

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;

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

VISTO il proprio provvedimento del 23 febbraio 2011, con il quale è stata avviata un'istruttoria, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, per presunta violazione dell'articolo 3 della legge 287/90, nei confronti della società Unicoop Tirreno Società Cooperativa a r.l., con riferimento alla strategia posta in essere dalla stessa, volta ad ostacolare l'accesso di Esselunga nella grande distribuzione moderna, in particolare nei mercati degli ipermercati e dei supermercati nella provincia di Livorno;

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 della 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;

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

VISTE le memorie conclusive delle parti, pervenute in data 19 e 20 marzo 2012;

SENTITI in audizione finale, in data 27 marzo 2012, i rappresentanti delle società Unicoop Tirreno S.c. a r.l e Esselunga S.p.A.;

VISTA la propria delibera del 9 maggio 2012, con la quale è stato differito al 15 giugno 2012 il termine di conclusione del procedimento, allo scopo di valutare compiutamente gli elementi del procedimento;

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

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. Esselunga S.p.A. (di seguito, 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 consumo, attraverso una rete di ipermercati e supermercati di media e grande dimensione situati nel Nord Italia ed in Toscana ed aventi insegna "Esselunga". La società è altresì attiva nella produzione di alcuni 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. Il fatturato consolidato realizzato da Esselunga nel 2010 è stato pari a 6,3 miliardi di euro.

2. Unicoop Tirreno Società Cooperativa a r.l. (di seguito, Unicoop Tirreno), è una società cooperativa con sede a Vignale Riotorto (LI) che opera nel settore della distribuzione commerciale al dettaglio di prodotti alimentari e di altri beni di largo consumo. Unicoop Tirreno gestisce direttamente o tramite società controllate il canale dei punti vendita ad insegna "InCoop", "Coop" e "IperCoop" in alcune province della Toscana (Livorno, Lucca, Massa Carrara e Grosseto), del Lazio, dell'Umbria e della Campania.

Essa è una delle 9 grandi cooperative di consumo del sistema Coop e come tale aderisce all'Associazione Nazionale Cooperative di Consumatori della Lega delle Cooperative, al consorzio cooperativo Coop Italia e al distretto Tirrenico,

insieme a Unicoop Firenze. Unicoop Tirreno è attualmente l'unico operatore aderente al suddetto distretto a svolgere attività nella provincia di Livorno. Il fatturato consolidato realizzato da Unicoop Tirreno nel 2010 è stato pari a 1,2 miliardi di euro.

II. IL PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO

3. In data 27 ottobre 2010 è pervenuta all'Autorità una segnalazione da parte di ESSELUNGA, integrata in data 14 dicembre 2010, relativa a presunte condotte abusive poste in essere da Unicoop Tirreno per il tramite della società Levante S.r.l. (di seguito, Levante), appositamente costituita con Unicoop Firenze Società Cooperativa a r.l. (di seguito, Unicoop Firenze), per ostacolare l'ingresso di Esselunga nella distribuzione moderna di prodotti alimentari a Livorno, frapponendosi all'acquisto da parte del segnalante dell'unico terreno ancora disponibile per l'apertura di un ipermercato nel Comune di Livorno.

4. In data 23 febbraio 2011, l'Autorità ha avviato, ai sensi degli artt. 3 e 14 della legge n. 287/90, un procedimento istruttorio nei confronti della società Unicoop Tirreno al fine di verificare l'attuazione, da parte della stessa, di una strategia volta ad impedire l'ingresso di un concorrente nel mercato dei supermercati e degli ipermercati della provincia di Livorno.

5. In data 2 marzo 2011 sono stati svolti accertamenti ispettivi presso le sedi delle società Unicoop Tirreno, Unicoop Firenze, Coop Italia Soc. Coop., Le Ninfee S.r.l. e Cesare Fremura S.r.l..

Nel corso di tali accertamenti è stata acquisita ampia documentazione relativa all'oggetto del presente procedimento.

6. Sono stati sentiti in audizione i seguenti soggetti: le società Le Ninfee (in data 11 aprile 2011), Unicoop Tirreno (in data 12 maggio 2011), Esselunga (in data 13 giugno 2011) ed il Comune di Livorno (in data 14 ottobre 2011).

7. 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 della complessità della documentazione acquisita in sede istruttoria e della necessità di assicurare alla parte un congruo termine per l'esercizio dei diritti di difesa.

8. In data 13 febbraio 2012 è stata inviata alle parti la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie.

9. Le Parti hanno presentato le loro memorie conclusive in data 19 e 20 marzo

2012. Le Parti sono state sentite in audizione finale davanti al Collegio in data 27 marzo 2012.

10. In data 9 maggio 2012 è stato prorogato il termine di chiusura del procedimento alla data del 15 giugno 2012, allo scopo di valutare compiutamente gli elementi del procedimento.

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

III. CENNI AL QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO

III.1 LA NORMATIVA REGIONALE E QUELLA VIGENTE NEL COMUNE DI LIVORNO

12. In linea con il Decreto Legislativo 31 marzo 1998, n. 114, *“Riforma della disciplina relativa al settore del commercio, a norma dell’articolo 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59”* (cosiddetta Legge Bersani)¹, la normativa che regola l’esercizio del commercio in sede fissa nella regione Toscana² stabilisce che nei comuni con popolazione residente superiore a 10.000 abitanti, inseriti nelle aree commerciali metropolitane Firenze-Pistoia-Prato e Livorno-Pisa, le medie strutture abbiano superficie di vendita fino a 2.500 metri quadrati. Il comune può prevedere limitazioni dimensionali inferiori alle precedenti, in relazione ad esigenze di tutela dello stato dei luoghi o di aree di particolare interesse³.

13. L’art. 11 del Regolamento di attuazione della Legge Regionale n. 28 del 7 febbraio 2005 ha introdotto tra le strutture di vendita la nuova tipologia delle *“strutture in forma aggregata”*, nella quale si sommano tra loro le superfici di vendita di medie e grandi strutture che si trovino ad una distanza inferiore a 120 metri. In base a tale norma, in sostanza, una media struttura deve essere considerata, ai fini autorizzatori, come grande struttura di vendita e quindi è sottoposta alla procedura mediante Conferenza dei servizi e, soprattutto, è

¹ La legge Bersani stabilisce i principi e le norme generali sull’esercizio dell’attività commerciale e definisce, tra gli altri, la distinzione tra medie e grandi strutture di vendita.

² Cfr. Decreto del Presidente della Giunta Regionale 1 aprile 2009, n. 15/R (1). Regolamento di attuazione della legge regionale 7 febbraio 2005, n. 28 (Codice del commercio. Testo Unico in materia di commercio in sede fissa, su aree pubbliche, somministrazione di alimenti e bevande, vendita di stampa quotidiana e periodica e distribuzione di carburanti) entrato in vigore il 21 aprile 2009.

³ Art. 8, comma 3, Decreto del Presidente della Giunta Regionale del 1° aprile 2009, n. 15/R (1).

subordinata all'esistenza nel bacino di sufficiente superficie di vendita autorizzabile per grandi strutture (SVAG), se si trova ad una distanza inferiore a 120 metri da una grande struttura o anche da un'altra media struttura. (doc. 3.126). È importante notare la deroga in virtù della quale, fino ad un anno dall'entrata in vigore del suddetto Regolamento (i.e. entro il 21 aprile 2010, n.d.r), la distanza di 120 metri lineari era ridotta a 60 metri lineari⁴.

14. La programmazione delle grandi strutture di vendita è realizzata attraverso la quantificazione della SVAG, definita dalla Giunta Regionale con propria deliberazione, relativamente ai due settori merceologici, alimentare e non alimentare⁵. La SVAG ha durata triennale. La Giunta Regionale, sulla base di monitoraggi effettuati nel corso del periodo di validità, può deliberare eventuali rimodulazioni della SVAG⁶. L'attuale SVAG è scaduta il 31 dicembre 2010 e la giunta regionale ne avrebbe dovuto approvare la nuova previsione entro la fine del 2011 (doc. 3.105)⁷.

15. Il rilascio dell'autorizzazione all'insediamento di grandi strutture di vendita è subordinato principalmente alla sussistenza delle seguenti condizioni: 1) parere comunale di conformità urbanistica; 2) disponibilità di SVAG; 3) disponibilità di aree per le quali gli strumenti urbanistici comunali prevedano una destinazione specifica per la grande distribuzione.

16. Ai fini della programmazione delle grandi strutture di vendita, il Comune di Livorno è inserito nella classe dei comuni nei quali possono essere insediate tutte le tipologie di grandi strutture di vendita (strutture con superficie di vendita superiore a 10.000 metri quadrati e fino a 15.000 metri quadrati).

17. A partire dal 2000, il Comune di Livorno ha stabilito che per le nuove autorizzazioni di medie strutture la superficie massima autorizzabile è pari a 800 metri quadrati nel settore alimentare⁸.

⁴ Art. 11, comma 10

⁵ Art. 14, comma 5.

⁶ La SVAG è articolata in relazione a tre aree: a) la Toscana centrale; b) la Toscana della costa, comprendente i territori dei comuni appartenenti alle province di Livorno, Lucca, Massa-Carrara e Pisa; c) la Toscana interna e meridionale. Una quota del 30 per cento della SVAG è riservata agli ampliamenti, effettuati una sola volta e fino al 30 per cento della superficie di vendita originaria, di grandi strutture attive da almeno tre anni.

⁷ Ad inizio giugno 2011, nell'area della Toscana della Costa, era ancora disponibile SVAG sia per l'avvio di nuove attività alimentari (5.212 metri quadrati) sia per ampliamenti di strutture alimentari esistenti, fino al 30% della superficie originaria (3.570 metri quadrati). Per quanto riguarda la categoria merceologica "non alimentare" era ancora disponibile SVAG per ampliamenti (8.240 metri quadrati) ma non per nuove aperture.

⁸ Cfr. Delibera del consiglio comunale n. 77 dell'8 maggio 2000. Ulteriori limiti sono fissati a 1.500 metri quadrati per i punti vendita nel settore non alimentare e analogamente a 1.500 metri quadrati nel settore misto, fermo restando il limite alimentare di 800 metri quadrati. Le stesse identiche limitazioni sono state poi confermate con la Variante al Regolamento Urbanistico, "*Modifica art. 53 Norme Transitorie*" dell'ottobre 2009.

III.2 LE DISPOSIZIONI IN MATERIA COMMERCIALE NEI COMUNI LIMITROFI AL COMUNE DI LIVORNO

18. La Provincia di Livorno è composta da venti Comuni, di cui otto situati sull'isola d'Elba⁹. Nel suo ambito i principali Comuni per numero di abitanti sono: Livorno (con più di 150.000 abitanti), Rosignano Marittimo (32.389), Piombino (34.921), Cecina (28.370) e Collesalveti (16.744). Gli unici due Comuni territorialmente limitrofi a quello di Livorno sono i Comuni di Collesalveti e di Rosignano Marittimo.

19. Sebbene la normativa preveda che nel Comune di Collesalveti possano essere insediate tutte le tipologie di grandi strutture con superficie di vendita compresa tra 5.000 e i 10.000 metri quadrati¹⁰, non vi era, alla data del 25 novembre 2011, nessuna area disponibile per l'insediamento di una struttura di tale tipologia (doc. 3.129). Inoltre le medie strutture, che possono avere una superficie di vendita fino a 2.500 metri quadrati, non prevedono limitazioni per la parte alimentare¹¹. Al momento è ammessa la realizzazione di medie strutture di vendita solo in due specifici ambiti territoriali ma fino ad ora non vi è stata alcuna manifestazione di interesse (doc. 3.133)¹².

⁹ I comuni sono: Piombino, Rosignano Marittimo, Cecina, Collesalveti, Campiglia Marittima, Portoferraio, Castagneto Carducci, San Vincenzo, Campo nell'Elba, Porto Azzurro, Capoliveri, Bibbona, Suvereto, Rio Marina, Marciana, Marciana Marina, Rio nell'Elba, Sassetta, Capraia Isola.

¹⁰ Il Comune di Collesalveti, avendo una popolazione residente di circa 16.500 unità, è inserito nella classe dei comuni compresa tra 10.000 e 50.000 abitanti, per cui nel suo territorio possono essere insediate tutte le tipologie di grandi strutture di vendita di cui all'articolo 12 del DPGR 1 aprile 2009, n. 15/R ad eccezione della tipologia A (struttura con superficie di vendita superiore a 10.000 metri quadrati e fino a 15.000 metri quadrati) (art. 14, comma 2, lettera b)

¹¹ In virtù dell'art. 8, comma 2, del Decreto del Presidente della Giunta Regionale del 1° aprile 2009, n. 15/R (1), nei comuni con popolazione residente superiore a 10.000 abitanti, inseriti nelle aree commerciali metropolitane Firenze-Pistoia-Prato e Livorno-Pisa, individuate nell'allegato B al presente regolamento, le medie strutture hanno superficie di vendita fino a 2.500 metri quadrati. Il Comune di Collesalveti disciplina la materia in oggetto attraverso la propria strumentazione urbanistica, che conformemente al dettato normativo regionale di settore, consta in uno strumento di pianificazione strategica denominato Piano Strutturale (adottato con Delibera di C.C. n. 103 del 26 aprile 2004, approvato con Delibera di C.C. n. 176 del 28 novembre 2005 pubblicato sul BURT n. 51 del 21 dicembre 2005) e di un atto di pianificazione attuativo ed effettivamente conformativo del regime dei suoli denominato Regolamento Urbanistico (adottato con Delibera di C.C. n. 81 del 5 agosto 2008, approvato con Delibera di C.C. n. 20 dell'8 aprile 2009 e pubblicato sul BURT n. 15 del 15 aprile 2009 con approvazione definitiva il 29 settembre 2009 Delibera di C.C. n. 90).

¹² Tali previsioni sono in vigore dal settembre 2009. Le due aree sono situate entrambe in località «La Chiusa»: 1) la «Cittadella Commerciale», dove sarebbe teoricamente possibile la realizzazione di strutture commerciali fino a 10.000 metri quadrati di superficie di vendita; 2) «L'Aquilone» che pure consentirebbe la realizzazione di strutture commerciali fino a 5.000 metri quadrati di superficie di vendita. Secondo quanto dichiarato dallo stesso Comune, il mancato sviluppo di tali centri commerciali è riconducibile ad una serie di circostanze quali la complessità dell'iter tecnico-amministrativo per la realizzazione e l'eventuale insediamento delle strutture commerciali, l'insufficienza della domanda, nonché una limitata convenienza alla loro realizzazione derivante

20. Il Comune di Rosignano Marittimo rientra nella classe dei comuni in cui possono essere realizzate sia strutture con superficie di vendita inferiore a 5.000 metri quadrati sia strutture con superficie compresa tra 5.000 e 10.000 metri quadrati. Allo stato attuale non risultano tuttavia previsti nuovi insediamenti di medie strutture di vendita del settore alimentare, che comunque non possono avere superficie superiore a 1.500 metri quadrati¹³.

IV. LE RISULTANZE ISTRUTTORIE

IV.1 I MERCATI INTERESSATI E LE CONDIZIONI DI ACCESSO

21. Il settore interessato è quello della distribuzione moderna di prodotti alimentari e non alimentari di largo e generale consumo nella Provincia di Livorno.

22. Nel 2011, nel Comune di Livorno si concentra circa il 40% della superficie di vendita complessiva di tutta la provincia. Con riferimento al fatturato generato dai punti vendita attivi nella Provincia di Livorno, gli esercizi localizzati nel Comune capoluogo concorrono per una quota significativa. Nel 2011, infatti, il 48% circa del fatturato degli ipermercati attivi nella Provincia era realizzato in tale Comune mentre per i supermercati la quota è stata del 37% circa. I dati evidenziano che, rispetto al 2001, si registra una significativa crescita del peso del Comune di Livorno nel mercato degli ipermercati (31%) e una sostanziale stabilità in quello dei supermercati (38%)¹⁴.

23. L'Amministrazione Comunale di Livorno aveva individuato fin dal 1999 tre aree in cui potevano essere insediate le strutture della grande distribuzione: Porta a Terra, Porta a Mare e Nuovo Centro¹⁵.

24. Il terreno dell'area Nuovo Centro divenne proprietà della famiglia Fremura in data 30 giugno 2008, a seguito di un accordo con il Comune di Livorno per

dalla consistenza delle opere ed infrastrutture pubbliche richieste a compensazione da parte dell'Amministrazione Comunale. (doc. 3.129).

¹³ In presenza di richieste da parte di privati dovrà essere attivata la procedura di variante urbanistica al R.U. con i tempi e le modalità previste dalle leggi vigenti in materia (Leggi Regione Toscana n. 10/10 e 1/05).

¹⁴ Elaborazioni su dati Nielsen (gennaio 2001 e gennaio 2011).

¹⁵ A partire dal 1999, anno in cui fu emanato il Regolamento urbanistico erano ben individuate ed individuabili le aree sulle quali si poteva esercitare attività commerciale e per quali dimensioni dell'area di vendita (doc. 3.123).

regolare in maniera transattiva un contenzioso¹⁶ tra lo stesso Comune e alcuni membri della suddetta famiglia¹⁷.

25. I terreni dell'area Nuovo Centro, originariamente di proprietà di tre persone fisiche della famiglia Fremura, sono stati ceduti a titolo oneroso progressivamente alla società Le Ninfee S.r.l., impresa appositamente costituita da alcuni membri della stessa famiglia nel luglio 2008¹⁸. Solo nei primi mesi del 2010 la società è entrata nella piena disponibilità di tutti i terreni dell'area (doc. 3.92)¹⁹.

26. La società Le Ninfee, anche in ragione delle esigenze dei soggetti interessati

¹⁶ Più precisamente in luogo del pagamento degli oneri dovuti dal Comune per un'operazione di esproprio di terreni avvenuta nel 1982, giudicata illegittima all'esito di un contenzioso chiuso nel 2001. Come precisato dai rappresentanti del Comune di Livorno: *"Si è trattato propriamente di una permuta tra due aree. La famiglia Fremura era proprietaria, infatti, di un'area nel Comune di Livorno che lo stesso aveva individuato negli anni Ottanta come area destinata alla realizzazione di PEEP (Piani Edilizia Economica e Popolare) e dunque area sottoposta ad esproprio. A seguito di un contenzioso intrapreso dalla famiglia Fremura in merito alla procedura di esproprio, l'atto del Comune venne annullato e riconosciuto un valore di esproprio all'area di 46 milioni di euro, stabilito dalla Corte d'Appello. La nuova normativa regionale riconosceva la possibilità di risolvere in maniera transattiva contenziosi ed espropri non solo con indennizzi monetari ma anche con permuta di terreni edificabili"* (doc. 3.123).

¹⁷ Nel 2007, l'Amministrazione comunale decise, infatti, di permutare un'area di proprietà della famiglia Fremura a Livorno con una parte dell'area Nuovo Centro, parte che rappresentava circa un quarto dell'intera superficie. A fronte di tale permuta, nel 2008 il Comune emanò anche un piano attuativo per l'area Nuovo Centro, che regolava nel dettaglio la destinazione commerciale e non nell'area. Infatti, nell'area Nuovo Centro erano previsti, oltre ad insediamenti di natura commerciale, anche una serie di interventi urbanistici di natura residenziale, industriale e di servizi comunali. Come precisato dai rappresentanti del Comune di Livorno *"l'interesse economico di tale progetto non poteva essere circoscritto alla sola valorizzazione dell'area destinata ad attività commerciale (ceduta come noto a Unicoop Tirreno) ma anche a tutte le altre strutture urbanistiche che potranno sorgere nell'area tra cui edilizia privata, centri direzionali e altre opere anche di interesse pubblico (deposito per l'azienda di trasporti pubblici locali) [...]. Quanto alla tempistica, i vincoli sono essenzialmente connessi alle durata del Piano Attuativo, che ha durata decennale e che può, comunque, essere rinnovato per le parti non ancora attuate ove non si introducano varianti al piano originario, e alla durata delle licenze edilizie che sono rinnovabili su base triennale"* (doc. 3.122).

¹⁸ La società Le Ninfee S.r.l. è stata costituita il 25 luglio 2008. Come dichiarato infatti dalla dott.ssa Antonella Boccardo, amministratore unico della società: *"Le Ninfee è una delle sei società che la famiglia Fremura ha appositamente costituito nell'estate del 2008 ai fini della cessione dei terreni siti nell'area Nuovo Centro. In particolare, Le Ninfee, che è partecipata esclusivamente da persone fisiche appartenenti alla famiglia Fremura, non aveva, di fatto, altra finalità operativa se non la gestione dell'area Nuovo Centro di proprietà della famiglia e la realizzazione di tutte le operazioni di carattere amministrativo funzionali alla vendita dei beni immobiliari relativi a detta area. Le Ninfee ha cioè agito come "braccio operativo" della famiglia Fremura"* (doc. 3.92).

¹⁹ Sulla base del sistema perequativo in vigore nel Comune, al fine di poter realizzare gli interventi di cui sopra, la famiglia Fremura ha dovuto acquistare ulteriori superfici edificabili facenti parte dell'area Nuovo Centro, che rappresentavano circa la metà dell'area stessa (doc. 3.123). La necessità di disporre di vaste aree al fine di poter realizzare insediamenti commerciali è stata confermata anche dai rappresentanti del Comune di Livorno *"La gestione delle superfici edificabili risponde ad un meccanismo perequativo sulla base del quale l'indice di edificabilità è uguale per tutte le destinazioni d'uso. Ovvero, è previsto un rapporto costante tra aree da destinare ad attività commerciali, aree verdi, terziario, etc. Pertanto, per edificare una grande struttura di vendita è necessario avere la proprietà non solo dell'area di pertinenza dell'intervento ma di un'area più ampia sufficientemente grande da soddisfare l'indice previsto"* (doc. 3.122).

all'area, che ne subordinavano l'acquisto alla disponibilità delle relative autorizzazioni commerciali²⁰, si è fatta promotrice delle richieste di autorizzazioni commerciali e non sull'area, per la costruzione e realizzazione di un immobile destinato ad accogliere un centro commerciale.

27. Il processo di rilascio delle autorizzazioni si è concluso nell'aprile 2010. Attualmente, la parte del Nuovo Centro destinata al commercio (il cosiddetto "Macrolotto COM") è un'area con una superficie lorda di pavimentazione (SLP) di 41.000 metri quadrati e una superficie di vendita di 16.000 metri quadrati, a sua volta suddivisa in tre lotti distinti. In particolare, le autorizzazioni nell'area sono distribuite come segue: i) un ipermercato alimentare di 2.550 metri quadrati di superficie di vendita che configura una grande struttura di vendita (il lotto "COM 5370")²¹; ii) un centro commerciale del settore non alimentare di 10.430 metri quadrati di superficie di vendita (i cinque lotti centrali)²²; iii) un megastore del settore non alimentare di 2.497 metri quadrati di superficie di vendita (il lotto "COM 6630")²³. Le autorizzazioni rilasciate dal Comune a Le Ninfee sono state tutte successivamente intestate all'impresa comune Levante²⁴ all'atto dell'acquisto dell'area Nuovo Centro.

IV.2 LE TRATTATIVE PER L'ACQUISTO DELL'AREA DEL NUOVO CENTRO

a) Le trattative fino alla fine del 2009

28. Vista la scarsità di aree disponibili a Livorno per l'insediamento di grandi

²⁰ Come precisato da Unicoop Tirreno nella memoria del 2 novembre 2011, le autorizzazioni rilasciate alla società Le Ninfee e poi volturate alla società Levante sono mere autorizzazioni alla realizzazione complessiva di centri commerciali e non già autorizzazioni specifiche all'esercizio dei singoli esercizi che lo compongono. Tali autorizzazioni sono state rilasciate alla società Le Ninfee in qualità di promotore unico e come tali sono state volturate a Levante. Ad oggi non è stato richiesto il rilascio delle autorizzazioni per i singoli esercizi commerciali previsti all'interno di ciascuno dei centri commerciali dell'area Nuovo Centro (doc. 3.126).

²¹ Così come definito a seguito della delibera della Giunta Comunale di Livorno n. 382 del 23 ottobre 2009. L'autorizzazione alla costruzione e all'avvio di attività commerciale è stata rilasciata in data 8 aprile 2010, autorizzazione n. 13249 per complessivi 2.548 metri quadrati.

²² Con riguardo alla struttura non alimentare più grande (i cinque lotti centrali), Le Ninfee aveva inizialmente richiesto l'autorizzazione per una superficie di vendita di 14.994 metri quadrati. La Conferenza dei Servizi, pur avendo espresso parere favorevole, ne ha però ridotto la superficie di vendita a 10.430 metri quadrati, per incapienza di SVAG disponibile (doc. 3.92). Il permesso di costruire è stato rilasciato in data 18 marzo 2010 e l'autorizzazione all'esercizio in data 21 ottobre 2009.

²³ Così come definito a seguito della delibera della Giunta Comunale di Livorno n. 382 del 23 ottobre 2009.

²⁴ La società Levante S.r.l. è stata costituita in data 8 gennaio 2010 da Unicoop Tirreno (tramite la società controllata Il Paduletto S.r.l.) e Unicoop Firenze con una partecipazione paritaria.

strutture commerciali, vari soggetti erano interessati all'acquisto dell'area Nuovo Centro. Come dichiarato infatti dall'Amministratore Unico della società Le Ninfee nel corso dell'audizione: *“Diverse catene della GDO erano interessate all'area di proprietà della famiglia Fremura nel Nuovo Centro. Tali manifestazioni di interesse sono pervenute a Fremura sin dal 2008. Ovviamente erano interessate principalmente alla realizzazione di attività commerciali alimentari”* (doc. 3.92). Al riguardo, l'Amministratore Unico ha anche precisato che *“Tutti gli interessati sapevano che Le Ninfee era in contatto con varie controparti ma non avevano conoscenza dei termini esatti dell'offerta presentata dagli altri”* (doc. 3.92).

29. Unicoop Tirreno ha avuto i primi contatti con il Gruppo Fremura nel corso del 2007-2008. Gli incontri erano finalizzati a valutare la realizzabilità nel Nuovo Centro di un supermercato di circa 2.500 metri quadrati di area di vendita al fine di trasferirvi l'attuale supermercato Coop “La Rosa”. Tuttavia, il Gruppo Fremura aveva, sin d'allora, manifestato l'interesse a cedere l'intero complesso immobiliare che doveva sorgere nel Nuovo Centro (il Macrolotto di 41.000 metri quadrati) e non singole parti di esso. La trattativa tra Unicoop Tirreno e il Gruppo Fremura fu, quindi, temporaneamente sospesa a causa dell'elevato prezzo richiesto dal venditore in relazione all'intera area (doc. 3.80).

30. Esselunga ha dichiarato di aver avviato le trattative con il Gruppo Fremura a fine giugno 2008²⁵, una volta venuta meno la possibilità di realizzare sull'area dell'ex Concessionaria Fiat una struttura di vendita di media dimensione (doc. 3.107 all. 1). In data 21 luglio 2008 si tenne a Livorno un primo incontro tra la famiglia Fremura, alcuni dirigenti di Esselunga e l'impresa Airaudò, interessata alla realizzazione degli immobili nell'area del Nuovo Centro. Successivamente Esselunga proseguì in autonomia le trattative. Il 13 ottobre 2008, nel corso di un nuovo incontro, Esselunga confermò il proprio interesse ad acquistare una porzione dell'area del Nuovo Centro dove poter costruire l'ipermercato alimentare di 2.550 metri quadrati (doc. 3.118).

31. Ad inizio 2009, Esselunga presentò all'amministratore unico di Le Ninfee una proposta di compromesso avente ad oggetto una porzione di area del Nuovo Centro dotata di 7.000 metri quadrati di superficie lorda di pavimentazione per la realizzazione di un ipermercato di 2.550 metri quadrati. Per tale area

²⁵ docc. 3.83 all. D 3 e 3.118

Esselunga sarebbe stata disposta ad offrire una somma di [omissis]* (doc. 3.118). Secondo quanto dichiarato da Esselunga, in data 16 dicembre 2009, essa avrebbe infine formulato una proposta di compromesso di acquisto per l'intera area a destinazione commerciale del Nuovo Centro ad un prezzo pari a [omissis] milioni di euro, e rogito da stipulare entro il [omissis] (docc. 3.107 e 3.118).

32. Come dichiarato dall'amministratore unico di Le Ninfee nel corso dell'audizione: *"A fine 2009 le proposte potenzialmente valide erano quelle di Unicoop Tirreno e Coop Firenze, per il tramite di Levante, di Esselunga e del Gruppo Airaudò, quest'ultimo presentatosi inizialmente insieme ad Esselunga, ha poi condotto in autonomia le trattative"* (doc. 3.92).

33. Quanto alla proposta di Esselunga la dott.ssa Boccardo, che in qualità di amministratore unico della società Le Ninfee ha condotto le trattative per conto della Famiglia Fremura, nel corso dell'audizione dell'11 aprile 2011, ha affermato però che essa *"aveva alcune criticità importanti in quanto subordinava l'acquisto del terreno a certe condizioni. In particolare, voleva che fossero apportate modifiche relativamente all'area sulla quale avrebbe dovuto sorgere l'attività alimentare (spostare il punto vendita alimentare dal lotto relativo ai 5 mila SLP a quello dei 7 mila limitrofa) ma per la quale invece Le Ninfee aveva già richiesto le necessarie autorizzazioni con conseguente dilazione dei tempi e incertezza dell'esito di ottenimento delle autorizzazioni"*.

34. Relativamente alla tempistica della trattativa, l'amministratore di Le Ninfee ha dichiarato che *"Le Ninfee aveva interesse a concludere l'operazione in tempi rapidi anche in ragione del fatto che il nuovo regolamento del commercio della Regione Toscana (del 2009) imponeva che i centri commerciali non potessero avere distanza inferiore ai 60 metri gli uni dagli altri e che solo per il primo anno tale limite potesse essere derogato"* (doc. 3.92).

35. Per quanto riguarda le altre offerte, l'amministratore di Le Ninfee ha, infine, dichiarato che quella del Gruppo Airaudò che *"era inizialmente di 29,7 milioni [...] si sarebbe realizzata non attraverso la cessione dei beni immobili e delle relative licenze ma tramite cessione delle quote di Le Ninfee, proprietaria dell'area"*. L'offerta fu scartata visto che il meccanismo proposto avrebbe potuto, a giudizio del Gruppo Fremura, comportare dei rischi fiscali/sanzioni anche elevati dato il valore della transazione. L'offerta di Airaudò inoltre,

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

nonostante prevedesse un corrispettivo più elevato rispetto a quella di Unicoop Tirreno, prevedeva il pagamento con una tempistica diversa e più dilazionata (doc. 3.92).

b) La conclusione delle trattative (2010)

36. Alla fine del 2009 la possibilità dell'acquisizione dell'area Nuovo Centro era all'ordine del giorno nel consiglio di sorveglianza di Unicoop Firenze. Dal verbale della riunione del 17 dicembre 2009 si legge, infatti, che questo viene informato di *“un’iniziativa di collaborazione, a breve, per l’acquisizione di una vasta area edificabile, il cui costo si aggirerebbe attorno a [25-30] milioni di euro, che la Unicoop Tirreno sta trattando da tempo con i proprietari”* (doc. 1.51)²⁶.

37. Tra novembre e dicembre 2009, Unicoop Firenze si interessò quindi all'analisi preliminare di alcune ipotesi economiche relative all'acquisto del Nuovo Centro (doc. 1.20). Ai fini della trattativa con il Gruppo Fremura, l'8 gennaio 2010 venne costituita l'impresa comune Levante controllata pariteticamente da Unicoop Tirreno e Unicoop Firenze (docc. 1.19 e 3.80 all. 4).

38. Il 3 marzo 2010 Le Ninfee firmò il contratto preliminare con la società Levante, contratto subordinato all'avveramento delle condizioni sospensive relative alle autorizzazioni amministrative (rilascio delle autorizzazioni commerciali per una superficie di vendita non alimentare di metri quadrati 10.430, per una superficie di vendita alimentare di metri quadrati 2.548 e per una superficie di vendita non alimentare di metri quadrati 2.497). Le condizioni sospensive si sarebbero dovute avverare entro il 20 aprile 2010, ad eccezione dell'ultima per la quale il termine era il 10 aprile 2010. Il corrispettivo veniva convenuto in 26 milioni di euro più IVA (doc. 3.80, allegato 13).

Quanto all'offerta dell'impresa comune Levante, è stato chiarito nel corso dell'audizione con Le Ninfee che *“l’offerta iniziale era pari a 26 milioni senza altre condizioni se non l’acquisizione delle autorizzazioni. Su tali basi è stato stipulato un contratto preliminare nel marzo 2010”* (doc. 3.92, sottolineatura aggiunta). Tuttavia, nel rogito era previsto che Le Ninfee garantisse, tra l'altro, che le Norme Tecniche di Attuazione del Piano Particolareggiato non

²⁶ Unicoop Firenze era consapevole dell'impatto negativo che l'acquisto dell'area da parte di società concorrenti avrebbe potuto produrre (doc. 1.47).

consentissero nelle altre aree del Nuovo Centro l'insediamento (anche per trasferimento) di altre medie e/o grandi strutture di vendita per generi alimentari o miste (e quindi anche alimentari). In caso di inadempimento alle obbligazioni di stipula del rogito, la parte adempiente avrebbe avuto la facoltà di chiedere all'altra parte il pagamento di una penale pari a 10 milioni di euro.

39. Il giorno 11 marzo 2010, quindi successivamente alla stipula del contratto preliminare tra Le Ninfee e Levante, il progettista del Gruppo Fremura per il Nuovo Centro²⁷ inviava ad Esselunga le tavole più significative del progetto presentato per il centro commerciale non alimentare da realizzarsi nel Nuovo Centro (doc. 3.113 all. D5).

40. In data 8 aprile 2010 vi fu un incontro tra il Cav. Marcello Fremura, presidente del Consiglio di Amministrazione della Fremura Group S.r.l. (*holding* del Gruppo Fremura), e il presidente di Esselunga. Durante tale incontro, secondo quanto dichiarato dal cav. Marcello Fremura, emerse che il progetto elaborato dalla società Le Ninfee per l'area del Nuovo Centro non soddisfaceva appieno i desiderata di Esselunga, la quale richiedeva alcune sostanziali modifiche che avrebbero richiesto nuovi passaggi presso il Comune di Livorno ed anche presso la Regione Toscana. (doc. 3.97).

41. Nonostante ciò, il giorno successivo all'incontro dell'8 aprile, il presidente di Esselunga inviò una lettera al Cav. Fremura in cui ribadiva *“il nostro proposito di portare avanti questa iniziativa e la disponibilità a sopportare - al verificarsi di determinate condizioni - un esborso iniziale di 40 milioni di euro”* (doc. 2.56 sottolineatura aggiunta). In seguito, con memoria del 20 gennaio 2012 Esselunga ha precisato che le condizioni cui si fa cenno nella lettera del 9 aprile consistevano unicamente nell'ottenimento dei permessi a costruire e delle autorizzazioni commerciali per l'area del Nuovo Centro (doc. 3.143)²⁸.

42. L'amministratore unico di Le Ninfee, inoltre, ha precisato che *“nel corso delle trattative la proposta di Esselunga non si è mai concretizzata in un documento scritto, ovvero non ha mai presentato a Le Ninfee un contratto preliminare da esaminare, se non quello relativo all'offerta di acquisto di una sola area destinata all'alimentare [...]”* (doc. 3.92). Con riferimento alla proposta di Esselunga, contenuta nella lettera del 9 aprile 2010, lo stesso

²⁷ Studio dell'Ing. Antonino Valenti.

²⁸ Autorizzazione n. 13249 dell'8 aprile 2010 per una superficie di vendita del settore alimentare pari a 2548 metri quadrati. Nella stessa data fu rilasciata a Le Ninfee anche l'autorizzazione n. 13250 per l'insediamento di una media superficie di vendita (2.497 metri quadrati) del settore non alimentare.

amministratore ha dichiarato che *“L’offerta, oltre che non sufficientemente definita e completa, giungeva tardivamente”* (doc. 3.92).

43. In data 1° luglio 2010, le società Le Ninfee e Levante stipularono il contratto definitivo, prevedendo un prezzo di compravendita di 31 milioni di euro oltre IVA (doc. 3.80, allegato 1)²⁹.

c) L’interesse di Unicoop Tirreno per il Nuovo Centro

44. Unicoop Tirreno ha affermato che l’acquisizione del Nuovo Centro rappresenta un’importante opportunità commerciale che, tra l’altro, consentirà di valorizzare l’attuale supermercato Coop “La Rosa” (doc. 3.100). Nella bozza del verbale del Consiglio di Amministrazione di Unicoop Tirreno del 12 aprile 2010 viene precisato al riguardo che *“L’intenzione è quella di migliorare il servizio per la collettività livornese, a fronte del trasferimento di una struttura già esistente molto importante, senza crearne una nuova”* (doc. 1.19).

45. In virtù di una serie di trasferimenti di autorizzazioni commerciali tra le Ninfee e Unicoop Tirreno³⁰, la cooperativa dispone nel Nuovo Centro, tramite la società Levante, delle seguenti autorizzazioni: i) un’autorizzazione per la vendita di generi alimentari su una superficie di vendita di metri quadrati 2.548; ii) due autorizzazioni alla vendita di generi non alimentari per una superficie di vendita di metri quadrati 3.265³¹ e di metri quadrati 10.430 (doc. 3.80). Attualmente il supermercato “La Rosa” opera sulla base di una delle autorizzazioni commerciali di Le Ninfee trasferita in tale sede all’uopo³².

46. Inoltre, Unicoop Tirreno ha richiesto l’ampliamento del 30%³³ della superficie originariamente autorizzata sul lotto più piccolo destinato ad attività non alimentare³⁴. A tale fine è stata presentata istanza di trasferimento

²⁹ Il contratto era subordinato all’avveramento di condizioni sospensive relative alle autorizzazioni amministrative; rilascio di autorizzazioni commerciali per una superficie di vendita non alimentare di metri quadrati. 2.497, da realizzarsi entro il 10 aprile 2010, e per le altre due autorizzazioni (una superficie di vendita non alimentare di metri quadrati 10.430 e per una superficie di vendita alimentare di metri quadrati 2.548) entro il 20 aprile 2010.

³⁰ Le Ninfee aveva ottenuto in qualità di promotore l’autorizzazione amministrativa per Medie Superfici di Vendita n. 13250 dell’8/4/2010 per l’insediamento di una MSV organizzata nella forma di centro commerciale per metri quadrati 2497 di superficie di vendita di genere non alimentari.

³¹ Si tratta dell’autorizzazione n. 13256 del 12 luglio 2010.

³² In precedenza, La Rosa operava sulla base della autorizzazione commerciale n. 8963/a rilasciata in data 17 dicembre 1990.

³³ La percentuale è definita ai sensi dell’art. 14, comma 8 del DPGR Toscana del 1° aprile 2009 n. 15/R.

³⁴ L’ampliamento è stato richiesto in data 12 aprile 2010. L’autorizzazione per tale lotto era di 2.565 metri quadrati.

dell'autorizzazione esercitata presso il supermercato "La Rosa" (doc. 3.80), previa modifica della destinazione ad uso puramente non alimentare.

47. Contestualmente, su richiesta di Unicoop Tirreno che aveva l'esigenza di poter continuare l'esercizio dell'attività commerciale su "La Rosa" (e non chiudere il punto vendita), Le Ninfee ha presentato al Comune di Livorno istanza di trasferimento della sua autorizzazione da promotore³⁵ dal Nuovo Centro a "La Rosa"³⁶, richiedendone contemporaneamente l'inserimento di attività commerciale alimentare per 800 metri quadrati e riduzione della superficie non alimentare, al fine di mantenere una superficie complessiva di 2.497 metri quadrati (doc. 3.80, all. 10)³⁷.

V. LE ARGOMENTAZIONI DELLE PARTI

48. Le principali argomentazioni formulate dalle Parti relativamente alle tematiche oggetto del presente provvedimento riguardano principalmente i seguenti punti che verranno di seguito brevemente esaminati.

V.1 IL MERCATO RILEVANTE E L'ASSENZA DI POSIZIONE DOMINANTE

49. Unicoop Tirreno ritiene che nel caso di specie una definizione geografica del mercato basata sui confini provinciali non sarebbe corretta. La metodologia per individuare la dimensione geografica del mercato dovrebbe basarsi piuttosto sulle cosiddette curve isocrone (curve ottenute unendo su una mappa tutti i punti che si collocano alla medesima distanza dal punto vendita base in termini di tempi omogenei di percorrenza auto). Applicando la metodologia delle isocrone con un tempo di percorrenza in auto di 90 minuti, corrispondenti al tempo necessario per percorrere la massima distanza tra due comuni all'interno

³⁵ N. 13250 per 2.497 metri quadrati del settore non alimentare.

³⁶ A seguito del trasferimento di tale nuova autorizzazione da parte di Le Ninfee a Unicoop Tirreno, quest'ultima ha chiesto al Comune il rilascio dell'autorizzazione amministrativa n. 13261 per l'esercizio di attività su La Rosa.

³⁷ La precedente autorizzazione di Unicoop Tirreno n. 8963, sulla base della quale veniva esercitata l'attività nel supermercato La Rosa, non disponeva in maniera puntuale la distinzione tra superficie alimentare e non alimentare. L'attuale normativa (legge Bersani), invece, obbliga all'individuazione puntuale delle superfici all'interno del punto vendita. Unicoop Tirreno indica che comunque l'attuale suddivisione della superficie a La Rosa non è sostanzialmente diversa da quella esistente in precedenza. Il supermercato La Rosa viene attualmente gestito sulla base della autorizzazione n. 13261 del 17 gennaio 2011 avente una superficie di vendita totale di metri quadrati. 2.347 di cui metri quadrati 798 del settore alimentare.

della provincia di Livorno, Unicoop Tirreno non raggiungerebbe mai soglie che possano essere considerate indice di dominanza né nel mercato dei supermercati né in quello degli ipermercati. Ciò sarebbe ancora valido utilizzando una isocrona di 45 minuti.

50. Secondo Esselunga una definizione geografica del mercato basata su isocrone appare ragionevole solo ipotizzando tempi di percorrenza non superiori a 20 minuti.

V.2 LA CONDOTTA DI UNICOOP TIRRENO

51. Secondo Unicoop Tirreno, l'acquisto dell'area del Nuovo Centro sarebbe stata finalizzata a valorizzare la presenza della cooperativa a Livorno. In particolare, il Presidente di Unicoop Tirreno ha affermato, nel corso dell'audizione, che *“l'acquisizione del Nuovo Centro rappresentava un'importante opportunità commerciale che, tra l'altro, avrebbe consentito di valorizzare l'attuale supermercato Coop La Rosa. Infatti, sulla base di stime economiche realizzate da Unicoop Tirreno, i costi di ristrutturazione del supermercato Coop La Rosa (costruito 40 anni fa) sarebbero stati equivalenti al costo dell'investimento necessario per realizzare un nuovo punto vendita alimentare di pari dimensioni nel Nuovo Centro. L'acquisizione dell'area Nuovo Centro implica quindi, nei piani di Unicoop Tirreno la chiusura definitiva del supermercato Coop La Rosa”* (docc. 3.100, 3.130 e 4.174).

52. Pertanto, l'acquisto dell'area del Nuovo Centro non avrebbe avuto alcun intento escludente, poiché motivato esclusivamente da ragioni di ordine economico e aziendale, consistenti nella valorizzazione della presenza della cooperativa a Livorno.

Infatti, coerentemente con gli *“Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'art. 82 del Trattato CE relativo al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti”* (di seguito anche *“Gli orientamenti sulle pratiche escludenti”*) sarebbe possibile parlare di *“abuso escludente”* solo quando: i) le condotte sono dolose e l'impresa gode di una c.d. superdominanza perché è monopolista (o quasi monopolista) o perché controlla una risorsa che ha caratteristiche di *essential facility*; ii) quando vi sono evidenze econometriche della oggettiva capacità escludente della condotta di mercato esaminata (prezzi predatori, *tying*, *esclusive*, scontistica). Nessuna di queste circostanze sarebbe, però, emersa

nell'ambito dell'attività istruttoria e pertanto non vi sarebbero gli estremi per imputare all'impresa una condotta dolosa, ossia una condotta deliberatamente finalizzata a danneggiare il concorrente Esselunga.

53. Secondo Esselunga le argomentazioni di carattere economico addotte da Unicoop Tirreno per motivare l'acquisizione del Nuovo Centro costituirebbero una razionalizzazione *ex post* di una strategia posta in essere con altri fini: il fatto che, a fronte di un progetto che implicava un così elevato investimento, né Unicoop Tirreno né Unicoop Firenze abbiano effettuato o fatto effettuare da esperti del settore una valutazione comparativa dei costi e dei benefici di una scelta piuttosto che di un'altra ne sarebbe la dimostrazione. Inoltre, la sommaria analisi dei costi prospettata da Unicoop Tirreno ometterebbe di considerare il costo di acquisto dell'area del Nuovo Centro (ammontante a ben 26 milioni di euro).

54. In conclusione, secondo Esselunga l'unica motivazione che avrebbe spinto Unicoop Tirreno ad inserirsi nella trattativa già avviata tra Esselunga ed il Gruppo Fremura sarebbe stata quella di bloccare l'arrivo di un concorrente a Livorno, impedendogli di aprire un ipermercato nell'ultima area disponibile per la costruzione di un centro commerciale a Livorno. La nozione di "superdominanza" sarebbe inoltre sconosciuta sia alla prassi che alla giurisprudenza nazionale ed europea e, ad oggi, l'unico orientamento esistente su tale tema è nel senso di ritenere che tale posizione o sussiste o non sussiste. Esselunga ricorda inoltre come in casi precedenti³⁸ l'Autorità ha ritenuto che *"il controllo dell'accesso alla principale materia prima ... può escludere potenziali concorrenti dal mercato, e già solo per questo fatto può divenire di per sé un obiettivo strategico, indipendentemente dall'effettiva necessità di disporre dello specifico giacimento in questione"*. Di conseguenza, assume inevitabilmente il connotato di violazione tra le più gravi della normativa antitrust una strategia volta esclusivamente a sottrarre ad un nuovo entrante tale risorsa essenziale e, con essa, la possibilità di operare nel mercato.

V.3 LE TRATTATIVE E LA TEMPISTICA DELL'OFFERTA

55. Unicoop Tirreno afferma che i primi contatti con il Gruppo Fremura risalgono al 2007. Tuttavia, poiché il Gruppo Fremura aveva espresso la volontà

³⁸ A383 – *Mercato del Cartongesso*, 30 giugno 2010, decisione confermata dal TAR Lazio, n. 10180 del 24 dicembre 2011.

di cedere solo l'intera area e non parti di essa e vista l'impossibilità per Unicoop Tirreno di far fronte da sola all'intero investimento economico sulla totalità del complesso immobiliare, Unicoop Tirreno avrebbe interrotto temporaneamente le trattative. Alla trattativa parteciparono inizialmente la società ISC - Immobiliare Sviluppo Cooperativo S.p.A. del gruppo Unicoop Tirreno e il fondo immobiliare olandese Forum Invest che in seguito si ritirò (doc. 3.80).

L'oggetto delle trattative si sarebbe andato concretizzando nella finestra temporale compresa tra la fine di luglio 2009 e l'aprile 2010. Unicoop Tirreno nega che le trattative tra la cooperativa e il Gruppo Fremura siano state accelerate non appena divenuto di pubblico dominio l'interesse di Esselunga per l'area. Le trattative, invero, sarebbero divenute concrete soltanto nel periodo di tempo compreso tra due precisi momenti: i) il momento in cui la società Le Ninfee ha intrapreso le fasi del procedimento amministrativo volto ad ottenere le licenze commerciali relative all'area e a definire l'esatto quantitativo di SVAG utilizzabile nell'area Nuovo Centro; ii) il termine ultimo di applicabilità delle deroghe alla nuova normativa della Regione Toscana (i.e. il 20 aprile 2010).

Il nuovo regolamento del commercio della Regione Toscana³⁹ imponeva, infatti, che la distanza tra una media e una grande struttura di vendita non potesse essere inferiore a 120 metri. Tuttavia, per il primo anno di entrata in vigore di tale disposizione il limite poteva essere derogato (cfr. sezione III più sopra).

La società Le Ninfee aveva quindi un interesse ad ottenere tutte le autorizzazioni commerciali prima della data indicata (20 aprile 2010), in modo da poter posizionare gli edifici commerciali nel lotto a 60 metri (invece che a 120 metri), dunque con la possibilità di un migliore impiego edificatorio di tale lotto (doc. 3.126).

56. Unicoop Tirreno ha inoltre affermato di aver appreso solo da fonti di stampa che il 9 aprile 2010, quindi successivamente alla stipula del contratto preliminare, aveva avuto luogo un incontro tra il Cav. Marcello Fremura e il presidente di Esselunga e che era stata formulata un'offerta da parte di Esselunga per l'area Nuovo Centro (doc. 3.100).

57. Secondo Esselunga, invece, Unicoop Tirreno avrebbe intrapreso le trattative con il Gruppo Fremura solo a seguito della dichiarazione pubblica circa lo stato di avanzamento delle trattative della prima per l'acquisto dell'area Nuovo Centro. Esselunga precisa di non essere stata in alcun modo informata dal

³⁹ Decreto del Presidente della Giunta Regionale del 1° aprile 2009, n. 15/R.

Gruppo Fremura del fatto che Unicoop Tirreno, tramite la società Levante, avesse già stipulato in data 3 marzo 2010 un contratto preliminare di acquisto dell'area. Tra l'altro, ancora l'11 marzo 2010, Fremura consegnava ad Esselunga copia del progetto presentato in Comune per la realizzazione del centro commerciale (doc. 3.107).

Pertanto, quando Esselunga prese parte all'incontro dell'8 aprile 2010 con Fremura riteneva che le trattative fossero ancora aperte. Sebbene Esselunga avesse *“certamente dei sospetti che le trattative con Unicoop Tirreno fossero in fase avanzata ed era al corrente della cifra proposta dalla cooperativa [...] non si sarebbe mai esposta con la lettera inviata il giorno seguente all'incontro, confermando la sua offerta, se avesse già avuto certezza che non vi erano più margini di trattativa sull'area”* (doc. 3.107).

Per tali ragioni, Esselunga sostiene che: *“la proposta contenuta nella lettera inviata dal Cav. Caprotti a Marcello Fremura in data 9 aprile 2010, seppure non dettagliata in quella sede, doveva considerarsi valida e credibile ed in effetti la cifra offerta di 40 milioni di euro, da ultimo, era senza condizioni e per tutta l'area del Nuovo Centro”* (doc. 3.107).

58. Inoltre, il fatto che la società Levante sia stata costituita solo l'8 gennaio 2010 dimostrerebbe, da un lato, che l'interesse di Unicoop Tirreno si è concretizzato solo dopo la notizia del possibile ingresso di Esselunga nel mercato della provincia di Livorno e, dall'altro, l'accelerazione che Unicoop Tirreno ha voluto imprimere alla conclusione della trattativa, nel timore che il Gruppo Fremura potesse alla fine vendere ad Esselunga.

59. Infine, a detta di Esselunga, l'esclusivo intento di Unicoop Tirreno di impedirle di realizzare il supermercato nell'area Nuovo Centro è confermato anche dal fatto che, nonostante la rilevanza – soprattutto in un periodo di crisi economica – dell'impegno economico assunto, Unicoop Tirreno non avrebbe predisposto alcun progetto specifico per l'area in questione.

V.4 SULLA SUSSISTENZA DI UN CONCRETO INTERESSE DA PARTE DI ESSELUNGA PER L'AREA DEL NUOVO CENTRO E PER LA PROVINCIA DI LIVORNO

60. Secondo Unicoop Tirreno, Esselunga non avrebbe mai avuto un reale interesse all'acquisizione dell'area del Nuovo Centro. Ciò sarebbe dimostrato dal fatto che essa non ha mai formulato una vera proposta di acquisto, ma si è limitata a svolgere non meglio precisate trattative che non hanno mai incontrato

interesse da parte dei venditori. Ciò risulterebbe dalle dichiarazioni rese dagli esponenti del Gruppo Fremura.

Né può intendersi come proposta di acquisto compiuta e formale la lettera inviata dal Cav. Caprotti al Cav. Fremura in data 9 aprile 2010 nella quale Esselunga afferma la propria disponibilità a sopportare, al verificarsi di determinate condizioni, un esborso iniziale di 40 milioni di euro (doc. 2.56).

Relativamente alle condizioni cui si fa cenno nella suddetta lettera, Unicoop Tirreno ritiene strumentale e non veritiera l'affermazione di Esselunga secondo cui la proposta di offerta contenuta nella suddetta lettera era senza condizioni e per tutta l'area del Nuovo Centro (doc. 3.107).

L'assenza di interesse di Esselunga sarebbe dimostrata, inoltre, dal fatto che per tutto il periodo antecedente alla data del 9 aprile 2010 mancherebbe un'effettiva proposta di acquisto di Esselunga e che l'unica proposta di acquisto, datata 9 aprile 2010, sarebbe stata espressamente subordinata *“al verificarsi di determinate condizioni”*, che non sarebbero state mai specificate da Esselunga. Inoltre, sempre nella stessa proposta non viene indicato alcun oggetto della eventuale compravendita, mentre le precedenti trattative tra Esselunga e Le Ninfee avevano avuto per oggetto la sola area destinata all'alimentare. Inoltre non sarebbe chiaro se il prezzo apparentemente offerto di 40 milioni di euro fosse da intendere, o meno, comprensivo di IVA.

La mancanza di interesse di Esselunga per l'area di Livorno sarebbe infine dimostrata anche dal fatto che essa è già presente mediante un punto vendita alimentare ad insegna Magenta Due nell'area ex-FIAT di Livorno che però non viene adeguatamente valorizzato e sfruttato. Sarebbe dunque Esselunga a privare i consumatori finali *“di una valida alternativa economica”*, dal momento che ometterebbe deliberatamente di attivare e rendere effettivamente operativo il punto vendita alimentare di 1.450 metri quadrati del quale detiene la licenza, unitamente ad una seconda licenza non alimentare di 850 metri quadrati.

61. Esselunga afferma di essere stata sempre seriamente interessata all'area del Nuovo Centro. Tale interesse sarebbe testimoniato dal fatto che le trattative tra Esselunga ed il Gruppo Fremura iniziarono immediatamente dopo l'assegnazione dei predetti terreni dal Comune di Livorno al Gruppo Fremura, e proseguirono nel corso del 2009 e 2010 mediante una serie di incontri tra i rappresentanti di Esselunga e quelli del Gruppo Fremura e della società Le Ninfee.

62. Per quanto riguarda il fatto che Esselunga sarebbe già presente a Livorno con i due punti vendita, la società ha chiarito che *“i due esercizi commerciali attivi a Livorno sono gestiti dalla società Magenta Due e non presentano alcun marchio Esselunga né commercializzano prodotti con la private label della società. Detti esercizi sono mantenuti aperti solo per non far decadere le relative autorizzazioni”*. (doc. 3.107).

V.5 L'ALLENAMENTO DEI VINCOLI AMMINISTRATIVI

63. Secondo Unicoop Tirreno, i vincoli amministrativi che impedirebbero l'apertura di nuove strutture di vendita di grandi dimensioni nella provincia di Livorno sarebbero ormai da considerare per ampia parte superati dai nuovi orientamenti normativi e giurisprudenziali.

Già il Decreto Legge 223/06, convertito con legge n. 248 del 4.8.2006, aveva comportato la illegittimità di qualsiasi restrizione di tipo numerico all'accesso all'attività commerciale. Come recentemente ribadito anche dal Consiglio di Stato – con riferimento alla normativa della Regione Calabria (per molti aspetti simile a quella della Toscana in materia di grandi strutture di vendita) *“il d.l. 223/06, in ossequio ai principi comunitari in materia, ha introdotto un principio generale a tutela della concorrenza che garantisce la piena libertà di iniziativa economica e contrasta l'introduzione di limiti e contingentamenti dei titoli abilitativi necessari per l'esercizio di determinate attività commerciali. ... Come già affermato dalla Sezione con la decisione 2808/09, tendenzialmente i criteri limitativi di ordine quantitativo in tema di apertura di nuovi esercizi commerciali si pongono in contrasto con la lettura che dell'art. 3 della legge n. 248/06 ha offerto la Corte Costituzionale con la sentenza n. 430 del 2007⁴⁰”*.

64. Da quanto precede deriverebbe che l'accertamento del contrasto tra il D.L. n. 223/06 e le delibere regionali (che fissano limiti quantitativi all'apertura di nuove grandi strutture commerciali), in quanto atti ad efficacia prolungata che si pongono in contrasto con lo *jus superveniens*, determina l'inapplicabilità dei limiti fissati dalle Regioni.

La cooperativa cita infine la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea⁴¹ nella quale si è affermato che, all'interno dell'Unione Europea, l'apertura dei grandi centri commerciali non può essere subordinata a

⁴⁰ Cons. di Stato, Sez. V, 31.3.2011 n. 1973.

⁴¹ Sentenza 24 marzo 2011 causa C-400/2008.

valutazioni di carattere economico; non si può, cioè, impedire l'insediamento degli ipermercati perché potrebbero danneggiare il commercio al dettaglio o sulla base del fatto che l'impresa già detenga una fetta consistente del mercato. Conseguentemente il comportamento di Unicoop Tirreno non avrebbe privato Esselunga di un *asset* fondamentale per competere sul mercato.

65. Esselunga ritiene pretestuosa e infondata l'argomentazione di Unicoop Tirreno secondo cui non sarebbe necessario avere disponibilità di SVAG nel bacino di interesse (volta a dimostrare che il Nuovo Centro non sarebbe l'ultima area disponibile per una grande struttura di vendita), in quanto - come peraltro risulta agli atti dall'audizione dei funzionari del Comune di Livorno: (a) la normativa *ex adverso* citata (D.L. n. 223/06 convertito in legge n. 248/06) nulla modifica rispetto alla situazione *ex ante*; (b) la sentenza del Consiglio di Stato 1973/2011 è irrilevante in quanto relativa al quadro regolatorio della regione Calabria; (c) il Decreto Legislativo n. 59/10, in recepimento della Direttiva 2006/123/CE e la citata sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea non fanno che confermare che proprio l'ambiente urbano rappresenta un motivo di interesse pubblico idoneo a giustificare limitazioni all'accesso all'esercizio di un'attività economica.

V.6 LE OPPORTUNITÀ OFFERTE DAI COMUNI LIMITROFI

66. Unicoop Tirreno nega l'assunto secondo cui l'area del Nuovo Centro sarebbe l'unica disponibile in tutto il territorio della Provincia di Livorno per la realizzazione di una grande struttura di vendita.

Esselunga avrebbe potuto acquistare aree disponibili per l'insediamento di strutture di vendita anche di grandi dimensioni nei comuni limitrofi, in particolare nel Comune di Collesalveti. Non vi sarebbero infatti concrete e insuperabili ragioni "di ordine pratico" che possano escludere l'utilizzazione di tali aree.

67. Al riguardo, Esselunga ha precisato di non aver valutato la possibilità di avviare la procedura di richiesta per l'ottenimento dell'autorizzazione relativa all'apertura di una media struttura nel Comune di Collesalveti in quanto l'esperienza maturata nell'ambito della grande distribuzione ha indirizzato Esselunga verso bacini di utenza di particolare capacità. L'ubicazione di punti vendita in centri abitati che non siano di particolare consistenza o capacità attrattiva rappresenta infatti un rischio imprenditoriale elevatissimo, considerato

che la costruzione e la gestione di un supermercato comportano gli stessi costi sia in località con bassa densità di popolazione (come Collesalveti) sia in quelle con più alta densità (doc. 3.140).

VI. VALUTAZIONI

68. La presente istruttoria è stata avviata al fine di verificare la sussistenza di comportamenti restrittivi della concorrenza, *sub specie* di abuso di posizione dominante, in violazione dell'art. 3 della legge n. 287/90, adottati dalla società Unicoop Tirreno al fine di ostacolare l'accesso di Esselunga nel mercato dei supermercati e degli ipermercati della Provincia di Livorno.

69. Tuttavia, gli elementi probatori acquisiti nel corso del procedimento, sopra dettagliatamente descritti, hanno evidenziato l'assenza di oggettivi e univoci elementi atti a comprovare le ipotesi accusatorie formulate in sede di avvio.

70. In particolare, alla luce degli elementi a disposizione, non sembra potersi affermare che Esselunga, pur essendosi interessata ad una parte dell'area del Nuovo Centro fin dal 2008, abbia avanzato una proposta valida e tempestiva per l'acquisto dell'intera area. L'unica offerta formalmente presentata, risalente alla primavera del 2009, riguardava infatti solo una porzione di tale area, dove avrebbe dovuto realizzarsi un ipermercato alimentare.

71. Inoltre, secondo quanto dichiarato dal cav. Fremura, l'incontro che si tenne in data 8 aprile 2010, quando cioè era già stato firmato il contratto preliminare tra Le Ninfee e Levante, può essere interpretato come un tentativo *in extremis* di invertire le sorti ormai decise della trattativa. Peraltro, la documentazione agli atti appare evidenziare come, nel corso delle trattative tra Fremura e Esselunga fossero sorte una serie di divergenze in merito al progetto proposto dalla società Le Ninfee.

La lettera inviata il giorno successivo dal cav. Caprotti al cav. Fremura difficilmente può essere considerata un'offerta valida e credibile per due ordini di ragioni. In primo luogo, perché non sufficientemente dettagliata (facendo riferimento solo al generico proposito di portare avanti una certa iniziativa) e sottoposta al verificarsi di determinate condizioni, non specificate nella stessa lettera. In secondo luogo, perché essa giunse quando ormai la trattativa tra Le Ninfee e Levante poteva considerarsi a tutti gli effetti conclusa.

Appare quindi comprensibile la scelta della famiglia Fremura di preferire

l'offerta di Unicoop Tirreno a quella di Esselunga in quanto, seppure più elevata, questa presentava le medesime difficoltà che si erano evidenziate a dicembre in sede di trattative, contemplando modalità di cessione più problematiche ed una tempistica diversa e più dilazionata.

72. Alla luce delle precedenti considerazioni, i tempi e le modalità della trattativa tra Le Ninfee e Unicoop Tirreno, per il tramite della società Levante, peraltro coerenti con la volontà della società Le Ninfee di usufruire della deroga prevista dal nuovo regolamento del commercio della Regione Toscana, non appaiono rilevanti ai fini del presente procedimento. Ai fini della presente valutazione appaiono ugualmente irrilevanti le obiezioni di Unicoop Tirreno relativamente alla definizione geografica dei mercati rilevanti e alla possibilità di avvio di grandi strutture di vendita in altri comuni della provincia di Livorno.

73. Pertanto, come sopra argomentato, gli elementi acquisiti nel corso dell'indagine istruttoria non consentono in conclusione di qualificare la condotta di Unicoop Tirreno come idonea ad ostacolare l'accesso di un concorrente nei mercati rilevanti della provincia di Livorno.

Non sussistono, quindi, sufficienti elementi per confermare la fattispecie contestata in avvio.

Tutto ciò premesso e considerato;

DELIBERA

che, in base alle evidenze allo stato disponibili, non sussistono le condizioni per accertare che la società Unicoop Tirreno Società Cooperativa a r.l. abbia posto in essere un abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 3 della legge n. 287/90.

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

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'art. 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, fatti salvi i maggiori termini di cui all'art. 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 8 del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Chieppa

IL PRESIDENTE

Giovanni Pitruzzella

Sommario

I. LE PARTI.....	2
II. IL PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO	3
III. CENNI AL QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO	4
<i>III.1 LA NORMATIVA REGIONALE E QUELLA VIGENTE NEL COMUNE DI LIVORNO</i>	<i>4</i>
<i>III.2 LE DISPOSIZIONI IN MATERIA COMMERCIALE NEI COMUNI LIMITROFI AL COMUNE DI LIVORNO.....</i>	<i>6</i>
IV. LE RISULTANZE ISTRUTTORIE.....	7
<i>IV.1 I MERCATI INTERESSATI E LE CONDIZIONI DI ACCESSO</i>	<i>7</i>
IV.2 LE TRATTATIVE PER L'ACQUISTO DELL'AREA DEL NUOVO CENTRO.....	9
<i>a) Le trattative fino alla fine del 2009</i>	<i>9</i>
<i>b) La conclusione delle trattative (2010).....</i>	<i>12</i>
<i>c) L'interesse di Unicoop Tirreno per il Nuovo Centro.....</i>	<i>14</i>
V. LE ARGOMENTAZIONI DELLE PARTI	15
<i>V.1 IL MERCATO RILEVANTE E L'ASSENZA DI POSIZIONE DOMINANTE.....</i>	<i>15</i>
<i>V.2 LA CONDOTTA DI UNICOOP TIRRENO</i>	<i>16</i>
<i>V.3 LE TRATTATIVE E LA TEMPISTICA DELL'OFFERTA.....</i>	<i>17</i>
<i>V.4 SULLA SUSSISTENZA DI UN CONCRETO INTERESSE DA PARTE DI ESSELUNGA PER L'AREA DEL NUOVO CENTRO E PER LA PROVINCIA DI LIVORNO</i>	<i>19</i>
<i>V.5 L'ALLENAMENTO DEI VINCOLI AMMINISTRATIVI</i>	<i>21</i>
<i>V.7 LE OPPORTUNITÀ OFFERTE DAI COMUNI LIMITROFI.....</i>	<i>22</i>
VI VALUTAZIONI.....	23