalla grande distribuzione sono risultati i più convenienti della Regione Emilia Romagna. A detta della parte, questa evidenza confermerebbe che a dispetto dei dati strutturali, la Provincia di Modena è caratterizzata da condizioni di efficace e vivace concorrenza. In conclusione, ad avviso di Coop Estense, l'analisi istruttoria, basata solo sulle quote di mercato, non fornirebbe alcuna indicazione attendibile circa la reale posizione di dominanza di Coop Estense nei mercati rilevanti.

122. Nel ribadire l'importanza dell'analisi strutturale, Esselunga osserva che si tratta di un settore dove la possibilità di crescita è strettamente correlata alla disponibilità di qualificati punti vendita, sia sotto il profilo delle caratteristiche intrinseche dell'area su cui sorgono – che ne definiscono il ritorno economico – sia dalle autorizzazioni (l'insediamento commerciale deve essere compatibile con le previsioni urbanistiche e commerciali in vigore). La capacità di espansione o di pressione competitiva esercitabile da un singolo punto vendita, è, dunque, limitata dalla sua dimensione/localizzazione. Nella provincia di Modena, Esselunga opera solo due punti vendita (per complessivi 4.630 metri quadrati), mentre l'impresa *incumbent* è attiva con ventinove punti vendita (con una superficie di vendita di quasi 15 volte superiore, doc. 4.169, all. 4).

In altri termini, seppure, ove presente, Esselunga riesca a porre in essere politiche di prezzo competitive, la forte asimmetria dimensionale che connota i mercati rilevanti non consente ai concorrenti di incidere sul potere di mercato dell'*incumbent*, nella misura in cui questa dispone di più punti vendita e di maggiori dimensioni (docc. 4.158 e 4.169 all. 3).

Esselunga richiama, infine, al riguardo, anche una consolidata giurisprudenza secondo la quale la dominanza non esclude una qualsivoglia concorrenza e, anzi, *"il fatto che nonostante i loro sforzi, le imprese concorrenti non siano riuscite ad incrementare la loro quota di mercato può essere un indizio significativo di dominanza"* (4.169 all. 3).

VI.3 La condotta di Coop Estense non integrerebbe una fattispecie abusiva

A Premessa

123. Coop Estense, sia in sede di memorie difensive che di audizione finale, impregiudicata la questione dell'individuazione dei mercati rilevanti e della conseguente posizione detenuta, ha negato la possibilità di ravvisare una fattispecie di abuso di posizione dominante nei comportamenti da essa tenuti.

In particolare, Coop Estense sottolinea che non sarebbe stato dato il dovuto peso alle ragioni economiche che spiegano, invece, la razionalità e la legittimità della sua condotta, la quale non sarebbe comunque idonea a generare alcun danno per Esselunga.

124. In primo luogo, Coop Estense confuta la ricostruzione istruttoria secondo la quale sia l'acquisizione della porzione ex Fallimento Rizzi nel comparto ex Consorzio Agrario che l'invio della lettera al Sindaco di Vignola sarebbero comportamenti dettati unicamente da un intento escludente e non, invece, dalla tutela di legittimi interessi a salvaguardare la propria posizione. La parte ha fortemente sostenuto che, al contrario, la propria condotta, in entrambe le vicende, è razionale poiché strettamente connessa alla tutela di un interesse economico pregresso: trasferire in aree più idonee (ed ampliare) punti vendita già attivi, allo scopo di migliorarne l'efficienza e con essa l'offerta. Coop Estense sottolinea che tale interesse era stato manifestato ben prima dei fatti oggetto del presente procedimento (docc. 3.82 e 4.134, 4.154 e 4.169, all. 4).

125. Coop Estense considera, in secondo luogo, legittima la propria condotta anche alla luce delle disposizioni che regolano il diritto di partecipazione e di intervento dei privati nei procedimenti amministrativi (legge n. 241/90⁶⁶). In altri termini, sostiene che sia la sua partecipazione ai procedimenti amministrativi di interesse di Esselunga (nel caso di specie gli *iter* amministrativi di rilascio delle autorizzazioni all'avvio di punti vendita) che la sua opposizione ai progetti di Esselunga siano conformi a tale legge.

126. Da ultimo, la parte evidenzia che non le può essere imputata alcuna condotta dolosa o fraudolenta, non essendo provato alcun nesso causale tra l'esito dei procedimenti amministrativi (non autorizzazione) e la partecipazione e opposizione di Coop Estense in detti procedimenti. Non sarebbe, quindi, possibile ravvisare un effetto di esclusione della concorrenza in capo a Coop Estense, in particolare un danno nei confronti di Esselunga.

⁶⁶ [Cfr. *Disciplina generale del procedimento amministrativo e la regolamentazione dei diritti di partecipazione e di intervento dei privati (di tutti i privati interessati) nel corso del procedimento. Testo coordinato, 07.08.1990 n. 241, G.U. 18.08.1990.*]

127. In proposito, Esselunga sostiene che agli atti non risulta alcuna presunta razionalità o legittimità della condotta di Coop Estense. Al contrario, la parte avrebbe messo in atto un comportamento oggettivo *"caratterizzato dall'utilizzo di risorse illimitate (somma di danaro commercialmente ingiustificabile) e dall'uso strumentale della normativa amministrativa ed urbanistica per bloccare l'ingresso di new comers, atto ad influire sulla struttura del mercato della grande distribuzione in cui Coop Estense opera, con l'effetto di frapporre ostacoli allo sviluppo della concorrenza"* (doc. 4.123).

128. A sostegno delle sue argomentazioni, Esselunga ritiene che Coop Estense, abbia interpretato in maniera non corretta sia la Comunicazione relativa agli orientamenti sull'applicazione dell'articolo 102 TFUE che i principi giurisprudenziali. In base a questi, infatti, un'impresa in posizione dominante può conservare o anche accrescere il proprio potere di mercato solo a condizione che ciò sia l'effetto di una *"competition on the merits"* (doc. 4.158). Nel caso di specie, Coop Estense si sarebbe, invece, interposta, in due occasioni, ad iter amministrativi iniziati da tempo da Esselunga per l'avvio di due punti vendita. In un contesto di scarsità di aree con destinazione commerciale, la condotta di Coop Estense, tesa a bloccare le iniziative di Esselunga, non può ritenersi espressione di una sana e lecita concorrenza sul merito ma, al contrario, solo ed esclusivamente manifestazione di una strategia escludente nei confronti del concorrente (4.158).

B La razionalità economica della condotta di Coop Estense

B1 Nel Comune di Modena

129. Coop Estense, pur riconoscendo che l'area ex Consorzio aveva un'appetibilità economica maggiore rispetto alla porzione ex Fallimento Rizzi, ha sostenuto l'ammissibilità di un legittimo interesse commerciale anche per tale porzione minoritaria di comparto. A riprova di ciò, la parte ha fatto presente che, in ragione della sua natura di società cooperativa caratterizzata da un forte radicamento nel territorio, la base sociale avrebbe mal sopportato il trasferimento del punto vendita Coop già attivo a via Canaletto in un'altra zona di Modena (doc. 2.80).

130. Non sarebbe poi sostenibile – ad avviso di Coop Estense – la tesi di Esselunga secondo cui, per il solo fatto di avere sottoscritto un contratto preliminare con Edilmontanari, la stessa avesse un diritto a costruire un supermercato nel comparto. Al riguardo, la parte richiama la legge urbanistica 1150/42, secondo la quale il PRG non prevedeva esattamente dove, nell'ambito dell'intero comparto, potessero essere collocate le diverse unità immobiliari, tra cui il supermercato. Tale ripartizione era, invece, demandata all'apposito strumento urbanistico attuativo, il Piano particolareggiato di iniziativa privata, che avrebbe dovuto essere adottato con il consenso di tutti i proprietari delle singole porzioni del comparto stesso (sottolineatura aggiunta, doc. 4.154)⁶⁷.

Coop Estense conclude, pertanto, che entrambi gli operatori hanno assunto con l'acquisto di parti della proprietà del comparto un *"normale rischio d'impresa allo scopo di "giocare ciascuna la propria partita" e avere la possibilità di realizzare sull'area [i.e. il comparto] un proprio supermercato, al quale entrambe oggettivamente e legittimamente aspiravano"* (docc. 3.82, 4.134 e 4.169, all. 4).

In sintesi, Coop Estense sostiene che l'acquisto della porzione minoritaria di comparto, nel 2001, sarebbe stato, quindi, del tutto razionale e mosso solo da un interesse economico.

131. Esselunga ritiene piuttosto che la reale motivazione di Coop Estense ad acquisire la parcella ex Fallimento Rizzi, ad un prezzo fuori mercato, fosse quella di poter disporre in tal modo di un *potere di veto* da esercitare nei suoi confronti⁶⁸. La strumentalità dell'acquisto sarebbe confermata anche dalla tempistica di acquisto della porzione di area⁶⁹; secondo Esselunga, Coop Estense *"si interessò in modo reale ed effettivo al Comparto solo dopo aver appreso, nel dicembre 1999, che la Edilmontanari si era attivata per entrare nell'area del Consorzio Agrario"* (sottolineatura aggiunta, doc. 4.123)⁷⁰.

⁶⁷ [Coop Estense ha dichiarato che il Piano Particolareggiato rappresentava la sintesi di un accordo tra i proprietari di un'area sulla ripartizione degli indici di edificabilità; infatti: "in virtù dei meccanismi ripartitori propri di un piano particolareggiato di iniziativa privata, il diritto di proprietà dell'area su cui era stata localizzata l'erezione del punto vendita, non attribuiva automaticamente al proprietario anche il diritto ad essere egli il proprietario dell'erigendo supermercato; in effetti, i proprietari delle singole porzioni immobiliari facenti parte di un Comparto devono propriamente considerarsi come comproprietari di una quota astratta del Comparto stesso, essendo rimessa alla loro comune volontà la decisione su chi, dove e come può utilizzare le porzioni del Comparto stesso" (sottolineatura aggiunta, doc 3.82).]

⁶⁸ [Esselunga sottolinea che la stessa Coop Estense ha dichiarato, in sede di audizione, il reale motivo per il quale si sarebbe attivata per l'acquisto dall'ex Fallimento Rizzi ad un prezzo assolutamente fuori mercato, ovvero che "ai sensi della normativa urbanistica, una volta acquisita l'area Fallimento Rizzi, Coop Estense ha ottenuto un potere di veto sulle decisioni relative all'edificabilità del comparto" e, dunque, anche sull'approvazione del Piano Particolareggiato di iniziativa privata che avrebbe consentito ad Esselunga di aprire il proprio punto vendita (sottolineatura e enfasi aggiunta, docc. 3.82, 3.88 e 2.80).]

⁶⁹ [Esselunga sostiene che "sfumati questi tentativi [di acquisire l'area ex Consorzio dopo il subentro di Edilmontanari, Coop Estense sarebbe] arrivata a provocare l'indizione dell'asta per la vendita della porzione dell'ex Fallimento Rizzi". In particolare, secondo Esselunga, Coop Estense avrebbe avanzato, anche attraverso società controllate (tra cui la Siet), diverse offerte di acquisto per l'area ex Fallimento Rizzi, con l'obiettivo di indurre il curatore fallimentare ad indire l'asta per assicurarsi "l'acquisto a qualsiasi costo - o meglio, a qualsiasi prezzo - dell'area ex Rizzi". Tale strategia sarebbe stata messa in atto solo "dopo aver accuratamente esaminato e valutato con i propri legali proprio la possibilità che detto acquisto le consentisse di acquisire il già citato diritto di veto" (doc. 4.123).]

⁷⁰ [Al riguardo, Esselunga cita le argomentazioni presentate da Coop Estense nel giudizio civile instaurato da Coop Estense, e conclusosi con la sentenza del Tribunale di Milano del 28 marzo 2011, che recitano testualmente: "Coop Estense doveva tuttavia constatare di non essere stata sufficientemente tempestiva, atteso che il terreno dell'ormai ex Consorzio Agrario, ossia la porzione

132. In sintesi, Esselunga, contrariamente a quanto sostenuto dalla parte nelle sue memorie conclusive⁷¹, ritiene che Coop Estense abbia acquisito la porzione minoritaria di comparto nella consapevolezza che si sarebbe determinata "una situazione in cui i veti incrociati suoi e di Esselunga avrebbero bloccato, come in effetti è avvenuto, ogni positiva evoluzione, costringendo un ingente e spropositato investimento in situazione di sostanziale e prolungata improduttività" (sottolineatura aggiunta, doc. 4.169, all. 3).

B2 *Nel Comune di Vignola*

133. In merito all'invio della lettera al Sindaco del Comune di Vignola il 7 aprile 2005, Coop Estense contesta la natura escludente dell'atto. La Parte ribadisce che si trattava di una condotta legittima e razionale poiché mera manifestazione della sua esigenza di identificare un'area idonea a trasferire e ammodernare il proprio punto vendita, peraltro già manifestata dalla stessa Coop Estense agli amministratori locali in epoca largamente antecedente ai fatti contestati; i primi contatti risalirebbero, secondo la parte, al 2003 (doc. 3.82, 4.110, 4.154 e 4.169, all. 4). In tal senso, Coop Estense spiega che la contrarietà all'iniziativa di Vignola Due espressa al Sindaco del Comune (doc. 1.15), poco prima delle data di adozione dell'accordo di interesse di Esselunga (seduta fissata l'8 aprile 2005), rispondeva solo all'interesse di "trovare una soluzione analoga a quella di Vignola Due" (doc. 4.110) e che "estromettendo di fatto Coop E. dalla procedura, il Comune aveva dimostrato di non tenere in alcun conto le ripetute manifestazioni di interesse di Coop E. per nuove opportunità di sviluppo della rete commerciale e l'eventuale sua disponibilità a concorrere, con analogo accordo, alla realizzazione dell'intervento di pubblico interesse individuato dal Comune di Vignola" (sottolineatura aggiunta, doc. 1.15, 4.110, 4.129 e 4.130).

Coop Estense spiega, peraltro, di aver inviato la lettera il 7 aprile 2005, quando l'intenzione di adottare la variante al Piano Regolatore si era concretizzata (4.129 e 4.130). Ha sottolineato, altresì, che, a suo avviso, la procedura era caratterizzata da una estrema riservatezza (doc. 2.80, 4.129 e 4.130).

134. Esselunga contesta la ricostruzione dei fatti di Coop Estense. Quest'ultima si sarebbe inserita strumentalmente in un "iter contrattuale/amministrativo/urbanistico già avviato da Vignola Due/Esselunga" con l'unico obiettivo di ostacolare l'avvio di un punto vendita alimentare da parte del concorrente su un terreno strategico che, per localizzazione e dimensione, avrebbe consentito anche l'insediamento di una grande struttura (doc. 4.118, 4.158 e 4.169, all. 3). Esselunga osserva, infatti, che "non vi erano in Vignola altre aree disponibili con quelle caratteristiche", tanto che nessun altro operatore ha avviato punti vendita di dimensione superiore ai 1.500 metri quadrati (doc. 4.118 e 4.158).

C La legittimità della condotta di Coop Estense nelle due vicende

135. Coop Estense ha ribadito la legittimità della propria condotta in quanto, a suo avviso, conforme alla n. 241/90 (in particolare agli articoli 7, 8, 9 e 10). Dal momento che la condotta si estrinsecerebbe nell'esercizio di un diritto di partecipazione o di intervento in un procedimento amministrativo, in rappresentanza e difesa di un interesse privato, essa sarebbe legittima e non potrebbe, per definizione, essere qualificata in termini di illecito amministrativo (doc. 4.169, all. 4).

C1 *L'opposizione al Piano di sviluppo del comparto ex Consorzio Agrario a Modena*

136. Oltre al diritto di partecipare e di intervenire nel procedimento in corso, Coop Estense ha, altresì, sostenuto la propria legittimazione ad opporsi al Piano originario nella misura in cui le soluzioni pianificatorie ivi contenute dovevano essere concordate tra i comproprietari. In altri termini, poiché il consenso tra le proprietà sulle scelte delle destinazioni d'uso e di edificabilità dell'intero comparto era un atto necessario, scelte unilaterali illegittimamente introdotte dalla sola Edilmontanari, senza il consenso degli altri proprietari (nel caso dell'ex Fallimento Rizzi), erano oppugnabili (docc. 2.80 e 3.82, 3.84, 3.93, 4.154 e 4.169, all. 4)⁷². A conferma della correttezza del suo operato, Coop Estense, subentrata nella proprietà all'ex Fallimento Rizzi nel febbraio 2001, richiama la sentenza del TAR Emilia Romagna (sentenza n. 2280 del 6 novembre 2009), dalla quale si evincerebbe come la parte fosse: "pienamente legittimata ad opporsi al piano e a contestare l'ipotesi ripartitoria contenuta negli elaborati posti in pubblicazione, che è aspetto diverso e più ampio della localizzazione del centro commerciale" (doc. 4.169, all. 4).

137. Sulla base dello stesso argomento, Coop Estense giustifica più in generale l'esercizio del "potere di veto". La contestazione di scelte unilaterali formulate dalla controparte è legittima di per sé poiché, come detto, la

maggiore del comparto, era già stata venduta dal liquidatore del Consorzio a certa società Edilmontanari, riferibile all'imprenditore edile modenese Pierluigi Montanari. Prendeva allora contatto con costui, ma solo per sentirsi rispondere che egli non intendeva trattare la vendita dell'area a Coop Estense, in quanto aveva già assunto un analogo impegno con un gruppo concorrente di essa" (sottolineatura aggiunta, doc. 4.123).]

⁷¹ [Più in generale, Coop Estense nel richiamare ai principi della giurisprudenza antitrust, motiva "che la difesa delle quote di mercato (e la salvaguardia del proprio punto vendita) concorrendo all'apertura di un nuovo esercizio (perché questo era il solo scopo e non l'esercizio puramente ostruttivo di un potere di veto come erroneamente ritenuto), è una giustificazione economica del tutto legittima; posto che l'ordinamento non vieta certo all'impresa dominante di tenere condotte competitive atte a salvaguardare la propria posizione, e che neppure l'impresa dominante è tenuta a "cedere al concorrente" proprie quote di mercato e ad astenersi dalla competizione per consentire ai concorrenti di crescere" (doc. 4.154).]

⁷² [Coop Estense ha precisato che la decisione su quale porzione del comparto potesse essere costruito il supermercato (di 1.500 metri quadrati) "dipendeva infatti dall'unanime volontà dei comproprietari stessi (come riconosciuto dalla menzionata sentenza del TAR Emilia)" (sottolineatura aggiunta, docc. 2.80 e 3.82, 3.84 e 3.93).]

redazione/adozione del Piano richiedeva necessariamente l'accordo fra i proprietari privati. Nel caso in cui tale accordo non fosse raggiunto, ad avviso di Coop Estense, il Comune avrebbe potuto procedere unilateralmente, esercitando il potere di esproprio (docc. 4.154 e 4.169, all. 4).

138. Da quanto sopra detto, Coop Estense contesta, quindi, l'assunto su cui riposa la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, ossia che, per non commettere un illecito, la stessa avrebbe dovuto obbligatoriamente aderire alla unilaterale prospettazione di Piano predisposta da Esselunga (doc. 4.154). Sulla base di tale impostazione, Coop Estense difende, altresì, il proprio rifiuto alla proposta di Esselunga di cederle una porzione della superficie edificabile – *pro-quota* in base ai diritti di proprietà. Rammenta, al riguardo, che la proposta di Esselunga era pretestuosa, irricevibile ed illegale per le seguenti ragioni: *i)* avrebbe consentito alla cooperativa di realizzare solo un punto vendita di piccole dimensioni (ossia una *superette* di meno di 300 metri quadrati) e *ii)* la regolamentazione urbanistica di quel comparto prevedeva la possibilità di realizzare un solo supermercato di 1.500 metri quadrati e non di realizzare due (o più) punti vendita aventi una superficie complessiva di 1.500 metri quadrati sul comparto (doc. 3.82, 4.154 e 4.169, all. 4).

139. Esselunga ha, invece, sottolineato come, dai documenti ispettivi emerge una chiara finalità escludente nella condotta di Coop Estense volta al solo obiettivo di opporsi sistematicamente ad Esselunga al fine di far sospendere il processo di valutazione e di autorizzazione del Piano e, quindi, di ritardare l'edificabilità dell'area. In particolare, *"dalle evidenze risulta, tra l'altro, che l'opposizione di Coop Estense sfruttava elementi formali e non sostanziali"* (CRI, nota 69 e doc. 1.17, 2.59 all. B.7).

140. Sulla proposta del 2002, Esselunga ha confermato di essere consapevole che la stessa era solo provocatoriamente volta a scuotere la controparte e difficilmente avrebbe potuto avere seguito (doc. 2.81).

C2 L'intervento nella procedura di adozione dell'accordo ex articolo 18 L.R. 20/2000 a Vignola

141. Anche nel caso di Vignola, Coop Estense sostiene che la sua partecipazione al procedimento di valutazione dell'accordo ex articolo 18 L.R. 20/2000 era giustificata in base al principio di concorsualità. In altri termini, con l'invio della lettera, Coop Estense intendeva *"beneficiare di una soluzione analoga a quella prevista per Vignola Due ([ossia] ottenere la disponibilità di un'area a destinazione commerciale)"* in tempi rapidi (docc. 2.80 e 3.82). La parte ha spiegato, infatti, che l'accordo ex articolo 18 L.R. *"aveva ad oggetto esclusivamente la modifica della destinazione urbanistica dell'area oggetto [mentre] nessun effetto avrebbe spiegato sulla programmazione commerciale della Provincia di Modena. In pratica, si trattava di rendere un'area idonea ad ospitare una struttura commerciale"*. D'altra parte, risulta agli atti che *"era intenzione di Coop di spostarsi in altra area idonea, sempre lungo la circonvallazione [ossia là dove era localizzata l'area di interesse di Esselunga], area che avrebbe dovuto essere individuata dal Comune tra le varie possibili [di trasferire ed ampliare il proprio punto vendita]; Coop Estense aveva, quindi, un legittimo interesse a partecipare al procedimento (docc. 4.129 e 4.130) per concorrere all'individuazione e autorizzazione all'edificabilità di un'area.*

142. Coop Estense sottolinea che l'amministrazione avrebbe dovuto ispirarsi ai principi di trasparenza, imparzialità e parità di trattamento nel corso del procedimento. A suo *"giudizio [...] supportata dal parere dei propri avvocati amministrativisti, [l'estromissione dalla procedura di adozione dell'accordo e della variante] pregiudicava del tutto ingiustificatamente l'interesse di Coop E. alle proprie prospettive di sviluppo del resto già manifestate all'Amministrazione"* (sottolineatura aggiunta, doc. 4.110).

A suo avviso, la partecipazione di Coop Estense al procedimento di interesse di Esselunga, non avrebbe precluso la possibilità ad entrambe di perseguire i propri obiettivi commerciali (doc. 4.169, all. 4).

143. Più esplicitamente, Coop Estense ha indicato che la sospensione della delibera da parte del Comune fosse *"un atto dovuto"* e che il suo *"intervento [...] servi [...] a far riflettere il Consiglio Comunale circa la necessità di prendere in considerazione anche altre proposte, tra cui quella di Coop E., che doveva essere necessariamente considerata, poiché, se ciò non fosse accaduto, la procedura sarebbe stata viziata da illegittimità"* (sottolineatura aggiunta, docc. 3.82 e 4.110).

144. Esselunga nega che vi potesse essere alcun pregiudizio per Coop Estense dalla procedura che la vedeva interessata, in quanto l'accordo tra Vignola Due e il Comune riguardava un'area che non era nella disponibilità di Coop Estense. In tal senso, quindi, la società denunciante ritiene che Coop Estense si sia indebitamente inserita nella procedura, poiché non era legittimata ad invocare alcuna lesione di un legittimo interesse che le sarebbe derivato dall'iniziativa (docc. 2.81, 3.90 e 4.118). Parimenti, la circostanza che Coop Estense sia intervenuta nel procedimento così tardivamente (lettera del 7 aprile 2005), e in assenza di aree di proprietà, proverebbe l'assenza di qualsiasi interesse oggettivo e/o commerciale per l'iniziativa (doc. 4.118)⁷³.

145. Sulla concreta possibilità di presentare una proposta analoga a quella di Vignola Due, Coop Estense ha, comunque, riconosciuto che la possibilità di concorrere al finanziamento dell'opera pubblica era subordinato

⁷³ [Esselunga rammenta che, sin dal 2002, l'amministrazione Comunale aveva individuato "dodici aree "di carattere strategico", tra cui la n. 11, indicata come "area con destinazione commerciale e caserma dei carabinieri", di proprietà della società Vignola Due S.r.l.. L'area di Vignola Due era stata dichiarata strategica. Nella stessa memoria, Esselunga spiega che, come tutti gli atti del Consiglio Comunale, la delibera "era soggetta agli obblighi di pubblicazione, mediante affissione all'albo pretorio, nella sede dell'ente, per quindici giorni consecutivi, ai sensi dell'art. 124, primo comma D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267" (doc. 4.118).]

all'esistenza di un "interesse pubblico rilevante e [della disponibilità di] aree che potessero essere scambiate, su cui realizzarvi strutture aventi utilità sociale, con altre da destinare ad uso commerciale" (doc. 2.80)⁷⁴.

VI.4 La non idoneità della condotta di Coop Estense a restringere la concorrenza

146. Coop Estense contesta sia sul piano logico che su quello giuridico l'esistenza di un nesso causale tra l'esito dei procedimenti (e, quindi, il danno per Esselunga) e la propria condotta.

Affinché si possa affermare che il suo comportamento sia stato idoneo ad "alterare" l'esito dell'iter amministrativo e, quindi, del rilascio delle autorizzazioni, è necessario, a detta di Coop Estense, provare che, in assenza di tale comportamento, i procedimenti avrebbero avuto con certezza un esito positivo. Al riguardo, tuttavia, l'esito di un procedimento amministrativo non è mai, secondo la parte, predeterminabile in astratto, dato che è solo rispetto alle concrete circostanze, dopo una compiuta istruttoria nella quale si verificano presupposti, requisiti e fatti, che la decisione dell'amministrazione può formarsi (doc. 4.169, all. 4).

147. Coop Estense rileva, poi, che non vi è agli atti alcun documento da cui si possa desumere che la società abbia tentato di influenzare l'esito delle procedure (doc. 4.169, all. 4).

A Nel Comune di Modena

A1 L'asserita illegittimità del Piano originario di Esselunga

148. Coop Estense nega che la mancata autorizzazione da parte del Consiglio Comunale di Modena del Piano nel 2004 sia imputabile al suo intervento nella procedura di valutazione del Piano.

149. A dimostrazione della correttezza della propria tesi, Coop Estense richiama la sentenza del TAR Emilia Romagna in cui viene riconosciuta la legittimità della parte a "contestare l'ipotesi ripartitoria contenuta nel Piano". Inoltre, nella medesima sentenza la mancata approvazione del Piano sarebbe motivata in ragione della sua "oggettiva illegittimità" a causa del parere negativo dell'ARPA, dell'omesso completo adeguamento al parere della Commissione Edilizia e dell'introduzione da parte di Edilmontanari di una disciplina ripartitoria frutto di una scelta unilaterale e non condivisa (doc. 4.154).

150. In sintesi, ad avviso di Coop Estense, l'impossibilità, da parte di Esselunga, di realizzare il punto vendita nel comparto dipenderebbe dalla decisione discrezionale del Comune di non autorizzare il Piano, che risultava oggettivamente non conforme alle regole.

Non può, quindi, essere imputata ad un comportamento ostruzionistico o dilatorio di Coop Estense.

151. Ad avviso di Esselunga, l'interpretazione di Coop Estense è priva di pregio, poiché la principale ragione del diniego del Piano non risiede nella non conformità ad aspetti tecnico-urbanistici, che erano sicuramente superabili, ma nel veto esercitato da Coop Estense al Piano. In assenza di un'opposizione di Coop Estense che, ad avviso di Esselunga costituisce la principale ragione, il Consiglio Comunale avrebbe deciso altrimenti.

Esselunga osserva, infatti, che nella citata sentenza del TAR Emilia Romagna si legge "una volta appurato che [...] ogni tentativo di accordo fra gli aventi causa dei due fallimenti era stato inutile, il Consiglio comunale ha ritenuto che fossero venute meno le condizioni iniziali dell'assetto proprietario che avevano consentito l'autorizzazione alla formazione e alla presentazione del piano [...] che con l'opposizione di Coop Estense del 2.4.2001 si è formalmente divaricata la posizione degli aventi causa dei due fallimenti originari proponenti, pienamente giustificato in tale situazione è da considerare l'invito a trovare un accordo formulato il 12.6.2002 dal Comune [...] poiché nessun accordo fra le due parti private è intervenuto ... il Consiglio Comunale non ha potuto che prendere atto della situazione e negare l'approvazione del piano" (sottolineatura aggiunta, doc. 4.169, all. 3).

152. Esselunga fa, altresì, notare che mentre sul mancato accordo il TAR si pronuncia, sui citati USL/ARPA il TAR scrive "anche ad accedere alla tesi della formazione del parere implicito favorevole sotto il profilo igienico sanitario, resta pur sempre la considerazione che tale aspetto settoriale non esaurisce le ragioni del diniego e non riveste un ruolo decisivo nella controversia" (sottolineatura aggiunta, doc. 4.169, all. 3). D'altra parte, Esselunga osserva che detti pareri erano pervenuti dopo quasi due anni dalla presentazione del Piano alle amministrazioni competenti, talché dovevano considerarsi già intervenuti in senso favorevole per silenzio-assenso ex articolo 19 lett. h) L.R. n. 19/1982⁷⁵.

153. Sulla questione del "non completo adeguamento" del Piano al parere della Commissione edilizia, Esselunga ricorda che il TAR ha scritto "il piano dal punto di vista dei parametri urbanistici è conforme a quanto prescritto dal Piano Regolatore Generale vigente e alle sue varianti approvate" e che il parere della Commissione edilizia non è vincolante (doc. 4.169, all. 3).

⁷⁴ [Coop Estense ha argomentato che "che lo strumento di accordo di pianificazione (previsto dall'articolo 18 della L.R. 20/2000) non conferisce un'esclusiva al soggetto che lo sottoscrive nella partecipazione alla realizzazione di opere pubbliche. In tal senso, secondo Coop Estense sarebbe stato possibile anche per un altro soggetto privato concorrere al finanziamento di tali opere, in virtù del principio di concorsualità [...]"] (sottolineatura aggiunta doc. 2.80). Secondo, Coop Estense "nulla impediva che nel procedimento di approvazione di variante così come richiesta da Vignola Due, venissero inclusi due distinti accordi ex art. 18 LR 20/00 (docc. 4.129 e 4.130). Coop Estense non ritiene neanche che "tale coesistenza poteva dirsi ostacolata dal fatto che Coop Estense non fosse proprietaria di un terreno al momento dell'invio della ben nota missiva" (docc. 3.82, 4.129 e 4.130). La cooperativa ha aggiunto che il fatto di non essere proprietaria di un'area è un rischio che si assume il proponente nei confronti della pubblica amministrazione (doc. 4.129 e 4.130).]

⁷⁵ [Esselunga, sottolinea, peraltro che si tratterebbe, dunque, di due pareri pacificamente illegittimi posto che, stante l'avvenuto silenzio-assenso, Comune avrebbe dovuto attivare un procedimento di annullamento in autotutela del parere positivo già perfezionatosi (doc. 4.169, all.3).]

154. Coop Estense sostiene, peraltro, che il mancato ingresso nel mercato di Esselunga dipende da cause diverse dalla sua condotta. Da un lato, infatti, l'esito negativo della procedura di autorizzazione non può, come sopra indicato, essere imputato ad un suo comportamento ostruzionistico e dilatorio.

Dall'altro, nonostante la parte abbia *"positivamente e volontariamente tenuto una condotta collaborativa volta a derimere la controversia insorta"*, Esselunga ha unilateralmente rifiutato altre alternative di sviluppo – tra cui la possibilità di realizzare un punto vendita nell'area ex Vinacce offertole dalla stessa Coop Estense (doc. 4.154).

155. Ad avviso di Coop Estense l'area ex Vinacce avrebbe potuto soddisfare l'interesse di Esselunga a realizzare un suo nuovo punto vendita e consentito al concorrente il suo ingresso nel mercato rilevante *"senza ledere l'interesse di Coop Estense a realizzare il suo [punto vendita] nel [ex] Comparto"* (doc. 3.82). L'area presentava, ad opinione di Coop Estense, la stessa appetibilità economica – per estensione, posizione, accesso alla viabilità e zone destinate a parcheggi – di quella dell'ex Consorzio. Secondo Coop Estense, infatti, per un operatore quale Esselunga, non organizzato su base associativa e, quindi, non radicato sul territorio, aprire una nuova struttura nel comparto ex Consorzio o nel comparto ex Vinacce non avrebbe fatto alcuna differenza: le due aree sono situate ad una distanza di circa 900 metri l'una dall'altra. Tale soluzione non sarebbe stata, invece, perseguibile dalla Coop, in quanto *"anche una distanza di 900 metri può costituire un limite nella decisione di spostare un punto vendita già attivo, proprio in termini di accettabilità della scelta da parte dei propri soci. Tanto più che nelle vicinanze dell'area ex Vinacce già operava un punto vendita a marchio Coop"* (doc. 2.80). Inoltre, Coop Estense già operava con un proprio punto vendita adiacente del comparto ex Consorzio (4.154).

156. A sua volta, Esselunga ha giudicato la proposta di Coop Estense pretestuosa, in quanto, l'asserita sostituibilità tra le due soluzioni è confutata dagli atti (docc. 2.81, 4.123 e 4.169, all. 3).

B Nel Comune di Vignola

157. In merito all'idoneità escludente della condotta di Coop Estense a Vignola, la Parte ha fortemente sostenuto la piena discrezionalità amministrativa facente capo al Consiglio comunale nella valutazione della portata della lettera pervenuta al Sindaco e, quindi, dell'accordo ex articolo 18 L.R. 20/2000 (doc. 4.154). Coop Estense esclude, quindi, ogni nesso casuale tra l'invio della lettera – che Coop Estense riconosce comunque abbia *"indubbiamente avuto l'effetto di far meditare il Consiglio Comunale circa la correttezza dell'azione amministrativa intrapresa"* – e la determinazione di *"interporre una pausa di riflessione nella procedura"* (docc. 3.82 e 4.110).

158. Coop Estense contesta che la propria condotta sia stata idonea a restringere la concorrenza, anche perché il Consiglio comunale si era limitato a rinviare l'adozione della variante di interesse di Esselunga alla seduta dell'11 aprile 2005. In altri termini, a detta di Coop Estense, successivamente a tale data, la variante di interesse di Esselunga avrebbe, comunque, potuto essere approvata⁷⁶. Il procedimento di variante della destinazione urbanistica dell'area di Vignola Due poteva essere, infatti, inserito nell'ordinario iter di redazione dei nuovi strumenti urbanistici comunali previsti dalla L.R. 20/2000, ossia il PSC (e piani attuativi connessi), i cui tempi di redazione, ai sensi degli artt. 32 e 33, sarebbero quantificabili in circa 390 giorni a fronte di 480 giorni circa della procedura ex articolo 18 L.R. 20/2000 (doc. 4.154).

159. La circostanza che Esselunga non abbia dato seguito alla propria richiesta dopo l'11 aprile 2005, non può, quindi, attribuirsi ad una condotta di Coop Estense ma alla mera scelta unilaterale del concorrente. D'altronde, Coop Estense fa notare che il preliminare di compravendita tra Esselunga e Vignola Due prevedeva una clausola sospensiva al 31.12.2006, quindi ben oltre l'11 aprile 2005 (doc. 4.154).

160. Esselunga sostiene, contrariamente a Coop Estense, che il nesso casuale tra la condotta e l'esito della procedura è dimostrato in atti. A sostegno della sua tesi, Esselunga cita, tra l'altro le delibere del Consiglio Comunale di Vignola dell'8 e 11 aprile 2005, da cui si evince che la proposta di Coop Estense *"si inserisce nel procedimento attivato ai sensi del combinato disposto dell'articolo 18 della LR 20/2000 e dell'articolo 11, comma 1 bis, della L. 241/90 [e si propone] di ritirare la proposta stessa in ragione della nuova situazione determinatasi per effetto della presentazione della nuova proposta presentata dalla coop estense"* (sottolineatura aggiunta, doc. 4.169, all. 3).

VI.5 L'assenza di un intento escludente

161. Coop Estense rileva, infine, che in atti non vi sarebbe alcuna prova di un intento escludente.

162. Esselunga, tuttavia, ha fatto notare che nel caso di un comportamento abusivo posto in essere da un'impresa dominante per escludere i concorrenti *"non è necessaria la verifica della sussistenza di un intento escludente"* (doc. 4.158).

VI.6 Durata e gravità della condotta

163. In sede di memorie conclusive nonché di audizione finale, Coop Estense, impregiudicata la questione relativa all'impossibilità di ravvisare una fattispecie di abuso di posizione dominante nei comportamenti da essa tenuti nei

⁷⁶ [Coop Estense ha precisato che *"la proposta di Esselunga poteva [...] trovare collocazione nell'ambito del procedimento di redazione dei nuovi strumenti urbanistici comunali come espressamente previsto dalla legge regionale [L.R. 20/2000 che prevedeva l'obbligo di adeguamento e la revisione di Piani Regolatori Generali da effettuarsi con contemporanea elaborazione di piani comunali]"* i cui tempi di attuazione sostanzialmente equivalgono a quelli per condurre in porto la procedura ex art. 18" (doc. 4.129 e 4.130).]

confronti di Esselunga, ha posto in risalto come, nel caso di specie, l'analisi istruttoria non consenta di provare che la strategia sarebbe unica e continuata nel tempo. Pertanto, le condotte abusive ascritte a Coop Estense risulterebbero prescritte.

A La condotta non sarebbe né unitaria né continuata nel tempo

164. Coop Estense ha contestato che le due vicende possano essere collegate e, quindi, considerate preordinate a realizzare una medesima e continuata strategia escludente.

Ad avviso della parte, i fatti di Modena e di Vignola non presenterebbero alcun elemento in comune. Riguarderebbero questioni del tutto autonome, poiché si inseriscono in due distinti *iter* amministrativi e si collocano nel tempo molto a distanza l'una dall'altra.

Non vi sarebbe, nella Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, alcun elemento a supporto dell'unitarietà e continuità delle condotte (doc. 4.154 e 4.169, all. 4).

B La prescrizione della condotta

165. Secondo la ricostruzione di Coop Estense, le condotte contestate si concretizzerebbero in soli due momenti chiaramente identificati e risalenti nel tempo, ovvero: *i)* l'acquisizione della parcella *ex* Fallimento Rizzi avvenuta nel 2001; e *ii)* l'invio al Sindaco di Vignola di una lettera recante una manifestazione di interesse *inter alia* al finanziamento di un edificio pubblico nel 2005.

Ai sensi dell'articolo 28 della legge n. 689/81, il diritto di sanzionare una serie di violazioni – ivi comprese le infrazioni al diritto della concorrenza – “*si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui è stata commessa la violazione*”.

Le condotte sopra individuate si sarebbero, a detta di Coop Estense, esaurite nell'atto del loro compimento, e consumate, quindi, in un momento ben anteriore al quinquennio previsto dalla legge. Diversi sarebbero gli eventuali effetti di quei comportamenti, del tutto irrilevanti ai fini della decorrenza del termine prescrizione.

166. A conferma della propria tesi, Coop Estense sottolinea che a Modena la vicenda si sarebbe conclusa con la deliberazione del Consiglio comunale del 2004 (di non autorizzazione del Piano) e che l'attuale situazione di stallo dell'area rifletterebbe al più l'effetto di quella decisione.

A Vignola, Coop Estense assume che l'unica attività asseritamente ostruzionistica addebitata a Coop Estense è la lettera del 7 aprile 2005 e, quindi, la vicenda sarebbe al più definitivamente conclusa con la deliberazione del Consiglio comunale di Vignola dell'11 aprile 2005 (di ritiro della delibera di adozione della variante).

Per tali ragioni, le condotte imputate a Coop Estense sarebbero prescritte (doc. 4.154 e 4.169, all. 4).

VII VALUTAZIONI

VII.1 Premessa

167. Le evidenze acquisite nel corso del procedimento consentono di dimostrare la sussistenza di una condotta restrittiva della concorrenza, *sub specie* di abuso di posizione dominante, in violazione dell'articolo 3 della legge n. 287/90 adottata da Coop Estense.

Ai fini della valutazione della natura anticoncorrenziale della condotta in esame, Coop Estense ha messo in atto un'unica strategia escludente articolata, continuata nel tempo e consistente in comportamenti volti ad ostacolare, o quanto meno fortemente ritardare, l'ingresso o l'espansione di un concorrente, nel caso di specie Esselunga, nei mercati rilevanti dei supermercati e degli ipermercati della Provincia di Modena.

168. Gli elementi agli atti confermano l'ipotesi di avvio dell'istruttoria sulla natura abusiva della condotta di esclusione di Coop Estense, messa in atto al fine di ostacolare (o ritardare) l'uso a fini commerciali di aree già nella disponibilità del concorrente. In particolare, Coop Estense si è frapposta, in maniera sistematica, ai tentativi esperiti, nel corso del tempo, dal concorrente di avviare nuovi punti vendita alimentari, in aree potenzialmente idonee ad insediamenti commerciali e già nella sua disponibilità, in particolare nei Comuni di Modena prima e di Vignola poi, anche intervenendo strumentalmente in *iter* amministrativi in corso per ottenere le necessarie autorizzazioni.

Tale strategia si è inserita in un contesto di mercato già caratterizzato da una scarsa disponibilità di aree idonee ad insediamenti commerciali e da significative barriere all'ingresso di natura amministrativa.

169. Più in dettaglio, la condotta abusiva di Coop Estense ha avuto inizio a Modena, nel 2001 (con l'acquisizione della parcella *ex* Fallimento Rizzi ed il conseguente “*potere di veto*” sulle soluzioni pianificatorie dell'intero comparto, potere esercitato da Coop Estense sin dal marzo del 2001 con una formale opposizione al Piano originario), è continuata tra il 2004 e il 2008 attraverso condotte dilatorie tra cui la proposta, solo apparentemente collaborativa della parte, di scambio di aree, che tuttavia è risultata pretestuosa e strumentale in quanto né economicamente né tecnicamente attuabile); si è arricchita nel frattempo della vicenda di Vignola nel 2005 (con l'invio della lettera al Sindaco del Comune), si è manifestata da ultimo nel 2009 (con la presentazione di un nuovo Piano da parte di Coop Estense, frutto di scelte autonome e non concordate e, come tale, non autorizzabile, con la conseguenza di bloccare ancora una volta il processo di autorizzazione del Piano di sviluppo dell'area).

170. Nel corso dell'attività istruttoria è stato, altresì, possibile verificare che la condotta di Coop Estense non aveva altra giustificazione economica alternativa all'esclusione. In entrambe le vicende, infatti, Coop Estense ha messo in atto comportamenti ostativi quando si è resa concreta la minaccia di avvio da parte di Esselunga di un'attività commerciale che si sarebbe posta in diretta concorrenza con punto vendita di Coop già attivi.

Per quanto attiene l'ingresso nel comparto di Modena, non risulta, che la parcella *ex* Fallimento Rizzi possedesse un'autonoma rilevanza economica, potendo essere realizzata nel comparto una sola struttura alimentare e previo il consenso di tutti i proprietari.

Quanto a Vignola, l'invio della lettera è stato tardivo e strumentale a far slittare qualunque decisione in merito all'edificabilità dell'area di interesse di Esselunga dopo l'11 aprile 2005.

171. Gli effetti dell'infrazione perdurano a tutt'oggi.

VII.2 I mercati rilevanti

A I mercati del prodotto

172. Come evidenziato nella sezione relativa alle argomentazioni delle parti, Coop Estense ha contestato l'individuazione di due mercati rilevanti. La condotta imputata atterrebbe solo ad ostacoli all'avvio di punti vendita di medie dimensioni (1.500 metri quadrati) poiché le disposizioni in materia di disciplina del commercio consentivano unicamente l'avvio di dette strutture di vendita in entrambi i Comuni in esame. Per tali ragioni, la posizione di Coop Estense andrebbe valutata solo nel mercato dei supermercati della provincia di Modena.

173. Secondo la prassi dell'Autorità, tuttavia, nel definire i mercati rilevanti dei prodotti, le dinamiche competitive tra categorie dimensionali si colgono considerando non solo le categorie interessate ma anche quelle immediatamente contigue. Tradizionalmente, si distinguono *i)* le *superette* (aventi dimensione inferiore ai 400 metri quadrati), *ii)* i supermercati (piccoli supermercati con superfici di vendita comprese tra 400 e 1.500 e grandi supermercati con dimensione tra 1.500 e 2.500 metri quadrati) e *iii)* gli ipermercati (con dimensione superiore ai 2.500 metri quadrati).

Nel caso di specie, i supermercati risentono della concorrenza, da un lato, delle *superette* – quando si tratta di piccoli supermercati entro i 1.500 metri quadrati – e degli ipermercati – quando si considerano i grandi supermercati sopra i 1.500 metri quadrati. Il mercato dei supermercati è, pertanto, definito considerando la disciplina concorrenziale esercitata da tutti i punti vendita della distribuzione moderna. Applicando la stessa metodologia, costituiscono il mercato dei ipermercati anche i grandi supermercati che concorrono ad esercitare una disciplina concorrenziale sugli ipermercati.

174. Agli atti risulta che la condotta di Coop Estense era tesa ad ostacolare l'avvio di punti vendita di dimensione pari o superiore a 1.500 metri quadrati. A Vignola, il progetto di Esselunga prevedeva, infatti, la realizzazione di un punto vendita di 2.500 metri quadrati.

Alla luce delle considerazioni, sopra svolte, risulta pacifico procedere all'accertamento della dominanza di Coop Estense, con riferimento sia al mercato dei supermercati che a quello degli ipermercati.

B I mercati geografici

175. Per quanto concerne la definizione geografica dei mercati rilevanti, viene confermata la dimensione locale contenuta nel provvedimento di avvio e ribadita nella Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, coincidente con la Provincia di Modena (cfr. sezione 00 più sopra). Tale definizione è, infatti, conforme alla prassi dell'Autorità che, in sede di definizione dell'ambito geografico, considera in prima approssimazione l'ampiezza del bacino di utenza locale coincidente con i confini provinciali. Peraltro, tale definizione non è stata contestata dalla parte (cfr. sezione 0 più sopra).

VII.3 La posizione Dominante di Coop Estense

176. Come noto, al fine di imputare un abuso ai sensi dell'articolo 3 della legge n. 287/90, occorre in primo luogo verificare la sussistenza di una posizione dominante in capo al soggetto parte del procedimento. Secondo un consolidato orientamento comunitario e nazionale, la posizione dominante consiste in una situazione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato di cui trattasi ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori⁷⁷. In sostanza, per l'accertamento di una posizione dominante rileva se l'impresa in esame ha e mantiene un significativo potere di mercato nel corso del tempo.

177. Ciò premesso, risulta infondata l'obiezione di Coop Estense relativamente all'errata modalità di accertamento della dominanza nei mercati rilevanti nel corso dell'istruttoria.

La posizione dominante di Coop Estense è stata valutata sia sulla base *i)* di elementi di natura strutturale – quote assolute e relative, barriere amministrative all'ingresso, radicamento nel territorio e reputazione di Coop – che *ii)* di fattori comportamentali – capacità di porre in essere comportamenti volti ad ostacolare o quanto meno ritardare l'ingresso o l'espansione della concorrenza.

Va, peraltro, sottolineato come il caso in questione si presti anche ad un approccio valutativo "*basato sugli effetti*"⁷⁸, che offre ulteriori elementi per l'accertamento del potere di mercato.

⁷⁷ [Cfr. per tutti Corte di Giustizia, sentenza del 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche c. Commissione*, in *Raccolta* 1979, pagg. 471 ss..]

⁷⁸ [Cfr. *Comunicazione della Commissione - Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*; 2009/C 45/02.]

La condotta di Coop Estense si è rilevata perfettamente idonea ad escludere un concorrente altrettanto efficiente ritenuto dalla stessa Coop particolarmente "competitivo", confermando che il potere di mercato della parte è sufficiente a qualificare comportamenti "alquanto indipendenti" da concorrenti e consumatori.

A Le quote di mercato di Coop Estense e dei concorrenti

178. Sulla base delle evidenze agli atti del fascicolo, e ampiamente illustrate nella parte in fatto, emerge che sui mercati dei supermercati e degli ipermercati nella Provincia di Modena, Coop Estense detiene quote particolarmente elevate (cfr. sezione 0 più sopra).

179. Tralasciando l'errore materiale di Coop Estense che si è attribuita quote di mercato che, in realtà, rappresentano l'incidenza del fatturato dei punti vendita di Coop nei comuni di Modena e Vignola rispetto al fatturato totale dei punti vendita Coop nei mercati rilevanti, va sottolineato come, qualunque definizione geografica alternativa ai confini provinciali (isocrone di 30 o 45 minuti al massimo) si adotti, le quote di mercato di Coop Estense risultano nel tempo comunque molto elevate, in assoluto, e relativamente ai principali concorrenti.

180. Nell'anno in cui Coop Estense inizia a porre in essere la condotta abusiva oggetto di contestazione, le quote di mercato della parte nei supermercati a livello provinciale erano pari al 41% circa e superavano il 60% negli ipermercati. Le quote di Coop Estense si sono mantenute elevate e crescenti durante tutto l'ultimo decennio. Nel 2011, le quote di Coop Estense raggiungevano rispettivamente il 47% e il 66%, evidenziando la persistenza, se non anche il rafforzamento della posizione dominante.

181. La posizione di vantaggio di Coop Estense è parimenti rinvenibile, dal confronto con i diretti concorrenti. La quota di Coop Estense risulta, nel tempo, dalle quattro alle cinque volte superiore a quella dei concorrenti negli ipermercati e stabilmente superiore al doppio nel mercato dei supermercati.

B Le barriere all'ingresso e la concorrenza potenziale

182. Coop Estense ha sostenuto che i mercati rilevanti in esame non sono caratterizzati da significative barriere all'ingresso. A sostegno della sua tesi, la parte cita le aperture di punti vendita di grandi dimensioni realizzate nel corso dell'ultimo decennio anche da operatori concorrenti di Coop, nella Provincia di Modena.

183. La tesi della parte non può essere accolta. La presenza di barriere amministrative all'ingresso limita significativamente il dispiegarsi di una concorrenza effettiva sul mercato vincolata strutturalmente nella crescita dimensionale sia la credibilità della concorrenza potenziale (cfr. sezione 0 più sopra e 00 più sopra).

La provincia di Modena si caratterizza per una sostanziale scarsità di aree destinabili alla distribuzione commerciale. I vincoli dettati dalla normativa urbanistica e commerciale in vigore, che identifica in maniera puntuale le aree destinabili ad uso commerciale accentuano le difficoltà degli operatori a disporre di aree che siano contemporaneamente compatibili con la normativa e economicamente attraenti, in funzione della localizzazione in bacini a domanda elevata o della localizzazione in aree strategiche per l'accessibilità e la viabilità. La difficoltà a reperire aree idonee è stata, peraltro, documentata dalla stessa Coop Estense (cfr. sezione 0 più sopra).

Sussistono altresì vincoli connessi alla superficie massima dei punti vendita e alla necessità che la dimensione sia raggiunta per accorpamento di licenze esistenti. Tutti fattori che, chiaramente, facilitano l'espansione delle imprese già presenti nei mercati, ed in particolare dell'incumbent titolare di più licenze, e che, invece, accrescono i costi di ingresso per i nuovi operatori.

184. Il rilascio delle necessarie autorizzazioni all'avvio di nuovi insediamenti richiede, inoltre, tempi lunghi, con attesa anche pluriennale. Il rappresentante del Comune di Modena ha stimato almeno 1-3 anni il processo di introduzione di una variante al PRG (cfr. sezione 0 più sopra). La prassi, peraltro, evidenzia tempi decisamente più lunghi, come indicato dalla stessa Coop Estense (doc. 2.80)⁷⁹.

185. Da ultimo, con specifico riferimento alla Provincia di Modena, il quadro regolamentare non prevedeva l'insediamento di nuove strutture commerciali alimentari di medio grandi dimensioni (in particolare, nei comuni di Modena e Vignola). Al più ampliamenti di quelle già esistenti, possibili solo a partire da metà del 2006 (nuovo POIC) e solo in alcuni Comuni, come ad esempio a Vignola. Nonostante, la revisione della pianificazione commerciale, nel 2006 e da ultimo nel 2010, le amministrazioni competenti sottolineano come permanga una cristallizzazione delle opportunità di insediamento alla situazione urbanistica e commerciale antecedente i fatti in esame (prima del 1999).

186. Con riferimento agli avvii di punti vendita tra il 2000 e il 2011, che testimonierebbero l'assenza di barriere amministrative all'ingresso, rileva sottolineare che si tratta della mera attuazione di piani insediativi già previsti ben prima dei fatti in esame e che riguardano solo aree già individuate nei PRG comunali in essere o nel PTTC (cfr. sezione 0 più sopra). Non può non considerarsi, peraltro, che sugli undici punti vendita avviati ben quattro sono di Coop Estense con una superficie di vendita del 50% circa rispetto alla superficie totale aperta. Ad eccezione di due aperture (una di Coop Estense a Modena e una della catena *Famila* a Mirandola nel 2000), tutti i nuovi punti vendita sono stati attivati dopo il 2004, confermando la vischiosità con la quale si registrano mutamenti nella struttura dei mercati. A Modena si conta un solo un'apertura avvenuta nel 2008 (il punto vendita di Conad); a Vignola si è assistito solo ad una parziale razionalizzazione delle strutture di piccole dimensioni già esistenti (con superficie al massimo di 600 metri

⁷⁹ [In sede di audizione Coop Estense ha sottolineato che è "molto frequente che gli investimenti immobiliari abbiano un ritorno economico solo dopo anni, in ragione del fatto che l'iter amministrativo per la concessione delle autorizzazioni è molto lungo".]

quadrati), mentre Coop Estense ha attivato un nuovo punto vendita di 1.500 metri quadrati nel Comune di Spilamberto che dista 5 km da Vignola.

187. Rileva, infine, sottolineare che entrambe le aree oggetto del presente procedimento, l'area ex Consorzio Agrario a Modena e l'area di Vignola Due, erano considerate strategiche per i seguenti motivi:

i) la localizzazione. L'area ex Consorzio Agrario è collegata al centro storico della città mentre l'area di Vignola Due è localizzata su un'importante asse viario e situata a 400 metri circa dal punto vendita di Coop già esistente;

ii) l'idoneità all'edificabilità. Entrambe le aree erano ricomprese in piani di recupero e di riqualificazione urbana che investivano anche altri comparti limitrofi ed erano, quindi, aree soggette ad urbanizzazione nei rispettivi PRG. Il Piano di sviluppo dell'ex Consorzio Agrario era previsto sin dal 1991 e successivamente attuato con il Piano del 1999 e comprendeva il recupero di tutta l'area ferroviaria Nord di Modena; a Vignola il terreno era compreso sin dal 2002 in un'area strategica soggetta ad interventi urbani anche di interesse pubblico e, quindi, edificabile così come prescritto nel PRG;

iii) idoneità ad ospitare insediamenti di nuove attività commerciali. A Modena, l'area ex Consorzio Agrario era l'unica nel centro cittadino su cui poteva essere realizzata una punto vendita di 1.500 metri quadrati; a Vignola l'area era, per dimensione e localizzazione, idonea ad ospitare anche una media struttura di vendita (2.500 metri quadrati). Proprio, per questo motivo, peraltro, Coop Estense ne ha giustificato l'acquisizione nel 2006-2008 (cfr. sezione 0 più sopra).

C Le barriere strategiche, la reputazione e il forte radicamento territoriale

188. Le condizioni di ingresso nei mercati rilevanti non sono agevolate non solo in ragione della presenza di barriere di natura amministrativa. Va ricordato, infatti, che la contendibilità della posizione di Coop Estense risulta limitata anche da forti barriere strategiche costituite, in particolare, dalla reputazione della parte quale *incumbent* aggressivo e dal suo storico radicamento nel territorio particolarmente forte.

La reputazione di Coop Estense e la sua effettiva capacità di porre in essere comportamenti volti ad ostacolare, o quanto meno ritardare l'ingresso o l'espansione della concorrenza, concorrono ad indebolire, ulteriormente, la capacità disciplinate della concorrenza potenziale.

D L'indipendenza della condotta e la persistenza del potere di mercato

189. Coop Estense sostiene che la sua indipendenza nella condotta (e, in particolare, la sua politica commerciale), elemento qualificante della dominanza, sarebbe condizionata dalla presenza dei concorrenti.

190. Al riguardo, rileva sottolineare, in primo luogo, che l'*incumbent*, anche quello dotato di notevole potere di mercato, non può avere per definizione una condotta indipendente "*in assoluto*" dai propri concorrenti. Non a caso, secondo la consolidata giurisprudenza comunitaria, ai fini dell'accertamento della dominanza è sufficiente verificare che l'impresa "*opera in maniera alquanto indipendente*" ovvero che l'impresa dominante ha e conserva nel tempo un sostanziale potere di mercato rispetto ai concorrenti⁸⁰. In altri termini, l'inevitabile reazione alla presenza di altri operatori non esclude l'accertamento della dominanza.

E Conclusioni

191. Riepilogando, dall'analisi effettuata nel corso del procedimento si evince che Coop Estense ha e conserva un significativo vantaggio strutturale rispetto ai propri concorrenti tale da consentirgli una sostanziale autonomia dei comportamenti. A conferma di ciò sta, come vedremo nei paragrafi che seguono, anche l'idoneità della sua condotta ad ostacolare, o quanto meno fortemente ritardare, e rendere più costoso l'ingresso dei concorrenti. In altri termini, sia che si valutino le sue componenti strutturali, sia che si prendano in considerazione i suoi profili comportamentali, la posizione di dominanza di Coop è sostanziale e persiste nel tempo, nonostante l'asserita vivacità competitiva dei mercati rilevanti. Su un arco temporale di dieci anni, le quote di Coop Estense si sono mantenute costanti o addirittura rafforzate; in particolare, nel mercato dei supermercati l'incremento ha raggiunto anche il 7%; e le quote del concorrente Esselunga, considerato da Coop Estense il più agguerrito, sono inferiori di quattro – sei volte nel mercato degli ipermercati e di sette volte nei supermercati, e si sono mantenute stabilmente sotto il 15% negli ipermercati e l'8% nei supermercati.

VII.4 La natura anticoncorrenziale della condotta di Coop Estense

A Premessa

192. Preliminarmente, si sottolinea che, sebbene l'esistenza di una posizione dominante non privi l'impresa che la detiene del diritto di tutelare i propri interessi commerciali e della facoltà di compiere, entro limiti ragionevoli, gli atti che ritenga opportuni per la protezione di tali interessi, non è ammissibile un comportamento che abbia lo scopo di rafforzare la sua posizione dominante e di abusarne⁸¹. Comportamenti che possono essere considerati legittimi dal punto di vista *antitrust* se posti in essere da un'impresa che non detiene una posizione dominante, possono rappresentare, invece, abusi qualora siano compiuti da un'impresa in tale posizione.

⁸⁰ [Cfr. *United Brands and United Brands Continental BV vs Commissione*, C-27/76; *Comunicazione della Commissione — Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti (Testo rilevante ai fini del SEE)* (2009/C 45/02).]

⁸¹ [Sentenza del Tribunale di primo grado del 7 ottobre 1999, causa T-228/97, *Irish Sugar/Commissione*, Raccolta 1999, p. III-2969, paragrafo 112; sentenza TAR Lazio del 24 ottobre 2000, n. 11485, *Coca Cola*.]

193. Dalla documentazione acquisita nel corso del procedimento emerge con chiarezza che la condotta messa in atto da Coop Estense rappresenta un'unica e continuata strategia escludente che si è articolata in una serie di comportamenti sistematicamente e deliberatamente volti ad ostacolare, o quanto meno fortemente ritardare, il tentativo della concorrenza di insediare nuove strutture di vendita alimentare, anche di grande dimensione, su terreni già nella sua disponibilità, e che si sarebbero posti in diretta concorrenza con punti vendita di Coop⁸². I comportamenti si sono manifestati anche in interventi strumentali nel corso di procedure amministrative in fase avanzata per il rilascio delle relative autorizzazioni. La condotta di Coop Estense nel ritardare i procedimenti di valutazione dei progetti (e, quindi, il rilascio delle relative autorizzazioni) ha di fatto inciso sulla valutazione economica degli stessi progetti di sviluppo commerciale e contribuito, pertanto, ad aumentare i costi di ingresso nei mercati rilevanti.

In altri termini, la condotta in esame costituisce una pratica estranea alla concorrenza basata sui meriti, nella misura in cui determina una restrizione della possibilità per i concorrenti di competere efficacemente sul mercato.

194. L'argomentazione di Coop Estense secondo la quale non sarebbe possibile configurare come abusivo un comportamento dell'operatore dominante volto a tutelare propri legittimi interessi (i.e. l'interesse a svilupparsi commercialmente o a salvaguardare la non contendibilità della sua posizione di mercato), e manifestatosi nell'esercizio di un diritto ad intervenire e partecipare a procedimenti amministrativi in corso, appare del tutto priva di pregio. Coop Estense confonde, infatti, la legittimità dei suoi comportamenti ai sensi della legge n. 241/90, con la liceità della condotta ai sensi dell'articolo 3 della legge n. 287/90 oggetto del presente procedimento.

Il presunto interesse economico che Coop Estense avrebbe inteso tutelare, anche frapponendosi agli *iter* autorizzativi avviati da Esselunga, non può in nessun caso essere considerato una giustificazione sufficiente a supportare la liceità della sua condotta che, in quanto volta unicamente ad escludere la concorrenza, costituisce una violazione della disciplina *antitrust*⁸³.

195. Atteso che i mercati rilevanti sono caratterizzati da significative barriere all'ingresso, la condotta di Coop Estense, consistita in comportamenti volti a rendere più difficoltosi e/o più costosi i tentativi di nuovi insediamenti commerciali, anche con interventi strumentali in *iter* autorizzativi in corso e ritardandone l'esito, è stata idonea ad ostacolare o quantomeno fortemente ritardare, l'edificabilità di aree e l'avvio di nuove attività commerciali, e, quindi, il dispiegarsi di un normale processo concorrenziale nei mercati rilevanti in tempi certi. La condotta non ha alcuna giustificazione economica se non la mera finalità escludente.

196. Nel caso di specie risulta, altresì, che la parte era pienamente consapevole della pretestuosità dei suoi interventi. Al riguardo, rileva, comunque, notare che la giurisprudenza comunitaria consolidata ha affermato che, per valutare se una impresa dominante abbia o meno violato quella "*speciale responsabilità*" che le incombe, non è nemmeno necessaria la verifica della sussistenza dell'intento, poiché la nozione di abuso è di carattere oggettivo e, quindi,

⁸² [Come specificato sopra, la condotta di Coop Estense è iniziata a Modena nel 2001 (con l'acquisizione della parcella ex Fallimento Rizzi e l'opposizione al Pino originario in conseguenza del potere di veto sulle decisioni di edificabilità dell'intero comparto), si è arricchita della vicenda di Vignola nel 2005 (con l'invio della lettera al Sindaco del Comune), si è protratta tra il 2004 e il 2008 (attraverso la mediazione del Comune, Coop Estense si è attivata per risolvere il conflitto proponendo uno scambio di aree che, tuttavia, è risultato strumentale poiché non era né economicamente né tecnicamente attuabile), si è manifestata da ultimo nel 2009 (con la presentazione di un nuovo Piano da parte di Coop Estense la cui elaborazione non è stata concordata con la controparte) ed è ancora in corso (immutata la destinazione commerciale del comparto di Modena e permanendo la possibilità di Coop Estense di esercitare il proprio "potere di veto" in merito agli sviluppi nel comparto).]

⁸³ [Non si ravvede alcuna limitazione all'applicazione della normativa antitrust a causa della presenza, nella disciplina 241/1990, di norme che consentano la partecipazione e l'intervento in procedimenti amministrativi. La legittima applicazione della disciplina antitrust trova fondamento nelle differenti prospettive e finalità che caratterizzano tale normativa rispetto a quella sul procedimento amministrativo; nel caso specifico la tutela da usi strumentali e lesivi della concorrenza di detti diritti, che permane di stretta pertinenza della disciplina a tutela della concorrenza; cfr. Tribunale UE nel caso AstraZeneca.]

prescinde a stretto rigore dall'accertamento di un intento escludente⁸⁴. L'intento evidenzia, al più, la consapevolezza dell'impresa di violare la norma⁸⁵ e può rilevare ai fini della valutazione della gravità dell'abuso.

197. Il fatto, poi, che l'effetto sul mercato delle condotte di Coop Estense possa essere dipeso anche da decisioni di autorità pubbliche (nel caso di specie, mancata autorizzazione del Piano nel 2004 a Modena, il rinvio dell'adozione della variante al PRG a Vignola nel 2005 e, da ultimo, la mancata autorizzazione alla presentazione di due distinti Piani nel 2009 a Modena) non esclude di per sé che la condotta in esame possa, invece, configurare un abuso di posizione dominante da parte di Coop Estense⁸⁶. Impregiudicata la discrezionalità propria dell'amministrazione, le decisioni sono stati atti dovuti ed il mero riflesso delle mutate condizioni in cui i progetti commerciali in esame dovevano essere valutati in conseguenza della condotta di Coop Estense. Risulta, infatti, agli atti che i progetti presentati da Esselunga avevano, in entrambi i casi, sortito un sostanziale gradimento da parte delle amministrazioni competenti.

B La natura anticoncorrenziale dei comportamenti a Modena

198. Come esplicitato nella parte in fatto, la strategia abusiva di Coop Estense è iniziata nel febbraio 2001, quando la parte, a seguito dell'acquisizione di una porzione minoritaria del comparto ex Consorzio (area situata nel centro di Modena), è venuta a disporre di un potere di intervento sulle decisioni d'uso e di edificabilità dell'intero comparto. La circostanza che il Piano di urbanizzazione dell'area dovesse essere condiviso tra i proprietari ha, di fatto, conferito a Coop Estense un "*potere di veto*" ossia il potere di contestare ed opporsi all'insediamento di un nuovo punto vendita sulla porzione maggioritaria del comparto, già nella disponibilità di Esselunga, attraverso Edilmontanari, sin dal 1999/2000.

199. Coop Estense ha esercitato tale "*potere di veto*" , nel marzo 2001, impugnando per le vie legali, il Piano di sviluppo edile originario la cui presentazione (avvenuta nel 1999) era stata autorizzata a fine 2000, dall'amministrazione competente. La parte ha mantenuto un atteggiamento dilatorio e volto a non raggiungere alcun tipo di accordo sul Piano anche dopo tale data; accordo, invece, necessario al fine di poter autorizzare l'urbanizzazione del comparto. Tra il 2004 e il 2008, Coop Estense si è poi *positivamente attivata* per trovare una situazione alternativa al conflitto tra le proprietà (conflitto palesatosi a seguito della sua formale opposizione al Piano) e tale da indurre Esselunga a rinunciare alla propria porzione di area. Da ultimo, ancora nel 2009, Coop Estense ha presentato un nuovo Piano di sviluppo edile espressione di una soluzione pianificatoria autonoma, e dopo aver procrastinato, con lettere interlocutorie, l'adozione di un Piano condiviso espressione di un accordo tra le proprietà. Ad oggi, immutata la destinazione commerciale del comparto, permane in capo a Coop Estense la possibilità di "bloccare" - negando il proprio consenso e, quindi, il raggiungimento di una posizione comune - qualunque sviluppo del comparto che possa rappresentare una minaccia per la sua posizione nel mercato.

B1 Sull'asserita razionalità della condotta di Coop Estense

200. Ad avviso di Coop Estense, nel corso del procedimento istruttorio non si sarebbe, debitamente, tenuto conto dell'interesse economico pregresso per l'area di Coop Estense ed, in particolare, dell'interesse commerciale all'acquisto della porzione minoritaria del comparto (l'ex Fallimento Rizzi) al fine di trasferire ed ampliare il proprio punto vendita contiguo (docc. 2.80, 3.82, 4.4154 e 4.169, all. 4).

⁸⁴ [Cfr., per tutti, par. 352, sentenza del Tribunale UE, sez. Sesta ampliata, causa T-321/05, depositata il 1 luglio 2010, AstraZeneca AB and AstraZeneca plc v. Commission of the European Communities. Ai sensi della quale: "Secondo una costante giurisprudenza, la nozione di sfruttamento abusivo è una nozione oggettiva, che riguarda i comportamenti dell'impresa in posizione dominante atti ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera l'impresa considerata, il grado di concorrenza è già sminuito, e che hanno l'effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza". Il Tribunale precisa, inoltre, che: "Dal carattere oggettivo della nozione di abuso [...] emerge che la natura ingannevole delle dichiarazioni comunicate alle autorità pubbliche dev'essere valutata sulla base di elementi oggettivi e che la dimostrazione della natura volontaria del comportamento e della malafede dell'impresa in posizione dominante non è necessaria per individuare un abuso di posizione dominante.", par. 356, sentenza del Tribunale UE, causa T-321/05, cit. Al riguardo, inoltre, cfr. par. 91, causa n. 85/76, depositata il 13 febbraio 1979, Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities. Il Tribunale conclude, pertanto, che, sebbene la sussistenza di un intento escludente costituisca comunque un elemento da valutare, risulta fondamentale l'accertamento oggettivo della condotta: "l'intenzione di ricorre a prassi estranee alla concorrenza basata sui meriti [non è] in ogni caso priva di rilevanza, potendo comunque essere presa in considerazione per concludere nel senso che l'impresa interessata ha commesso un abuso di posizione dominante, anche se tale conclusione dovrebbe basarsi, in primo luogo, sull'accertamento oggettivo di una materiale attuazione del comportamento abusivo." (para 359).

Al riguardo, si vedano anche le seguenti sentenze della Corte di Giustizia Europea: par. 69, causa n. C-62/86, depositata il 3 luglio 1991, AKZO Chemie BV v Commission of the European Communities; par. 111, causa n. T-228/97, depositata il 7 ottobre 1999, Irish Sugar plc v Commission of the European Communities; par. 54, causa n. 322/81, depositata il 9 novembre 1983, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission of the European Communities.]

⁸⁵ [Al riguardo, si rimanda anche alla Comunicazione della Commissione (2009/C 45/02) recante gli orientamenti sulle priorità nell'applicazione dell'articolo 82, in cui tra i fattori rilevanti che la Commissione considera ai fini di una siffatta valutazione sono ricomprese "le prove dirette di una strategia di esclusione. Tra queste vi sono documenti interni che contengono prove dirette di una strategia volta ad escludere i concorrenti, quale un piano particolareggiato di adozione di un determinato comportamento per escludere un concorrente, per impedire l'ingresso o prevenire l'emergere di un mercato, o le prove di minacce concrete di un'azione volta all'esclusione. Tali prove dirette possono essere utili per interpretare il comportamento dell'impresa dominante."]

⁸⁶ [Cfr. par. 82-88, sentenza della Corte di Giustizia Europea, cause riunite n. C-395/96 P e C-396/96 P, depositata il 16 marzo 2000, Compagnie maritimes belges transports SA (C-395/96 P), Compagnie maritimes belges SA (C-396/96 P) and Danfoss Lines A/S (C-396/96 P) v Commission of the European Communities.]

201. Al riguardo, va in primo luogo evidenziato come, nonostante il dichiarato interesse commerciale a trasferire ed ampliare il proprio punto vendita in un'area idonea, Coop Estense non diede seguito ad alcuna delle proposte di cessione ricevute quando ne avrebbe avuto l'occasione, ossia anteriormente all'entrata di Esselunga nella disponibilità di una parte maggioritaria del comparto, per il tramite di Edilmontanari, nel 1999 (cfr. sezione 0 più sopra). Prima della messa in liquidazione dell'area ex Consorzio Agrario (nel 1997), ovvero tra il 1994-1995, l'allora Presidente propose, infatti, la cessione di porzioni dell'area di estensione tra i 9 e i 12.000 metri quadrati per somme tra i 10 e gli 11 miliardi di lire (le aree offerte avevano superfici paragonabili o maggiori a quella della parcella ex Fallimento Rizzi che Coop Estense si è poi aggiudicata nel 2001 ad un prezzo significativamente più elevato). Rileva osservare che, in tale periodo, secondo la disciplina urbanistica e commerciale in vigore, l'area ex Consorzio era l'unica sulla quale potesse essere con certezza insediata un'attività commerciale di 4.000 metri quadrati, di cui 1.500 da destinare alla struttura alimentare.

Al riguardo, non appaiono convincenti le giustificazioni di Coop Estense circa l'impossibilità di formulare una contro-offerta nel 1995 in ragione dell'imminente commissariamento del consorzio, posto che questo è avvenuto ben due anni dopo, ossia nel 1997.

202. In secondo luogo, la circostanza che Agoràcinque (che agiva nell'interesse di Coop Estense) in occasione della cessione dell' ex Consorzio, in liquidazione nel 1999, presentò un'offerta di acquisto per l'intera area (44.000 metri quadrati) di soli 11 miliardi di lire, pur nella piena consapevolezza che la valutazione dell'area effettuata dal commissario liquidatore era pari ad almeno 15 miliardi di lire, non appare confermare la presunta condotta razionale a fronte di un forte interesse di Coop Estense per la stessa. E, d'altra parte, appare del tutto pretestuosa e priva di pregio la motivazione fornita da Coop Estense che l'importo dell'offerta fosse stato definito autonomamente da Agoràcinque (docc. 3.82 all. 9, 4.110 e 4.134); ciò, al più, sembra ulteriormente rafforzare la tesi di un modesto interesse all'area da parte di Coop Estense.

203. Da ultimo, non appare convincente la posizione di Coop Estense in merito all'attrattività economica della parcella ex Fallimento Rizzi, a prescindere dal *"potere di veto"* che il suo possesso le conferiva. Non vi sono evidenze agli atti di alcun interesse pregresso manifestato da Coop Estense per nessuna delle altre proprietà del comparto; la stessa Coop Estense ha confermato come gli unici contatti informali fossero intervenuti con l'allora Presidente dell'area ex Consorzio Agrario, a riprova del fatto che quest'ultima rappresentava l'unica area economicamente attraente ai fini di un insediamento commerciale, come del resto ribadito in audizione dalla parte stessa (doc. 2.80).

B2 L'idoneità ad escludere della condotta di Coop Estense

204. Coop Estense ha, innanzitutto, rivendicato la legittimità ad opporsi alle soluzioni pianificatorie contenute nel Piano originario, la cui presentazione, avvenuta a fine 1999, era già stata autorizzata *"ora per allora"* a fine 2000, in virtù: *i)* del meccanismo proprio di redazione del Piano, secondo cui il consenso tra le proprietà era un atto dovuto; e *ii)* della presunta illegittimità delle scelte urbanistiche definite, secondo Coop Estense, in maniera unilaterale da Esselunga.

In secondo luogo, Coop Estense ha sollevato la questione relativa all'impossibilità di predeterminare in astratto quale sarebbe stato l'esito del procedimento amministrativo in assenza delle sue condotte (cfr. sezione 0 più sopra).

205. Con riferimento al primo punto, deve sottolinearsi preliminarmente come la condotta di Coop Estense mirasse e fosse idonea ad impedire, o quanto meno fortemente ritardare, l'edificabilità a fini commerciali dell'area già nella disponibilità del concorrente (per una parte maggioritaria), il cui ingresso avrebbe *"minacciato"* la posizione di Coop Estense (doc. 2.80). La circostanza che l'opposizione all'insediamento di un nuovo punto vendita si sia esplicata, tra l'altro, attraverso l'intervento – a detta della parte lecito sotto il profilo amministrativo – in una procedura, peraltro già in fase avanzata, per il rilascio della relativa autorizzazione, non può essere invocata per negare la valutazione della condotta di Coop Estense ai sensi della legge n. 287/90.

Nel caso del comparto ex Consorzio, l'accordo tra proprietari è condizione necessaria e sufficiente per la definizione del Piano Particolareggiato, come più volte invocato dalla stessa Coop Estense, e, quindi, per l'autorizzazione all'edificabilità dell'area. Il diritto ad intervenire nelle scelte, se si traduce in una contestazione ed opposizione sistematica e strumentale a proposte formulate dalla controparte, finisce per configurare una condotta abusiva meramente finalizzata all'esclusione del concorrente. La documentazione agli atti, peraltro, dimostra chiaramente la presenza di un conflitto di interessi commerciali dei due proprietari (cfr. sezione 0 più sopra).

206. Ciò premesso, dagli atti al fascicolo emerge la piena idoneità della condotta di Coop Estense a Modena ad escludere, in ragione: *i)* della scarsità di aree destinabili a nuovi insediamenti commerciali - l'area ex Consorzio rappresentava, infatti, l'unica area disponibile ad accogliere una struttura commerciale nel centro cittadino di Modena in grado di rappresentare un vincolo concorrenziale al potere di mercato di Coop Estense; e *ii)* del conseguente effetto di *foreclosure* determinato dall'esercizio da parte di Coop Estense del potere di veto sulle decisioni relative alle soluzioni pianificatorie e, quindi, all'edificabilità dell'intero comparto ex Consorzio.

Peraltro, rileva osservare che l'asserita assenza di nesso di causalità tra la condotta e l'esito del procedimento autorizzatorio è confutata dai fatti.

i La scarsità di aree da destinare all'attività commerciale

207. Condizione necessaria e sufficiente per l'avvio di una nuova struttura commerciale è l'individuazione di aree urbane destinabili ad usi commerciali, nel rispetto delle disposizioni provinciali e degli strumenti di urbanistica e commerciali comunali.

208. Al riguardo, come ampiamente documentato in fatto (cfr. sezione 0 più sopra) e argomentato in valutazione (cfr. sezione 0 più sopra), i mercati rilevanti sono caratterizzati da una scarsità di aree e da una limitata fungibilità tra le stesse. La possibilità di aprire un punto vendita nel comparto ex Consorzio, oltre a rappresentare nel 2001 una delle poche possibilità di entrata nei mercati rilevanti, costituiva - considerando l'ubicazione strategica dell'area - anche una delle poche possibilità di esercitare un'effettiva disciplina al potere di mercato di Coop Estense.

ii Le evidenze dirette dell'idoneità ad escludere: il potere di veto

209. Nella sua difesa, Coop Estense ha legittimato l'opposizione al Piano originario in ragione del fatto che la condivisione sulle soluzioni pianificatorie dell'intero comparto ex Consorzio, tra cui anche la collocazione e la proprietà del punto vendita, era un atto dovuto e necessario (docc. 2.80, 3.82 e 4.111, cfr. sezioni 0 più sopra e 0 e 0 più sopra). Coop Estense ha riconosciuto che la formazione del Piano non poteva avvenire in assenza di un accordo tra i proprietari del comparto (cfr. sezione 0).

210. Sulla base delle disposizioni in essere, la proprietà anche di una porzione minoritaria del comparto conferiva il diritto di intervenire sulle scelte d'uso di tutte le aree comprese nel comparto stesso. Pertanto, attraverso l'acquisizione della parcella ex Fallimento Rizzi (18% del comparto), nel febbraio del 2001, per un valore significativamente elevato (tre volte superiore a quello di mercato), Coop Estense è entrata nella comproprietà del comparto ex Consorzio e, quindi, è venuta a disporre del potere di decidere, congiuntamente alle altre proprietà, sulla ripartizione delle quote di edificabilità e di destinazione d'uso del comparto. Conseguentemente, ha avuto margine per poter incidere, anche, sulla scelta della proprietà e dislocazione della struttura commerciale alimentare (doc. 4.111). Tale "*diritto di intervento sulle scelte edificatorie*", come confermato dalla stessa Coop Estense in sede di audizione, è equivalso ad un "*potere di veto*" ossia al potere di opporsi ("*di diritto*" e "*di fatto*") a qualunque proposta commerciale formulata da Esselunga, che disponeva, peraltro, già di una porzione maggioritaria del comparto ex Consorzio sin dal 1999, attraverso Edilmontanari.

211. Dopo l'ingresso nella comproprietà del comparto, Coop Estense ha esercitato il proprio "*potere di veto*" impugnando, nel marzo del 2001, per le vie legali il Piano originario, la cui presentazione, avvenuta nel 1999, era già stata autorizzata nel 2000 dall'amministrazione competente dopo una compiuta istruttoria. Coop Estense non si è limitata ad esercitare il proprio "*potere di veto di diritto*", ma ha posto in essere una condotta positiva di dilazione ed ostruzione nei confronti di Esselunga che si è manifestata da ultimo nel 2009 (con la presentazione unilaterale di un nuovo Piano che aveva quale unica finalità quella di non addivenire o, quanto, meno fortemente ritardare, la formulazione di una soluzione condivisa; cfr. sezione 0 più sopra).

La condotta è risultata idonea ad ostacolare, o quanto meno ritardare, il processo di autorizzazione allo sviluppo dell'area, poiché non si è raggiunto alcun accordo sull'uso del comparto ex Consorzio, alternativo al Piano originario. Permane ad oggi lo stallo nel processo di recupero dell'area e, per ciò che qui interessa, si è impedita l'apertura di un nuovo punto vendita da parte di un concorrente in tempi certi (cfr. sezione 0 più sopra).

212. Rileva, al riguardo, osservare che, in assenza di una modifica della destinazione d'uso del comparto e in costanza della compagine proprietaria, Coop Estense mantiene a tutt'oggi immutato il proprio potere di intervenire sulle soluzioni pianificatorie del comparto. In altri termini, permane in capo a Coop Estense la possibilità, attraverso la propria condotta (anche di silenzio o dilatoria rispetto a proposte della controparte), impedire o procrastinare il necessario raggiungimento di un consenso sull'uso dell'area e, quindi, anche sull'avvio un'attività commerciale, che si porrebbe in concorrenza diretta con il proprio punto vendita localizzato nell'adiacenza del comparto. Al riguardo, l'amministrazione ha commentato nella delibera del 2009 che se i proprietari trovassero un consenso "*il procedimento si riaprirebbe e richiuderebbe nel giro di poche settimane*" (sottolineatura aggiunta, doc. 4.110, all. R).

213. Peraltro, la tesi difensiva di Coop Estense sull'asserita legittimità ad opporsi al Piano originario del 1999 (poiché non espressione di un accordo tra le proprietà) non trova fondamento agli atti, che dimostrano, al contrario, come l'opposizione era solo strumentale in quanto basata su motivi "*formali*" e non sostanziali⁸⁷. In un manoscritto rinvenuto presso Coop Estense, la stessa scrive "*l'accordo tra le parti sul progetto (risulta esservi) mentre manca la firma congiunta sulla ripartizione delle varie funzioni all'interno dell'area*" (sottolineature e enfasi aggiunta, doc. 1.17). Peraltro, il Piano, la cui presentazione era stata già autorizzata nel 2000 a seguito di una istruttoria, non si discostava, da quello presentato nel 1999, che prevedeva soluzioni pianificatorie concordate tra le proprietà (come la stessa Coop Estense ha riconosciuto), introducendo solo modifiche marginali richieste, tra l'altro, dalla stessa amministrazione competente (cfr. sezione 0 più sopra).

214. Dal 2001 in poi, nonostante, le sollecitazioni del Comune a trovare una soluzione condivisa (nel 2002), Coop Estense ha continuato, ad esercitare il proprio "*potere di veto*" anche *di fatto*, con condotte positive che hanno determinato una situazione di stallo nelle trattative. I comportamenti dilatori di Coop Estense sono risultati idonei a non raggiungere alcun accordo e hanno consentito di ritardare, almeno fino al 2004, il processo di valutazione e di

⁸⁷ [Dalle evidenze risulta, tra l'altro, che l'opposizione di Coop Estense sfruttava elementi formali e non sostanziali (doc. 1.17 e si veda anche doc. 2.59 all. B.7.)]

autorizzazione del Piano originario. Nelle more, anche l'edificabilità dell'area è stata sospesa, posticipando l'ingresso o l'espansione commerciale di Esselunga.

215. Dopo il 2004, Coop Estense ha posto in essere un comportamento solo apparentemente collaborativo, volto a trovare una soluzione al conflitto originato dalla sua opposizione al Piano. In particolare, Coop Estense ha offerto di cedere ad Esselunga un'area nel comparto ex Vinacce (di cui era entrata nella disponibilità anni dopo le trattative iniziate successivamente al 2004) in cambio di quella detenuta dal concorrente nel comparto ex Consorzio. Tuttavia la sua condotta, più che volta a dirimere la controversia, appare confermare l'atteggiamento ostruzionistico di Coop Estense che, *incumbent* storico e fortemente radicato nel territorio, si arrogava di fatto il diritto di decidere dove, quando e a quali condizioni un concorrente poteva avviare un'attività commerciale a Modena.

216. Le evidenze agli atti mostrano, infatti, che la soluzione proposta da Coop – di scambiare l'area ex Consorzio contro una porzione di area ex Vinacce – non era né economicamente razionale né tecnicamente attuabile (doc. 3.82) per le seguenti ragioni, l'area ex Vinacce:

i) non possedeva la medesima attrattività economica dell'area ex Consorzio; a riprova di ciò si osserva che il punto vendita di Coop Estense localizzato in prossimità di Vinacce ha una redditività inferiore del 26% rispetto a quella del punto vendita adiacente il comparto l'ex Consorzio;

ii) non possedeva le necessarie autorizzazioni all'edificabilità di un punto vendita alimentare. In primo luogo, non rientrava tra le aree già individuate nel PRG sulle quali poter insediare strutture alimentari (come detto ex Consorzio era l'unica nella zona Nord di Modena); in secondo luogo, i rappresentanti del Comune hanno confermato l'impossibilità tecnica di cambiare la destinazione d'uso (soluzioni come l'esproprio o l'accordo ex articolo 18 non erano percorribili)⁸⁸; da ultimo, non vi sono evidenze agli atti di una richiesta in tal senso del Comune.

iii) comunque, l'area non era neanche nella disponibilità di Coop Estense durante le *"trattative"*. La parte ha confermato di essere entrata in possesso di una porzione di soli 3.000 metri quadrati (pagati 9 miliardi di lire) nell'area ex Vinacce solo anni dopo al momento della formulazione di detta proposta, *[omissis]*.

217. Vi sono altresì evidenze di come Coop Estense abbia continuato a porre in essere una condotta ostruzionistica anche in occasione dell'ultima sollecitazione, nel 2009, da parte del Comune di Modena di raggiungere un accordo per la stesura di un nuovo Piano condiviso alternativo al Piano originario (cfr. sezione 0 più sopra)⁸⁹. Tale condotta è consistita da un lato i) in un atteggiamento dilatorio volto a rinviare e procrastinare qualunque confronto con Esselunga, come si evince da un carteggio agli atti, in particolare di inizio aprile 2009⁹⁰; e dall'altro ii) nella conseguente presentazione formale di un nuovo Piano al Comune e, contestualmente, ad Esselunga, espressione unilaterale di scelte effettuate dalla sola Coop Estense. Proprio perché non concordata tra i proprietari dell'area, la proposta di Coop Estense non avrebbe avuto alcuna reale possibilità di essere autorizzata dal Comune ma sicuramente sufficiente a rinviare ancora una decisione in merito. Di ciò, peraltro, Coop Estense non poteva non essere pienamente consapevole. Non solo Coop Estense ne ha dato conferma in sede di audizione, ma ha fondato la sua tesi difensiva sulla legittimità ad opporsi al Piano di Esselunga (doc. 3.82 e sezione 0 più sopra).

Non può, pertanto, essere accolta la tesi di Coop Estense di ritenere legittimo qualunque intervento che si traduca *di fatto* in un ostacolo o in un ritardo al raggiungimento anche di un nuovo accordo sull'edificabilità dell'area alternativo al Piano originario: la parte, infatti, è pienamente consapevole che il suo consenso nelle scelte di pianificazione dell'area è un atto necessario alla formazione del Piano e alla sua autorizzazione.

218. Appare opportuno, infine, sottolineare come il decisore pubblico, sia nel 2004 (in occasione della decisione di non autorizzare il Piano originariamente presentato nel 1999 e la cui presentazione era già stata autorizzata nel 2000) che nel 2009 (in occasione della delibera di non autorizzazione alla presentazione di due nuovi Piani espressione autonoma e distinta di Coop Estense ed Esselunga), non potesse fare altro che assumere una deliberazione coerente con la constatazione dell'assenza di una condivisione tra i proprietari del comparto. In altri termini, le decisioni dell'autorità pubblica risultano, in tutti e due i momenti, inevitabilmente condizionate dall'accertata impossibilità di addivenire ad una proposta condivisa (necessaria ed obbligatoria) sull'area tra i proprietari per il continuo atteggiamento ostruzionistico e dilatorio di Coop Estense.

iii L'assenza di nesso casuale tra la condotta di Coop Estense e le decisioni dell'amministrazione

219. Con riguardo infine all'argomentazione della parte relativa all'impossibilità di dimostrare il nesso casuale tra la condotta di Coop Estense e la restrizione della concorrenza risulta confutata dalle evidenze chiare e circostanziate in merito all'interesse della stessa amministrazione allo sviluppo urbano e commerciale dell'area anche in ragione della stretta connessione dello stesso con il più ampio progetto di recupero e riqualificazione dell'area Nord della città.

⁸⁸ *[All'epoca dei fatti non erano in vigore nel Comune di Modena neanche forme di perequazione e, quindi, non era possibile la sottoscrizione di accordi di programma con i privati e ciò avrebbe reso complessa la possibilità di introdurre una variante, poiché l'area ex Vinacce è un'area privata e non pubblica.]*

⁸⁹ *[Si vedano docc. 2.60 all. B.10, B.11, B.12, B.13, B.14, B.20, B.21 e B.21 septies.]*

⁹⁰ *[In particolare, una lettera di inizio aprile 2009, nella quale Coop Estense, nonostante il termine perentorio di 60 giorni indicato dal Comune a fine gennaio per la presentazione di un Piano condiviso, rispondeva ad Esselunga di essere ancora in fase di elaborazione di un Piano eventualmente da condividere. Circostanza quest'ultima che non si è mai avverata.]*

Occorre innanzitutto rammentare che il comparto ex Consorzio Agrario si inseriva in un Programma di Riqualficazione Urbana della Zona Nord della Città, del 1999, che dava avvio alla progettazione di recupero e riqualficazione urbana di detta area già previsto dall'Amministrazione Comunale con il PRG del 1991 e successive varianti. Vi sono agli atti numerose evidenze circa l'enorme importanza urbanistica dello sviluppo comparto ex Consorzio Agrario in quanto parte di un più ampio progetto di riqualficazione urbana e dell'ingente costo per la collettività derivante del suo stallo conseguenza del conflitto tra i proprietari (docc. 4.110 all. B21 *septies*, 4.111 e 4.115)⁹¹.

La volontà dell'amministrazione di raggiungere un esito positivo al procedimento di urbanizzazione del comparto ex Consorzio è, quindi, certa poiché prevista dalla stessa disciplina urbanistica e confermata dall'autorizzazione alla presentazione del Piano ritenuto conforme alle previsioni.

220. Anche, l'interesse alla realizzazione di una struttura commerciale alimentare nell'area è concreto: il PRG del 1991 già programmava che in tale area fosse destinata all'insediamento di una media struttura di vendita in ragione della carenza strutturale di esercizi commerciali nella zona Nord della città. I rappresentanti del Comune hanno ribadito, che nonostante la situazione di stallo venutasi a creare nel comparto ex Consorzio Agrario, rimane auspicabile che nell'area Nord sia realizzata una nuova media struttura di vendita alimentare (docc. 4.110 e 4.111).

Da ultimo vale rammentare che la stessa Coop Estense si sarebbe attivata, con la mediazione del Comune, per trovare soluzioni alternative e risolvere il conflitto creatosi che ha portato alla paralisi delle attività di recupero dell'area.

221. Parimenti infondata è la tesi sostenuta da Coop Estense per cui la non autorizzazione del Piano sarebbe imputabile all'asserita illegittimità del Piano presentato nel 1999 da Edimontanari, nell'interesse di Esselunga, e quindi da cause diverse dalla sua condotta – ossia l'opposizione di diritto e di fatto esercitata sin dal 2001 (cfr. sezione 0 più sopra). Le conclusioni in merito all'anticorrenzialità della condotta con chiara finalità escludente posta in essere da Coop Estense, in ragione del potere di veto da essa detenuto, non appaiono invalidate, neanche, dalla citata sentenza del TAR Emilia Romagna.

222. In primo luogo, l'accordo tra le proprietà era, e rimane, condizione necessaria e sufficiente per la definizione del Piano stesso e obbligatoria per la sua autorizzazione. Questo è, peraltro, confermato dalla stessa tesi difensiva della parte che, da un lato, ha legittimato la propria opposizione al Piano in virtù della necessità della formazione di un consenso tra i proprietari sul Piano e, dall'altro, si è strumentalmente attivata (dopo il 2004) *"al fine di raggiungere quel consenso indispensabile per l'attivazione del piano"* (sottolineatura aggiunta, docc. 3.82 e doc. 4.110, all. Q)⁹².

Dopo l'opposizione legale al Piano da parte di Coop Estense, il Comune sollecitava (con lettera del 12 aprile 2002) la presentazione di un piano condiviso tra i proprietari; analogamente, nel settembre 2009, il Comune invitava i proprietari a trovare una soluzione concordata alla ripartizione dei diritti di edificabilità e di destinazione d'uso del comparto ex Consorzio per dare seguito al recupero dell'area e dei comparti limitrofi (doc. 1.38).

223. Con riferimento ai rilievi di ordine tecnico, si osserva che, da un lato, l'amministrazione dopo una compiuta attività istruttoria aveva autorizzato, a fine 2000 *ora per allora*, la presentazione del Piano di proposta Esselunga, del 1999, considerandolo congruo rispetto alla disciplina urbanistica rilevante. Dall'altro, i pareri risulterebbero non vincolati o intervenuto il silenzio assenso nel 2004 (cfr. sezione 0 più sopra). Il Consiglio Comunale, nella delibera di non autorizzazione, del 2004, sottolinea che anche la risoluzione delle questioni tecniche sollevate nei pareri, avevano ad oggetto scelte che avrebbero necessitato un lavoro congiunto delle attuali proprietà, in palese conflitto (docc. 4.110, all. R e 4.115)⁹³.

A riprova di ciò, Esselunga osserva che Coop Estense ha mantenuto un atteggiamento dilatorio anche nel 2009, nonostante il tentativo di Esselunga di raggiungere un accordo su un nuovo Piano, che tentava di superva le riserve tecniche sollevate.

224. Ai fini dell'individuazione di un nesso causale tra condotta ed effetto escludente, appare, quindi, conclusiva la circostanza che la mancata autorizzazione del Comune (nel 2004) non era che un atto dovuto in conseguenza dell'opposizione di Coop Estense al Piano (formalmente espressa nel 2001). Nella delibera del Consiglio Comunale di non autorizzazione, del 2004, si legge, infatti, che: *"nel periodo intercorrente dal giugno 2002 a giugno 2003 non si è raggiunto alcun accordo [tra i proprietari] ed è chiaramente emersa una contrapposizione di interessi nell'attuazione del Piano Particolareggiato in quanto i due soggetti proprietari sono portatori di interessi contrapposti nel campo commerciale in quanto rappresentano due marchi concorrenti"* (sottolineatura aggiunta, doc. 4.110, all. R).

⁹¹ [Nel parere reso dal Comune alla proposta di progetto depositata a dicembre del 1999 e approvata a fine 2000, reso dopo una compiuta istruttoria del progetto e della planimetrie, si legge che "il Piano Particolareggiato ex Consorzio Agrario rappresenta per la città un intervento di enorme importanza urbanistica [...] è l'innesto principale di tutta la zona Nord con il centro storico" (sottolineatura aggiunta, doc. 4.115). L'interesse pubblico allo sviluppo del comparto ex Consorzio è, peraltro, stato ribadito dai rappresentanti del Comune di Modena che hanno chiarito, in audizione, che "l'impossibilità di procedere alla riqualficazione urbanistica dell'area [n.d.r. ex Consorzio] ha rappresentato e ancora rappresenta un elevato costo per la collettività" in ragione della situazione di conflitto tra i proprietari dell'area che non ha consentito la presentazione di un Piano Particolareggiato condiviso (docc. 4.110 all. B21 *septies* e 4.111).]

⁹² [La parte ha, peraltro, argomentato che, nel caso in cui l'accordo tra i proprietari non fosse stato raggiunto, il Comune avrebbe potuto procedere unilateralmente, esercitando il potere di esproprio; ossia attraverso un atto definitivo che incide sulla proprietà, peraltro necessariamente costoso per la collettività (docc. 4.154 e 4.169, all. 4).]

⁹³ [Si fa riferimento alla scelta progettuale di alcuni edifici residenziali (in prossimità della ferrovia per questioni acustiche) e ad indagini ambientali del suolo/sottosuolo (in particolare, si indica almeno nell'area ex Fallimento Rizzi).]

225. L'ultima formale opposizione di Coop Estense al Piano risale al 2009. Analogamente al 2004, nell'ottobre del 2009, il Comune di Modena verificata l'impossibilità di trovare una soluzione concordata tra i proprietari alla ripartizione dei diritti di edificabilità e di destinazione d'uso dell'ex Consorzio deliberava un provvedimento di non autorizzazione alla presentazione dei due distinti Piani espressione di autonome determinazioni di Coop Estense ed Esselunga (doc. 2.59 e 2.60 all. B21septies).

In assenza di una modifica della destinazione d'uso dell'area, la titolarità della parcella ex Fallimento Rizzi in capo a Coop Estense continua ad essere idonea ancora oggi ad impedire l'approvazione di qualunque Piano che consenta ad un concorrente, e nel caso di specie ad Esselunga, insediare nell'area un punto vendita in diretta concorrenza con quello della parte.

226. In sintesi, la continua opposizione di Coop Estense, protrattosi fino ad oggi, e caratterizzata da una serie di condotte positive consistenti nell'esercizio di diritto e di fatto del *"potere di veto"*, di cui la parte è venuta a disporre con l'acquisizione di una porzione minoritaria dell'ex Comparto, è risultata idonea ad ostacolare – o quanto meno fortemente ritardare – il processo di valutazione di un Piano, anche alternativo a quello Piano originario. In assenza di un accordo sull'uso del comparto non è stato possibile dare seguito alla realizzazione di una struttura commerciale, che si sarebbe posta in diretta concorrenza con quella di Coop Estense.

B3 *La finalità escludente della condotta: assenza di giustificazioni economiche alternative*

227. L'acquisizione della particella ex Fallimento Rizzi da parte di Coop Estense nel 2001, e del conseguente *potere di veto*, che Coop Estense ha esercitato da quell'anno in poi e, da ultimo, nel 2009, non sembrano presentare alcuna motivazione di efficienza o di necessità obiettiva.

La condotta di Coop Estense non appare potersi spiegare se non con l'obiettivo di ostacolare, o quanto meno fortemente ritardare, l'ingresso o l'espansione di un effettivo concorrente nei mercati rilevanti, per le seguenti ragioni: i) l'acquisto della particella non riflette un'attrattività economica autonoma di tale porzione di comparto quanto piuttosto la piena consapevolezza del *"potere di veto"* che conferiva l'ingresso nella comproprietà; ii) la tempistica dell'acquisto di tale porzione di area, avvenuta solo dopo che Esselunga aveva acquisito la disponibilità di una parte rilevante del comparto; iii) Coop Estense ha, motivato esplicitamente che l'acquisto della parcella ex Fallimento Rizzi costituiva l'ultima possibilità per *"incidere sulla edificabilità dell'area"*; e iv) è, pertanto, stata disposta a pagare una somma particolarmente elevata per tale porzione di comparto.

228. La finalità escludente è dimostrata, in primo luogo, dalla circostanza che la parcella ex Fallimento Rizzi non possedeva un'attrattività economica autonoma.

Non può non rilevarsi come, la stessa Coop Estense fosse pienamente consapevole che per il meccanismo proprio di ripartizione dei diritti di edificabilità, in assenza di un consenso tra i proprietari sulle scelte di edificabilità dell'intero comparto, non avrebbe comunque potuto da sola valorizzare la sua parte di area e trasferirci la propria struttura di vendita. A conferma di ciò, si rammenta che la presentazione del Piano di Coop Estense nel 2009 non fu autorizzata proprio perché il nuovo Piano era mera espressione di una scelta autonoma della parte. Nell'area poteva essere insediato, infatti, un solo supermercato. Tale circostanza doveva essere ben nota a Coop Estense che ha ritenuto irricevibile (poiché contraria alle disposizioni urbanistiche vigenti) la proposta provocatoria di Esselunga di cederle *pro-quota* diritti di uso, che le avrebbero consentito di avviare anch'essa un punto vendita nel comparto, di circa 300 metri quadrati (cfr. sezione 0 più sopra).

Non può essere, altresì, ignorato che nel comparto era palese la contrapposizione tra gli interessi economici dei proprietari. Sul punto appaiono condivisibili le argomentazioni di Esselunga secondo cui *"Coop Estense ha acquistato la parcella ad un prezzo fuori mercato, con piena consapevolezza del fatto che [...] i veti incrociati avrebbero bloccato, come in effetti è avvenuto, ogni positiva evoluzione, costringendo un ingente e spropositato investimento in situazione di sostanziale e prolungata improduttività"* (sottolineatura aggiunta, doc. 4.169, all. 3 e sezione 0 più sopra).

229. In secondo luogo, la decisione da parte di Coop Estense di acquistare la particella ex Fallimento Rizzi avviene solo dopo l'ingresso nella proprietà di Edilmontanari e di Esselunga nell'area ex Consorzio e dopo che la cooperativa aveva valutato, nel corso del 2000, diverse azioni *[omissis]* (doc. 3.82). L'acquisto della parcella non sembra, quindi, il frutto di un autonomo interesse commerciale.

Al momento della partecipazione all'asta per l'aggiudicazione della parcella ex Fallimento Rizzi, Coop Estense era, infatti, consapevole che la porzione maggioritaria del comparto (il 72% ossia l'area ex Consorzio Agrario) fosse nella disponibilità di Esselunga, tramite Edilmontanari sin dal 1999/2000. Rileva, al riguardo, un documento di Coop Estense da cui si evince la piena consapevolezza – sin dal 1999 – della parte dell'interesse di Esselunga per l'area, la stessa scriveva infatti: *"a Modena era noto che Edilmontanari aveva rapporti con Esselunga per la quale aveva costruito il Centro commerciale di via Morane"* (doc. 1.17). Ancora più esplicitamente da un altro documento acquisito agli atti, emerge che in occasione di contatti con Edilmontanari (avvenuti a fine 2000), la parte apprendeva *"[che la società] non intendeva trattare la vendita dell'area a Coop, in quanto aveva già assunto un analogo impegno con un gruppo concorrente di essa"* (doc. 4.123).

230. L'assenza di un'obiettivo giustificazione economica alternativa all'esclusione risulta, in terzo luogo, confermata dalle motivazioni espressamente indicate dalla parte sull'acquisto della parcella. Prima della partecipazione all'asta per l'aggiudicazione dell'area ex Fallimento Rizzi, Coop Estense discuteva di tale evenienza nei seguenti termini: *"l'acquisizione dell'area già di proprietà della Luigi Rizzi consentirebbe di condizionare l'utilizzazione del piano che*

interessa il comparto" (sottolineatura aggiunta, doc. 1.17). Coop Estense ha anche ammesso che l'acquisto della porzione minoritaria del comparto costituiva l'ultima possibilità per incidere sulle scelte dell'area attraverso una costante opposizione al piano di Esselunga (grazie al *potere di veto* che l'ingresso nella comproprietà le avrebbe garantito,) ed evitare, o quanto meno ritardare, l'eventuale avvio di un punto vendita in concorrenza diretta con il suo. Nelle memorie difensive, Coop Estense ha, infatti, spiegato chiaramente che *"tramontata la prospettiva di acquisire l'area del Consorzio Agrario, ed entrata in una fase di irreversibile stallo la trattativa con Edilmontanari [Coop Estense] comprese che altra strada non le restava [per incidere sulle scelte dell'area] se non quella di cercare di acquistare [la] proprietà del Fall. Rizzi"* (doc. 3.82).

231. Al riguardo, risultano rilevanti anche le dichiarazioni dei rappresentanti del Comune, i quali hanno osservato che la proprietà di un'area avente una superficie relativamente modesta (il 18% dell'intero Comparto) *"ha un grande valore laddove consente di poter incidere sull'edificabilità dell'intera area"* (sottolineatura aggiunta, doc. 4.111). In altri termini, l'area ex Fallimento Rizzi aveva un valore per Coop Estense per il solo fatto che le avrebbe conferito il potere di opporsi a qualunque scelta edificatoria proposta da Esselunga.

232. Non può non evidenziarsi, al riguardo, il prezzo particolarmente elevato pagato da Coop estense per garantirsi la proprietà della parcella e il quindi il *"diritto di veto"*. La somma corrisposta risulta, infatti:

i) maggiore di quella pagata da Esselunga per un'area quasi 5 volte più grande (23 miliardi di lire per 9.000 metri quadrati contro i 20 miliardi di lire per i 44.000 metri quadrati); maggiore di quella che Coop stessa aveva contro-offerto nel 2000 a Edilmontanari e al curatore (20 miliardi di lire);

ii) quasi 5 volte superiore al valore base d'asta e al valore che la stessa Coop era disposta ad offrire al curatore fallimentare prima dell'asta per la parcella (5 miliardi di lire)

iii) più del doppio delle somme richieste dal Presidente dell'ex Consorzio (nel 1994 e 1995), per porzioni di area aventi superfici paragonabili a quella della parcella ex Fallimento Rizzi.

233. La condotta di Coop Estense si spiega pertanto solo in ragione della sua finalità escludente. L'acquisito dell'area ex Fallimento Rizzi aveva un limitato interesse commerciale autonomo ed è stato motivato come l'ultima possibilità per incidere sulle soluzioni pianificatorie per l'intera area, in ragione della facoltà di esercitare il *"potere di veto"*. Tale condotta non può, quindi, che essere inquadrata in una più ampia strategia di esclusione posta in essere da Coop Estense, che non trova altra giustificazione economica se non quella di costituire lo strumento con cui la cooperativa ha potuto, di diritto e di fatto, ostacolare, o quanto meno fortemente ritardare, ogni decisione di urbanizzazione dell'area e conseguentemente l'apertura di un nuovo punto vendita in diretta concorrenza con il suo.

C La natura anticoncorrenziale dei comportamenti a Vignola

234. Nel 2002, nell'impossibilità di dare seguito alla costruzione di un punto vendita a Modena per lo stallo determinato dall'opposizione di Coop Estense al progetto, Esselunga si interessava di un'area nel Comune di Vignola, di proprietà della società Vignola Due, che era stata di recente ricompresa in un comparto da sottoporre ad interventi di urbanizzazione, di riqualificazione e recupero del tessuto urbano. Tale previsione comunale offriva una nuova opportunità di insediamento commerciale non esistente prima di allora (cfr. sezione 0 più sopra).

L'area di proprietà di Vignola Due, avendo una superficie complessiva di 22.000 metri quadrati, ben si addiceva alla realizzazione (anche) di una grande struttura di vendita (ossia con superficie superiore ai 2.500 metri quadrati). Esselunga si sarebbe, quindi, posta in diretta concorrenza con l'unico altro punto vendita di grandi dimensioni attivo nel Comune, di proprietà di Coop.

235. Nel 2005, proprio a ridosso della seduta in cui il Comune di Vignola avrebbe dovuto autorizzare l'accordo presentato da Vignola Due (fissata per l'8 aprile 2005), e che avrebbe consentito l'edificabilità dell'area e la realizzazione di un punto vendita, anche di grandi dimensioni nell'interesse di Esselunga, Coop Estense inviava al Comune una lettera (il 7 aprile 2005) con la quale manifestava il proprio interesse a trovare una soluzione analoga a quella di Vignola Due per trasferire ed ampliare il proprio grande punto vendita già attivo nel Comune e la disponibilità a sostenere finanziariamente l'opera pubblica.

236. La manifestazione di interesse di Coop Estense, operatore dominante fortemente radicato nel territorio, è stata considerata un *fatto nuovo* nell'iter procedurale relativo al progetto di Esselunga e come tale non poteva non essere tenuto in considerazione da un'amministrazione diligente, come del resto sostenuto agli atti dalla stessa parte (cfr. sezione 0 e 0 più sopra).

L'esplicita manifestazione di interesse di Coop Estense nell'ambito della procedura in esame ha avuto, quindi, quale esito quello di far sospendere e rinviare ogni decisione in merito al progetto di Esselunga al fine di consentire la valutazione di proposte urbanistiche alternative in un quadro più complesso di regolamentazione urbana e commerciale (PSC).

Il venir meno della possibilità di deliberare la variante entro l'11 aprile 2005, ha di fatto reso impossibile il concretizzarsi, in tempi certi, del progetto di sviluppo di Esselunga, che si sarebbe posto in diretta concorrenza con il punto vendita di Coop, con la conseguenza di limitare strutturalmente il dispiegarsi della concorrenza. L'area, è, infatti, stata poi acquisita dalla stessa Coop Estense, e non è a tutt'oggi stata urbanizzata.

C1 Sull'asserita razionalità della condotta di Coop Estense

237. Coop Estense si è difesa affermando di aver manifestato all'amministrazione competente, sin dal 2003, il proprio interesse ad identificare un'area idonea su cui trasferire il proprio punto vendita di grandi dimensioni ed ampliarlo (doc.

3.82, 4.110, 4.154 e 4.169, all. 4). Tuttavia tali tentativi, peraltro senza successo, non possono essere considerati sufficienti a costituire una giustificazione razionale e alternativa alla condotta escludente di Coop Estense ma costituiscono, semmai, solo conferma della scarsità di aree idonee a nuovi insediamenti e la presenza di significative barriere amministrative, che si traducono in limiti all'avvio di nuovi punti vendita in aree compatibili con la disciplina urbanistica in vigore e che consentano un ritorno economico.

238. Peraltro, Esselunga aveva acquisito sin dal luglio 2002 la disponibilità del terreno di Vignola Due, localizzato in una zona considerata strategica, poiché soggetta a riqualificazione e recupero urbani dall'aprile del 2002, ovvero ben prima del dichiarato interessamento di Coop Estense. Peraltro, che l'area fosse strategica è stato confermato dalla stessa Coop Estense che, proprio per tale motivo, ne ha acquisito la proprietà formalmente nel 2008 (doc. 1.15).

239. In ogni caso, rileva osservare come, nonostante la manifestazione di interesse a trovare *"soluzioni analoghe a quelle di Esselunga"*, non risulti agli atti alcuna evidenza di un autonomo interesse di Coop Estense, prima dell'acquisizione del terreno di Vignola Due da parte di Esselunga. Coop Estense, pur consapevole degli strumenti di urbanistica che avrebbero potuto essere usati (tra cui l'accordo o altre forme di partecipazione mista pubblico-privato), non risulta aver dato seguito ad alcuna iniziativa in tal senso. Ciò, peraltro, è confermato anche dal Comune, che nella lettera di accompagnamento alla bozza di accordo con Vignola Due (inviata in data 13 ottobre 2004), scriveva che tale iniziativa andava nel senso auspicato dall'amministrazione, così come la disponibilità di cofinanziare una nuova struttura, anche in considerazione dei *tentativi* (esperiti sin dal 2002) *di sensibilizzare gli operatori privati del settore sugli interventi di riqualificazione e trasformazione dell'area* [e che non avevano sortito] *alcuna partecipazione attiva, per la scarsa propensione riscontrata ad ipotesi di intervento congiunto*" pubblico-privato (doc. 3.104 all. 1).

240. L'autonomo interesse commerciale e la presunta razionalità della condotta di Coop Estense, vengono messi in discussione anche dalla tempistica dell'invio della lettera - il 7 aprile 2005 - quasi allo "scadere" dell'iter di adozione dell'accordo da parte del Comune nell'interesse di Esselunga (previsto per l'8 aprile 2005). Al riguardo non può essere considerata credibile la tesi della presunta "non trasparenza" del procedimento di adozione dell'accordo invocata da Coop Estense a difesa del ritardo nell'invio della lettera, in considerazione del fatto che l'istanza di Vignola Due, come qualunque altro atto di pianificazione, prevedeva obblighi di pubblicazione anche per dare possibilità di intervento a terzi (docc. 1.20, 3.104 all. 2 e 4.118). L'istruttoria per la valutazione dell'accordo ex articolo 18 della L.R. 20/2000 con la società Vignola Due era stata, infatti, avviata formalmente nel dicembre 2004, conclusa con l'autorizzazione alla presentazione dell'accordo a fine marzo 2005, e la sua adozione messa all'ordine del giorno l'8 aprile successivo (doc. 3.104).

C2 L'idoneità ad escludere della condotta di Coop Estense

241. Coop Estense, legittima il proprio intervento nella procedura di valutazione dell'accordo di interesse di Esselunga sulla base del "principio di concorsualità". Coop Estense ha fortemente sostenuto di essere intervenuta per poter beneficiare di una soluzione analoga a quella prevista per Vignola Due e non necessariamente la medesima soluzione; ossia di essere intervenuta per *"non essere esclusa da una siffatta opportunità"* (docc. 1.15 e 2.80).

La parte ha, peraltro e analogamente a quanto già evidenziato con riferimento alla vicenda di Modena, asserito che non è possibile stabilire un nesso causale tra il suo intervento nel procedimento amministrativo e la decisione dell'amministrazione di sospendere e ritirare l'adozione dell'accordo e della variante al PRG.

242. Dagli atti, risulta, tuttavia, che la condotta di Coop Estense è di per sé idonea ad ostacolare il corretto svolgimento del processo competitivo per le seguenti ragioni: *i*) si inserisce in un contesto di scarsità di aree destinabili a nuovi insediamenti e di vincoli urbanistici all'insediamento di nuovi punti vendita, con la conseguenza che più proposte commerciali (quali quelle di Esselunga e Coop Estense) non avrebbero potuto che rappresentare progetti alternativi; ed *ii*) ha un'autonoma idoneità a ritardare l'ingresso di un nuovo concorrente, in quanto in grado di condizionare inevitabilmente la discrezionalità dell'amministrazione. L'interesse esplicitato nella lettera di Coop Estense del 7 aprile 2005, per la reputazione del soggetto che la inviava, la tempistica e il contenuto – disponibilità a partecipare ad un progetto di sviluppo urbanistico e di sostegno finanziario –, costituiva un *fatto nuovo* e non poteva non essere preso in considerazione da un'amministrazione diligente.

Fino alla manifestazione di interesse di Coop Estense vi era, infatti, una chiara volontà dell'Amministrazione di procedere positivamente alla conclusione della richiesta di accordo e di variante presentata da Esselunga (cfr. sezione 0 più sopra).

i La scarsità di aree da destinare all'attività commerciale

243. Come ampiamente argomentato, la disciplina urbanistica e commerciale esistente nella Provincia di Modena limitava fortemente l'avvio di nuovi punti vendita.

In particolare, agli atti risulta che il terreno di Vignola, già nella disponibilità di Esselunga dal 2002, era considerato strategico per dimensione, ubicazione e compatibilità con la disciplina in vigore. Nell'area, infatti, sarebbe potuto in linea teorica essere consentito anche l'insediamento di una grande struttura alimentare (2.500 metri quadrati). Come si è già detto, inoltre, nell'intera Provincia di Modena, all'epoca dei fatti, le nuove possibilità di ingresso erano circoscritte all'apertura di punti vendita di dimensioni medio-piccole o in aree economicamente meno attraenti.

244. La circostanza che il Comune fosse competente per l'avvio di punti vendita di 1.500 metri quadrati non inficiava né la procedura di adozione dell'accordo - che mirava ad ottenere, tramite una variante al PRG, l'autorizzazione

all'edificabilità dell'area - né la possibilità che, successivamente alla delibera del Comune, la Provincia potesse autorizzare l'avvio di una struttura più grande, come confermato dal rappresentante del Comune in sede di audizione.

245. Peraltro la difficoltà di reperire aree idonee è documentata dalla stessa Coop Estense (cfr. sezione O). Non può essere, al riguardo, ignorata la circostanza che la L.R. 20/2000 (norma transitoria) indicava nell'11 aprile 2005 il termine ultimo l'adozione diretta da parte dei Comuni di varianti al PRG, ovvero la possibilità di rendere edificabili aree sulla base di decisioni proprie. Dopo tale data qualunque operatore avesse voluto reperire una nuova area da rendere edificabile ai fini commerciali (o ad altri fini) avrebbe dovuto aspettare la definizione di una nuova disciplina di pianificazione provinciale e comunale (rispettivamente il POIC e il PSC) ossia intraprendere una procedura diversa, più lunga e più complessa (doc. 3.104)⁹⁴.

246. L'adozione della variante al PRG, così come richiesta nell'interesse di Esselunga, avrebbe, quindi, consentito di avviare in tempi certi (anche) una grande struttura di vendita (2.500 metri quadrati o più) nell'unica area resasi disponibile nel Comune con caratteristiche dimensionali e di ubicazione adeguate a tale fine.

Questa rappresentava, quindi, l'unica ed effettiva opportunità di insediare una nuova struttura in grado di rappresentare un concreto vincolo concorrenziale all'esercizio del potere di mercato di Coop Estense (unico operatore attivo con un grande punto vendita nella zona). Nelle altre aree in precedenza individuate nel PRG sarebbe stato possibile avviare, dopo il 2005, solo attività di piccole-medie dimensioni (inferiori a 1.500 metri quadrati).

247. Le uniche strutture commerciali autorizzate negli ultimi anni nel Comune sono, infatti, solo *superette* o piccoli supermercati (di cui il più grande aperto da ultimo da Conad nel 2010 con una superficie di 600 metri quadrati; doc. 4.118). La disciplina prevedeva che: *i)* l'avvio di nuove strutture era strettamente connesso alla disponibilità da parte degli operatori di zone urbane già individuate nel PRG (doc. 3.104); e che *ii)* era necessario l'accorpamento o concentrazione di licenze esistenti. In altri termini, dopo il 2005, è stato, al più, consentito di sbloccare progetti già presentati (doc. 4.118).

ii Le evidenze dirette dell'idoneità ad escludere: la lettera e la manifestazione di interessi di Coop Estense

248. Dagli atti al fascicolo emerge che l'8 aprile 2005, il Consiglio Comunale aveva all'ordine del giorno l'adozione dell'accordo e della relativa variante al PRG di interesse di Esselunga.

Dal verbale Consiglio Comunale dell'8 aprile 2005 risulta che la proposta di Coop Estense del 7 aprile 2005 è stata ritenuta idonea ad inserirsi nel procedimento di recepimento e di adozione dell'accordo e della variante al PRG di interesse di Esselunga. Per tale motivo nella stessa sede è stato ritenuto necessario rinviare l'adozione al successivo 11 aprile, per permettere un apposito approfondimento istruttorio della proposta stessa in ragione di tale nuova circostanza (doc. 3.104 e all. 7, 8 e 9). Nella delibera del Consiglio Comunale dell'11 aprile, si indica, ancor più esplicitamente, che la lettera inviata da Coop Estense – il 7 aprile 2005 all'allora Sindaco di Vignola – costituiva un *"fatto nuovo"* rispetto alla posizione finora assunta dall'amministrazione, di autorizzazione alla presentazione del progetto e manifestatasi da ultimo con la decisione di fissare una seduta di adozione dell'accordo e della variante (docc. 2.59 all. C13 e 3.104).

249. Anche Coop Estense ha riconosciuto che la sospensione era un atto dovuto: in caso contrario la procedura sarebbe stata viziata da illegittimità, in quanto pregiudicante, a detta della parte, il suo interesse a prospettive di sviluppo già manifestate all'amministrazione (docc. 3.82 e 4.110). Coop Estense ha, altresì, indicato agli atti che la lettera è stata idonea a *"far riflettere"* il Consiglio Comunale sulla necessità di dare spazio al suo interesse commerciale, quello di trovare un'area adeguata al trasferimento e ampliamento del suo punto vendita (doc. 4.134).

250. Al riguardo, il Sindaco propone, infatti, di sospendere o ritirare la delibera di adozione *"in ragione della nuova situazione determinatasi per effetto della presentazione della nuova proposta presentata dalla Coop Estense"* (sottolineatura aggiunta, doc. 3.104). In altri termini, gli atti confermano che la lettera di Coop Estense ha: *i)* costituito un elemento di novità della procedura, ed *ii)* è stata considerata una proposta credibile, come, tale idonea a considerare che la decisione in esame dovesse essere rinviata per rientrare in una più ampia valutazione della *"questione di governo del territorio"* (doc. 3.104).

251. Vale peraltro, sottolineare che, nel corso della seduta del Consiglio Comunale dell'11 aprile, è stata data ampia enfasi al proposito di Coop Estense di trovare un'adeguata collocazione al proprio punto vendita, anche rendendosi disponibile a partecipare al finanziamento dell'opera pubblica (la scuola). Si indica, infatti, che le proposte di urbanizzazione erano due: una sicura, quella di Vignola Due, e una probabile, quella di Coop Estense, che si sarebbe, tuttavia, potuta concretizzare solo in un momento successivo alla discussione dell'11 aprile 2005 (doc. 1.21). Il rinvio della discussione sull'adozione della variante è, pertanto, motivato dalla necessità di non procedere all'analisi puntuale di ogni singola proposta, concreta o potenziale, ma di una valutazione delle proposte in maniera congruente all'interno di un percorso di pianificazione unico (quale il PSC ai sensi della L.R. 20/2000). Peraltro, lo stesso Sindaco, nel riferire che Coop Estense aveva formulato una proposta urbanistica alternativa ma con tempi di realizzazione non prevedibili, indicava che il rinvio della decisione di adozione della variante di interesse di Esselunga avrebbe consentito il concretizzarsi di proposte alternative (doc. 1.20). Tuttavia, non avendo il Comune in previsione nuove licenze, risultava

⁹⁴ [Agli atti risulta che per la formazione del PSC è necessaria una conferenza di pianificazione a livello provinciale che può concludersi con un accordo di pianificazione fra Provincia e Comune (fase eventuale). Quindi, implica la partecipazione obbligatoria di più organi istituzionali con poteri di intervento non solo anche vincolanti.]

chiaro che le due proposte avrebbero entrambe necessitato di varianti al PRG e non potevano che essere alternative: quella nell'interesse di Esselunga, riguardava l'edificabilità di un'area che per localizzazione e dimensione poteva ospitare l'insediamento anche di una struttura di vendita di grandi dimensioni (l'autorizzazione di una struttura di vendita di 1.500 metri quadrati, avrebbe potuto, eventualmente essere ampliata a 2.500 metri quadrati); e l'altra, quella di Coop Estense, avrebbe reso necessario reperire un'area adeguata ove trasferire del suo punto vendita di 2.500 metri quadrati ed ampliarlo a 4.500 metri quadrati (doc. 1.21 e 3.104).

A conferma di ciò sta anche un documento rinvenuto presso Coop Estense, nel quale si legge che l'iniziativa si poneva "in esplicita concorrenza con l'analoga proposta presentata dalla società Vignola Due", consapevole che quest'ultima operasse nell'interesse di una insegna concorrente (sottolineatura aggiunta, doc. 1.15).

252. Pertanto, la manifestazione di interesse di Coop Estense, proprio perché costituiva un *fatto nuovo*, è stata idonea a far interrompere l'iter di adozione della variante al PRG di interesse di Esselunga e a far rinviare ogni decisione in merito ad un momento successivo, per dare spazio alla valutazione della manifestazione di interessi di Coop Estense, limitando la possibilità per Esselunga dell'utilizzo commerciale di un'area nella sua disponibilità in tempi certi, innalzando i costi di ingresso e determinando un ostacolo strutturale al dispiegarsi del processo concorrenziale.

iii L'assenza di nesso casuale tra la condotta di Coop Estense e le decisioni dell'amministrazione

253. Con specifico riferimento a quanto rappresentato da Coop Estense nel corso dell'audizione finale – secondo cui il nesso causale tra la condotta di Coop Estense e l'esclusione non può essere provato in ragione dell'impossibilità di predeterminare in astratto l'esito del procedimento amministrativo – si evidenzia che, nel caso di specie, la tesi risulta smentita dalle evidenze agli atti.

254. In primo luogo, appare utile osservare che l'accordo ex articolo 18 L.R. 20/2000 costituiva uno strumento urbanistico, rafforzativo della fattibilità concreta delle disposizioni urbanistiche in vigore, per realizzazione di interventi di recupero e riqualificazione di aree urbane nel caso di rilevante interesse pubblico locale, poiché presupponevano la partecipazione del privato al finanziamento di un'opera pubblica (doc. 1.26). Nel caso di specie, l'area su cui sorgeva il terreno di interesse di Esselunga era considerata strategica e soggetta ad interventi di interesse pubblico, tra cui una scuola.

Vi sono al riguardo ampie evidenze che l'adozione dell'accordo di interesse di Esselunga, e della variante, incontrava un pieno sostegno da parte dell'amministrazione. Da un lato, completava il recupero e la riqualificazione urbana di un comparto in coerenza con la pianificazione urbanistica di cui il Comune si era dotato sin dal 2002 (doc. 121). Dall'altro, si mostrava adeguata anche in termini di strumento urbanistico scelto per la realizzazione di detto progetto. L'interesse dell'amministrazione a concludere positivamente l'iter è ampiamente documentata agli atti (cfr. sezione 0 più sopra).

La stessa Coop Estense ha, del resto, spiegato di essere intervenuta nel procedimento quando la volontà dell'amministrazione di adottare la variante al PRG si è concretizzata, ossia a seguito dell'autorizzazione alla presentazione dell'accordo, a conclusione di una compiuta istruttoria, e dell'iscrizione all'ordine del giorno della delibera di adozione dello stesso (l'ufficio tecnico del Comune competente sulla valutazione dell'accordo, la Struttura di Pianificazione Territoriale del Comune di Vignola, predisponendo il 7 aprile 2005 una bozza avente ad oggetto "Variante al PRG [...] recepimento accordo ex articolo 18 L.R.20/2000. Adozione").

Questo conferma senza dubbio che, in assenza del "*fatto nuovo*" costituito dall'intervento di Coop Estense, l'esito del procedimento, che fino ad allora era stato valutato positivamente, avrebbe continuato ad essere valutato positivamente (cfr. sezione 0 più sopra).

255. La manifestazione di interesse di Coop Estense, operatore dominante e fortemente radicato nel territorio, è stata ritenuta un elemento di novità nella procedura ("*fatto nuovo*") e sufficiente a rappresentare una proposta commerciale credibile e alternativa a quella in discussione (sino ad allora valutata positivamente), anche se da formalizzare in tempi che avrebbero necessariamente travalicato l'11 aprile 2005, tanto da proporre il ritiro della delibera di adozione della variante proprio per consentirne una sua valutazione più approfondita.

256. Coop Estense era portatrice dello stesso interesse e degli stessi obiettivi del proponente dell'accordo in esame (3.104). Proponeva una soluzione urbanistica "analoga" a quella in discussione (trasferire e ampliare la propria grande struttura di vendita in un'area idonea) e si rendeva disponibile a contribuire all'opera pubblica (Coop Estense indica che con la lettera si poneva in concorrenza con la proposta di Vignola Due). Come dichiarato dalla stessa Coop, la sua esclusione dal procedimento avrebbe "pregiudicato del tutto ingiustificatamente l'interesse di Coop E. alle proprie prospettive di sviluppo del resto già manifestate all'Amministrazione" (doc. 4.110).

257. Pertanto, come fortemente sostenuto dalla parte, proprio in virtù dei principi di trasparenza, imparzialità e parità di trattamento, il decisore pubblico doveva legittimamente tenere conto della proposta di Coop Estense. Costituiva, quindi, un atto dovuto da parte di un'amministrazione diligente: *i)* sospendere la decisione di autorizzazione della variante al PRG e rinviarla per approfondire l'istruttoria a seguito della manifestazione di Coop (all'11 aprile 2005); e *ii)* rinviare l'adozione della proposta di Esselunga per dare ampia tutela a tutte le proposte di sviluppo pervenute che per il loro rilevante impatto sul tessuto urbano e commerciale, non potevano che essere valutate in un momento pianificatorio complessivo (PSC) in quanto chiaramente alternative.

258. Le conclusioni in merito ad un nesso di casualità tra la condotta di Coop Estense e la restrizione della concorrenza non appaiono invalidate neanche dalla tesi della parte secondo cui l'adozione della variante sarebbe stata comunque possibile, anche dopo l'11 aprile 2005, con una procedura diversa.

Vi sono evidenze, al contrario, che era sufficiente far slittare ogni decisione in merito all'edificabilità dell'area di interesse di Esselunga dopo l'11 aprile 2005, per *h)* rendere impossibile l'impiego dello strumento urbanistico dell'accordo ex articolo 18, ritenuto meno complesso; e per *i)* allungare i tempi di insediamento della nuova struttura commerciale stante che *"qualunque operatore avesse voluto reperire una nuova area da rendere edificabile ai fini commerciali (o ad altri fini) dopo l'11 aprile 2005 avrebbe dovuto aspettare la definizione di una nuova disciplina di pianificazione il PSC"*, in coerenza con la programmazione provinciale (dichiarazione del Comune, docc. 3.104 e 4.111). Al riguardo, l'esercizio svolto da Coop Estense di confronto tra la tempistica di adozione dell'accordo e la nuova procedura di approvazione del piano urbanistico (stimate rispettivamente in 480 giorni contro 390 giorni) appare puramente teorico. Nel caso di specie, questo è clamorosamente smentito dalla circostanza che il POIC provinciale è stato approvato dopo più di un anno dalla decisione di rinvio (a metà 2006) e che la nuova programmazione comunale (PSC) non è stata ancora approvata dopo più di otto anni dall'avvio dell'iter per la sua definizione.

259. In sintesi, il Comune non poteva che prendere atto della manifestazione di Coop Estense e dare adeguata tutela all'interesse manifestato (improntando il suo operato a *"principi di trasparenza, imparzialità e parità di trattamento"* (docc. 3.82 e 4.110).

Per quanto sopra detto, quindi, l'invio della lettera da parte di Coop Estense, strumentale e privo di giustificazioni economiche alternative all'esclusione, è stata idonea di per sé a ritardare la decisione in merito all'edificabilità dell'area e, quindi, ad ostacolare o quanto meno fortemente ritardare l'accesso al mercato di un concorrente.

C3 *La finalità escludente della condotta: assenza di giustificazioni economiche alternative*

260. Coop Estense ha dichiarato che la sua partecipazione al procedimento di adozione dell'accordo nell'interesse di Esselunga non aveva quale *"finalità quella di ostacolare un altro operatore"* quanto piuttosto di poter *"beneficiare di una soluzione analoga a quella prevista per Vignola Due (ottenere la disponibilità di un'area a destinazione commerciale)"* (docc. 1.15 e 2.80).

La posizione difensiva della parte risulta contraddittoria. Da un lato, Coop Estense ha legittimato l'intervento nella procedura sulla base della tutela di un legittimo interesse che sarebbe stato pregiudicato dall'iniziativa di Esselunga - Coop Estense ha chiarito che l'adozione dell'accordo avrebbe costituito una minaccia al suo sviluppo commerciale; dall'altro, invoca l'assenza di una finalità escludente (cfr. sezioni 0 e 0 più sopra).

261. A questo riguardo si sottolinea l'insostenibilità della posizione di Coop Estense, in primo luogo, in ragione della tardiva partecipazione al procedimento in corso. La proposta di Coop Estense è stata esplicitata, infatti, solo a conclusione dell'iter valutativo del progetto: *h)* il 7 aprile 2005, ossia solo il giorno prima della seduta in cui si sarebbe deliberato il recepimento e l'adozione dell'accordo e della variante che avrebbero consentito ad Esselunga l'edificabilità dell'area e, quindi, l'avvio di una attività in diretta concorrenza con Coop. Si fa presente che la presentazione della proposta di accordo era stata già autorizzata a fine marzo 2005, dopo una compiuta istruttoria iniziata a fine 2004 e, che, tutti gli atti avevano avuto adeguata pubblicità (doc. 2.80); e *i)* a quattro giorni dal termine ultimo (11 aprile 2005) per l'autorizzazione diretta da parte dei Comuni di varianti urbanistiche ai PRG. Era evidente che spostare la discussione del Consiglio Comunale dopo quella data avrebbe significato ritardare di molto la possibilità dello sviluppo dell'area e, dunque, il possibile ingresso di un nuovo concorrente.

262. Dagli atti al fascicolo emerge, peraltro, la piena consapevolezza di Coop Estense circa la pretestuosità di tale tesi. Rileva osservare che la parte adottava, nello stesso periodo, una condotta del tutto diversa per manifestare un analogo interesse di sviluppo commerciale nel limitrofo Comune di Spilamberto. Coop Estense manifestava sin dal 2002, attraverso contatti con l'amministrazione, il suo interesse a trasferire ed ampliare il suo punto vendita di piccole dimensioni attivo nel Comune. A fine 2004, Coop Estense proponeva, insieme ad ICEA, che controllava Vignola Due, un accordo ex articolo 18, che il Comune di Spilamberto adottava l'8 aprile 2005, dopo una istruttoria durata sei mesi circa, come a Vignola. L'adozione, avvenuta prima del termine ultimo dell'11 aprile 2005, ha consentito a Coop Estense di avviare un punto vendita di medie dimensioni a soli 5 km dal terreno su cui Esselunga avrebbe inteso avviare la nuova struttura di vendita.

D *L'intento escludente della condotta di Coop Estense*

263. La valutazione della restrittività e della portata escludente delle condotte di Coop Estense deve essere effettuata a prescindere dall'intento. Secondo la giurisprudenza comunitaria, ai fini della valutazione di un abuso da parte di un'impresa in posizione dominante, non è, infatti, necessaria la verifica della sussistenza di un intento escludente, in quanto la nozione di abuso è di carattere oggettivo e, quindi, prescinde a stretto rigore dall'accertamento di un intento escludente⁹⁵.

⁹⁵ [Cfr., per tutti, par. 352, sentenza del Tribunale UE, sez. Sesta ampliata, causa T-321/05, depositata il 1 luglio 2010, AstraZeneca AB and AstraZeneca plc v. Commission of the European Communities. Ai sensi della quale: "Secondo una costante giurisprudenza, la nozione di sfruttamento abusivo è una nozione oggettiva, che riguarda i comportamenti dell'impresa in posizione dominante atti ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera l'impresa considerata, il grado di concorrenza è già sminuito, e che hanno l'effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza". Il Tribunale precisa, inoltre, che: "Dal carattere oggettivo della nozione di abuso [...] emerge che la natura ingannevole delle dichiarazioni comunicate alle autorità pubbliche dev'essere valutata sulla base di elementi oggettivi e che la dimostrazione della natura volontaria del comportamento e della malafede dell'impresa in posizione dominante non è necessaria per individuare un abuso di posizione dominante.", par. 356, sentenza del Tribunale UE, causa T-321/05, cit. Al riguardo, inoltre, cfr. par.

264. Tuttavia, nel caso di specie risulta che la parte era pienamente consapevole della portata escludente della propria condotta.

A Modena, a riprova della volontà di escludere dal mercato qualunque concorrente e, quindi, della volontà di avversare un accordo con Esselunga che si fosse concluso con la possibilità di far insediare nell'area un punto vendita in concorrenza con il suo, rilevano le affermazioni della stessa Coop Estense, rilasciate in audizione, secondo la quale: *"qualunque operatore concorrente avesse avviato un nuovo punto vendita nel comparto (di Modena) si sarebbe posto in diretta concorrenza con il punto vendita di Coop Estense [già attivo] e ne avrebbe determinato la chiusura"* (doc. 2.80).

265. Anche nel caso di Vignola, Coop Estense era pienamente consapevole che un rinvio della decisione di adozione della variante sarebbe stato sufficiente a ritardare l'ingresso o l'espansione del concorrente introducendo una maggiore incertezza e, in ultima istanza aumentare i costi di ingresso. Coop Estense ha precisato, infatti, che *"il giorno 11 aprile 2005 segnava soltanto il termine oltre il quale varianti come quella che intendeva ottenere Icea [Esselunga] avrebbero dovuto seguire una procedura diversa da quella in vigore in precedenza [ossia il PSC invece che l'accordo ex articolo 18 L.R. 20/2000]"* (doc. 3.84).

Peraltro, Coop Estense scriveva anche che *"a Vignola la programmazione provinciale non prevedeva nessun nuovo insediamento sopra i 1.500 metri quadri né alcun ampliamento di medie o grandi strutture esistenti"* e che si sarebbe dovuto attendere la nuova programmazione della Provincia, cui il Comune si sarebbe adeguato con la redazione di un nuovo Piano strutturale urbanistico (il PSC); *"ciò valeva per Coop ma anche per chiunque altro (Esselunga in testa)"* (sottolineatura aggiunta, docc. 1.13 e 1.15).

VII.5 Gli effetti restrittivi della Condotta di Coop Estense

266. Coop Estense ha negato che la propria condotta sia stata idonea ad eliminare una effettiva concorrenza dai mercati rilevanti. In particolare, la parte ha sostenuto, nel corso dell'audizione finale, che *i)* il nesso di causalità tra la condotta di Coop Estense e l'effetto restrittivo sul mercato non sarebbe provato poiché esso implicherebbe l'assenza di ogni discrezionalità amministrativa ovvero che l'esito dei procedimenti in esame fosse certo e a favore di Esselunga; in ogni caso *ii)* l'esclusione del concorrente dipendeva da cause attribuibili alla stessa volontà di Esselunga e, quindi, non imputabili alla propria condotta (doc. 4.169, all. 4).

267. Le argomentazioni della parte sono confutate dagli atti sia con riguardo al primo aspetto, poiché risulta ampiamente documentata, in entrambi i casi, la posizione favorevole delle amministrazioni competenti con riguardo ai progetti di Esselunga, che in merito al secondo profilo. Il risultato ultimo della strategia abusiva di Coop Estense è stato quello di ostacolare, o quanto meno fortemente ritardare, lo sviluppo di nuove attività commerciali, da parte di un concorrente efficiente, che si sarebbero poste in diretta concorrenza con punti vendita della parte attivi nei due Comuni, determinando da ultimo un danno per i consumatori sia in termini di possibilità di scelta che di prezzi. Non risulta alla data attuale essere cessata la situazione di stallo nello sviluppo commerciale dell'area di Modena (cfr. sezione 0 più sopra). Coop Estense, immutata la destinazione d'uso di tale area, mantiene il potere di incidere sulle soluzioni pianificatorie dell'intero comparto, con evidente ripercussione sulle possibilità di riqualificazione dell'area stessa. L'area di Vignola è stata definitivamente sottratta ai concorrenti, essendo entrata nella disponibilità di Coop Estense nel 2008.

268. La condotta abusiva si è tradotta in un ostacolo strutturale alla contendibilità dei mercati rilevanti. A seguito della condotta in esame, Coop Estense ha mantenuto o rafforzato la propria posizione dominante nei mercati rilevanti, con quote che si sono anche accresciute attestandosi al 66% nel mercato degli ipermercati e al 47% in quello dei supermercati nella Provincia di Modena.

269. La condotta di Coop Estense ha determinato un danno ai consumatori in ragione del fatto che il concorrente escluso, nel caso di specie Esselunga, rappresenta un concorrente altrettanto efficiente, il quale, come riconosciuto dalla parte, è in grado di esercitare una efficace pressione competitiva nei confronti delle Coop nei mercati in cui opera. La sua esclusione ha, pertanto, limitato il dispiegarsi di un effettivo confronto concorrenziale con danno per i consumatori in termini di maggiori prezzi e/o di minore scelta.

270. Più in generale, la condotta abusiva di Coop Estense ha avuto anche un riflesso negativo per la collettività: l'ostacolo all'insediamento di nuove strutture commerciali da parte di Esselunga riguardava aree soggette a piani di recupero urbanistico.

A Modena, l'attuale paralisi delle opere di recupero dell'area trova esclusivo fondamento nella costante resistenza di Coop Estense a raggiungere un accordo per l'edificabilità dell'area. L'opposizione di Coop Estense allo sviluppo

91, causa n. 85/76, depositata il 13 febbraio 1979, Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities. Il Tribunale conclude, pertanto, che, sebbene la sussistenza di un intento escludente costituisca comunque un elemento da valutare, risulta fondamentale l'accertamento oggettivo della condotta: "l'intenzione di ricorre a prassi estranee alla concorrenza basata sui meriti [non è] in ogni caso priva di rilevanza, potendo comunque essere presa in considerazione per concludere nel senso che l'impresa interessata ha commesso un abuso di posizione dominante, anche se tale conclusione dovrebbe basarsi, in primo luogo, sull'accertamento oggettivo di una materiale attuazione del comportamento abusivo." (para 359). Al riguardo, si vedano anche le seguenti sentenze della Corte di Giustizia Europea: par. 69, causa n. C-62/86, depositata il 3 luglio 1991, AKZO Chemie BV v Commission of the European Communities; par. 111, causa n. T-228/97, depositata il 7 ottobre 1999, Irish Sugar plc v Commission of the European Communities; par. 54, causa n. 322/81, depositata il 9 novembre 1983, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission of the European Communities.]

commerciale di Esselunga ha di fatto ostacolato anche l'esecuzione della riqualificazione dell'area, già prevista nella pianificazione comunale dal 1991.

Analogamente, a Vignola, in conseguenza della manifestazione di Coop Estense è stata rinviata ogni decisione sulla variante di interesse di Esselunga e non sono, pertanto, state realizzate le opere pubbliche di interesse della collettività previste nell'accordo presentato da Vignola Due. Coop Estense non ha dato seguito alla disponibilità manifestata di finanziare le opere di interesse pubblico.

VII.6 L'unicità e la continuità della condotta escludente: i termini non sono prescritti

A L'unitarietà e continuità della strategia di esclusione

271. Coop Estense ha negato che possano sussistere collegamenti tra le due vicende che costruirebbero, quindi, fatti distinti e risalenti nel tempo.

272. La condotta di Coop costituisce, invece e senza dubbio, un'unica strategia escludente: si è, infatti, manifesta sistematicamente in occasione dei tentativi della concorrenza di avviare supermercati o ipermercati nella Provincia di Modena.

Presenta, peraltro, un medesimo schema di attuazione: ostacolare, o quanto meno fortemente ritardare, l'edificabilità di aree già nella disponibilità del concorrente e tali da "minacciare" il suo potere di mercato, anche intervenendo in procedure amministrative in fase avanzata per il rilascio delle relative autorizzazioni.

273. L'attività istruttoria ha consentito di verificare, infatti, che Esselunga ha dapprima tentato di sviluppare un'attività commerciale a Modena nel comparto ex Consorzio Agrario sul quale era possibile l'insediamento di una media struttura di vendita (1.500 metri quadrati); nel 2005, Esselunga si è attivata per insediare nel Comune di Vignola un punto vendita di grandi dimensioni. L'avvio di una attività commerciale a Modena rappresentava un'opportunità in termini di maggior bacino d'utenza e di fatturato potenzialmente realizzabile; mentre il successivo tentativo di ingresso a Vignola costituiva una nuova opportunità ed era caratterizzato dalla potenzialità di avviare anche un grande supermercato (2.500 metri quadrati).

274. Impregiudicata la tutela di un proprio interesse commerciale, agli atti risulta che la condotta messa in atto da Coop Estense non è razionale e tesa all'unico obiettivo di privare un concorrente altrettanto efficiente e in grado di esercitare una reale pressione competitiva, quale Esselunga, dalla possibilità di disporre, a fini commerciali, di aree già nella sua disponibilità.

Coop Estense è, infatti, subentrata nella proprietà del comparto ex Consorzio solo ad inizio 2001, nonostante il presunto interesse pregresso per l'area (mai concretizzato nonostante le occasioni avute anche prima del 1999) e dopo che Esselunga già disponeva di una porzione maggioritaria dello stesso, con l'unica finalità di poter incidere sulle scelte di edificabilità del comparto attraverso l'esercizio - di *diritto* e di *fatto* - del *potere di veto* di cui era venuta a disporre con l'acquisizione di una porzione minoritaria del comparto per una somma alquanto rilevante. Ha continuato a mantenere un atteggiamento dilatorio e teso a non consentire il raggiungimento di alcun accordo tra il 2001 e il 2004, data alla quale il Comune – preso atto del perdurare del conflitto tra la proprietà e l'impossibilità di raggiungere il necessario consenso sul Piano – ha deliberato la non autorizzazione del progetto originario di sviluppo dell'area, seppure conforme alle disposizioni urbanistiche.

Nel 2005, quando si è materializza per Esselunga la possibilità di avviare un nuovo punto vendita, anche di grandi dimensioni nel Comune di Vignola, Coop Estense è intervenuta a ridosso della decisione di adozione di un accordo ex articolo 18 L.R. 20/2000 promosso da Esselunga con il Comune di Vignola e del termine ultimo per l'adozione diretta di varianti al PRG, imponendo all'amministrazione, quale atto dovuto, di sospendere e rinviare l'adozione dell'accordo per consentire una valutazione complessiva di proposte urbanistiche e commerciali alternative, in particolare quella tardiva di Coop Estense. Coop Estense è poi entrata, nel 2006, in trattative con ICEA per l'acquisto di Vignola Due e, quindi, del terreno già di interesse di Esselunga, acquisto che si è concretizzato con rogito del 2008.

Tra il 2004 e il 2008, Coop Estense ha mantenuto una condotta ostruzionistica e dilatoria, tesa ad impedire che venisse raggiunto un qualunque nuovo accordo sull'edificabilità dell'area di Modena alternativo al Piano originario, anche con una condotta solo apparentemente collaborativa (scambio di aree).

Da ultimo, nel 2009, Coop Estense ha predisposto e presentato all'Amministrazione un nuovo Piano, frutto di scelte autonome e non condivise, che ha, ancora una volta, determinato uno stallone nel recupero urbano dell'area, poiché progetti di Piani non condivisi non possono essere autorizzati.

275. In un contesto di mercato caratterizzato da una scarsa disponibilità di aree a fini commerciali e di barriere all'ingresso amministrative, la condotta di Coop Estense è stata idonea ad incidere sulla struttura dei mercati e sulla loro contendibilità ponendo in essere comportamenti illeciti idonei a limitare o quantomeno fortemente ritardare l'ingresso o l'espansione di un concorrente, altrettanto efficiente.

276. Coop Estense ha ostacolato il dispiegarsi di un confronto concorrenziale certo, aumentando i costi di ingresso nel mercato. Il ritorno di investimenti già effettuati è stato, infatti, procrastinato o limitato dal ritardo o rinvio dei processi di valutazione dei relativi progetti.

B La prescrizione dei termini

277. Appaiono, inoltre, prive di pregio le argomentazioni di Coop Estense in merito alla prescrizione dei termini e, in particolare, alla circostanza che la sua condotta si esaurirebbe in due soli e distinti momenti delimitabili al 2001 e al 2005.

278. In primo luogo, rileva osservare che la condotta escludente è, effettivamente, iniziata nel 2001 a Modena con l'acquisizione della parcella *ex* Fallimento Rizzi e il conseguente "*potere di veto*" - che la parte ha dapprima esercitato opponendosi formalmente e strumentalmente al Piano di Esselunga. Coop Estense ha continuato, tra il 2001 e il 2004, data alla quale in Comune non ha autorizzato il Piano originario, ad esercitare il suo "*potere di veto*" opponendosi al raggiungimento di un qualunque accordo di urbanizzazione. La condotta di esclusione si è poi arricchita dell'episodio di Vignola nel 2005. Coop Estense ha reiterato la propria condotta escludente frapponendosi al progetto di Esselunga di avviare un punto vendita anche di grandi dimensioni in tale Comune. Venuta meno la possibilità di un'autorizzazione all'edificabilità in tempi certi, così come l'avvio anche di un grande punto vendita, Coop Estense è entrata in trattative nel 2006 per l'acquisizione dell'area di Vignola Due, che si è perfezionata con rogito nel 2008, con ciò rendendo impossibile qualunque insediamento commerciale da parte della concorrenza. Anche l'ultima area individuata tra quelle idonee ad insediamenti commerciali non è più contendibile.

Coop Estense ha continuato, tra il 2004 e il 2008, a mantenere una condotta ostruzionistica, volta a ritardare ogni confronto su un nuovo Piano di sviluppo dell'area di Modena, con condotte solo in apparenza collaborative ma che sono risultate solo strumentali ad impedire l'avvio di un punto vendita nel comparto da parte di Esselunga. Tanto che nel 2009, in occasione di un ulteriore tentativo di trovare una soluzione condivisa su un nuovo Piano, così come sollecitato dal Comune, Coop Estense ha assunto: *i)* un atteggiamento dilatorio, con uno scambio di lettere interlocutorie e tese a procrastinare il raggiungimento di un accordo sulla proposta urbanistica di Esselunga in ragione di una formulazione alternativa che Coop Estense stava predisponendo; e *ii)* ha presentato al Comune e contestualmente ad Esselunga un nuovo Piano alternativo espressione autonomia di proprie scelte e come tale non condiviso.

Al riguardo, contrariamente a quanto sostenuto, anche atteggiamenti omissivi o dilatori – se tesi ad escludere – costituiscono condotte positive e non possono essere interpretate come meri effetti.

279. In sintesi, gli atti confermano che si tratta di un'infrazione costituita da una strategia unitaria, continuata e ripetuta dal 2001 al 2009, i cui effetti permangono a tutt'oggi, tesa ad ostacolare, o quanto meno fortemente ritardare, l'ingresso o l'espansione di un concorrente nella provincia di Modena.

280. Da ultimo, si richiama la giurisprudenza comunitaria secondo la quale per le infrazioni continuate o ripetute, come nel caso di specie, la prescrizione per l'applicazione di una sanzione decorre dal giorno in cui è cessata l'infrazione⁹⁶.

VIII CONCLUSIONI

281. Sulla base delle evidenze acquisite nel corso del procedimento istruttorio la condotta di Coop Estense, consistente in una strategia volta ad ostacolare l'avvio di un nuovi punti vendita nella Provincia di Modena mediante l'adozione di comportamenti ostativi con riguardo al comparto *ex* Consorzio agrario nel Comune di Modena, reiteratisi poi anche con riferimento ad un'area nel Comune di Vignola, configura una violazione dell'articolo 3 della legge n. 287/90, unica, continuata e grave.

La condotta, manifestatasi sistematicamente in occasione di tentativi della concorrenza di avviare punti vendita di medie e grandi dimensioni nella Provincia di Modena, è in particolare consistita in comportamenti tesi ad ostacolare, o quanto meno fortemente ritardare, l'uso a fini commerciali di aree già nella disponibilità del concorrente e tali da "minacciare" il proprio potere di mercato, anche intervenendo in procedure amministrative in fase avanzata per il rilascio delle relative autorizzazioni. Nella condotta di Coop Estense appaiono, infatti, ravvisabili: *i)* una concreta portata escludente di un concorrente, considerato dalla stessa Coop Estense un operatore altrettanto efficiente; *ii)* l'assenza di valide giustificazioni alternative; *iii)* la sua idoneità a provocare un danno ai consumatori, in termini di minore pressione concorrenziale e/o di minore scelta in quanto, di per sé idonea a limitare il dispiegarsi di una concorrenza effettiva in un arco temporale certo.

282. Il fatto che gli effetti sui mercati rilevanti della condotta di Coop Estense possano essere dipesi anche da decisioni di autorità pubbliche non esclude l'imputabilità di una condotta abusiva in capo alla società. Impregiudicata la generale discrezionalità propria di un'amministrazione, risulta, infatti, che nel caso di specie, in cui entrambi i progetti di Esselunga avevano sortito un sostanziale gradimento da parte delle amministrazioni competenti, le decisioni da queste ultime assunte hanno costituito atti dovuti, in riflesso delle mutate condizioni in cui i progetti commerciali del concorrente venivano valutati in conseguenza dell'intervento di Coop Estense.

283. Gli effetti della condotta escludente messa in atto da Coop Estense non sono ad oggi cessati. Sull'area di Modena perdura la situazione di stallo e, in assenza di una modifica della destinazione d'uso del comparto e in costanza della compagine proprietaria, è a tutt'oggi immutato il potere di Coop Estense di intervenire sulle scelte di edificabilità del comparto. Quanto a Vignola, è definitivamente venuta meno la possibilità di un nuovo insediamento commerciale, in ragione dell'acquisizione da parte di Coop Estense di tale area.

284. La condotta di Coop Estense ha avuto altresì ulteriori conseguenze negative per la collettività poiché in nessuna delle due aree in esame è stato possibile dare seguito ai programmi di recupero o agli interventi di interesse pubblico in ragione della costante opposizione di Coop Estense ai progetti commerciali di Esselunga.

⁹⁶ [Cfr. Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato UE.]

285. In conclusione, la condotta abusiva di Coop Estense, tesa ad impedire l'uso di aree idonee all'insediamento di nuove attività commerciali già nella disponibilità del concorrente, in un contesto di mercato già caratterizzato di una scarsa disponibilità di aree a fini commerciali e da significative barriere all'ingresso amministrative, è risultata idonea – limitando o quantomeno fortemente ritardando l'ingresso o l'espansione di un concorrente altrettanto efficiente – ad incidere in senso restrittivo sulla struttura e sulla contendibilità dei mercati di cui trattasi, con danno per i consumatori finali.

IX L'ELIMINAZIONE DELL'INFRAZIONE E LA RIMOZIONE DELLE CONSEGUENZE ANTICOMPETITIVE

286. L'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90 prevede che l'Autorità, ravvisata un'infrazione dell'articolo 3 della legge n. 287/90 fissi all'impresa interessata il termine per l'eliminazione dell'infrazione stessa.

Al riguardo, rispetto a comportamenti lesivi della concorrenza, l'Autorità può incidere con diffide che possono arrivare ad ingiungere specifici comportamenti diversi dalla mera cessazione dei comportamenti tramite i quali si è realizzata la condotta anticompetitiva⁹⁷, oltre che con sanzioni pecuniarie. Più chiaramente, funzione propria della diffida è quella di promuovere – oltre alla cessazione dell'infrazione eventualmente in corso – una rimozione delle conseguenze anticompetitive generate dall'illecito concorrenziale e tuttora in atto.

287. Nel caso di specie, affinché sia rimosso l'effetto di esclusione determinato dalla condotta di Coop Estense, appare strettamente necessario che siano ripristinate condizioni simili a quelle che si sarebbero potute riscontrare in assenza dell'infrazione, ovvero che siano rimossi gli ostacoli frapposti dall'operatore dominante all'uso di aree già nella disponibilità del concorrente ed idonee ad avviare attività commerciali che si sarebbero poste in concorrenza diretta con punti vendita di Coop. Solo in questo modo risulta possibile rimuovere gli effetti strutturali del comportamento di Coop Estense nei mercati rilevanti e consentire il dispiegarsi di un processo concorrenziale effettivo in tempi certi. Si ricorda in proposito che, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato⁹⁸, l'Autorità può incidere, nei confronti di accertate condotte anticoncorrenziali, con *"sanzioni pecuniarie e con le diffide, che, per poter ingiungere specifici comportamenti diversi dalla mera cessazione di quelli tramite cui è avvenuta la concertazione, devono però essere supportate da una adeguata motivazione e dalla valutazione della posizione di tutte le parti interessate"*. Secondo il giudice, quindi, è *"ammissibile che attraverso la diffida l'Autorità possa ingiungere misure di rimozione degli effetti"* del comportamento illecito, viene sottolineato che *"... in tali ipotesi, l'Autorità dovrà valutare la fattispecie concreta al suo esame, i riflessi della specifica diffida sulle posizioni di terzi e l'idoneità delle misure imposte sotto il profilo della ragionevolezza e della proporzionalità"*.

288. L'effettivo ripristino di condizioni concorrenziali può essere ricreato unicamente consentendo ai concorrenti di poter pienamente disporre per usi commerciali di un'area idonea all'insediamento del nuovo punto vendita, sia essa l'attuale comparto ex Consorzio o altra area che per caratteristiche di localizzazione, ampiezza e autorizzazioni, possa rappresentare un'alternativa credibile, sotto il profilo tecnico ed il ritorno economico. In particolare, come già ampiamente descritto in precedenza, per il comparto ex Consorzio il costante e continuo esercizio del potere di incidere sulle soluzioni pianificatorie dell'area di Modena da parte di Coop Estense si è tradotto in una opposizione *di diritto* e *di fatto*, anche attraverso condotte dilatorie all'avvio o alla prosecuzione delle trattative, all'elaborazione di un Piano condiviso, impedendo o ritardando lo sviluppo del comparto.

Per rimuovere l'infrazione occorre, pertanto, che Coop Estense, oltre ad astenersi dall'esercizio del suddetto potere di veto, si faccia promotrice di un processo di collaborazione con gli altri proprietari che consenta l'avvio di attività commerciali da parte del concorrente.

Il superamento della situazione di stallo venutasi a creare sull'area dell'ex Consorzio agrario di Modena a causa dell'opposizione di Coop Estense appare, inoltre, in grado di risolvere i dubbi dell'Amministrazione – sorti in ragione della persistente contrapposizione degli interessi dei proprietari – sulla reale necessità della modifica della destinazione d'uso dell'area al fine di consentirne il recupero e la riqualificazione.

In altri termini, eventuali scelte dell'Amministrazione comunale, volte a modificare la destinazione d'uso dell'area in questione, dovranno tenere in debita considerazione l'obbligo imposto dall'Autorità a Coop Estense – in termini di fattiva collaborazione tesa a consentire un rapido accesso al mercato alla società Esselunga –, evitando di vanificarne il contenuto.

L'Amministrazione comunale non potrà, quindi, che ponderare molto attentamente eventuali proprie decisioni che siano idonee a vanificare, o comunque attenuare, gli effetti degli obblighi imposti dall'Autorità a Coop Estense con la presente decisione.

X GRAVITÀ E DURATA

289. L'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90 prevede inoltre che l'Autorità, ravvisata un'infrazione dell'articolo 3 della legge n. 287/90, possa, nei casi di infrazioni gravi, disporre l'applicazione di una sanzione amministrativa

⁹⁷ [Cfr. Con. Stato, Sez. VI, (03-06-2004) n. 926.]

⁹⁸ [Cfr. Con. Stato, Sez. VI, (03-06-2004) n. 926, Cons. Stato, Sez. VI (06/11/2006) n. 6522 e TAR Lazio, Sez. I (11/09/2001) n. 7433.]

pecuniaria nella misura massima del dieci per cento del fatturato realizzato da ciascuna impresa responsabile dell'infrazione nell'ultimo esercizio, considerate la gravità e la durata delle stesse infrazioni.

290. Per quel che riguarda la gravità dell'abuso realizzato da Coop Estense, secondo la prassi dell'Autorità, conformemente all'orientamento comunitario, il suo apprezzamento è determinato da una pluralità di elementi quali la natura della condotta, l'importanza dell'impresa ed il contesto nel quale il comportamento è stato posto in essere.

A questo proposito, si rileva che i comportamenti posti in essere da Coop Estense – impresa di grandi dimensioni, con una forte reputazione di marchio e storicamente radicata nel territorio, nonché assolutamente consapevole della portata anticoncorrenziale delle proprie condotte – integrano un'unica fattispecie di abuso escludente continuata nel tempo. In particolare, la condotta di Coop Estense, in quanto idonea ad ostacolare o quanto meno fortemente ritardare l'ingresso o l'espansione nei mercati rilevanti di un concorrente altrettanto efficiente, costituisce, in conformità con gli orientamenti giurisprudenziali nazionali e comunitari, una violazione grave della disciplina a tutela della concorrenza, la quale, come già ampiamente motivato, ha altresì prodotto concreti effetti restrittivi sui mercati rilevanti, causando conseguentemente un pregiudizio ai consumatori in termini di maggiori prezzi e/o di minore scelta.

291. Quanto alla durata della condotta abusiva contestata, le risultanze istruttorie, come ampiamente descritto, attestano che la condotta è iniziata nel febbraio del 2001 (con l'acquisto parcella ex Fallimento Rizzi e l'esercizio del "potere di veto" sulle soluzioni pianificatorie dell'intero comparto), è continuata tra il 2004 e il 2008 attraverso condotte omissive e dilatorie (tese a procrastinare il raggiungimento di un accordo sul Piano a Modena); si è arricchita della vicenda di Vignola nel 2005 (con l'invio della lettera al Sindaco del Comune) e si è manifestata da ultimo nel 2009 (con la presentazione di un nuovo Piano da parte di Coop Estense, frutto di scelte autonome e non concordate che ha bloccato nuovamente il processo di autorizzazione del Piano di sviluppo dell'area di Modena; cfr. sezioni 00 e 00 più sopra).

XI LA QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

292. Una volta accertate la gravità e la durata delle infrazioni poste in essere da Coop Estense, ai fini dell'individuazione dei criteri di quantificazione, occorre tenere presente la Comunicazione della Commissione 2006/C 210/02 *"Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, par. 2, lettera a), del regolamento CE n. 1/2003"*.

Ai sensi dell'articolo 11 della legge n. 689/81, come richiamato dall'articolo 31 della legge n. 287/90, per la quantificazione della sanzione devono essere considerati la gravità della violazione, le condizioni economiche, il comportamento delle imprese coinvolte e le eventuali iniziative volte a eliminare o attenuare le conseguenze delle violazioni. Alla luce di tali criteri, si determinano gli importi delle sanzioni comminabili alle parti, prendendo anche in debita considerazione l'effettiva capacità economica delle parti di pregiudicare, in modo significativo, il gioco concorrenziale.

293. L'infrazione in esame, in quanto consistente in un ostacolo all'ingresso o all'espansione di un concorrente altrettanto efficiente al fine di salvaguardare la posizione di mercato dell'operatore dominante, si connota come una violazione grave ai sensi della disciplina *antitrust*. A riguardo, si richiamano, inoltre, le considerazioni già svolte in merito al fatto che Coop Estense è un operatore dominante, fortemente e storicamente radicato nel territorio anche in ragione della notorietà e forza del marchio, e quindi necessariamente consapevole della gravità delle politiche anticoncorrenziali da esso poste in essere, nonché in possesso di un fatturato complessivo particolarmente rilevante, pari nel 2009 a 1.138,9 milioni di euro.

294. Tenuto conto degli Orientamenti contenuti nella citata Comunicazione della Commissione per il calcolo delle ammende, per determinare l'importo base della sanzione si è preso a riferimento il valore delle vendite dei beni a cui l'infrazione si riferisce, ossia il fatturato realizzato da Coop Estense nel mercato dei supermercati nella Provincia di Modena⁹⁹, nell'ultimo anno intero in cui è avvenuta l'infrazione, che nel caso di specie è rappresentato dal 2009, pari a [omissis] milioni di euro.

295. A tale ammontare è stata applicata una percentuale pari al [0–5%] in ragione della gravità dell'infrazione. In tal modo, si è pervenuti ad una sanzione pari a [0–29,1] milioni di euro.

296. Tale importo base deve quindi moltiplicarsi per gli anni di durata dell'infrazione, che risultano pari a otto dal momento che, come sopra rilevato, la condotta di Coop Estense ha avuto inizio nel febbraio del 2001 e si è da ultimo manifestata nel 2009, con effetti che perdurano alla data del presente procedimento. In considerazione di quanto sopra, l'importo della sanzione, si individua quindi nella misura di [0–233,2] milioni di euro.

297. Nel caso di specie, in ragione della previsione di una diffida di carattere ripristinatorio, quale quella sopra indicata, tesa a ricreare le condizioni di un'entrata profittevole per un concorrente nei mercati rilevanti, che rappresenti un effettivo vincolo competitivo per l'operatore dominante, l'importo base della sanzione, determinato in [0–233,2] milioni di euro, è stato ulteriormente ridotto.

⁹⁹ [In tale contesto, rileva osservare che il fatturato realizzato nel mercato degli ipermercati è parte del fatturato realizzato nel più ampio mercato dei supermercati, poiché il mercato dei supermercati include tutti i punti vendita della grande distribuzione, compresi anche gli ipermercati.]

In particolare, l'imposizione di una diffida che ingiunge la rimozione degli effetti della condotta illecita determina, nel caso di specie, una riduzione dell'importo della sanzione del [omissis]% del valore iniziale. Riduzione dell'importo che è quindi strettamente collegata al contenuto della diffida descritta in precedenza.

298. In considerazione di quanto sopra, l'importo finale della sanzione è fissato nella misura di 4.664.896 euro, pari a circa [0-5%] del fatturato realizzato nel 2009 dalla società Coop Estense S.c. a r.l..

299. È facoltà della Parte presentare istanza di rateazione del pagamento della sanzione; l'Autorità nel valutare tale istanza, ai sensi dell'articolo 20 della legge n. 689/91, potrà tenere in considerazione la peculiare situazione dovuta ai recenti avvenimenti che hanno condotto alla dichiarazione dello stato di calamità naturale nel mercato geografico interessato.

Tutto ciò premesso e considerato;

DELIBERA

a) che la società Coop Estense S.c. a r.l. ha posto in essere un abuso di posizione dominante in violazione dell'articolo 3 della legge n. 287/90, consistente in un'unica strategia escludente continuata nel tempo ed articolata in comportamenti tesi ad ostacolare, o quanto meno fortemente ritardare, l'uso a fini commerciali di aree già nella disponibilità del concorrente, anche intervenendo in procedure amministrative in fase avanzata per il rilascio delle relative autorizzazioni;

b) che la società Coop Estense S.c. a r.l. ponga fine agli effetti dell'infrazione contestata e si astenga in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata al punto precedente;

c) che la società Coop Estense si astenga dall'esercitare il proprio potere di veto sulle scelte pianificatorie dell'area ex Consorzio agrario del Comune di Modena, promuovendo un processo di collaborazione che conduca, entro e non oltre sei mesi dalla notifica del presente provvedimento, alla formulazione di un Piano condiviso che consenta il recupero e la riqualificazione urbana del comparto e, conseguentemente, l'avvio di attività commerciali da parte del concorrente, fornendo nei medesimi termini opportuna informativa all'Autorità delle attività in tal senso svolte;

d) di irrogare, in ragione della gravità e durata delle infrazioni di cui al punto a) e della diffida ripristinatoria di cui al punto c), alla società Coop Estense S.c. a r.l. una sanzione amministrativa pecuniaria complessiva pari a 4.664.896 € (quattromilioniseicentosessantaquattromilaottocentonovantasei euro).

La sanzione amministrativa di cui alla precedente lettera d) deve essere pagata entro il termine di novanta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando l'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997. Tale modello può essere presentato in formato cartaceo presso gli sportelli delle banche, di Poste Italiane S.p.A. e degli Agenti della Riscossione. In alternativa, il modello può essere presentato telematicamente, con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di *home-banking* e CBI messi a disposizione dalle banche o da Poste Italiane S.p.A., ovvero utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle Entrate, disponibili sul sito *internet www.agenziaentrate.gov.it*.

Ai sensi dell'articolo 37, comma 49, del decreto-legge n. 223/2006, i soggetti titolari di partita IVA, sono obbligati a presentare il modello F24 con modalità telematiche.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore ad un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Degli avvenuti pagamenti deve essere data immediata comunicazione all'Autorità, attraverso l'invio di copia del modello attestante il versamento effettuato.

Ai sensi dell'articolo 26 della medesima legge, le imprese che si trovano in condizioni economiche disagiate possono richiedere il pagamento rateale della sanzione.

Il presente provvedimento verrà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Dispone, altresì, che il presente provvedimento sia inviato per conoscenza al Comune di Modena.

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 notificazione del provvedimento stesso, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente

della Repubblica, ai sensi dell'articolo 8, comma 2, 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 SEGRETARIO GENERALE

Roberto Chieppa

IL PRESIDENTE

Giovanni Pitruzzella