

IL FORO ITALIANO

FONDATAO NELL'ANNO 1876 DA ENRICO SCIALOJA
ottobre 2014, III, 616 (estratto)

VALERIO COSIMO ROMANO

L'abuso di posizione dominante
da fatto lecito

R O M A

SOCIETÀ EDITRICE DEL «FORO ITALIANO»

2014

Tipografia «Grafica 10» - Città di Castello - Perugia

CONSIGLIO DI STATO; sezione VI; sentenza 8 aprile 2014, n. 1673; Pres. SEVERINI, Est. DE FELICE; Autorità garante della concorrenza e del mercato (Avv. dello Stato SOLDANI) c. Soc. Coop Estense (Avv. PIAZZA, CAVANI, GHIDINI, ZOPPINI, GUGLIEMETTI, TORCHIA), Soc. Esselunga (Avv. RAFFAELLI, DENNOZZA, CASSAMAGNAGHI, CARAVITA DI TORITTO, MOLÈ) e altri. *Annulla Tar Lazio, sez. I, 2 agosto 2013, n. 7826.*

Concorrenza (disciplina della) — Abuso di posizione dominante — Estremi — Nesso di causalità — Accertamento — Esclusione (L. 10 ottobre 1990 n. 287, norme per la tutela della concorrenza e del mercato, art. 3, 14).

Concorrenza (disciplina della) — Abuso di posizione dominante — Fine escludente — Condotte — Valutazione — Fattispecie (L. 10 ottobre 1990 n. 287, art. 3, 14).

Posto che costituiscono abuso di posizione dominante le condotte anche solo astrattamente idonee ad incidere sulla struttura di un mercato rilevante, non è necessario procedere all'indagine sulla sussistenza del nesso di causalità rispetto all'effetto di esclusione del concorrente. (1)

Posto che, in tema di abuso di posizione dominante, la valutazione delle attività d'impresa deve avvenire in rapporto all'utilità economica sostanziale che esse perseguono, condotte consentite da un punto di vista settoriale possono per altro verso risultare illecite (nella specie, è stato riconosciuto il carattere di strumentalità e di emulatività dei comportamenti del soggetto in posizione dominante, volti ad ostacolare l'ingresso nel mercato da parte del concorrente). (2)

Diritto. — 1. - In via preliminare va disposta la riunione dei giudizi, trattandosi di appelli avverso la medesima sentenza, ai sensi dell'art. 335 c.p.c. richiamato dall'art. 39 cod. proc. amm.

2. - In via logicamente prioritaria, vanno esaminati gli appelli incidentali, con i quali Coop Estense deduce l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto sussistere la sua posizione di dominanza nel mercato rilevante (la posizione dominante es-

sendo, in relazione al mercato rilevante, la precondizione per poi valutare la sussistenza o meno dell'abuso della posizione medesima).

In sintesi, secondo Coop Estense, dall'accertamento effettuato in sede istruttoria è emerso che la quota di mercato detenuta da essa Coop Estense nel settore dei supermercati ha oscillato negli anni intorno al 40 per cento ed è una quota limite che, di per sé, secondo gli orientamenti della commissione europea, non consentirebbe di ritenere che l'impresa che la detiene sia in sicura posizione dominante. Il che avrebbe dovuto comportare un'istruttoria più approfondita sul punto, esistendo altri imprenditori capaci di quota di mercato: Conad con il 20 per cento, Selex con il 6 per cento, Esselunga con il 6 per cento.

Per accertare la posizione di dominanza, l'autorità — che secondo l'appellante incidentale non avrebbe superato l'onere probatorio su di essa incombente — avrebbe dovuto accertare se Coop Estense era in grado di aumentare i prezzi al di sopra del livello concorrenziale in maniera redditizia per un periodo di tempo significativo; né comunque ha accertato l'esistenza di significative barriere poste all'ingresso del mercato rilevante.

Ad avviso del collegio, il motivo svolto con l'appello incidentale è infondato.

La nozione di mercato rilevante — vale a dire di scenario territoriale, tendenzialmente omogeneo quanto a domanda e offerta in questione, dove si svolge il rapporto di concorrenza — implica un accertamento in fatto sia in relazione al prodotto, sia per area geografica, cui segue l'applicazione, ai fatti accertati, delle norme in tema di mercato rilevante o parametri su di esso, da intendere alla stregua dalla giurisprudenza sia nazionale che comunitaria (cfr. Cass. 13 febbraio 2009, n. 3638, *Foro it.*, 2010, I, 1902; Cons. Stato, sez. VI, 13 maggio 2011, n. 2925, *id.*, Rep. 2011, voce *Concorrenza* (disciplina), n. 196). L'individuazione in concreto di un mercato rilevante è riservata all'Agcm: il giudice amministrativo non vi si può sostituire all'autorità, salvo che l'operato di questa presenti vizi di travisamento dei fatti, vizi logici, vizi di violazione di legge (es. Cons. Stato, sez. VI, 14 marzo 2000, n. 1348, *id.*, Rep. 2000, voce cit., n. 151; 16 ottobre 2002, n. 5640, *id.*, 2003, III, 73; recentemente, Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2009, n. 2092, *id.*, Rep. 2010, voce cit., n. 113; 24 giugno 2010, n. 4016, *id.*, Rep. 2013, voce *Aeroporto*, n. 28; 14 luglio 2011, n. 4283, *id.*, Rep. 2011, voce *Giustizia amministrativa*, n. 1338; 16 settembre 2011, n. 5171, *ibid.*, voce *Concorrenza* (disciplina), n. 149; 12 aprile 2013, n. 2002, *id.*, Rep. 2013, voce cit., n. 113; 21 maggio 2013, n. 2722, *ibid.*, vo-

2013, voce cit., n. 113; 21 maggio 2013, n. 2722, *ibid.*, voce *Giustizia amministrativa*, n. 1167).

Non solo: è noto che — per consolidata giurisprudenza — l'applicazione delle norme che qui rilevano in tema di mercato rilevante e ivi di abuso di posizione dominante ai fatti implica una loro «contestualizzazione», frutto di una valutazione complessa, che rapporta fattispecie giuridiche che, per il loro riferimento alla varia e mutevole realtà economica, sono di loro necessariamente indeterminate, come quelle di mercato rilevante e di abuso di posizione dominante, al caso specifico: una tale imprescindibile contestualizzazione sconta fatalmente «margini di opinabilità» (tra tanti, Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3013, *id.*, Rep. 2011, voce *Concorrenza* (disciplina), n. 192; 16 settembre 2011, n. 5171, *ibid.*, n. 190), nondimeno impone all'interprete di identificare, nella variabilità della situazione di riferimento, la sussistenza di un rapporto effettivo tra l'interesse generale tutelato dalle previsioni, riferito alla tutela della concorrenza e del mercato, e il comportamento concretamente tenuto e considerato dai provvedimenti.

Il mercato rilevante, a sua volta presupposto dell'esistenza della posizione dominante, identifica e delimita il contesto sociale ed economico dove operano le imprese interessate dall'accertamento. Va rilevato preliminarmente, con i livelli di insindacabilità che si sono rammentati, e sia dal punto di vista della domanda che dal punto di vista dell'offerta, anche per potervi collocare i concorrenti effettivi delle imprese interessate che si assumono in grado di condizionare il comportamento di queste ultime e così di impedir loro di operare in modo significativamente indipendente da effettive, indebite pressioni concorrenziali. E in questo mercato rilevante va accertato se sussiste una posizione dominante di un'impresa. Solo sulla base di questi elementi si può passare a rilevare, e se del caso qualificare, come abusiva la condotta competitiva di un'impresa rispetto ad altre.

In caso di abuso di posizione dominante, la delimitazione del mercato di riferimento inerisce dunque ai primi presupposti logici del giudizio sul comportamento ipotizzato come anticoncorrenziale.

Ai fini dell'identificazione di un mercato rilevante — elemento qui quasi dato per acquisito, visto che l'appellante incidentale Coop Estense si è limitata a contestare la successiva posizione di dominanza — operazione preliminare e imprescindibile per l'accertamento di una condotta anticoncorrenziale ai

sensi dell'art. 3 l. 10 ottobre 1990 n. 287 (norme per la tutela della concorrenza e del mercato) — occorre prendere in considerazione sia l'estensione geografica dove la condotta denunciata si colloca o sortisce effetti (mercato geografico), quanto l'ambito del prodotto o del servizio che la medesima operazione investe (mercato del prodotto).

Secondo le indicazioni della commissione europea del 1997, occorre tener conto dei parametri stimati essenziali dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria, costituiti dalla sostituibilità della domanda e dalla sostituibilità dell'offerta (cfr. anche Cass. 13 febbraio 2009, n. 3638, cit.). Vale a dire, dell'intercambiabilità o sostituibilità del prodotto o del servizio offerti, in ragione delle caratteristiche del prodotto, dei prezzi e dell'uso progettato.

Nella fattispecie di abuso di posizione dominante la perimetrazione del mercato rilevante rappresenta quindi un *prius* logico e pratico, un presupposto essenziale dell'illecito in relazione al quale la condotta ascritta considerata può assumere i tratti dell'abuso di posizione dominante (es. Cons. Stato, sez. VI, 10 marzo 2006, n. 1271, *id.*, 2006, III, 512).

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, per mercato rilevante si intende quella zona geograficamente individuata dove, dato un prodotto o una gamma di prodotti considerati tra loro sostituibili, le imprese che forniscono quel medesimo tipo di prodotto si pongono in rapporto di reciproca concorrenza (Cons. Stato, sez. VI, 9 aprile 2009, n. 2206, *id.*, Rep. 2009, voce cit., n. 111; 12 febbraio 2001, n. 652, *id.*, Rep. 2001, voce cit., nn. 158, 168, 191, 194; 14 marzo 2000, n. 1348, cit.).

La rilevanza del mercato non impone una definizione geografica minima dell'ambito spaziale di riferimento, né la necessità che un tale ambito risulti dall'estensione dell'attività considerata ad una pluralità indefinita di atti concorrenziali.

L'Agcm, nel procedimento qui in questione (punto V.1. mercati rilevanti), ha rilevato che il settore di riferimento era quello della distribuzione moderna di prodotti alimentari e non alimentari di largo e generale consumo, i cui punti vendita si distinguono nelle categorie ipermercati, supermercati, superette e discount, i quali si diversificano per caratteristiche come 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.

Quanto poi alla dimensione della singola superficie di vendita, il provvedimento rammenta che ai sensi del d.leg. 31 marzo 1998 n. 114 (riforma della disciplina relativa al settore del commercio, a norma dell'art. 4, 4° comma, l. 15 marzo 1997 n. 59): sono ipermercati i punti vendita aventi superficie superiore ai 2.500 mq; rientrano nella categoria dei supermercati i punti vendita aventi superficie compresa tra 400 e 2.500 mq; sono superette i punti vendita di dimensione inferiore ai 400 mq; i discount appartengono alle predette categorie a seconda della loro superficie di vendita.

L'autorità ha quindi richiamato la sua prassi, secondo cui nell'individuazione dei mercati rilevanti occorre muovere da ciascuna tipologia di punto vendita e affiancarvi le categorie di punti vendita con cui sussistano forti relazioni di sostituibilità.

In virtù di tali prassi, risultano definiti tre distinti mercati del prodotto, che presentano un'area di reciproca sovrapposizione (mercato delle superette, composto da tutte le superette e dai piccoli supermercati; 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; mercato degli ipermercati, comprensivo degli ipermercati e dei medio-grandi supermercati).

L'Agcm, dopo aver rilevato che i comportamenti di Coop Estense si riferivano all'apertura, da parte della concorrenza, di due punti vendita aventi superfici di vendita pari o superiori a 1.500 mq (a Vignola si trattava di insediare un punto vendita di 2.500 mq), ha concluso che i comportamenti della stessa Coop Estense avevano inciso sulle possibilità di ingresso della concorrenza (barriera) vuoi nel mercato dei supermercati (comprendente tutte le superfici della moderna distribuzione commerciale) vuoi nel mercato degli ipermercati (comprendente tutti i punti vendita da 1.500 mq in su).

Insomma, nel procedimento esaminato, i mercati rilevanti del prodotto sono stati identificati in quelli dei supermercati e degli ipermercati. E a quelli era rapportata l'addebitata condotta diretta alla costruzione di una barriera.

Dal punto di vista geografico, in ragione dei comportamenti d'acquisto dei consumatori e dell'importanza da loro attribuita alla prossimità dei punti vendita, i mercati rilevanti sono stati delimitati in relazione alla provincia di Modena, così applicando un criterio di prima approssimazione, come d'uso identificato con i confini amministrativi provinciali (i quali corrispondono a

un consolidato bacino di interessi e relazioni sociali ed economici, di medio raggio).

La nota 31 del provvedimento impugnato dà conto che i comuni di Modena e di Vignola fanno riferimento entrambi a un medesimo mercato rilevante geografico, anche a utilizzare la metodologia delle isocrone (vale a dire, dei luoghi raggiungibili in un medesimo tempo muovendo da un determinato punto di partenza, considerando viabilità e traffico).

Il provvedimento descrive anche alcune caratteristiche dei mercati rilevanti in provincia di Modena, portanti a individuare margini di efficientamento, e identificati per numero di abitanti i principali comuni della provincia di Modena, tra cui quello di Modena, quello di Carpi e altri svolgenti funzioni di capofila zonale (Vignola, Sassuolo e Mirandola), cui fanno riferimento ampie aree sovracomunali; e specificando che l'attività commerciale è localizzata prevalentemente in detti comuni, dà conto che, sulla base dei più recenti dati disponibili, nel 2009 erano attivi in comune di Modena esercizi commerciali alimentari corrispondenti al 40 per cento 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 per cento circa delle attività commerciali.

La distribuzione delle tipologie commerciali presentava ancora, nel 2009, una prevalenza di punti vendita di vicinato o comunque di piccole dimensioni (99,5 per cento). Nel periodo tra il 1998-2009, l'incidenza della media e grande dimensione non mutava, rimanendo del tutto limitata (0,5 per cento).

Il provvedimento, come riporta anche la sentenza appellata e risulta dagli atti del giudizio, rileva che, nel 2011, nei principali comuni della provincia di Modena (oltre al capoluogo Modena: Carpi, Vignola, Sassuolo, Mirandola, Castelfranco e Formigine) si concentrava la quasi totalità degli ipermercati, il 60 per cento dei supermercati e non meno del 70 per cento dei grandi supermercati attivi nella provincia; percentuali rimaste pressoché invariate nel corso dell'ultimo decennio; e degli undici punti vendita avviati nella provincia di Modena tra il 2000 e il 2011, ben quattro sono ad insegna Coop e rappresentano una superficie di vendita del 50 per cento circa rispetto alla superficie totale degli undici punti vendita aperti in tale periodo.

A Modena il solo punto vendita avviato da un concorrente di Coop Estense è quello di Conad (attivo solo dal 2008).

A Vignola, nessun nuovo avvio riguarda supermercati di

1.500 mq o più, mentre Coop Estense trasferiva ed ampliava una propria struttura commerciale di medie dimensioni a Spilamberto, distante da Vignola circa 5 km.

A complemento dell'analisi, il provvedimento dell'Agcm osserva che nel 2001 i punti vendita attivi in comune di Modena contribuivano a circa il 56 per cento circa del fatturato realizzato nel mercato degli ipermercati nella provincia e per il 38 per cento circa per i supermercati.

Il fatturato dei punti vendita localizzati nel comune di Vignola incideva per il 5 per cento 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.

Il provvedimento ha poi provveduto a dimostrare e indicare, diversamente da quanto afferma l'appello incidentale di Coop, le barriere soprattutto amministrative prima che economiche all'accesso, costituite dalla scarsa disponibilità di aree destinabili a usi commerciali, atteso che l'avvio, il trasferimento o l'ampliamento di strutture commerciali è risultato strettamente correlato alla disponibilità di aree commercialmente edificabili, in dipendenza dalle opzioni di urbanizzazione effettuate dai comuni per i loro territori.

Inoltre, sebbene la normativa commerciale e quella urbanistica siano state progressivamente variate 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; mentre il comune di Vignola lo ha fatto in termini molto limitati.

Il provvedimento considera come significativo che la condotta c.d. escludente mirasse proprio a ostacolare, attraverso la partecipazione a procedimenti urbanistici e a iniziative urbanistico-edilizie, la possibilità del concorrente sopravveniente di intraprendere nuove iniziative imprenditoriali di strutture commerciali nel settore di riferimento.

Il provvedimento dà anche conto delle limitazioni stabilite per la dimensione delle strutture alimentari, visto che le medie strutture non possono superare i 1.500 mq e non potendosi, nei comuni di Modena e Vignola, all'atto del provvedimento, in pratica avviare strutture commerciali alimentari di grandi dimensioni.

In questo contesto, il provvedimento (punto V.2) inquadra la posizione dominante di Coop Estense, che viene correlata ad al-

cuni 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 in quel territorio della stessa Coop (nonché di comportamenti concorrenti a creare barriere strategiche di ingresso).

Quanto alle quote di mercato, il provvedimento ha accertato — e questo non è adeguatamente contrastato dall'interessata — che Coop Estense disponeva di quote di mercato elevate, sia in termini assoluti che in proporzione alla concorrenza, per di più accresciute nel corso dell'ultimo decennio in provincia di Modena.

Il vantaggio strutturale di Coop Estense è stato misurato rispetto al fatto che i principali concorrenti registrano invece, nello medesimo periodo, posizioni costanti o anzi talvolta in flessione.

In particolare, le quote di mercato di Coop Estense risultano essersi mantenute, nella provincia, a un livello significativo, attestandosi tra il 2000 e il 2011 al 60-66 per cento negli ipermercati e al 40-47 per cento nei supermercati.

La posizione di Coop è risultata crescente nel tempo e rimanere, nel medesimo arco temporale, superiore di ben quattro o cinque volte quella del diretto concorrente nel mercato degli ipermercati; e superiore a circa due volte nel mercato dei supermercati.

Rispetto ad Esselunga, le quote di mercato della ricorrente Coop Estense sono risultate stabilmente e significativamente maggiori (dalle quattro alle sei volte negli ipermercati; fino a sette volte nei supermercati), quando Esselunga manteneva durvolmente quote di mercato tra il 10-15 per cento negli ipermercati e al 7 per cento circa nei supermercati.

Il provvedimento rilevava poi la (come sopra descritta) presenza di barriere amministrative all'ingresso, in relazione causale con la scarsità di aree destinabili ad attività commerciali compatibilmente con la regolamentazione urbanistica, territoriale e commerciale tali da costituire investimenti economicamente sostenibili in quanto localizzate in bacini con domanda sufficiente, alla tempistica di rilascio delle autorizzazioni e ai vincoli connessi alle aperture per accorpamento di licenze esistenti, tali da in realtà facilitare l'espansione degli operatori già attivi nel mercato: in particolare, dell'impresa incumbent. Su queste basi, il provvedimento concludeva nel senso che tali fattori concorrono a determinare limiti evidenti alla possibilità di ingresso e di insediamento di strutture commerciali nuove, ov-

vero al dispiegarsi di una concorrenza potenziale nei mercati rilevanti.

Il provvedimento passava poi a descrivere il livello di radicamento territoriale e la dimensione qualitativa della reputazione di Coop in provincia, considerando che vi aderiscono più di 250.000 soci e che realizza più dei tre quarti delle vendite in ambito consortile, in regola con un generale «sistema Coop», dall'organizzazione che vuole ciascuna delle cooperative consociate avere una sua propria diffusione territoriale cioè operante in un definito frammento del territorio nazionale; nell'ambito del quale sistema generale, Coop Estense è l'unica Coop attiva in provincia di Modena, è presente con propri punti vendita in tutti i comuni della provincia, realizza la maggior parte del suo fatturato a Modena (circa il 45 per cento del fatturato degli ipermercati operanti nella provincia e quasi il 38 per cento dei supermercati).

Riguardo invece al comune di Vignola, l'atto registra che, seppure il fatturato di Coop Estense rappresenti il 5 per cento circa di quello realizzato a livello provinciale in entrambi i mercati, nel detto comune essa è il solo operatore ad operare con una grande struttura di vendita (2.500 mq, ampliabili), con posizione di accertata asimmetria dimensionale rispetto agli altri attori della distribuzione moderna (il secondo punto vendita più grande è quello di Conad, di circa 600 mq).

Il provvedimento cita anche la significativa presenza pluridecennale e la forza del marchio Coop e la sua reputazione presso il mercato.

Quanto al resto, il provvedimento prende in considerazione altre barriere di tipo strategico, individuate nelle condotte dell'operatore incumbent e poi accertate come abusive.

L'appellante incidentale Coop Estense sostiene che non sarebbe di suo sufficiente la percentuale della sua quota nel mercato rilevante, quota che oscilla, in provincia di Modena, attorno al 40 per cento, ovvero che la stessa quota è pari alla quota limite. Essa sostiene inoltre che, quand'anche superiore a quelle detenute dai principali concorrenti, una tale quota, considerata in valore assoluto, non raggiungerebbe una percentuale di livello tale da far desumere, da sola, la posizione di dominanza; e invoca all'uopo il par. 14 della comunicazione della commissione europea concernente orientamenti sulle priorità della commissione nell'applicazione dell'art. 82 del trattato Ce al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti (che sarebbe applicabile al caso di

specie, perché relativa — come chiarisce il par. 4 — a ipotesi come quella di specie, di imprese detentrici di posizione dominante a titolo individuale).

Ad avviso del collegio, le censure dedotte con gli appelli incidentali sono infondate: esse non consentono di ritenere affetto da difetto di adeguata istruttoria né da vizi circa la motivazione l'atto adottato dell'autorità in relazione alla reale posizione di dominanza del mercato di riferimento.

Infatti, nel richiamato paragrafo, la commissione europea non afferma, come indica in sostanza Coop Estense, che quote di mercato inferiori al 40 per cento sul mercato rilevante non consentano in assoluto di ritenere la presenza di una posizione dominante; ma, molto più limitatamente, solo afferma la possibilità che al di sotto di tale soglia i concorrenti possono essere in grado di limitare in modo effettivo il comportamento di un'impresa dominante, salvo che non si trovino ad affrontare gravi limitazioni di capacità.

Al successivo par. 15, la commissione europea precisa anche: «L'esperienza indica che, quanto maggiore è la quota di mercato e quanto più lungo il periodo di tempo per il quale è detenuta, tanto più probabile è che essa costituisca un'importante indicazione preliminare dell'esistenza di una posizione dominante ...».

Ne consegue che, per la commissione, tra gli elementi sintomatici di posizione dominante vi è, oltre alla quota di mercato posseduta nel mercato rilevante (che è di per sé significativa anche sotto la soglia del 40 per cento — quando in sostanza a tale quota si avvicina — se i concorrenti non sono in grado di effettivamente limitare il comportamento dell'impresa che si pretende dominante, per gravi limitazioni di capacità), anche il fattore tempo durante il quale la quota è tenuta.

Nel caso di specie, l'accertamento dell'Agcm, come sopra si è visto, ben indica le ragioni con cui la possibilità di cui sopra è stata in concreto davvero sviluppata: esso ha tenuto conto di ambedue detti parametri (percentuale e tempo in relazione al mercato e alle barriere all'ingresso, costituite da incumbenti amministrativi), ovvero della quota posseduta da Coop Estense, delle quote possedute dalle sue principali concorrenti, del loro sviluppo nel tempo, anche in relazione delle caratteristiche geografiche e strutturali del mercato e delle barriere esistenti all'ingresso.

Del resto, i dati offerti da Coop sulla presenza nel mercato rilevante di operatori concorrenti titolari di quote di mercato si-

gnificative (Conad 20 per cento; Selex 6 per cento; Esselunga 6 per cento), con una reputazione commerciale e una presa di mercato comparabili a quelle di Coop Estense, non giungono ad evidenziare, in efficace e sintomatica contrapposizione a quanto argomentato dall'autorità, quali concorrenti e come siano in grado di limitare in termini effettivi il comportamento di Coop Estense e far escludere pertanto la posizione dominante di quest'ultima.

L'appellante incidentale Coop Estense si riferisce a una parte del provvedimento (par. 104-108) che farebbe riferimento alla capacità competitiva di Esselunga: comportamento cui, temendone gli effetti, essa si sarebbe legittimamente contrapposta con la condotta asseritamente abusiva.

In sostanza — risulta sostenere l'appellante incidentale — proprio il carattere di concorrente temibile che lo stesso atto attribuisce a Esselunga dimostrerebbe l'effettiva esistenza di una situazione di reale concorrenza tra imprese, e questo smentirebbe l'assunto di base della posizione dominante di Coop.

L'argomento, osserva il collegio, non convince perché mescola un *prius* con un *posterius*: confonde causa ed effetti, giacché il comportamento effettivo di Coop Estense è, nella specie, diretto proprio a escludere in prevenzione, cioè nei termini preclusivi da quel mercato rilevante dove Coop gode di una posizione dominante, l'ingresso del concorrente potenziale Esselunga, di cui paventa la capacità competitiva.

Il collegio, al riguardo osserva, come già la sentenza appellata, che il provvedimento rileva evidenze attestanti che Esselunga era da Coop Estense percepita come un operatore in grado di esercitare una pressione competitiva particolarmente incisiva nei mercati rilevanti dove essa è presente; e che a una tale percezione corrispondeva effettivamente la per lei temibile vivacità competitiva attestata dai paragrafi in questione. Non si pone qui questione di giustificazione di un'azione perché compiuta a difesa degli interessi commerciali, in quanto reattiva a una previa condotta aggressiva di Esselunga: affinché una tale esimente difensiva operi deve — a parte ogni questione di necessità di difesa della propria legittima posizione e di proporzionalità — effettivamente sussistere un danno o un pericolo effettivo, certo ed attuale, di suo costituente un'operazione abusiva anticoncorrenziale, proveniente in senso opposto, e non già una mera previsione soggettiva di un pericolo futuro ed incerto (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 20 dicembre 2010, n. 9306, *id.*, Rep. 2011, voce cit., n. 233).

E comunque, di fronte a una tale preoccupazione si sarebbe dovuto anzitutto porre in competizione, se del caso anche stretta, usando dell'amplessissima gamma dei leciti strumenti di concorrenza incentrati sui propri meriti e il loro efficientamento; e poi rivolgendosi all'autorità di garanzia; ma non abusando della posizione già dominante per dar corso a pratiche commerciali anticompetitive, in particolare incidendo sul dispiegarsi della libertà di ingresso del temuto competitore.

Nondimeno, anche a non prendere in considerazione la distanza tra le quote di mercato dei due operatori e la scarsa presenza territoriale di Esselunga rispetto a Coop Estense (riferisce Esselunga: 2 punti vendita Esselunga contro i 29 di Coop Estense, con una superficie complessiva di vendita pari a 4.630 mq contro 68.373 mq), va rilevato che queste evidenze si riferiscono alle sole località dove Esselunga è già presente e non confortano in alcun modo l'assunto particolare di un'asserita dipendenza di Coop Estense da Esselunga, evidentemente non ravvisabile nel fatto della mera dinamica concorrenziale.

Come infatti si è rammentato, la giurisprudenza comunitaria esclude che l'esistenza di una posizione dominante sia da riferire alla sola situazione di monopolio, o di quasi monopolio: perché essa può essere propria anche dei mercati dove pur si registra un'esplicazione di gioco concorrenziale; ed è anzi lì che si pongono le questioni marginali dell'illecito che vi si basa. Ciò che rileva come elemento di base su cui s'innesta la condotta abusiva è piuttosto il fatto della possibilità, da parte dell'impresa che vi versa, di influire, grazie alla sua superiorità e al potere di mercato che ne deriva, in modo notevole sulle modalità di esplicazione della concorrenza e dell'offerta: e di comportarsi senza doverne tenere necessariamente conto (cioè, in modo significativamente indipendentemente dal comportamento degli altri attori della scena) e subirne pregiudizio. È in un tale contesto che può maturare l'adozione di comportamenti abusivi «escludenti», cioè intesi a ridurre o ad eliminare il grado di concorrenza esistente sul mercato dell'impresa (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 20 dicembre 2010, n. 9306, cit.).

Questi elementi di base sono ben compatibili con i dati contenuti nei rammentati par. 104-108 del gravato provvedimento sanzionatorio, i quali indicano che nei mercati rilevanti e nei territori dove sono presenti entrambi, nonostante Esselunga sia realisticamente percepita da Coop Estense come un operatore in grado di esercitare una pressione competitiva particolarmente incisiva, i prezzi praticati da Coop Estense non sono inferiori a

quelli di Esselunga, tant'è che 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 risulta Esselunga.

Questo lascia emergere che la pressione competitiva di Esselunga, pur notevole, non era tale da influire sulla strategia dei prezzi di Coop Estense.

La posizione dominante, d'altronde, rappresenta una situazione di forza rispetto ai concorrenti tale per cui l'impresa che la detiene è in grado di poter (e qui sta il limite tra l'uso e l'abuso) ostacolare il persistere delle condizioni che sono a base di una situazione generale di effettiva concorrenza nel mercato che rileva; ed è per questa sua forza, dagli effetti economici, in grado di tenere comportamenti significativamente indipendenti da quelli dei concorrenti, dei clienti e, in ultimo, dei consumatori.

Anche in relazione alle censure dell'appellante incidentale Coop Estense sull'accertata esistenza di barriere all'ingresso del mercato rilevante in questione, non risulta che l'Agcm abbia ommesso un'attività istruttoria apposita, né che ne abbia ommesso la considerazione adeguata degli effetti, viste le articolate considerazioni dedicatevi nel provvedimento: ad esempio, circa le conseguenze nascenti dalla scarsità di aree disponibili a causa delle condizioni dettate dai piani urbanistici territoriali e commerciali, o la scarsa appetibilità in termini di sostenibilità economica dell'apertura di nuove attività; fattori questi che poi hanno determinato i fatti descritti nei territori di Modena e di Vignola.

Nemmeno si può ritenere, come Coop Estense, che vi sia uno sviluppo fisiologico della concorrenza riscontrabile negli stessi, generici, dati sull'andamento di nuove iniziative commerciali nel settore della grande distribuzione alimentare.

Il provvedimento sanzionatorio dell'autorità rileva che, quanto a Modena, tra gli undici nuovi punti vendita avviati in provincia di Modena tra il 2000 e il 2011, già quattro (cioè, oltre un terzo) sono a insegna Coop, e per una superficie di vendita che arriva a ben il 50 per cento circa rispetto alla superficie totale degli stessi; mentre, quanto a Vignola, nessun nuovo avvio riguarda supermercati di 1.500 mq o più.

In definitiva, non può essere in alcun modo seguita la tesi di Coop Estense sull'insussistenza della posizione di dominanza nel mercato rilevante: sul punto è ineccepibile e immune dalle dedotte censure l'operato dell'autorità.

Pertanto gli appelli incidentali sono da rigettare.

3. - Va ora esaminata la questione sottoposta con gli appelli dell'Agcm e di Esselunga s.p.a., con cui si mette in discussione la decisione del primo giudice, che ha ritenuto insussistente l'abuso perché il comportamento dell'impresa in posizione dominante, pur intenzionalmente diretto ad assumere carattere abusivo con «intento escludente» di Esselunga, tuttavia, nei fatti, non avrebbe davvero generato un effetto utile, a causa dell'interruzione del nesso di causalità, dato che le barriere, di ordine amministrativo, erano state determinate, invece, da cause amministrative e burocratiche non ascrivibili a Coop Estense, come emergerebbe dall'esame delle circostanze.

Insomma, una volta ritenuta la sussistenza della posizione di dominanza del mercato rilevante di Coop Estense, nell'esaminare l'ipotesi dell'eventuale abuso della posizione dominante, l'abuso stesso è stato escluso dalla sentenza per difetto di un effettivo nesso di causalità tra la condotta ipotizzata come escludente e l'evento dell'esclusione di Esselunga.

Il primo giudice ha deciso sull'assunto — contestato dagli appelli principali dell'Agcm e di Esselunga — che, per dimostrare la ricorrenza l'illecito, l'autorità avrebbe dovuto anche dimostrare la sussistenza del nesso di causalità collegato alla condotta c.d. escludente, non ritenendo sufficiente il mero intento escludente, né la mera capacità di un tale effetto.

La sua sentenza ha quindi adottato una nozione di abuso di posizione dominante e di effetto escludente che — ai fini della configurazione della fattispecie anticoncorrenziale di abuso di posizione dominante — ritiene necessario non solo l'evento dell'esclusione dal mercato che rileva ma anche, in rapporto a quell'evento, l'accertamento dell'effettività dell'effetto escludente. In sostanza, il nesso di causalità tra la condotta e l'effetto escludente rileverebbe perché l'effetto escludente è parte costitutiva dell'illecito.

Il primo giudice ha così aderito alla tesi per cui, per distinguere tra condotta concorrenziale lecita e abuso illecito di posizione dominante, si dovrebbe guardare alla ricorrenza dell'effetto anticompetitivo collegato causalmente alla condotta, elemento che (solo) «colora» di illecito la condotta dell'impresa in posizione dominante.

A fronte di questo assunto, i motivi di appello dell'autorità e di Esselunga appaiono degni di positiva considerazione.

Infatti, nell'opposto assunto dell'impresa esclusa (Esselunga), esiste in capo a ogni concorrente dell'impresa in posizione do-

minante (Coop Estense) il diritto a non essere contrastata in senso esclusivo da atti illeciti, a ciò orientati, della dominante: il che prescinde dal fatto che una tale esclusione comporti una concreta diminuzione della concorrenza o dell'efficienza del mercato, perché si deve aver riguardo, ai fini del disvalore, alla sola condotta tenuta dall'impresa dominante. L'illecito, altrimenti detto, sarebbe di mera condotta.

Costituiscono abuso di posizione dominante i comportamenti idonei ad incidere sulla struttura di un mercato rilevante dove, per effetto della presenza della dominante, il livello della concorrenza è già debole e che consistono non solo nell'effettivamente impedire, ma anche soltanto nel tentare di impedire, con mezzi diversi da quelli dell'ordinaria e proporzionata competizione in prodotti o servizi, che permanga il livello di concorrenza ancora esistente o il suo sviluppo.

L'art. 102 Tfu (come anche l'art. 3 l. n. 287 del 1990) si limita a vietare l'abuso di posizione dominante, ma non ne fornisce la definizione.

L'elenco di condotte ivi riportate non è esaustivo e le pratiche menzionate sono solo alcuni esempi di siffatti abusi: l'elenco delle pratiche abusive contenute in tale disposizione è un numero aperto, che non esaurisce le modalità di sfruttamento abusivo di posizione dominante contrastanti con il trattato.

Ai fini dell'art. 102 Tfu, la prova dell'oggetto e quella dell'effetto anticoncorrenziale si confondono tra loro: se si dimostra che lo scopo perseguito dal comportamento di un'impresa dominante è di restringere la concorrenza, un tale comportamento è di per sé pregiudizievole, in quanto può anche comportare tale effetto (Trib. Ue 29 marzo 2012, causa T-336/07, *Telefonica, id., Le banche dati*, archivio *Merito ed extra*, 2012.118; Trib. I grado 30 settembre 2003, causa T-203/01 *Michelin, id.*, 2004, IV, 94; così Trib. I grado 17 dicembre 2003, causa T-219/99, *ibid.*, n. 33, dove si dice che «qualora un'impresa in posizione dominante ponga effettivamente in essere una pratica che produca un effetto preclusivo nei confronti dei propri concorrenti, la circostanza secondo cui il risultato voluto non sia stato raggiunto non è sufficiente ad escludere la sussistenza di un abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 102 Tfu»). L'illecito, cioè, si perfeziona con la condotta anticoncorrenziale, purché di suo idonea a turbare il suo funzionamento corretto e in esso la libertà stessa del mercato. È sufficiente a integrarlo già la mera potenzialità dell'effetto restrittivo. Ed è perciò già la correttezza del comportamento economico del concorrente che

l'ordinamento intende garantire, non necessariamente la sola, oggettiva, concorrenzialità del mercato.

L'ordinamento, del resto, a protezione della concorrenza (seppur dal lato delle altre imprese piuttosto che dell'efficienza generale del mercato), già da tempo si preoccupa di assicurare la lealtà del comportamento concorrenziale in ragione dei mezzi adoperati, indipendentemente dagli effetti dannosi raggiunti, i quali non necessariamente sono frutto di condotte indebite altrui (art. 2598 ss. c.c.; art. 10 *bis* della convenzione dell'Unione di Parigi 20 marzo 1883 e successive modificazioni; l. 4 luglio 1967 n. 676). E ora anche qui, a meno di non immaginare un incoerente arretramento di tutela rispetto a quella pur risalente normativa, si deve ritenere che non è necessario, a integrare l'illecito, attendere che la concorrenza sia stata indebitamente alterata dalla condotta anticoncorrenziale perché l'ordinamento reagisca: è sufficiente già la pericolosità, a quei fini, di quella condotta, che può comunque sfogare nel raggiungimento di quel risultato se non oggi, un domani. Tanto più che il fine generale ora perseguito contrastando le distorsioni della concorrenza è l'efficienza generale del mercato, e che in questa cornice, a fianco dell'illecito di cui in discorso (art. 3 l. n. 287 del 1990) rilevano per altri versi già strette condotte che anticipano la turbativa effettiva del mercato, come le intese restrittive della libertà di concorrenza (art. 2).

Dunque, per quanto in via statistica la più parte dei comportamenti abusivi di dominante generi effetti restrittivi della concorrenza, va sottolineato che (Corte giust. 19 aprile 2012, causa C-549/10 P, *Tomra*) per accertare un abuso di posizione dominante sia sufficiente che il comportamento abusivo dell'impresa dominante miri a restringere la concorrenza, ovvero che sia tale da avere, o da poter avere, un tale effetto.

Al più, è stato ritenuto che se la prassi di un'impresa dominante non può essere qualificata abusiva se manca del tutto un minimo effetto anticoncorrenziale, tale effetto non deve comunque essere concreto e totale rispetto alle intenzioni, essendo sufficiente un effetto anticoncorrenziale potenziale (Corte giust. 6 dicembre 2012, causa C-457/10 P, *AstraZeneca*, in *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Unione europea*, nn. 959, 1503).

A parte questo aspetto, secondo quanto emerge da questa sentenza europea (*AstraZeneca*), la condotta dell'impresa in posizione dominante può comunque essere ritenuta abusiva se: 1) sia inserita nell'ambito di una strategia escludente; 2) non vi siano giustificazioni oggettive; 3) vi sia un limitato grado di discrezionalità da parte della pubblica amministrazione.

Il fatto che l'obiettivo restrittivo perseguito non sia stato in realtà raggiunto non è di suo sufficiente a ritenere che dichiarazioni ingannevoli siano inidonee a produrre effetti e che non vadano perciò sanzionate (in quel caso questo mancato raggiungimento avvenne per effetto di informazioni inesatte rilevate dalle autorità; mentre qui, secondo il primo giudice, rileverebbero altre cause di ordine amministrativo, come pareri negativi di organismi o enti pubblici).

Infatti, come considerato dalla commissione europea, se è accertata l'oggettiva idoneità di un comportamento a limitare la concorrenza, il suo carattere abusivo non può dipendere dalle successive, aleatorie reazioni dei terzi.

D'altronde (sent. *AstraZeneca*, cit.) il carattere abusivo di un comportamento alla luce dell'art. 102 Tfeue non ha relazione con la sua conformità ad altre normative, giacché gli abusi di posizione dominante consistono, per lo più, proprio in comportamenti leciti alla luce di altri settori dell'ordinamento, diversi dal diritto alla concorrenza (così anche questa sezione nel recente caso *Pfizer*: Cons. Stato, sez. VI, 12 febbraio 2014, n. 693, *id.*, 2014, III, 507).

Resta piuttosto necessaria, a integrare questo illecito anticoncorrenziale, la presenza di un intento escludente, da accertare indiziariamente come un *quid pluris* che si aggiunge alla sommaria di comportamenti altrimenti leciti. Non si tratta di valutare la legittimità di atti alla luce dei vari settori dell'ordinamento investiti (come, nella specie, appare essere — salvo diversa dimostrazione — riguardo a quello urbanistico-edilizio dove il corrispondente comportamento dell'impresa dagli atti presenti risulta essersi manifestato in una, di suo non antiggiuridica, attività in sede di procedimento amministrativo); ma di considerare quelle condotte, pur settorialmente lecite, alla luce della loro portata anticoncorrenziale. Prospettiva in relazione alla quale certi atti, anche se legittimi da quel punto di vista settoriale, si colorano come elementi indicatori di questo sproporzionato intento anticoncorrenziale (così nel detto recente precedente n. 693 del 2014). Diversamente, l'abuso di posizione dominante sarebbe pressoché inconfigurabile, grazie al semplice fatto che consiste il più delle volte in comportamenti analiticamente leciti se visti solo alla luce di settori dell'ordinamento altri da quello della concorrenza. La reciproca relatività degli ordinamenti di settore fa comprendere il fenomeno per cui ciò che è lecito dal punto di vista dell'uno ordinamento, può al contempo non esserlo dal punto di vista dell'altro.

In questa prospettiva, va considerato che la tutela della concorrenza ad opera di un'apposita autorità amministrativa indipendente — anche a mezzo dell'esercizio della potestà sanzionatoria, anch'essa finalizzata alla sua generale funzione di regolazione del settore — concerne il funzionamento corretto ed equilibrato del diritto di libertà economica. Per questa ragione essa riguarda senza esclusioni, anche a ragione delle inevitabili interazioni delle condotte individuali d'impresa, tutti i comportamenti rilevanti per praticare la restrizione della concorrenza, che considera dal solo punto di vista economico (in quanto — nel caso particolare di abuso di posizione dominante — orientati al ricorso a mezzi diversi da quelli che governano la normale competizione dei prodotti o dei servizi sulla base delle prestazioni degli operatori economici).

È perciò essenziale, per l'effettività della tutela del mercato dai comportamenti distorsivi, valutare le condotte per quello che economicamente significano, adeguandole alla utilità economica che perseguono: considerandole come stretti atti economici, in rapporto agli interessi concreti cui sono orientate. Il che postula di renderle, a questi fini, indifferenti alle qualificazioni che eventualmente ricevono altrove: e perciò di assumerle solo nella loro dimensione utilitaristica, prescindendo dalle attribuzioni formali che possono caratterizzarle alla luce di altri ordinamenti di settore. Diversamente, alcuni comportamenti potrebbero sfuggire all'operatività della tutela della concorrenza e al divieto di distorsione del mercato: ad esempio, le condotte elusive o quelle di abuso; e più ancora se ne sottrarrebbero i comportamenti tipizzati o comunque leciti sotto altri e diversi punti di vista. L'effetto di sistema che ne deriverebbe sarebbe quello di un intervento di garanzia intermittente e claudicante, a dispetto del carattere sistemico del mercato e interdipendente dei comportamenti dei suoi attori.

Coerentemente, il medesimo riguardo all'effettività dell'ordinamento di tutela della concorrenza impone anche di considerare che la posizione di impresa dominante in un mercato rilevante genera speciali doveri concorrenziali, realisticamente legati al suo particolare potere di mercato e alla conseguente particolare sensibilità del mercato rilevante alle sue operazioni anticoncorrenziali. Il cennato limite, a questo riguardo, tra uso e abuso della posizione di concorrente dominante è dunque, in ragione del principio generale di proporzionalità, da individuare in concreto, comparando questo potere economico alle distor-

sioni della concorrenza che la condotta di quell'impresa in quello specifico ambito è in grado di generare. Questa posizione particolare è dunque in concreto fonte, in quel mercato, di una — come è evidenziato dalla giurisprudenza europea sin da Corte giust. 9 novembre 1983, causa 322/81, *Michelin c. Commissione* (*id.*, 1985, IV, 65) — «speciale responsabilità» che incombe sull'impresa dominante, con conseguenti obblighi particolari di astenersi da comportamenti che avrebbero un effetto distorsivo proprio in quanto originati dalla dominanza (cfr., ad es., Cons. Stato, sez. VI, 13 settembre 2012, n. 4873, *id.*, Rep. 2012, voce *Concorrenza* (disciplina), n. 133).

Qui il principio della «speciale responsabilità» si estrinsecava nel particolare dovere di prendere atto delle previsioni urbanistiche locali e nel non interferirvi, e nel non interferire circa la disponibilità interprivata dei terreni che interessavano al riguardo, lasciandoli come possibile spazio materiale per l'insediamento di terzi ipotetici concorrenti (contro i quali poi agire competitivamente in base al corretto principio del merito). Interferirvi negativamente dal punto di vista amministrativo, ovvero sottrarre a una tale disponibilità commerciale avrebbe infatti significato tenere una condotta preventiva, volta a generare *a priori* una barriera all'accesso nel mercato rilevante in questione e dunque precludere in pratica una delle condizioni essenziali della concorrenza, cioè la libertà di ingresso nel mercato. Condotta che, in ragione del principio generale di proporzionalità, sarebbe stata invece ben lecita a un soggetto estraneo a quel mercato, ovvero anche a un soggetto di quel mercato ma non in posizione dominante (ovvero collegato all'impresa dominante), giacché non sarebbe stata idonea a generare l'effetto distorsivo. Ma per l'impresa in posizione dominante era interdetta, come a quanti a questi fini collegati con essa.

Sicché non può essere condivisa la tesi esposta da Coop Estense di ricondurre le sue azioni al mero ambito dei procedimenti amministrativi di tipo urbanistico ed edilizio.

Infatti, tale limitato punto di vista riduce indebitamente gli obblighi concorrenziali ai rispetti strettamente formali, li sottrae alla ricordata qualificazione come meri atti economici, li affranca quando li sovrappone all'ordinamento urbanistico: dimenticando che invece si tratta, per relatività, di una diversa qualificazione dei fatti e dei comportamenti. E così, mescolando le qualificazioni e dando prevalenza a quelle formali sulle caratteristiche materiali economiche delle condotte, elude l'esistenza

dei particolari obblighi che incombono sull'impresa dominante in quanto tale e sulla speciale responsabilità che nasce dal suo potere di mercato, finendo per dare, riduttivamente, dominante rilievo alle mere qualificazioni del sistema regolatorio urbanistico-edilizio.

In realtà, quando si tratta di restringere la concorrenza, anche comportamenti commerciali comuni — che restano ben legittimi se adottati da imprese non dominanti — possono essere abusivi se adottati da un'impresa dominante (così, anche Trib. I grado 30 settembre 2003, causa T-203/01, *Michelin*, cit.).

Non è qui questione di legittimo esercizio di attività di impresa o dell'ordinaria capacità negoziale in tema di proprietà da parte dell'impresa in posizione dominante. Qui in concreto le circostanze di fatto, per come accertate, hanno ragionevolmente dimostrato all'Agcm, per quanto emerge dall'atto impugnato, che i comportamenti contestati erano non diretti alla semplice difesa o cura di impresa, ma espressione di un'articolata strategia intesa a precludere Esselunga da parte di Coop Estense. Questi comportamenti, invero, considerato anche il loro costo, non avevano altra ragione pratica che impedire l'ingresso in quel mercato del serio concorrente potenziale Esselunga; e il loro obiettivo era così di restringere, o meglio mantenere ristretta, la concorrenza in quel medesimo mercato.

Nella specie, correttamente ha operato l'autorità, nell'accertare, dopo adeguata istruttoria e dandone congrua motivazione l'esistenza dell'abuso di esclusione da infrastrutture necessarie ed essenziali per l'attività commerciale in quel mercato. Questo è stato realizzato da Coop Estense mediante un'intensa, lunga e articolata azione, espressa con un concorso di sue condotte commerciali finalizzate ad estromettere il nuovo e paventato concorrente con il costruirgli una barriera all'ingresso del mercato mediante la preclusione materiale della possibilità di realizzare, nel territorio in questione, insediamenti di strutture commerciali.

La strumentalità e la stessa emulatività dei comportamenti di Coop Estense viene in evidenza dalle circostanze fattuali: nel caso di Modena, con l'acquisto, in modo patentemente anti-economico perché squilibrato rispetto al valore e al prezzo corrente di uno dei restanti comparti di terreno dove era possibile realizzare strutture di grande distribuzione — e quando già Esselunga aveva effettuato un ingente investimento di capitali, al solo evidente fine di impedirvi l'insediamento della struttura di Es-

selunga, e con la successiva opposizione di Coop Estense all'approvazione del piano particolareggiato da parte del comune: condotte dalle quali è conseguita per Esselunga l'impossibilità di realizzare l'insediamento e dunque di avere un effettivo ingresso in quel mercato.

Nella specie dal provvedimento dell'autorità emerge che:

1) Coop Estense nel 2001 aveva acquistato ad un «prezzo esorbitante» — a dire di Esselunga, fino a cinque volte il prezzo di mercato: e su tale punto, si osserva, non sono svolte contestazioni — una porzione minoritaria del comparto (l'area dell'«ex fallimento Rizzi»), soltanto dopo che la parte maggioritaria del comparto stesso era entrata nella disponibilità di Esselunga tramite Edilmontanari (1999) e che la presentazione del piano di riqualificazione del comparto medesimo era stata già autorizzata dal comune nel corso dell'anno 2000: acquisto fatto all'esclusivo fine di incidere sulle soluzioni pianificatorie del comparto e, quindi, di rimettere in discussione le scelte edificatorie effettuate, mediante l'esercizio di un correlato potere che, per gli effetti pratici cui era orientato, risulta di sostanziale veto nei confronti delle proposte di Esselunga;

2) Coop Estense nel 2001 si era quindi opposta in via amministrativa al piano particolareggiato, la cui presentazione era stata già autorizzata nel 2000 dal comune a seguito di una compiuta attività istruttoria, e di aver messo poi in atto, tra il 2001 e il 2004, una condotta dilatoria e di attesa: condotta che ha impedito, mancando il necessario consenso tra i proprietari, l'adozione del piano;

3) Coop Estense ha posto successivamente in essere un comportamento solo apparentemente volto a trovare una soluzione al conflitto originato dall'opposizione al piano, e consistente nella proposta di uno scambio di aree con Esselunga, in realtà irrealizzabile sia economicamente che tecnicamente;

4) Coop Estense, nel 2009, aveva presentato un proprio piano autonomo e non caratterizzato dal pur necessario consenso tra le proprietà;

5) Coop Estense ha così a tutt'oggi determinato lo stallo del recupero del comparto, su cui però mantiene il diritto di proprietà.

Nella corretta ricostruzione dell'autorità garante, quindi, l'acquisto dell'area da parte di Coop Estense si pone come in realtà finalizzata alla sola adozione di tale comportamento ostruzionistico: le vicende successive ne costituiscono, coerentemente, una mera applicazione.

Secondo la sentenza del Tar Emilia-Romagna n. 2280 del 2009, richiamata a sua volta nella sentenza qui appellata, i pareri negativi di Ausl/Arpa e l'omesso completo adeguamento al parere della commissione edilizia avrebbero interrotto il nesso di causalità dell'effetto interdittivo.

In realtà, il mutato assetto proprietario, mediante l'acquisto di Coop Estense finalizzato di fatto al veto ha costituito e costituiva, di per sé, una sufficiente causa efficiente idonea ad impedire una normale attività imprenditoriale del potenziale concorrente mediante l'insediamento di una nuova struttura nell'area del mercato rilevante.

La circostanza che Coop Estense, subentrata al fallimento Rizzi, avesse presentato opposizione all'approvazione del piano già proposto e in fase avanzata, frutto di volontà di una sola delle parti private proprietarie — comportamento, come detto, legittimo e lecito dal punto di vista amministrativo e proprietario ma dal presente punto di vista censurabile per un'impresa dominante — emerge chiaramente dalla stessa sentenza del Tar Emilia-Romagna su menzionata.

Come osserva il gravato provvedimento dell'autorità, le altre ragioni della mancata approvazione del piano si riferivano in realtà ad aspetti secondari, in sé facilmente superabili mediante l'adeguamento alle concrete indicazioni amministrative; non erano cioè invalicabili, come invece è invalicabile il sostanziale veto da mancato necessario consenso al piano. L'appellante Agcm rileva che tali aspetti sono stati «sbrigativamente», dalla sentenza del Tar di Bologna, liquidati invece come decisive cause negative: quando in realtà decisivo davvero era solo il mancato accordo tra le proprietà. Come osserva il provvedimento dell'autorità, alla fine il consenso degli aventi diritto sul terreno era la vera «unica condizione necessaria e sufficiente per la definizione del piano stesso e obbligatoria per la sua autorizzazione».

L'allarme generato dal paventato ingresso di Esselunga — al quale il corretto imprenditore in posizione dominante pur avrebbe potuto reagire con metodi leciti secondo le regole di mercato — è stato ammesso in audizione da Coop Estense, che a mezzo dei suoi rappresentanti ha dichiarato che la realizzazione di un punto di vendita di Esselunga avrebbe posto quest'ultima «in diretta concorrenza con il punto di vendita di Coop Estense e ne avrebbe determinato la chiusura» (doc. 2.80 fascicolo istruttorio Agcm, richiamato dall'appellante Esselunga s.p.a.).

In relazione poi alla vicenda di Vignola, Coop Estense è intervenuta strumentalmente e all'evidenza, al solo fine di ostacolare il potenziale concorrente Esselunga. Così ha fatto rispetto al procedimento di approvazione, da parte del comune di Vignola, di un accordo ai sensi dell'allora art. 18 (semplificazione degli strumenti di pianificazione territoriale e urbanistica) l. reg. Emilia-Romagna 24 marzo 2000 n. 20 (disciplina generale sulla tutela e l'uso del territorio): accordo in base al quale quel comune avrebbe introdotto una variante al p.r.g., per consentire l'edificabilità di un'area già da tempo a disposizione di Esselunga (di converso Esselunga avrebbe finanziato un'opera di interesse pubblico).

Il provvedimento dell'autorità, al riguardo, illustra come Esselunga, nell'impossibilità di dar seguito alla costruzione del punto di vendita a Modena a causa dello stallo determinato dalla opposizione di Coop Estense al progetto, si interessava di un'area nel vicino territorio di Vignola, di proprietà della società Vignola Due, compresa in un comparto da sottoporre a interventi di urbanizzazione, riqualificazione e recupero del tessuto urbano: area che offriva una nuova opportunità di insediamento commerciale prima non esistente.

Tale area della superficie complessiva di 22.000 mq viene riconosciuta, dal provvedimento dell'Agcm, idonea in particolare alla realizzazione di una grande struttura di vendita, cioè con superficie superiore ai 2.500 mq, che si sarebbe posta in diretta concorrenza con il solo altro punto di vendita di grandi dimensioni attivo nel territorio di quel comune, di proprietà di Coop.

L'8 aprile 2005, il comune di Vignola avrebbe dovuto autorizzare l'accordo ai sensi dell'art. 18 l. reg. n. 20 del 2000 su domanda di Vignola Due, il che avrebbe consentito l'edificabilità dell'area e la realizzazione di un punto vendita, anche di grandi dimensioni, per Esselunga.

Il 7 aprile 2005, cioè appena un giorno prima dell'effettiva attesa approvazione comunale del progetto di Esselunga, Coop Estense espresse al comune il proprio interesse ad avvalersi di una soluzione analoga a quella proposta da Esselunga.

Una tale manifestazione induceva il comune a sospendere e a rinviare (in pratica, *sine die*) ogni decisione di merito in ordine all'avanzata proposta di Esselunga, al fine di valutare proposte urbanistiche alternative.

Questa sospensione, come bene ha rilevato l'Agcm, ha nei fatti determinato un pratico arresto procedimentale. In base alle norme di legge regionale allora vigenti, il comune avrebbe po-

tuto direttamente adottare una variante al p.r.g., ma con procedura semplificata fino all'11 aprile 2005: ma non più poi, per effetto della normativa sopravvenuta.

Questa sospensione ha avuto nella realtà delle cose una valenza definitiva, per la sopravvenuta impossibilità di deliberare la variante entro l'11 aprile 2005, data questa che la legge regionale poneva come ultima per l'adozione diretta da parte comunale di varianti al p.r.g., dunque per la concreta possibilità — per quel che qui interessa — di rendere effettivamente edificabili aree sulla base di decisioni proprie. Dopo una tale data, la reperibilità di una nuova area da rendere edificabile ai fini commerciali o altro avrebbe dovuto attendere i lunghi tempi della definizione di una nuova disciplina di pianificazione provinciale e comunale (Poic e Psc), ossia intraprendere una procedura più lunga, complessa e differita nel tempo, incerta — come poi è stato — su se e sul quando.

Correttamente il provvedimento sanzionatorio qui al vaglio ha ravvisato in questi comportamenti la fattispecie dell'intento abusivo a finalità escludente: la tempistica dei fatti, per quanto legittima dal punto di vista dell'ordinamento del settore urbanistico, dal punto di vista dell'ordinamento della tutela della concorrenza si rivela inequivocabilmente, in ragione di quanto sopra rammentato, come una condotta della dominante il mercato orientata a una sua indebita utilità economica, consistente nella preclusione dell'ingresso, surrettiziamente realizzato mediante la descritta «distrazione» dell'azione amministrativa, del nuovo paventato concorrente.

È dunque — proprio in applicazione del principio generale di proporzionalità — coerente e lineare rapportare con l'atto impugnato siffatta condotta alla figura dell'abuso di posizione dominante. Abuso è qui infatti l'esercizio di un potere che, per quanto possa apparire conforme al suo contenuto dal punto di vista urbanistico o proprietario, è in realtà — cioè economicamente — funzionale al conseguimento di un'utilità inaccettabile dal punto di vista della finalità generale di esclusione dei comportamenti distorsivi del mercato.

Tanto è sufficiente a concretare l'illecito in parola, anche considerando che è, per quanto sopra esposto, da considerare come illecito di mera condotta. Non è dunque necessario procedere all'indagine — su cui invece si è soffermato con conclusioni non condivisibili il primo giudice — della sussistenza del nesso di causalità rispetto all'effetto di esclusione di Esselunga da quel mercato rilevante.

Solo *ad abundantiam* il collegio comunque specifica, in ordine a quel nesso di causalità, che per la vicenda di Modena non rilevano le circostanze del mancato adeguamento da parte di Esselunga ai pareri negativi degli uffici sanitari o a quanto prescritto dalla commissione edilizia, essendo già adeguatamente sufficienti a realizzare l'arresto pratico del procedimento i descritti interventi frapposti dalla dominante: il che renderebbe di suo apprezzabile la sussistenza del nesso eziologico. Invero, alla luce del criterio della causalità adeguata (o anche della penalistica causalità alternativa ipotetica), gli ostacoli frapposti da parte di Coop Estense erano da soli, come detto, in grado di generare la pratica barriera all'insediamento di nuove strutture commerciali di Esselunga e dunque al suo ingresso, anche a prescindere dall'esistenza di altri ostacoli: ostacoli peraltro nel tempo superabili adeguandosi senza particolari difficoltà alle prescrizioni istruttorie ostative. Anche se Esselunga s.p.a. li avesse superati conformandosi ai rilievi sanitari ed edilizi (di Arpa, Asl, commissione edilizia), l'intervento di Coop avrebbe in ogni caso impedito — a causa della mancanza dell'assenso di parte della proprietà e cioè di tutti i titolari dei vari comparti interessati — la possibilità dell'insediamento commerciale di Esselunga.

Per la vicenda di Vignola, come emerge chiaramente dalla descrizione analitica dei fatti di *die in diem*, l'intervento *in limine* (l'ultimo giorno utile prima dell'ormai matura decisione di approvazione del piano e immediatamente prima dell'entrata in vigore di norme di settore urbanistico ben più gravose) di Coop Estense ha dunque avuto in modo inequivoco un'efficienza causale nell'interruzione del procedimento e, quel che qui conta, nel generare dunque, *sub specie* economica, l'ostacolo essenziale all'insediamento della concorrente. A nulla qui rileva, per quanto ampiamente detto, che relativamente all'ordinamento urbanistico o alla condizione proprietaria l'intervento stesso potesse qualificarsi legittimo e lecito.

4. - La Coop Estense ripropone poi ai sensi dell'art. 101 cod. proc. amm. i motivi quarto, quinto e sesto del ricorso di primo grado, ritenuti assorbiti dalla sentenza impugnata.

Con il primo di questi motivi (quarto del ricorso originario), essa sostiene che sarebbero state valutate condotte che riguardano vicende di tempi diversi, a notevole distanza l'una dall'altra, e con il coinvolgimento di amministrazioni diverse, senza connessione tra loro. Essa sostiene altresì l'intervenuta prescrizione

rispetto a fatti molto risalenti rispetto alla contestazione iniziale dell'autorità, invocando il concetto di illecito istantaneo ad effetti permanenti, differente da quello dell'illecito permanente.

Il collegio qui ritiene che, sulla base di quanto considerato circa la censurabilità e l'abusività dell'azione escludente, siano da respingere i motivi riproposti che sostengono il difetto di un collegamento tra le vicende amministrative del comune di Modena e del comune di Vignola, oltre che la prescrizione per il tardivo inizio del procedimento rispetto alla contestata violazione (art. 14 e 28 l. 24 novembre 1981 n. 689).

Ciò che rileva, infatti, e proprio in ragione della qualificazione strettamente economica di cui si è ampiamente detto, non è che qui si sia trattato di due vicende procedurali amministrative o contrattuali diverse, sviluppate in diversi tratti di tempo, senza reciproca connessione su quel piano. Rileva invece la riferibilità delle stesse a una medesima e unitaria strategia economica della dominante Coop Estense, intesa a escludere in modo abusivo Esselunga, articolata — in quell'unitario mercato rilevante — in ragione delle diverse autorità amministrative di interlocuzione e dei diversi tentativi di ingresso della stessa Esselunga, e la loro perduranza fino all'anno 2009 se non oltre, come emerge dagli atti.

Infatti, l'Agcm ha avuto cura di accertare e dimostrare che gli interventi contrattuali e amministrativi nei due diversi contesti, a Modena e a Vignola, esplicavano una medesima strategia dell'impresa dominante, che grazie a un acquisto di un comparto all'interno dell'area «ex Consorzio agrario di Modena», si opponeva, in modo strumentale, a un piano particolareggiato di iniziativa privata (con beneficiario Esselunga) concernente la qualificazione e l'urbanizzazione della sola area a Modena nord dove, secondo i piani urbanistici vigenti all'epoca, sarebbe potuta sorgere una struttura commerciale di una certa grandezza. Nella specie, l'area era nella disponibilità di Esselunga ben prima dell'acquisto da parte di Coop Estense di uno degli altri due restanti comparti all'interno dell'area «ex consorzio agrario» (ossia, la c.d. area «ex fallimento Rizzi»).

Risulta chiaro, quindi, che l'appellante incidentale Coop Estense ha acquistato l'area «ex fallimento Rizzi» e si è opposta all'approvazione del piano particolareggiato al fine precipuo — come del resto in sostanza ammesso in sede di sua audizione — di impedire l'insediamento del concorrente Esselunga, in disparte altri motivi eventualmente impeditivi.

Nel caso di Vignola, Coop Estense è strumentalmente intervenuta nel procedimento di approvazione comunale di un accordo ai sensi dell'art. 18 rammentata l. reg. n. 20 del 2000, in base al quale il comune avrebbe variato il p.r.g. in modo da consentire l'edificabilità di un'area che era già a disposizione di Esselunga, e quest'ultima avrebbe finanziato un'opera di interesse pubblico.

In tale circostanza, soltanto *in limine*, il giorno prima della approvazione comunale del progetto di Esselunga, Coop Estense esprimeva la propria offerta per beneficiare di una soluzione analoga, con evidenti intenti ostruzionistici.

È evidente quindi l'abuso della posizione, essendo stato proprio tale intervento a causare nei fatti la sospensione e il rinvio di ogni decisione amministrativa in merito al progetto Esselunga, per valutare soluzioni alternative.

La sospensione assumeva poi, come prevedibile, carattere definitivo. Si è già osservato come allora il comune di Vignola, alla luce della normativa vigente al tempo, avrebbe potuto direttamente adottare una variante al p.r.g. soltanto fino all'11 aprile 2005; successivamente, la procedura, mutata la sua regolazione normativa, avrebbe assunto complessità diverse.

Pertanto appaiono prive di fondamento le censure di illegittimità dell'operato dell'Agcm, perché non spiegherebbe la connessione temporale e geografica tra fattispecie diverse. In realtà tali comportamenti, visti *sub specie* di atti economici, sono abusivi perché sono frutto di una medesima strategia articolata per quanto nel tempo e nello spazio, intesa a comunque escludere in quel mercato l'insediamento del potenziale concorrente.

In ordine al tempo, questi atti esprimono un'unitaria serie di comportamenti che compone un'unica strategia: così, come emerge dagli atti, Coop Estense si opponeva nell'anno 2001 in via amministrativa all'intervento già autorizzato dal comune di Modena; poi, fino all'anno 2004, assumeva una condotta dilatoria; successivamente adottava una tattica dilatoria consistente in una proposta di scambio di aree tra le parti che in realtà non era realizzabile; nel 2009 presentava autonomamente un piano non caratterizzato dal necessario consenso tra le proprietà e dal rispetto dei diritti edificatori, determinando quindi un definitivo stallo per quel comparto.

La logica che caratterizza il comportamento di Coop Estense in comune di Vignola consente di concludere nel senso della riconducibilità anche dell'intervento amministrativo, datato 7 a-

prile 2005, alla medesima strategia escludente, iniziata già con la vicenda di Modena.

Appare pertanto evidente che la gestione ordinata ad un unico fine di vari atti e comportamenti nel tempo — a mezzo di atti ben legittimi sotto il diverso profilo proprietario, urbanistico ed edilizio, ma evidentemente illeciti dal punto di vista della speciale responsabilità incombente sull'imprenditore dominante — realizzati nei rispettivi procedimenti amministrativi di Modena e di Vignola, ha consentito a Coop Estense di dirigere in modo abusivo l'azione verso l'obiettivo restrittivo della concorrenza: impedire a Esselunga l'apertura di significativi punti di vendita in provincia di Modena.

5. - Con il secondo dei motivi riproposti (il quinto del ricorso originario) da Coop Estense, si deduce che sia la diffida che la sanzione sarebbero affetti da illegittimità gravi, per essere la diffida sproporzionata e irragionevole. E si sostiene l'inammissibilità di diffide a natura «conformativa e dirigistica» che limitano la libertà di comportamento dell'attività di impresa. E si deduce poi la sproporzionalità e l'irragionevolezza della misura sanzionatoria adottata, in relazione alla riduzione della sanzione e comunque l'insussistenza di un potere reale di condizionare le scelte dell'amministrazione pubblica.

Ad avviso del collegio, anche tale motivo è da rigettarsi perché infondato.

Anzitutto, alla luce di quanto rilevato, appare logico e ragionevole, dal punto di vista dell'Agcm, che i rammentati comportamenti con le loro conseguenze per le dinamiche concorrenziali, siano da stimarsi come gravi, in proporzione all'alterazione delle dinamiche di mercato e ai loro effetti sulla concorrenza e sui consumatori.

In secondo luogo, una tale alterazione, una volta rilevata, va *de futuro* bonificata: e, in ragione della ricordata finalizzazione dell'esercizio della potestà sanzionatoria alla funzione di regolazione del settore, la sanzione stessa appare orientata a ripristinare il funzionamento corretto del mercato, mirando a imporre opposti e attivi comportamenti (obblighi di *facere*), diversi dalla mera desistenza delle condotte anticoncorrenziali (*non facere*) (cfr., tra tante, Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, *id.*, 2005, III, 6).

Così dunque, come si è rammentato in narrativa, l'atto impugnato dell'Agcm ha stabilito che Coop Estense dovesse porre fine agli effetti dell'infrazione e astenersi in futuro da comportamenti analoghi; e altresì astenersi dall'esercitare il veto sulle

scelte pianificatorie dell'area «ex consorzio agrario» in Modena, promuovendo un processo di collaborazione tale da condurre, entro sei mesi, alla formulazione di un piano condiviso tale da consentire il recupero e la riqualificazione urbana del comparto e dunque l'avvio di attività commerciali del concorrente, al contempo fornendo informativa all'Agcm di tali attività.

Va qui rilevata la legittimità di siffatte previsioni, proprio perché intese a ripristinare la situazione concorrenziale indebitamente ristretta. A questo scopo concretamente regolatorio di un mercato rilevante turbato dalla condotta anticoncorrenziale, in presenza di fatti storici già compiuti e di illeciti che hanno i loro effetti ancora in oggettivo atto, l'autorità può invero adottare ordini alla luce del principio del c.d. effetto utile, e in ragione del principio di proporzionalità.

È dato perciò imporre alle imprese misure dettagliate, sia comportamentali che strutturali, dirette ad eliminare nell'immediato futuro gli effetti delle intercorse infrazioni, rispettando i caratteri proporzionalistici dell'idoneità, cioè del rapporto tra mezzo e obiettivo, della necessità e cioè dell'assenza di altri mezzi idonei, ma tali da incidere in misura minore sulla condizione della singola impresa, dell'adeguatezza e cioè della tollerabile restrizione degli interessi dell'impresa privata in una prospettiva di valutazione comparativa.

L'atto di diffida dell'art. 15 l. n. 287 del 1990 va così inteso, riguardo alla sua funzione inibitoria (anch'essa funzionale alla reintegrazione delle condizioni di concorrenza) e ripristinatoria, alla luce del c.d. principio dell'effetto utile. Ne viene che la sua funzione è di ottenere che, nello specifico mercato rilevante negativamente inciso e ristretto da un illecito anticoncorrenziale, siano ripristinate condizioni simili o quanto meno analoghe a quelle che vi si sarebbero potute riscontrare in assenza d'infrazione (tra tante, Cons. Stato, sez. VI, 6 novembre 2006, n. 6522, *id.*, Rep. 2007, voce cit., n. 151).

Così, la finalità della diffida dell'Agcm dell'art. 15 l. n. 287 del 1990 non è solo di eliminare i comportamenti oggetto dell'intesa illecita, ma anche di rimuovere, se possibile, le conseguenze anticoncorrenziali dell'intesa e di intimare alle imprese di astenersi dal porre in essere analoghi comportamenti per il futuro.

Se non è possibile eliminare l'illecito di cui qui si tratta perché oramai esso si è verificato, va ripristinata la situazione incisa, secondo la teoria della differenza: analogamente a quanto avviene in tema di tutela risarcitoria per equivalente, nel senso

che per il risarcimento deve aversi riguardo a quale sarebbe stato il patrimonio del danneggiato in assenza del fatto illecito. Così in caso di illecito anticoncorrenziale la diffida va considerata secondo il c.d. principio dell'effetto utile, avendo la funzione di ottenere che nel mercato inciso siano ripristinate in forma il più possibile (*quam maxime*) specifiche condizioni simili a quelle che si sarebbero verificate in assenza dell'infrazione (così, tra varie, Cons. Stato, sez. VI, 6 novembre 2006, n. 6522, cit.).

Nella specie, l'Agcm, accertata un'unica grave e continuata strategia escludente di Coop Estense, in violazione della normativa a tutela della concorrenza e del mercato, in legittima applicazione dei richiamati principi ha disposto che la stessa «ponga fine agli effetti dell'infrazione contestata e si astenga in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto della infrazione accertata». L'autorità non si è limitata a questo ma, nel rispetto dei richiamati principi, ha ordinato a Coop Estense di rendersi promotrice di «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».

Non ostante a una tale misura di portata interdittiva le sopravvenute decisioni del comune di Modena circa le variazioni dello strumento urbanistico, che concernono il comportamento di quell'amministrazione pubblica, ma non la prospettiva della possibile interferenza dall'esterno da parte dell'interessata.

6. - Con altro motivo riproposto (il sesto del ricorso originario) Coop Estense deduce l'illegittimità della sanzione pecuniaria per l'erronea qualificazione dell'illecito in termini di gravità (non essendosi verificati nei fatti svantaggi per i consumatori, in presenza di prezzi più convenienti per l'Emilia-Romagna nel 2010), per erronea determinazione della durata dell'illecito stesso (perché la condotta si è al massimo concretizzata e consumata nel 2001 per Modena e per il 2005 per Vignola e non già continuativamente dal 2001 al 2009).

Per quanto detto, sono da rigettarsi le censure riproposte, relative all'asserita qualificazione dell'illecito in termini di gravità del comportamento complessivo di Coop Estense, essendo evidenti i potenziali svantaggi per i consumatori e dovendo l'Agcm tener conto sia della durata che della stessa gravità dell'infrazione, in termini di effetti negativi sui consumatori e sui concorrenti.

Quanto detto sulla riconducibilità dei fatti di Modena e di Vignola a un'unica strategia dispiegatasi in quasi un decennio, non consente una valutazione positiva dei rilievi sull'asserita minor durata dell'illecito anticoncorrenziale.

7. - Allo stesso modo, pare priva di fondamento la censura riproposta da Coop Estense, che lamenta l'erroneità del periodo considerato, essendo evidente che la durata dell'illecito, consistente in una lunga e articolata strategia abusiva escludente, è perdurata nel tempo e negli anni, essendosi concretizzata, come ammette la stessa Coop Estense, almeno dal 2001 per Modena e nell'anno 2005 per Vignola; e si è anche sviluppata nel tempo dal 2001 al 2009, e le conseguenze pregiudizievoli sono tuttora permanenti, come dimostra, di recente, quanto emerge dalla memoria di Esselunga dell'8 marzo 2014, agli atti, cioè l'offerta di Coop Estense di acquistare proprietà altrui o cedere (al prezzo originario di acquisto affermato adeguato all'attualità, in effetti quintuplicato) la propria in Modena (doc. n. 24 contenente offerta del 9 settembre 2013 di Coop Estense e documento n. 25 con risposta di Esselunga del 18 settembre 2013, entrambi tra gli atti depositati da Esselunga il 4 marzo 2014).

Pertanto, appare immune da censure il calcolo della durata dell'illecito, computabile per almeno otto anni di durata (se non oltre).

Allo stesso modo, si ribadisce, anche all'evidenza dei fatti testé menzionati, l'infondatezza palese del motivo con cui Coop Estense sostiene la prescrizione, o la tardività, delle contestazioni mosse rispetto alle condotte, perché tenute nell'anno 2001 e al massimo nell'anno 2005 (Vignola).

Infatti, appare evidente che, come detto, una prima serie di atti è stata tenuta negli anni dal 2000-2001 al 2004, mediante opposizioni al piano proposto dal concorrente e fino alla delibera del comune di Modena del 2004; successivamente, e fino all'anno 2009, cioè alla data di presentazione di un piano autonomo; tali condotte continuano e di certo, allo stato, l'illecito anticoncorrenziale non pare eliminato.

8. - Riguardo alla quantificazione della sanzione, Coop Estense assume l'erroneità del calcolo, in quanto lo 0,14 per cento di 583,1 milioni di euro non corrisponderebbe a 0,883, ma a 0,816 milioni di euro.

L'assunto, che riguarda il mero errore materiale del calcolo matematico, è in pratica influente solo perché si verteva inizialmente su di una sanzione di 6,66 milioni di euro che avrebbe invece dovuto comportare una sanzione di 6,528 milioni di eu-

ro; ed essendosi poi determinata, sulla base del calcolo precedente, una riduzione del 30 per cento della sanzione stessa stabilita in 6,66 milioni di euro (con riduzione pari a 1,98 milioni di euro) in ragione della previsione di una diffida di carattere ripristinatorio.

La riduzione della sanzione successivamente intervenuta rende i rilievi sollevati da Coop Estense a loro volta bisognosi della necessaria rettifica di calcolo.

Il collegio osserva che, effettivamente, dal calcolo emerge che lo 0,14 per cento di 581,1 milione di euro corrisponde a 0,816 milioni di euro e non già a 0,883 milioni di euro. Sicché si verte di uno stretto errore materiale di calcolo, ben riconoscibile in quanto tale, che deve dall'Agcm necessariamente essere rivisto circa operazioni aritmetiche di determinazione sia della sanzione che della successiva riduzione quantitativa.

Non si pone invece fondatamente la diversa questione della riduzione della sanzione per vizio sostanziale di sproporzione tra il comportamento illecito accertato e la sanzione concretamente irrogata.

Vero è che il giudice amministrativo ha un siffatto potere, grazie al rinvio di cui all'art. 31 (sanzioni) l. n. 287 del 1990 (a norma del quale si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni del capo I, sezioni I e II, l. 24 novembre 1981 n. 689), in riferimento all'art. 6, 12° comma, d.leg. 1° settembre 2001 n. 150 (che sostituisce l'art. 22, 11° comma, l. n. 689 del 1981); e comunque grazie all'art. 134, 1° comma, lett. c), cod. proc. amm. (cfr., ad es., Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2011, n. 896, *id.*, Rep. 2011, voce cit., n. 167; 13 maggio 2011, n. 2921, *ibid.*, n. 140; 27 febbraio 2012, n. 1092, *id.*, Rep. 2012, voce cit., nn. 240, 301). Nondimeno il collegio rileva che qui non ne sussistono i presupposti concreti, non essendo stata in realtà dimostrata una reale sproporzione tra i due termini: anzi, quanto sopra rilevato dimostra il contrario e la censura riproposta da Coop Estense — che invoca il potere di riduzione del giudice amministrativo della sanzione pecuniaria che ritiene «iniqua e sproporzionata» per le esposte ragioni di gravità e di lunga durata dell'illecito — è da rigettarsi come infondata anche sotto tale profilo.

Si deve dunque ritenere pienamente legittimo il provvedimento dell'Agcm n. 23639 assunto nell'adunanza del 6 giugno 2012, pubblicato e notificato il 28 giugno 2012, relativo alla conclusione del procedimento A/437, avviato nei confronti di

Coop Estense il 23 febbraio 2011 ai sensi dell'art. 14 l. n. 287 del 1990.

9. - Sulla base delle esposte considerazioni, previa riunione dei giudizi, vanno respinti gli appelli incidentali; vanno accolti gli appelli principali e, in riforma dell'appellata sentenza, va respinto il ricorso originario proposto da Coop Estense nei confronti del provvedimento adottato dall'Agcm.

(1-2) I. - La sentenza che si riporta chiude la vicenda processuale sorta a seguito dell'impugnazione proposta da una società cooperativa operante nel settore della grande distribuzione (Coop Estense) avverso il provvedimento dell'Agcm 6 giugno 2012, n. 23639, *Bollettino*, 2012, fasc. 24, 5, con il quale detta società era stata sanzionata per avere, in abuso della propria posizione dominante, ostacolato l'ingresso di un concorrente (Esselunga) nel mercato degli ipermercati e supermercati.

In particolare, il provvedimento aveva riconosciuto l'esistenza di una strategia unitaria e continuativa volta ad ostacolare i tentativi della concorrente di aprire nuovi punti vendita. Questa strategia sarebbe stata posta in essere anche mediante interventi strumentali nei procedimenti amministrativi avviati al fine di ottenere le autorizzazioni necessarie per l'esercizio dell'attività commerciale.

Il provvedimento dell'autorità era stato poi impugnato dinanzi al Tar Lazio, sez. I, che con sentenza 2 agosto 2013, n. 7826, <www.giustizia-amministrativa.it>, aveva invece ritenuto insussistente l'abuso, sulla scorta della considerazione che il comportamento dell'impresa in posizione dominante non avrebbe di fatto generato alcun effetto utile, essendo venuto meno il nesso di causalità tra le condotte e l'esito dei provvedimenti amministrativi. Con ciò, il giudice ha ritenuto necessario l'accertamento dell'effettività dell'effetto escludente, aderendo alla tesi per cui, al fine di distinguere tra una condotta consentita e l'abuso di posizione dominante, si dovrebbe guardare alla ricorrenza dell'effetto.

Investito del gravame, il Consiglio di Stato ha riformato la sentenza del Tar e respinto il ricorso originario.

Dopo aver svolto alcuni cenni sulla nozione di mercato rilevante sostanzialmente coincidenti con la giurisprudenza sia nazionale che comunitaria (in merito, Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3013, *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Concorrenza* (disciplina), n. 195; Cass. 13 febbraio 2009, n. 3638, *id.*, 2010, I, 1902) e nella consapevolezza del fatto che l'individuazione dello stesso è riservata all'Agcm, alla quale il giudice amministrativo non si può sostituire, salvo che l'operato di questa presenti vizi di travisamento dei fatti, vizi logici, vizi di violazione di legge (in merito, Cass., sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013, *id.*, *Le banche dati*, archivio *Cassazione civile*; Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2013, n. 2722, *id.*, Rep. 2013, voce cit., n. 109; 12 aprile 2013, n. 2002, *ibid.*, n. 113; 16 settembre 2011, n. 5171, *id.*, Rep. 2011, voce cit., n. 149; 14 luglio 2011, n. 4283, *ibid.*, n. 227; 24 giugno 2010, n.

4016, *id.*, Rep. 2013, voce *Aeroporto*, n. 28; 3 aprile 2009, n. 2092, *id.*, Rep. 2010, voce *Concorrenza* (disciplina), n. 113; 16 ottobre 2002, n. 5640, *id.*, 2003, III, 73, e *Giornale dir. amm.*, 2003, 255, con nota di RAMAJOLI; *Mondo bancario*, 2003, fasc. 4, 41, con nota di CAPRIGLIONE; *Banca, borsa, ecc.*, 2003, II, 662, con nota di CAPRIGLIONE; 14 marzo 2000, n. 1348, *Foro it.*, Rep. 2000, voce cit., n. 151, e *Giust. civ.*, 2000, I, 2169, con nota di ANTONIOLI), questi ha accertato la posizione di dominanza ed affermato che esiste in capo a ogni concorrente il diritto a non essere contrastato da atti illeciti ad opera dell'impresa dominante, con ciò prescindendo dalla valutazione relativa alla diminuzione della concorrenza o all'efficienza del mercato.

Tale ricostruzione, sostiene il giudicante, sarebbe in linea con la consolidata giurisprudenza relativa all'art. 102 Tfu: se si dimostra che lo scopo perseguito dal comportamento di un'impresa dominante è di restringere la concorrenza, tale comportamento è di per sé pregiudizievole (Corte giust. 6 dicembre 2012, causa C-457/10 P, *AstraZeneca*, in *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Unione europea*, n. 1503, e *Dir. ind.*, 2013, 105, con nota di MASSIMINO, nonché *Giur. comm.*, 2013, II, 569, con nota di COLANGELO; 19 aprile 2012, causa C-549/10 P, *Tomra System*, <<http://curia.europa.eu>>; Trib. Ue 29 marzo 2012, causa T-336/07, *Telefonica*, in *Foro it.*, *Le banche dati*, archivio *Merito ed extra*, 2012.118; Trib. I grado 30 settembre 2003, causa T-203/01, *Michelin*, *id.*, 2004, IV, 94, con nota di SABBATINI; 17 dicembre 2003, causa T-219/99, *ibid.*, 433).

D'altronde, nel riportarsi alla testé menzionata sentenza *AstraZeneca* ed alla sua recente giurisprudenza (Cons. Stato, sez. VI, 12 febbraio 2014, n. 693, *id.*, 2014, III, 507), il Consiglio di Stato ha ritenuto di valutare le condotte nella loro dimensione utilitaristica, in relazione agli interessi ai fini dei quali esse sono rivolte, in quanto incomberebbe sull'impresa dominante una speciale responsabilità che comporta l'obbligo di astensione da comportamenti distorsivi della concorrenza (così Cons. Stato, sez. VI, 13 settembre 2012, n. 4873, *id.*, Rep. 2012, voce *Concorrenza* (disciplina), n. 133. Nel senso che debba invece sussistere un danno o un pericolo effettivo, certo ed attuale, e non già una mera previsione soggettiva di un pericolo futuro ed incerto, v. Cons. Stato, sez. VI, 20 dicembre 2010, n. 9306, *id.*, Rep. 2011, voce cit., n. 233). Nel caso di specie, la speciale responsabilità sarebbe dunque consistita nel dovere di prendere atto della normativa urbanistica locale e della disponibilità dei terreni situati nell'ambito geografico del mercato rilevante ed astenersi da condotte emulative e strumentali.

II. - La possibilità di sottoporre un utilizzo opportunistico della disciplina amministrativa e regolamentare al sindacato (e dunque alla censura) del giudice antitrust non è nuova all'esperienza statunitense, nell'ambito della quale è stata elaborata la c.d. dottrina *Noerr-Perdington*, mentre è relativamente più giovane e circoscritta in ambito comunitario.

Ai fini della ricostruzione della problematica in ambito comunitario e domestico sono utili i contributi di D. GERADIN, *When Competition Law*

Analysis Goes Wrong. The Italian Pfizer/Pharmacia case, 2014, in <<http://tinyurl.com/kpcxqh8>>; L. TORCHIA, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2013, 501 ss.; V.J. DREXL, *AstraZeneca and the EU Sector Inquiry: When Do Patent Filings Violate Competition Law?*, in *Pharmaceutical Innovation, Competition and Patent Law* (a cura di DREXL e LEE), Elgar Publishing, 2013, 290; H. ULLRICH, *Strategic patenting by the pharmaceutical industry: towards a concept of abusive practices of protection*, *ibid.*, 241; M. COLANGELO, *Concorrenza e proprietà intellettuale nel settore farmaceutico in Europa dopo il caso AstraZeneca*, in *Giur. comm.*, 2013, II, 585; *Id.*, *Dominanza e regulatory gaming: il caso Pfizer*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2012, 327; A. BOITANI-F. RAMELLA, *Arenaways e altre storie ferroviarie (poco edificanti)*, *ibid.*, 97; M. MAGGIOLINO-M.L. MONTAGNANI, *AstraZeneca's Abuse of IPR-Related Procedures: A Hypothesis of Anti-Trust Offence, Abuse of Rights, and IPR Misuse*, in *World Competition*, 2011, 259; V. GUIMARÃES DE LIMA e SILVA, *Sham Litigation in the Pharmaceutical Sector*, 7 *European Competition Journal* 455 (2011); S. GALLASCH, *AstraZeneca v. Walker Process - A Real EU-US Divergence or Just an Attempt to Compare Apples to Oranges?*, in 7 *European Competition Journal* 505 (2011); G. GHIDINI-E. AREZZO, *L'assalto fallito? Riflessioni sulla proposta rivisitazione in chiave «più economica» dell'abuso di dominanza*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2010, 115; G. BRUZZONE, *Abuso di posizione dominante: gli orientamenti comunitari sulla condotta escludente*, in *Note e studi Assonime*, 2, 2009, 5 ss.; N. PETIT, *From formalism to effects? - The Commission's communication on enforcement priorities applying article 82 EC*, 32, *World Competition*, 485 (2009); R. PARDOLESI, *Condotta unilaterale d'impresa: una disciplina in cerca d'identità*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2009, 487 ss.; L. KJØLBYE, *Article 82 EC as Remedy to Patent System Imperfections: Fighting Fire with Fire?*, 32 (2) *World Competition* 163 (2009); W. COONEY, *Competition and the No-err-Pennington Doctrine: When Should Political Activity Be Barred Under European Community Competition Law?*, 34 *Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 871, 884-886 (2003); A.J. VOSSESTEIN, *Corporate Efforts to Influence Public Authorities, and the EC Rules on Competition*, 37 *Common Market L. Rev.* 1383 (2000).

I principali riferimenti giurisprudenziali in materia sono invece rappresentati dalle decisioni della commissione del 1° aprile 1992, *French-West African shipowners' committees*, in *Gazzetta ufficiale della Comunità economica europea*, L 134, 1992, 1-35; Trib. I grado 17 luglio 1998, causa T-111/96, *ITT Promedia*, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Unione europea*, nn. 1035, 1056; da Corte giust. 16 marzo 2000, cause riunite C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie maritimes belges transports SA*, *id.*, 2001, IV, 258, con nota di GIORDANO; Trib. Ue 13 settembre 2012, causa T-119/09, *Protégé International*, in <<http://curia.europa.eu>>, e la già menzionata sentenza *AstraZeneca* del 2012.

Per quanto attiene alla giurisprudenza comunitaria, il principio in virtù del quale una richiesta rivolta alla pubblica autorità non può essere esentata dall'applicazione della concorrenza se questa ha il solo scopo

di rafforzare la posizione dominante, è stato affermato con decisione in *French-West African shipowners' committees*, cit.

In *ITT Promedia*, cit., la commissione ha invece ritenuto che la proposizione di un contenzioso in sede civile violasse l'allora art. 82 del trattato Ce, nel caso in cui detto contenzioso non avesse il fine di tutelare i diritti dell'istante, ma si configurasse piuttosto come parte di un piano volto a restringere l'assetto concorrenziale in un certo mercato rilevante. Allo stesso tempo, la corte ha ritenuto di dover specificare che, poiché l'applicazione di questo tipo di censura comporta una limitazione dell'accesso alla giustizia, l'applicazione di tale strumento va naturalmente limitata ad ipotesi del tutto eccezionali.

Di non minore rilevanza è il caso *Compagnie maritime belge transports SA*, cit. In tale occasione la Corte di giustizia stabilì che vi è differenza tra la mera richiesta, fatta ad una autorità, di conformarsi ad obblighi contrattuali e l'incitamento o l'induzione a provvedere. Ciò poiché nel primo caso la richiesta, che trae origine da un rapporto negoziale, è per definizione legittima, mentre nel secondo caso vi sarebbe una illegittima sollecitazione dell'esercizio della discrezionalità amministrativa.

Nel caso *AstraZeneca*, cit., la Corte di giustizia ha infine ritenuto abusivo un utilizzo strumentale delle procedure amministrative nel settore della protezione della proprietà intellettuale, volto ad indurre le autorità pubbliche al rilascio di un certificato mediante la trasmissione di informazioni ingannevoli.

Quanto all'ambito domestico, è certamente rilevante il caso *Arenaways*, che ha visto Rfi e Trenitalia sanzionate dall'Agcm con provvedimento n. 23770 del 25 luglio 2012, *Bollettino*, 2012, fasc. 30, 5, per avere, *inter alia*, fornito all'ufficio per la regolazione dei servizi ferroviari una rappresentazione dei fatti non corretta, al fine di orientare una decisione del regolatore a proprio favore, organizzando le informazioni in modo tale da alterare l'analisi dei dati forniti. Il provvedimento è stato poi annullato da Tar Lazio, sez. I, 27 marzo 2014, n. 3398, <www.giustizia-amministrativa.it>.

Sempre nel 2012 l'Agcm, con il provvedimento n. 23194 del 2012 (*Foro it.*, Rep. 2012, voce *Concorrenza* (disciplina), n. 135), aveva sanzionato un produttore farmaceutico (Pfizer) per aver abusato della propria posizione dominante mediante il deposito surrettizio di una domanda di brevetto ed il coinvolgimento, sia in qualità di attore che di convenuto, in diverse controversie giudiziarie nei confronti di potenziali concorrenti che tentavano lo sbocco sul mercato.

Anche qui il provvedimento dell'autorità prescindeva dall'analisi della liceità delle condotte, avendo questa ritenuto determinante la presenza anche del solo intento escludente. Tar Lazio, sez. I, 3 settembre 2012, n. 7467, *id.*, Rep. 2013, voce cit., n. 156, ha poi annullato la decisione perché l'esclusione del concorrente è l'essenza del sistema brevettuale e perché tutti i comportamenti avevano carattere di liceità. Cons. Stato 12 febbraio 2014, n. 693, *id.*, 2014, III, 507, con nota di richiami e nota di M. COLANGELO, ha infine accolto l'appello dell'autorità sulla base del fatto che i comportamenti e gli atti posti in essere da Pfi-

zer, che pure nella loro individualità concretavano l'esercizio di facoltà astrattamente previste dall'ordinamento, hanno determinato una complessa e articolata condotta abusiva rivolta a fini anticoncorrenziali.

III. - In ambito statunitense, un primo inquadramento sulla rilevanza della tipologia di condotte in oggetto ai fini antitrust è contenuto nel classico di R. BORK, *The Antitrust Paradox: a policy at war with itself*, New York, 1987, 349 ss. In tempi più recenti, v. poi S.L. DOGAN-M.A. LEMLEY, *Antitrust Law and Regulatory Gaming*, 87, *Texas L. Rev.*, 685 (2009).

Circa l'applicazione della dottrina *Noerr-Pennington* in ambito nordamericano, v. invece T.J. MURRIS, *Looking Forward: The Federal Trade Commission And The Future Development Of U.S. Competition Policy*, 2003, *Colum. Bus. L. Rev.* 359, 368 ss.; ID., *Clarifying The State Action And Noerr Exemptions*, 27 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y*, 454-457 (2004); J.T. DELACOURT, *The Ftc's Noerr-Pennington Task Force: Restoring Rationality To Petitioning Immunity*, 17 *Antitrust* 36 (2003); L. WOOD, *In Praise of The Noerr-Pennington Doctrine*, 18 *Antitrust* 72 (2003); E. ELHAUGE, *Making Sense Of Antitrust Petitioning Immunity*, 80 *Cal. L. Rev.* 1177, 1193-1195 (1992); MINDA, *Interest Groups, Political Freedom, And Antitrust; A Modern Reassessment Of The Noerr-Pennington Doctrine*, 41 *Hastings L.J.* 905 (1990); COSTILO, *Antitrust's Newest Quagmire: The Noerr-Pennington Defense*, 66 *Mich. L. Rev.* 333 (1967); WALDEN, *More About Noerr - Lobbying, Antitrust And The Right To Petition*, 14 *Ucla L. Rev.* 1211 (1967); In ossequio alla menzionata dottrina, le imprese sono indenni da responsabilità antitrust per i tentativi di influenzare l'approvazione o l'applicazione di leggi, anche se queste hanno effetti potenzialmente anticompetitivi.

Per una ricostruzione della giurisprudenza rilevante, v. *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*, 365, U.S., 127, 135 (1961); *United Mine Workers v. Pennington*, 381, U.S., 657, 670 (1965); *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*, 404, U.S., 508 (1972); *Otter Tail Power Co. v. United States*, 410, U.S., 366, 379-80 (1973); *Litton Sys., Inc. v. AT&T Co.*, 700, F.2d, 785 (1983); *Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head*, 486, U.S., 492, 507, n. 10 (1988); *Video International Productions v. Warner-Amex Cable Communications, Inc.*, 858, F.2d, 1075 (5th Cir. 1989); *City of Columbia v. Omni Outdoor Advertising*, 499, U.S., 365 (1991); *Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures Indus. (PREI)*, 508, U.S., 49 (1993).

In tempi recenti la dottrina in parola è stata poi utilizzata in senso estensivo per garantire immunità ad ambiti diversi, quali la proprietà intellettuale in *Thermos Co. v. Igloo Products Corp.*, 1995, WL 745832, *6 (N.D. Ill. 1995); l'illecito civile in *Virtual Works, Inc. v. Network Solutions, Inc.*, 1999, WL 1074122 (1999); l'abuso del processo in *Brownsville Golden Age Nursing Home, Inc. v. Wells*, 839, F.2d, 155, 159-60 (1988), e *Sosa v. DirectTV, Inc.*, 437, F.3d 923, 935 (2006).

Il caso *Noerr*, cit., nel quale la dottrina in parola venne enunciata per

la prima volta, traeva origine da una campagna pubblicitaria promossa da un'associazione di categoria legata alle imprese ferroviarie, volta ad ottenere l'approvazione di una regolamentazione (e la contemporanea rigida applicazione di quella preesistente) con il fine di restringere il volume del commercio operato su strada. Nell'occasione, la Corte suprema ebbe ad affermare che l'associazione di categoria, nell'influenzare la normativa, stava ponendo in essere un comportamento che, per quanto eticamente riprovevole, era perfettamente legittimo dal punto di vista dello Sherman Act, con ciò affermando che l'esercizio di diritti civili e politici con effetti anticompetitivi era escluso dal novero delle condotte censurabili dal diritto antitrust.

Il principio enunciato in *Noerr* venne susseguentemente riaffermato in *Pennington*, cit., ed esteso alle pratiche di lobbying mediante le quali si intendeva influenzare l'attività delle agenzie amministrative statali. Nel caso di specie, i maggiori operatori del settore carbonifero ed il sindacato dei minatori richiesero al ministero del lavoro statunitense di stabilire un salario minimo, così rendendo impossibile ai piccoli operatori di conformarsi alle condizioni offerte dagli operatori più strutturati. Anche in questo caso la Corte suprema ribadì che tali pratiche, sebbene volte ad eliminare la concorrenza, non avevano violato la normativa antitrust. Un'interessante distinzione tra azioni amministrative che richiedono o meno discrezionalità da parte dell'amministrazione venne poi stabilita in *Litton*, cit. A detta della corte, in ossequio al nesso di causalità richiesto ai fini della censura, nel primo caso (diversamente che nel secondo) l'effetto di restringimento concorrenziale non poteva essere attribuito al concorrente in posizione di dominanza.

A tale riguardo, è interessante notare come la pronuncia in rassegna distingua tra situazioni in cui l'esercizio di un diritto è sostanzialmente volto ad ottenere l'atto amministrativo e situazioni preordinate ad ottenere un effetto dilatorio ed incrementale dei costi per i concorrenti, in modo tale da rendere questi ultimi meno competitivi. Si tratterebbe, nel secondo caso, della cosiddetta sham litigation, che al contrario delle altre fattispecie determina il sorgere della responsabilità ai fini antitrust. Esempi di utilizzo della menzionata eccezione sono il caso *Video International Productions*, cit. (nel quale l'attore non aveva dato corso al contenzioso al fine di vincerlo ma con la sola intenzione di frapporti al concorrente), ed in modo sostanzialmente speculare il caso *Omni*, cit., nel quale si è affermato che il contenzioso amministrativo animato dalla sola volontà anticompetitiva recide in radice l'immunità antitrust.

Ulteriori specificazioni della sham exception sono state poi enunciate nei casi *California Motor Transport*, cit., nel quale la corte ritenne che la dottrina *Noerr-Pennington* fosse anche inapplicabile ai casi di ingerenza nei procedimenti di autorizzazione dei concorrenti, ed in *Professional Real Estate Investors*, cit., alla quale decisione si deve anche l'elaborazione della teoria del doppio controllo, in ossequio a cui il contenzioso va valutato *in primis* dal punto di vista oggettivo e, laddove sia accertato che non esiste una realistica possibilità di successo, al fine di sanzionare la condotta è necessario assicurarsi che la motivazio-

ne soggettiva che muove il concorrente dominante sia la sola ed esclusiva volontà di interferire con il proprio competitor. Naturalmente, l'incensurabilità dei comportamenti in sede antitrust non ha risvolti su di una eventuale forma di responsabilità civile o penale per le stesse condotte, che viene pertanto autonomamente valutata a norma degli altri settori dell'ordinamento.

* * *

L'abuso di posizione dominante da fatto lecito.

1. - I temi relativi alla vicenda processuale in rassegna sono caratterizzati da un sostenuto dialogo tra i principi del diritto amministrativo tradizionale, del corretto esercizio dei diritti di proprietà e della fisionomia normativa della tutela dei mercati, e ne presuppongono un'analisi contrastiva. L'analisi evidenzia il processo di graduale giuridificazione per accrescimento delle norme in materia di concorrenza in atto nel nostro ordinamento ed il loro posizionamento nell'alveo giurisdizionale del sistema deputato ad ospitarle.

In esito, sarà possibile apprezzare la necessità di giungere ad una ponderazione tra norme il cui predicato prescrittivo può *iure naturalis* essere solo abbozzato e strumenti volti ad assicurare la certezza del diritto e, di conseguenza, l'effettività della sanzione. Un bilanciamento che può eventualmente essere reso praticabile solo dalla progressiva integrazione tra comparti legislativi che tagliano la vicenda giuridica in una diagonale non perfettamente euclidea, lo sviluppo della quale è pure necessario seguire al fine di giungere ad una ricostruzione coerente dell'ordinamento.

2. - L'obiettivo è valutare la rilevanza giuridica delle condotte fatte oggetto di censura nel caso che ci occupa. A tale riguardo, è pacifico che, da un punto di vista esclusivamente privatistico ed amministrativo — ed *a fortiori* alla luce del crisma ricevuto proprio in sede giudiziale — i comportamenti assunti dall'impresa dominante sono da considerarsi perfettamente leciti. Il che, anche in ragione di quanto evidenziato in sede di nota di richiami, non li esime da un'indagine ad ampio spettro. Va da sé che, così come un atto in principio illecito può essere scriminato (venendosi dunque ad elidere la sua anti-giuridicità), un atto viceversa lecito può essere censurato, se valutato alla luce delle norme speciali poste a presidio di determinati ambiti dell'ordinamento.

Colpisce, però, che la censura mossa dal Consiglio di Stato nei confronti della ricostruzione operata dal giudice di prime cure abbia fatto diretto riferimento alla categoria civilistica degli atti emulativi, sui quali grava un'invincibile presunzione codicistica di illiceità. La considerazione del giudicante rende dunque necessario indagare la reale portata emulativa dei comportamenti, e cioè se le condotte — pacificamente rilevanti dal punto di vista concorrenziale — siano da considerarsi strumentali, in quanto poste in essere solo dinanzi al rischio concreto dell'ingresso di un competitor nel mercato e pertanto estranee ad

una pratica meritocratica di concorrenza, oppure possano trovare giustificazione per altro verso. Al riguardo, è abbastanza evidente come gli atti in questione non possano essere considerati a pieno titolo emulativi: con l'acquisto di un terreno il concorrente dominante, pur perseguendo un intento potenzialmente anticoncorrenziale, acquisisce diritti di proprietà che concorrono nell'accrescimento del suo patrimonio e, dunque, del valore complessivo dell'impresa. Il che è cosa ben diversa dall'accaparramento di beni al solo fine di farne un uso incompatibile con l'esercizio del diritto di proprietà, poiché in questo secondo caso le potenzialità dell'utilizzo commerciale della proprietà acquisita dal soggetto egemone dovrebbero necessariamente essere del tutto inesistenti. Né può vietarsi, per fare riferimento all'altra fattispecie oggetto di censura, una condotta consistente in una manifestazione di interesse soltanto perché questa punta a scoraggiare l'entrata di nuovi concorrenti. Al più, volendo dragare il dettato codicistico, si potrebbe utilizzare una *factio* analogica estensiva che consente di trattare la circostanza alla stregua di un'immissione immateriale. Prospettiva che, come ovvio, porrebbe non minori problemi. Ed allora al civilista non resta che allargare la visuale ed inerpinarsi lungo il sentiero sdruciolevole dell'abuso del diritto.

Ma anche qui, ben lungi dall'imbattersi in una clausola generale dell'ordinamento, egli dovrà fare i conti con un istituto circoscritto ad alcune figure tipizzate. Una fiera a cui, in seguito all'introduzione del codice del 1942 (che, a differenza di molte altre esperienze europee, non ha dato apertamente ingresso nel nostro sistema ad uno dei più noti ossimori giuridici), non è rimasto che cibarsi di frattaglie. E non meno disorientante rimane, al cospetto del brocardo secondo cui chi *iure suo utitur neminem laedit*, l'affermazione che l'abuso del diritto possa dare luogo ad una responsabilità, per di più da fatto lecito.

Ma se la stirpe dei soliti sospetti è andata estinta, chi è l'assassino? Si tratta di una figura vagamente accennata nelle righe che precedono, ovverosia della speciale responsabilità che in materia di concorrenza grava sull'impresa dominante, in ragione della quale questa dovrà evitare di porre in essere attività che — a prescindere dalla loro liceità in astratto — contribuiscano a determinare un restringimento nell'assetto concorrenziale del mercato. Ed è proprio la responsabilità in questione a generare una sia pur stravagante responsabilità da fatto lecito. Una responsabilità nei fatti costruita in maniera del tutto avulsa dell'abuso, tratteggiata avendo a mente i canoni del diritto di proprietà così come ricostruiti dalla Costituzione, con il suo utilizzo che giammai può confliggere con la funzione sociale alla quale essa è strutturalmente preordinata. E già qui, alla luce dell'analisi effects-based proposta dalla giurisprudenza comunitaria, la ricostruzione si fa alquanto claudicante. Peraltro, ciò non scioglie il nodo dell'esaminare la condotta in relazione alle sue effettive conseguenze.

3. - Non minori problemi pone infatti la ricostruzione del nesso eziologico tra condotta ed evento.

A detta del giudice, infatti, l'abuso sarebbe stato realizzato mediante

una «distrazione dell'azione amministrativa». Orbene, se così fosse, la relativa responsabilità non potrebbe che ricadere sull'amministrazione, che sarebbe con ciò venuta meno ai propri doveri costituzionali di buon andamento ed imparzialità, lasciandosi distrarre dall'integro esercizio della sua funzione di controllo.

Ma, a ben vedere, quand'anche si supponga che la distrazione sia stata posta in essere mediante l'utilizzo di artifici che non hanno permesso all'amministrazione di assumere la cognizione reale dei fatti e, conseguentemente, di esprimere un giudizio oggettivamente corretto, andrà anche valutato se, nel porre in essere tali condotte, l'impresa abbia fatto leva sulla sua posizione dominante.

La riflessione del giudicante sul punto non è mancata. Il Consiglio di Stato ha infatti ritenuto evidente l'abuso della posizione egemone, essendo stati proprio gli interventi dell'impresa a causare la sospensione e il rinvio *de facto* di ogni decisione amministrativa. Con ciò, il giudice ha qualificato gli atti della pubblica amministrazione come un effetto diretto del comportamento dell'impresa, attuato mediante l'abuso della propria situazione di mercato.

L'affermazione, però, non è condivisibile. Se pure è innegabile che nel caso di specie vi è stato un utilizzo distorto dei diritti di proprietà immobiliare e delle relative procedure amministrative, tali circostanze sono *facta in re aliena* rispetto alla posizione di dominanza e, dunque, al potenziale abuso che di questa se ne faccia. Infatti, la quota di mercato non assume alcun rilievo ai fini delle condotte, che bene si sarebbero potute porre in essere anche ad opera dell'operatore microbico. Se mai, qui avviene l'esatto opposto: è il rastrellamento dei diritti che consente di acquisire/mantenere la posizione dominante e perpetrare/seguitare nell'eventuale abuso.

L'impressione è che sottotraccia non si stia tanto reprimendo lo sfruttamento della posizione dominante, quanto la posizione in sé e per sé considerata.

Inoltre, bisognerebbe chiedersi se l'amministrazione aveva il potere di svincolarsi dall'abbraccio mortale dell'impresa o se era invece vincolata nelle proprie scelte dalle rigidità procedurali. Di modo che solo in questo ultimo caso potrebbe parlarsi di effetto diretto, e dunque ritenere sufficientemente stabilito il nesso causale. In caso contrario, posto che facendo uso dei poteri (e attenendosi ai doveri) pubblicistici, la pubblica amministrazione avrebbe potuto concludere nel senso di garantire l'assetto concorrenziale del mercato (ma, ciò nonostante, non lo ha fatto), il nesso tra condotta ed effetto deve altrimenti ritenersi interrotto.

Sulla scorta della riflessione testé abbozzata, non si può che prendere atto della mancanza assoluta di un nesso causale diretto o concorrente tra la condotta dell'operatore dominante e l'avvenuta esclusione del concorrente. Ed allora, per poter sanzionare, il giudice dovrebbe farsi soccorrere da una logica naïf dall'ossatura vagamente autoritativa, con ciò ponendosi in aperto contrasto con l'idea di un rapporto tra potere statale e cittadino andatosi nel tempo riequilibrando in favore di quest'ultimo, anche grazie alla riconfigurazione della pubblica amministrazione in chiave meramente strumentale rispetto al soddisfacimento

dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi del singolo, attuato scrollandosi di dosso la visione — storicamente motivata — di potere incombente *ex machina* sull'inerte cittadino, al quale era riconosciuto null'altro che la possibilità di conformare il proprio comportamento ad una *voluntas* altrove data.

4. - Colpisce non tanto la disinvoltura classificatoria con cui il Consiglio di Stato apre alla fattispecie atipica, qualificandola come «abuso da infrastrutture necessarie» — poiché il diritto della concorrenza, precipitato giurisprudenziale di Grundnormen dalla filiazione aperta, ben si presta all'oggettiva esigenza di ricondurre a sistema le figure cangianti che emergono dalla pratica quotidiana —, quanto la sapiente operazione di riempimento funzionale degli interstizi normativi in materia antitrust.

A muovere il giudicante non è però — ed è qui il punto — lo spirito legislativo *ex post* di matrice anglofona recentemente invalso anche nelle corti continentali, bensì un Systemdenken costruito più secondo lo spirito pandettistico, che, oliando di buonsenso il meccanismo processuale, intende richiamare all'ordine una provincia mai formalmente annessa al proprio predicato giurisdizionale, pur mantenendosi nel pieno rispetto delle attribuzioni proprie della norma di cornice.

Quel che però appare incompatibile con le competenze del giudice, reso bifronte dalla necessità di confrontarsi con norme di cornice ma anche di assicurare la certezza del diritto, è che, attraendo nell'ambito del proprio sindacato fattispecie di tal fatta, egli finisce per accantonare il dogma auto-imposto di tipicità degli atti amministrativi. Ora, si obietterà che il provvedimento che proviene dall'autorità indipendente ha contenuto formalmente tipico. E sia. A ben vedere, però, il suo contenuto è sostanzialmente atipico, poiché reprime una condotta *i)* non tipizzata dal legislatore; *ii)* slegata di nesso eziologico; *iii)* dagli effetti tutt'altro che certi. Quanto dire che o si elide il formalismo, concludendo nel senso che l'autorità ha agito in carenza di potere (con le ovvie conseguenze del caso), oppure si persegue la via sacramentale. Il che, ad ogni buon conto, non è neppure necessario: una volta che il provvedimento dell'autorità sia stato confermato da chi (il giudice) non è vincolato dal principio di tipicità degli atti, ma ha solo l'obbligo di dare applicazione alla legge, la salvezza degli effetti del provvedimento è ottenuta mediante la copertura legale di cui questo può giovare *a posteriori*.

5. - L'analisi ha evidenziato come la riconduzione a sistema delle fattispecie atipiche in materia di abuso di posizione dominante non sia sempre agevole, specie laddove si faccia ricorso ad istituti e principî (atti emulativi, abuso del diritto, tipicità degli atti amministrativi) la cui portanza resta incerta. Parimenti problematica risulta l'individuazione del nesso causale tra le condotte ed i loro effetti laddove i comportamenti dell'impresa siano stati valutati in via istruttoria dalla pubblica amministrazione e questa abbia espresso compiutamente la propria discrezionalità tecnica, poiché in tal caso viene meno il nesso eziologico diretto che pure deve poter essere riscontrabile al fine di censurare le

condotte *sub iudice*. Diversamente opinando, infatti, si finirebbe per riconoscere un'improbabile correttezza oggettiva dell'amministrazione nella commissione dell'illecito. Da ultimo, si è evidenziato il processo di riempimento funzionale volto a far conseguire una dimensione normativa alle fattispecie atipiche in materia concorrenziale, possibile fin tanto che la censura amministrativa ed il controllo giudiziale che eventualmente ne segua rimangano nell'ambito di operatività delle norme di cornice.

VALERIO COSIMO ROMANO