C11913 - ESSELUNGA/CO.GE.MAN.
Provvedimento n. 24549

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 9 ottobre 2013;

SENTITO il Relatore Professor Piero Barucci;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO, in particolare, l'articolo 19, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, ai sensi del quale, nel caso in cui le imprese non abbiano ottemperato agli obblighi di comunicazione preventiva di cui al comma 1 dell'articolo 16 della medesima legge, l'Autorità può infliggere loro sanzioni amministrative pecuniarie fino all'1% del fatturato dell'anno precedente a quello in cui è effettuata la contestazione;

VISTA la legge 24 novembre 1981 n. 689 e, in particolare, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II;

VISTA la comunicazione della società ESSELUNGA S.p.A. con relativi allegati, pervenuta in data 28 giugno 2013;

VISTA la propria delibera del 16 luglio 2013, notificata in data 31 luglio 2013, con la quale è stato disposto l'avvio del procedimento nei confronti della società ESSELUNGA S.p.A. per l'eventuale irrogazione della sanzione pecuniaria di cui all'articolo 19, comma 2, della legge n. 287/90 per la mancata ottemperanza all'obbligo di comunicazione preventiva delle operazioni di concentrazione, disposto dall'articolo 16, comma 1, della medesima legge;

VISTA la memoria difensiva della società ESSELUNGA S.p.A., pervenuta in data 28 agosto 2013, nel rispetto dei ermini di cui all'articolo 18, comma 1, della legge n. 689/81;

VISTI gli altri atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. ESSELUNGA S.p.A. (di seguito, ESSELUNGA), con sede legale a Milano, è una società attiva nel settore della distribuzione moderna al dettaglio di prodotti alimentari e non alimentari di largo e generale consumo, attraverso una rete di punti vendita situati nel Nord Italia ed in Toscana e aventi insegna "Esselunga". La società è altresì attiva nella produzione di alcuni generi alimentari destinati alla vendita nei punti vendita ad insegna Esselunga e *on-line*.
ESSELUNGA ha realizzato in Italia, nel 2012, un fatturato di circa 6,7 miliardi di euro.
Nell'anno 2010 ESSELUNGA ha realizzato in Italia un fatturato di circa 6,3 miliardi di euro.

2. Oggetto di acquisizione da parte di ESSELUNGA, con contratto stipulato il 15 dicembre 2010, è stato un ramo d'azienda appartenente a CO.GE.MAN. S.r.l. (di seguito COGEMAN), società che svolge attività di costruzioni civili e commerciali, di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande, nonché di costruzione e gestione di centri commerciali.
L'operazione è finalizzata all'apertura di un punto vendita nell'ambito di una grande struttura di vendita da localizzarsi in Aprilia (LT) per complessivi 7.730,32 mq, di cui 4.537 mq destinati alla distribuzione commerciale di prodotti alimentari e non alimentari.

II. DESCRIZIONE DELL'OPERAZIONE

3. Con contratto stipulato il 15 dicembre 2010, ESSELUNGA ha acquisito dalla società COGEMAN il controllo esclusivo di un ramo d'azienda composto da: i) un'autorizzazione commerciale per la vendita al dettaglio di prodotti alimentari e non alimentari per una superficie complessiva di 7.730,32 mq, di cui 4.537 mq destinati alla distribuzione commerciale di prodotti alimentari e non alimentari, e ii) arredi, beni mobili e attrezzature.

III. LE ARGOMENTAZIONI DI ESSELUNGA

4. ESSELUNGA sottolinea preliminarmente la propria "difficoltà" a qualificare l'operazione descritta come concentrazione ai sensi dell'articolo 5 della legge n. 287/90 e, conseguentemente, a ravvisare l'obbligo di comunicazione di cui all'articolo 16 della medesima legge.
Secondo le informazioni fornite da ESSELUNGA, l'operazione è stata effettuata in più fasi: i) in data 29 dicembre 2009 la società CO.GE.MAN S.r.l., in qualità di promotore finanziario, ha presentato domanda al Comune di Aprilia per ottenere l'autorizzazione all'apertura di un grande esercizio commerciale al dettaglio per la vendita di beni alimentari e non alimentari qualificabile come "grande struttura di vendita", autorizzazione ottenuta in data 12 ottobre 2010; ii) la predetta autorizzazione insieme ad alcuni beni mobili, arredi e attrezzature ha costituito oggetto di acquisizione da parte di ESSELUNGA in data 15 dicembre 2010; iii) COGEMAN starebbe attualmente provvedendo alla costruzione dell'edificio commerciale nel quale verrà attivata l'autorizzazione.

La Parte evidenzia quindi che, al momento dell'acquisto, "***non vi era alcun punto vendita operativo***", *talché Esselunga non ha acquistato un complesso di beni aventi avviamento commerciale e come tali idonei a creare un passaggio di controllo*…".

5. In ogni caso, pur ove l'Autorità ritenesse di qualificare l'operazione descritta come concentrazione ai sensi dell'articolo 5 della legge n. 287/90, la Parte sottolinea l'assenza di un qualsiasi profilo di intenzionalità e di volontà di eludere dolosamente il controllo preventivo dell'Autorità. A riprova, ESSELUNGA invoca la spontaneità della comunicazione, pervenuta agli Uffici dell'Autorità il 28 giugno 2013.

Proprio la presentazione spontanea da parte di ESSELUNGA della comunicazione dell'operazione proverebbe la totale buona fede della Parte e sarebbe indice del fatto che la condotta omissiva non sia dipesa dalla volontà di sottrarsi al controllo preventivo dell'Autorità quanto, piuttosto, alla citata "difficoltà" di interpretare la portata dell'obbligo di comunicazione preventiva sancito dalla legge n. 287/90.

ESSELUNGA ritiene, pertanto, che la condotta omissiva possa essere ritenuta "*il frutto di un mero difetto di comunicazione all'interno della società ed inaccuratezza nel processo interno della società nella gestione ed approvazione dell'acquisizione in oggetto*".

6. Infine ESSELUNGA sottolinea come l'operazione non abbia portato ad alcuna sostanziale modifica dell'assetto concorrenziale esistente sul mercato rilevante – il mercato degli ipermercati della provincia di Latina - né tantomeno abbia consentito alla società di creare o rafforzare una posizione di dominanza in modo da eliminare o ridurre in maniera sostanziale e durevole la concorrenza.

Al contrario, la Parte evidenzia che la particolare efficienza produttiva ed allocativa dei punti vendita ESSELUNGA, in grado di determinare un fatturato per metro quadro di superficie di vendita maggiore dei suoi concorrenti, è tale da determinare una forte pressione competitiva nel mercato rilevante con effetti pro-competitivi a vantaggio dei consumatori.

L'infrazione non potrebbe quindi essere valutata dall'Autorità come grave.

7. La Parte sottolinea, come ulteriori elementi attenuanti, la condotta tenuta successivamente alla commissione dell'infrazione: oltre alla comunicazione spontanea depositata immediatamente dopo che si è resa conto dell'avvenuta omissione, l'atteggiamento collaborativo tenuto nel corso del procedimento, nonché la durata breve dell'infrazione.

8. Conseguentemente ESSELUNGA chiede, in via principale, che l'Autorità non proceda all'irrogazione della sanzione pecuniaria nel caso di specie o, in subordine, che la sanzione sia fissata in misura minima in linea con il costante orientamento dell'Autorità in casi simili.

IV. QUALIFICAZIONE DELL'OPERAZIONE

9. Dagli atti del procedimento risulta che, in data 15 dicembre 2010, ESSELUNGA ha acquistato un ramo di azienda costituito da un'autorizzazione amministrativa, arredi, beni mobili e attrezzature di proprietà di COGEMAN, società attiva sia nella costruzione di esercizi e centri commerciali nonché nella somministrazione al pubblico di prodotti alimentari e non alimentari di largo e generale consumo. Nel contratto di acquisto è espressamente stabilito che la società venditrice COGEMAN è tenuta all'osservanza del divieto di concorrenza nei termini di quanto stabilito dall'articolo 2557 del codice civile.

Coerentemente con la previsione di cui all'articolo 2, lettera d), delle "*Modalità per la comunicazione di un'operazione di concentrazione tra imprese*"[1] l'operazione che consiste nell'acquisizione non solo della mera licenza commerciale ma anche di altri beni ulteriori, ed in relazione alla quale in base a disposizioni di natura pattizia è impedita al cedente l'attività di impresa oggetto della licenza commerciale ceduta, comporta la realizzazione di una concentrazione.

10. Alla luce delle considerazioni che precedono, l'operazione realizzata, in quanto ha comportato l'acquisizione del controllo di parti di impresa, ha costituito una concentrazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera *b*), della legge n. 287/90.

Tale operazione rientrava nell'ambito di applicazione della legge n. 287/90, non ricorrendo le condizioni di cui all'articolo 1 del Regolamento CE n. 139/04, ed era soggetta all'obbligo di comunicazione preventiva disposto dall'articolo 16, comma 1 della medesima legge, in quanto il fatturato totale realizzato a livello nazionale nel 2010 dall'insieme delle imprese interessate, per l'operazione di cui trattasi, è stato superiore alla soglia di cui al citato articolo, vigente al momento della realizzazione dell'operazione stessa (472 milioni di euro dal maggio 2010).

V. VALUTAZIONI IN RELAZIONE ALL'OMESSA COMUNICAZIONE DELL'OPERAZIONE DI CONCENTRAZIONE

11. Dagli atti del procedimento emerge che l'operazione di concentrazione è stata realizzata in un momento precedente (15 dicembre 2010) a quello in cui ne è stata data comunicazione (28 giugno 2013). Conseguentemente, l'operazione è stata realizzata senza che ne sia stata data la comunicazione preventiva all'Autorità, come richiesto dall'articolo 16 della legge n. 287/90.

---

[1] *["Modalità per la comunicazione di un'operazione di concentrazione tra imprese" pubblicato il 1° luglio 1996, suppl. ordinario n. 2 del Bollettino n. 19/96.]*

a) Individuazione dei soggetti responsabili dell'infrazione

12. Relativamente all'individuazione del soggetto responsabile per l'omessa comunicazione di cui all'articolo 16 della legge n. 287/90, si osserva che, incombendo l'obbligo di comunicazione preveniva in capo all'impresa che direttamente acquisisce il controllo del ramo d'azienda oggetto di acquisizione, la responsabilità della mancata comunicazione dell'operazione deve essere attribuita a ESSELUNGA.

b) Considerazione dell'elemento soggettivo dell'infrazione

13. In merito all'elemento soggettivo dell'infrazione, le circostanze accertate portano ad escludere l'esistenza di una volontà diretta ad eludere dolosamente il controllo preventivo dell'Autorità sulle operazioni di concentrazione.
D'altra parte, non si è in presenza di elementi tali da configurare una fattispecie di errore scusabile. Difatti, può rinvenirsi la suddetta fattispecie solo in caso di inevitabilità dell'errore dovuto all'impossibilità materiale di conoscere la fonte normativa o di scusabilità dello stesso dovuta, ad esempio, alla presenza di un elemento positivo, estraneo all'autore, che sia idoneo ad ingenerare nell'operatore l'incolpevole opinione di liceità del suo agire. Non costituisce valida giustificazione dell'omessa notifica neanche il fatto che la parte nutrisse "dubbi" sulla corretta qualificazione dell'operazione. L'operazione in esame è stata infatti realizzata quando la legge n. 287/90 era da tempo in vigore ed utilizzando l'ordinaria diligenza ESSELUNGA - anche in presenza di recenti decisioni dell'Autorità riguardanti la natura delle acquisizioni di rami d'azienda costituiti da autorizzazioni commerciali, beni mobili e attrezzature finalizzati all'apertura di punti vendita - avrebbe potuto ritenere sussistenti le condizioni che la sottoponevano all'obbligo legale della comunicazione preventiva dell'operazione di concentrazione in esame.

c) Considerazione dell'elemento oggettivo dell'infrazione

14. ESSELUNGA ha sottolineato come l'operazione di concentrazione tardivamente comunicata non appaia idonea a determinare significativi mutamenti dell'assetto concorrenziale del mercato interessato.
Al riguardo si osserva come qualsiasi considerazione in ordine agli effetti delle operazioni non possa comunque rilevare né ai fini dell'accertamento della violazione dell'obbligo di comunicazione preventiva né ai fini dell'applicabilità della relativa sanzione, ma solo relativamente alla quantificazione di tale sanzione: infatti, le disposizioni di cui all'articolo 19, comma 2, della legge n. 287/90 sono state previste al fine di tutelare il rispetto delle competenze dell'Autorità in relazione al controllo delle concentrazioni, controllo consistente in attività di analisi e verifica necessariamente preventive che risultano, di conseguenza, irrimediabilmente eluse in caso di omessa comunicazione.

d) Irrogazione della sanzione e sua determinazione

15. Il carattere colposo e non doloso dell'omissione non vale ad escludere la responsabilità del suo autore, ai sensi di quanto previsto dall'articolo 3 della legge n. 689/81. Questa norma prevede, infatti, la responsabilità per un'azione od omissione cosciente e volontaria *"sia essa dolosa o colposa"*. Gli argomenti sollevati da ESSELUNGA possono dunque valere al più quali elementi da prendere in considerazione ai fini della quantificazione della sanzione pecuniaria.
16. Accertata dunque, in base a quanto sopra considerato, la violazione dell'articolo 16, comma 1, della legge n. 287/90 e la sua imputabilità a ESSELUNGA, si ritiene di procedere all'irrogazione della sanzione come previsto dall'articolo 19, comma 2, della medesima legge.
A tal fine, secondo l'articolo 11 (Relativo ai "Criteri per l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie") della legge n. 689/81 (Recante "Modifiche al sistema penale"), occorre fare riferimento "*alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso ed alle sue condizioni economiche*".
In relazione alla gravità dell'infrazione, questa va valutata tenendo conto di una serie di fattori tra i quali, in particolare, rilevano gli effetti concorrenziali dell'operazione tardivamente comunicata che, nel caso di specie e in accordo alla valutazione che segue, non appaiono essere restrittivi.
In merito all'azione riparatrice svolta dal responsabile dell'infrazione, vale qui richiamare la circostanza della spontaneità della comunicazione tardiva operata dalla Parte.
Quanto alla durata, nel caso di specie il ritardo risulta pari a circa 2 anni e 9 mesi.

VI. VALUTAZIONE DELL' OPERAZIONE DI CONCENTRAZIONE

a) Il mercato del prodotto

17. Il settore interessato dalle concentrazioni in esame è quello della distribuzione moderna di prodotti alimentari e non alimentari di largo e generale consumo.
All'interno della distribuzione moderna possono distinguersi diverse categorie di punti vendita (ipermercati, supermercati, *superette* e *discount*) che si differenziano in base a caratteristiche quali: i) la dimensione della superficie di vendita, ii) il posizionamento di prezzo, iii) l'ampiezza e la profondità della gamma di prodotti offerti, iv) le caratteristiche espositive, v) la presenza di banchi per i prodotti freschi, vi) la disponibilità di parcheggi. Secondo quanto stabilito dall'Autorità[2], la diversità nella qualità e nel livello di servizi offerti dalle varie tipologie di punto

[2] *[Cfr. Provvedimento n. 6113 del 18 giugno 1998, C3037 - Schemaventuno-Promodes/Gruppo GS, in Boll. n. 25/98.]*

vendita ne rende piuttosto deboli i rapporti di sostituibilità reciproci, che risultano sostanzialmente limitati alle categorie immediatamente contigue. Ai fini dell'individuazione del mercato rilevante dal punto di vista del prodotto, occorre pertanto partire da ciascuna tipologia di punto vendita e affiancare ad essa le categorie di punti vendita con le quali sussistano forti relazioni di sostituibilità.
Nel caso in esame, considerato che l'operazione risulta finalizzata all'acquisizione e apertura di un punto vendita dotato di superficie di vendita di circa 4.537 mq, il mercato rilevante dal punto di vista merceologico è quello degli ipermercati - comprensivo di tutti gli ipermercati e dei grandi supermercati - composto da tutti i punti vendita della distribuzione moderna di dimensione pari o superiore ai 1500 mq.

b) Il mercato geografico

18. Dal punto di vista geografico, il mercato ha dimensione locale, in considerazione dei comportamenti di acquisto dei consumatori e dell'importanza da questi attribuita alla prossimità dei punti vendita. L'esatta delimitazione della dimensione geografica del mercato deve essere effettuata caso per caso, sulla base della dimensione dei bacini di utenza dei singoli punti vendita delle imprese interessate e del loro livello di sovrapposizione. In prima approssimazione essa può essere circoscritta ai confini amministrativi provinciali.
Nel caso in esame, pertanto, l'ambito geografico di riferimento ai fini della valutazione di tutte le operazioni in esame è costituito dalla Provincia di Latina.

c) Effetti dell'operazione

19. ESSELUNGA, nel mercato rilevante degli ipermercati nella provincia di Latina non era presente prima della conclusione dell'operazione in esame.
Poiché l'operazione è finalizzata all'apertura di un ipermercato a cui è attribuibile una quota di mercato stimabile in circa il *[10-15*%]3 sulla base della banca dati *ACNielsen* aggiornata al marzo 2013, la realizzazione della concentrazione consente dunque ad ESSELUNGA di entrare nel mercato rilevante acquisendo tale quota di mercato.
20. Alla luce delle considerazioni che precedono, la concentrazione in esame non è idonea a determinare effetti pregiudizievoli per la concorrenza nel mercato rilevante.

CONSIDERATO, pertanto, che l'operazione in esame, in quanto comportava l'acquisizione del controllo di parti di impresa, costituiva una concentrazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1 lettera *b*), della legge n. 287/90;

CONSIDERATO che l'operazione descritta nel presente provvedimento, all'epoca della sua realizzazione, era soggetta all'obbligo di comunicazione preventiva previsto dall'articolo 16, comma 1, della predetta legge, atteso che il fatturato realizzato in Italia dalle imprese interessate risulta essere stato superiore, con riferimento all'esercizio chiuso nell'anno precedente alla realizzazione dell'operazione in esame, al limite previsto dal suddetto articolo;

CONSIDERATO che l'operazione descritta nel presente provvedimento non è stata comunicata preventivamente ai sensi dell'articolo 16, comma 1, della legge n. 287/90 e che, l'Autorità, ai sensi dell'articolo 19, comma 2, della stessa legge, può infliggere all'impresa che non abbia ottemperato al relativo obbligo sanzioni amministrative pecuniarie fino all'uno per cento del fatturato realizzato nell'anno precedente a quello in cui è stata effettuata la contestazione;

CONSIDERATO, in ordine all'individuazione del soggetto responsabile dell'infrazione contestata, che l'operazione di concentrazione è consistita nell'acquisizione del controllo del ramo di azienda suddetto da parte di ESSELUNGA S.p.A.;

RITENUTO, pertanto, di dover procedere nei confronti della sopraindicata società ESSELUNGA S.p.A. all'irrogazione della sanzione amministrativa di cui all'articolo 19, comma 2, della legge n. 287/90;

CONSIDERATI, ai sensi dell'articolo 11 della legge n. 689/81, in ordine alla quantificazione della sanzione, i seguenti elementi:
- l'assenza di dolo da parte dell'agente;
- la spontaneità della comunicazione, seppur tardiva;
- il lasso di tempo intercorso tra la realizzazione dell'operazione e la sua comunicazione (2 anni e 9 mesi);
- la mancata costituzione o rafforzamento, per il tramite della presente operazione, di una posizione dominate sul mercato interessato, tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza;

RITENUTI sussistenti i presupposti che giustificano l'irrogazione della sanzione di cui all'articolo 19, comma 2, a carico della società ESSELUNGA S.p.A. nella misura di 5.000 € (cinquemila euro), in ragione della necessità di tenere conto del vincolo di cui all'articolo 19, comma 2, sopra citato - per l'operazione non comunicata, sanzione che appare congrua a realizzare l'obiettivo di assicurare che l'attività di controllo delle concentrazioni attribuita all'Autorità si fondi sul sistematico e diligente rispetto dell'obbligo di comunicazione preventiva stabilito dall'articolo 16 della legge n. 287/90;

RITENUTO, con riferimento alla valutazione concorrenziale dell'operazione di concentrazione descritta nel presente provvedimento, che la stessa, per le ragioni sopra esposte, non è, allo stato, suscettibile di essere valutata ai sensi dell'articolo 6 della legge n. 287/90;

---

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

ORDINA

alla società ESSELUNGA S.p.A. di pagare rispettivamente, quale sanzione amministrativa per la violazione accertata, la somma di 5.000 € (cinquemila euro) per la mancata comunicazione dell'acquisizione, da parte di ESSELUNGA S.p.A., del controllo del ramo d'azienda di proprietà di COGEMAN S.r.l. finalizzato all'apertura di un punto vendita nel comune di Aprilia (LT).

La sanzione amministrativa di cui sopra deve essere pagata entro il termine di novanta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando l'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997. Tale modello può essere presentato in formato cartaceo presso gli sportelli delle banche, di Poste Italiane S.p.A. e degli Agenti della riscossione. In alternativa, il modello può essere presentato telematicamente, con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di *home-banking* e Cbi messi a disposizione dalle banche o da Poste Italiane S.p.A., ovvero utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle entrate, disponibili sul sito *internet www.agenziaentrate.gov.it*.
Ai sensi dell'articolo 37, comma 49, del decreto legge n. 223/2006, i soggetti titolari di partita Iva sono obbligati a presentare il modello F24 con modalità telematiche.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore ad un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'articolo 27 comma 6 della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso, la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.
Dell'avvenuto pagamento, la società ESSELUNGA S.p.A. è tenuta a dare immediata comunicazione all'Autorità attraverso l'invio di copia del modello attestante i versamenti effettuati.

DELIBERA

di non avviare l'istruttoria di cui all'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90.

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

Le conclusioni di cui sopra saranno comunicate, ai sensi dell'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90, alle imprese interessate e al Ministero dello Sviluppo Economico e delle Infrastrutture e dei Trasporti.

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

IL SEGRETARIO GENERALE
Roberto Chieppa

IL PRESIDENTE
Giovanni Pitruzzella