

N. [REDACTED] REG.PROV.COLL.

N. [REDACTED] REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9470 del 2010, proposto da: [REDACTED] con sede in [REDACTED], in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv. [REDACTED], [REDACTED] e [REDACTED], e presso lo studio di quest'ultimo elettivamente domiciliata in [REDACTED] alla via [REDACTED] [REDACTED] per mandato a margine del ricorso;

contro

[REDACTED], in persona del Presidente pro-tempore, rappresentata e difesa ex lege dall' [REDACTED], e presso gli uffici della medesima domiciliata per legge in [REDACTED] alla via [REDACTED]

nei confronti di

[REDACTED] con sede in [REDACTED] [REDACTED], controinteressata intimata, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv. [REDACTED], [REDACTED] [REDACTED] e [REDACTED] e presso lo studio di quest'ultima elettivamente domiciliata in [REDACTED] alla [REDACTED] per mandato a margine dell'atto di costituzione in giudizio;

per l'annullamento

- della deliberazione dell' [REDACTED] assunta nell'adunanza del 30 giugno 2010 e notificata alla società ricorrente il 12 luglio 2010, con cui è stato emanato il provvedimento n. 21297, relativo al procedimento n. A383, che ha accertato e dichiarato che la società [REDACTED] (già [REDACTED]), in violazione dell'art. 102 del Trattato dell'Unione Europea, ha posto in essere un abuso di posizione dominante nel mercato geografico rilevante della produzione e commercializzazione di cartongesso, in danno dell'impresa potenzialmente concorrente [REDACTED], ingiungendole di astenersi in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi e irrogando una sanzione amministrativa pecuniaria pari a € 2.175.787,00;

- nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell' [REDACTED] e della società [REDACTED];

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 6 luglio 2011, il dott. Leonardo Spagnoletti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 21-22 ottobre 2010 e depositato il 5 novembre 2010, la società [REDACTED] (d'ora innanzi [REDACTED]), con sede in [REDACTED] in persona del legale rappresentante pro-tempore, ha impugnato il provvedimento in epigrafe meglio specificato.

Giova premettere che:

- a seguito di articolata denuncia della società [REDACTED] (d'ora innanzi [REDACTED], presentata l'11 maggio 2007, e successive integrazioni, con deliberazione assunta nell'adunanza del 5 marzo 2009 l' [REDACTED] avviava istruttoria intesa ad accertare se la società [REDACTED] (che nel 2005 aveva incorporato la società [REDACTED] - d'ora innanzi [REDACTED] avesse posto in essere, in violazione dell'art. 102 del Trattato dell'Unione Europea, un abuso di posizione dominante nel mercato nazionale del cartongesso, con pratiche varie tese ad escludere l'accesso al medesimo, e in particolare all'acquisizione di cave di gesso nell'area del comune di [REDACTED] (provincia di Asti), da parte della società denunciante, in relazione al progetto industriale di quest'ultima di impiantare uno stabilimento per la produzione di cartongesso nel predetto comune;

- in esito a laboriosa istruttoria, con acquisizione di corposa documentazione da parte della denunciante, della [REDACTED] (già [REDACTED] e degli altri *competitors* nel settore della produzione del cartongesso ([REDACTED], d'ora innanzi [REDACTED], d'ora innanzi [REDACTED], nonché audizione di altre parti private, veniva formata rituale comunicazione delle risultanze istruttorie (d'ora innanzi C.R.I.);

- prorogato, con successive deliberazioni del 25 febbraio e 28 aprile 2010, il termine di conclusione del procedimento (sino al 2 luglio 2010), acquisite ulteriori memorie e documentazione e procedutosi all'audizione di [REDACTED] con la deliberazione impugnata, assunta nella seduta del 30 giugno 2010, l' [REDACTED] ha accertato e dichiarato che la società [REDACTED], in violazione dell'art. 102 del Trattato dell'Unione Europea, ha posto in essere un abuso di posizione dominante nel mercato geografico rilevante della produzione e commercializzazione di cartongesso,

in danno dell'impresa potenzialmente concorrente [REDACTED], ingiungendole di astenersi in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi e irrogando una sanzione amministrativa pecuniaria pari a € 2.175.787,00.

Avverso il provvedimento impugnato sono state dedotte, in sintesi, le seguenti censure:

1) *Errata definizione del mercato rilevante (Violazione e falsa applicazione dell'art. 102 TFUE in relazione alla definizione ed analisi del mercato rilevante - Violazione e falsa applicazione del Reg. CE 1/2003 e dell'art. 14 legge n. 287/1990 per incompiuto contraddittorio procedimentale - Eccesso di potere per carenza d'istruttoria, difetto di motivazione, mancata o insufficiente valutazione dei presupposti in relazione alla definizione ed analisi dello stesso mercato rilevante, travisamento dei fatti, illogicità manifesta, contraddittorietà e sviamento)*

Si contesta l'individuazione del mercato geografico rilevante (d'ora innanzi m.g.r.) come operato dall'[REDACTED] in riferimento alla ricostruzione di una macro-area comprendente gran parte dell'Italia centro-settentrionale, il sud est della Francia e più marginalmente parte della Svizzera e estremo ovest dell'Austria, delineata in realtà attraverso l'assunzione quale punto centrale del comune di [REDACTED] nell'astigiano, ove è situata la cava oggetto delle supposte condotte contestate a [REDACTED] e dal tracciamento di un "raggio" attorno ad esso di circa 500 km, in funzione della pretesa che tale distanza identifichi quella massima entro la quale sia consentita la commercializzazione del prodotto (cartongesso) a prezzi remunerativi, tenuto conto dell'incidenza dei costi di trasporto.

Ciò contrasta con l'effettiva dimensione nazionale del mercato rilevante, come peraltro assunta nella comunicazione d'avvio del procedimento e come desumibile dalla documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria; conduce all'inclusione nel m.g.r. di stabilimenti stranieri e all'esclusione di stabilimenti nazionali; falsa nei suoi presupposti la consequenziale valutazione delle effettive quote di mercato detenute dai vari *competitors*, e quindi la individuazione della posizione di dominanza assegnata a [REDACTED]

2) *Modifica della definizione del mercato rilevante in corso d'opera e lesione del contraddittorio (Violazione e falsa applicazione del Re. CE 1/2003 e dell'art. 14 legge n. 287/1990 per incompiuto contraddittorio procedimentale)*

La comunicazione d'avvio del procedimento istruttorio si riferiva ad una dimensione nazionale del mercato rilevante, che invece è stata ricondotta alla censurata area macro-regionale con la C.R.I., in violazione del contraddittorio procedimentale e senza alcuna motivazione.

3) *Errato riconoscimento di una posizione dominante in capo a [REDACTED] (Violazione e falsa applicazione dell'art. 102 TFUE in relazione all'accertamento di presunta "pregressa" posizione dominante di [REDACTED] - Eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione, travisamento dei fatti, illogicità, contraddittorietà e ingiustizia manifesta)*

E' erronea la individuazione di una posizione dominante di [REDACTED] (già [REDACTED], come indicata nella detenzione di una quota di mercato tra il 50-60% sul m.g.r. e comunque tra il 40-50% anche nell'alternativa prospettazione di un mercato nazionale.

Sono stati infatti considerati volumi e valori di vendita di prodotto afferenti a impianti di *competitors* [REDACTED] compresi nel raggio dei 500 km, e ignorati altri magari situati appena fuori dal raggio (come ad esempio [REDACTED] vicino Avignone, della Lfg, a 521 km da Calliano; o quello della stessa società sito a Corfinio in provincia dell'Aquila; o l'impianto tedesco della [REDACTED])

sito a Iphofen), o appena all'interno del raggio ma rivolti ad altra area di mercato (██████████, di Lfg, in Alsazia).

In relazione alla considerazione di tali impianti, la quota di mercato di ██████████ sarebbe pari al 33% e pressoché eguale a quella di ██████████ (34%) e Lfg (33%).

Si censura altresì la mancata considerazione dell'impianto di ██████████ di Termoli e viceversa la considerazione dell'impianto, pure ad essa appartenente, di Chambéry.

Si contesta anche la ricostruzione del numero di cave di gesso ricondotte a ██████████ (7), senza considerare che alcune (4) sono chiuse, dismesse o inattive, e l'omessa considerazione che le disponibilità estrattive sono destinate non alla sola produzione del cartongesso ma anche di intonaci a base di gesso o alla vendita a cementerie come gesso crudo.

Si sostiene che non è stata adeguatamente considerata, più in generale, la rilevanza degli altri due competitors ██████████

4) *Inesistenza delle condotte abusive (Violazione e falsa applicazione dell'art. 102 TFUE in relazione all'accertamento del presunto abuso di ██████████ - Eccesso di potere per errore di fatto, difetto di istruttoria, travisamento, illogicità e contraddittorietà)*

Si contesta che ██████████ si sia intromessa nelle trattative tra ██████████ e l'Ing. ██████████ relative alla cava di ██████████ questa, che già era stata oggetto di attenzione e interesse di ██████████ all'inizio degli anni '90, è stata acquistata soltanto dopo il fallimento delle predette trattative e quando era scaduto il termine (5 dicembre 2005) per la stipula del contratto definitivo di compravendita, come fissato dal contratto preliminare stipulato da ██████████ e ██████████ il 5 dicembre 2002; fallimento determinato, secondo quanto sostenuto dal ██████████, dal tentativo di ██████████ di ribassare il prezzo di acquisto.

Si contesta che le iniziative giudiziarie proposte contro ██████████, sia in sede civile che amministrativa, da parte di alcuni privati siano riconducibili a manovre di ██████████ o ██████████, nessun significato potrebbe annettersi alla circostanza che alcuni di tali soggetti fossero legati da qualche rapporto economico con ██████████ dalla scelta di un legale associato di studio al legale milanese di ██████████, avendo tali privati negato ogni interferenza da parte di ██████████, peraltro né il ██████████ né i privati sono stati ascoltati in audizione dall'██████████

Si rivendica che l'acquisizione della cava di ██████████ fosse riconducibile a effettivo interesse diretto di ██████████ in relazione ad un progetto, ancorché non ancora attuato, di realizzare un proprio nuovo stabilimento di cartongesso in Montiglio Ferrato.

Si contesta, infine, che ██████████ si sia ingerita in trattative già avviate tra ██████████ e l'██████████ per l'acquisizione di terreni gessiferi nel comune di ██████████: vi è stato solo un contatto nell'aprile del 2006 privo di seguito; né è imputabile a ██████████ la circostanza che ██████████ sia stata poi costretta, secondo le richieste dell'Istituto, ad acquistare i terreni e non i soli diritti di sfruttamento del relativo sottosuolo.

5) *Insussistenza attuale della posizione dominante di ██████████ (Violazione e falsa applicazione dell'art. 102 TFUE in relazione all'accertamento di presunta "sussistente" posizione dominante di ██████████ - Eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione, travisamento dei fatti, illogicità, contraddittorietà e ingiustizia manifesta)*

La deliberazione è illegittima, poi, nella parte in cui, diffidando la ricorrente dal commettere abusi futuri, presuppone l'attuale sussistenza di posizione dominante, senza darsi carico di verificare se, a seguito dell'ingresso sul mercato di altri competitors (██████████ e la stessa ██████████), tale posizione sussista ancora, laddove essa avrebbe ormai una quota di mercato pari al 32,5% (██████████ 29,3%, ██████████ 22,7%, ██████████ 8% e ██████████ 6,7%).

6) *Errata quantificazione della sanzione (Violazione e falsa applicazione dell'art. 15 della legge n. 287/1990 e dell'art. 11 della legge n. 689/1981. Violazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990 - Eccesso di potere per difetto di motivazione, difetto di proporzionalità e ingiustizia manifesta)*

La misura della sanzione irrogata è eccessiva e sproporzionata, siccome rapportata a circa il 7% del fatturato considerato dall'██████████ non potendosi trascurare l'assoluta novità della questione e il sostanziale "ravvedimento operoso" di ██████████, che si è adoperata sia per estinguere i giudizi civili e amministrativi instaurati dai terzi privati sia per vendere a ██████████ alcuni terreni gessiferi siti in ██████████

Costituitasi in giudizio, l'██████████ garante della concorrenza e del mercato, con memoria difensiva depositata il 18 giugno 2010, ha dedotto l'infondatezza del ricorso in base ai rilievi di seguito sintetizzati:

a) il mercato geografico rilevante, come macro-area, è stato correttamente individuato in relazione a tutte le caratteristiche strutturali del mercato, agli incontestati costi di trasporto, e quindi alla definizione del raggio profitevole di distribuzione del prodotto finito, validata dalla quantità di prodotto venduta nel raggio distributivo, alla stretta integrazione tra cave e terreni gessiferi e stabilimenti produttivi; quest'ultimo dato fonda, a sua volta, la considerazione, quale centro della macro-area, delle cave di gesso ubicate in Piemonte in funzione dell'eventuale ingresso di ulteriore competitor con stabilimento produttivo in quell'area; peraltro la definizione del mercato rilevante, nella comunicazione d'avvio del procedimento istruttorio, non ne preclude la precisazione secondo pacifica giurisprudenza, quando essa non ne sia stravolta;

b) incontestabile è la posizione dominante sul mercato geografico rilevante della ██████████ la cui quota, rapportata al volume e valore di vendita di prodotto, è compresa tra il 50% e il 60% e ancora, in dimensione nazionale, oltre il 40%; quota avvalorata altresì dalla consistenza delle cave appartenenti al gruppo, alla quantità di minerale estratto e delle riserve, senza tralasciare affatto la dimensione, comunque ben minore, degli altri due competitors storici (██████████);

c) il provvedimento gravato da conto puntuale di tutti gli elementi fattuali dal complesso dei quali è enucleabile la condotta abusiva escludente, intesa a impedire o ritardare l'accesso al mercato della ██████████ attraverso iniziative tese a rendere più difficile e onerosa l'acquisizione della cava di ██████████ (acquistata da ██████████ a prezzo ragguardevole e senza plausibili alternative giustificazioni tecniche, tenuto conto dell'orizzonte temporale delle riserve gessifere già disponibili, pari a 120-150 anni, nonché dell'assenza di ogni iniziativa tesa al suo sfruttamento, né essendo essa contemplata negli *strategic review* della società) e della cava di ██████████; peraltro la documentazione riferibile a ██████████ indicata nella C.R.I. e nel provvedimento, da conto dell'attenzione e allarme che aveva suscitato l'ipotesi di ingresso sul mercato della produzione di cartongesso della ██████████ individuato come nuovo temibile competitor;

d) la sanzione è proporzionata in quanto commisurata sia alla gravità dell'abuso -di tipo escludente e teso a rafforzare le barriere all'entrata, connesse alla scarsità e localizzazione dei terreni gessiferi, e con raggi di distribuzione contenuti, su un mercato già caratterizzato dalla presenza di appena altri due competitors- sia all'incidenza della sua misura (1,8% e non già il 7%) sul valore dei ricavi nel

mercato geografico rilevante, pari a € 32,814,950, essendosi peraltro considerata la circostanza attenuante del comportamento di [REDACTED] adoperatasi per la cessione di terreni gessiferi a [REDACTED] e la chiusura delle controversie civili e amministrative instaurati dai terzi.

Con memoria difensiva depositata il 20 giugno 2010, a sua volta, [REDACTED] ha dedotto consimili rilievi in ordine all'infondatezza del ricorso.

Con note depositate il 25 giugno 2010, [REDACTED] ha replicato alle avverse deduzioni, insistendo per l'accoglimento del ricorso.

All'udienza pubblica del 6 luglio 2011 il ricorso è stato discusso e deciso.

DIRITTO

1.) Il ricorso in epigrafe, per quanto articolato su censure suggestive e argomentate con finezza, è destituito di fondamento giuridico e deve essere respinto.

1.1) Giova premettere alcune considerazioni preliminari in ordine al prodotto cui è riferito il mercato merceologico e geografico, come desumibili dall'ampia analisi delineata sin dalla comunicazione d'avvio del procedimento, senza le quali non può correttamente comprendersi la *ratio* che, raccordata ai vincoli determinati dall'allocazione territoriale delle cave, dalla necessaria prossimità degli impianti di produzione e dall'incidenza elevata dei costi di trasporto agli impianti produttivi e da questi agli acquirenti, ha condotto l'[REDACTED] alla definizione del *mercato geografico rilevante (M.G.R.)*, inteso quale macro-area regionale nella specie comprendente gran parte dell'Italia centro-settentrionale, una porzione della Francia sud-orientale, una più piccola parte della Svizzera meridionale e un lembo dell'Austria sud-orientale.

Il cartongesso è costituito da lastre o pannelli di gesso reidratato di vario spessore, rivestite da una intelaiatura di cartone, cartoncino o altro materiale, ossia un prodotto prefabbricato impiegato in edilizia sia per la realizzazione di pareti divisorie interne, sia per controsoffittature o rivestimento di tetti e sottotetti.

Il suo impiego è sempre più largo, con significativa espansione del mercato mondiale, europeo e italiano, in relazione alla sua facilità e velocità d'installazione, ai costi ridotti, alle caratteristiche fonoassorbenti e di resistenza al fuoco e di isolamento termico e acustico, che ne fanno altresì prodotto di difficile sostituibilità.

Materia prima essenziale è costituita, ovviamente, dal gesso, prevalentemente *naturale*, ossia estratto da cave e terreni gessiferi peraltro rari e non omogeneamente distribuiti sul territorio, e di varia consistenza e qualità; assai meno diffusa e non significativa è, invece, l'utilizzazione di *gesso chimico*, derivato dalla desolforazione dei fumi delle centrali chimiche a carbone, anche a causa dell'incostanza dei flussi produttivi connessi al ciclo delle centrali.

Nel predetto contesto, la presenza di cave e terreni gessiferi è un importante vincolo attinente all'approvvigionamento della materia prima, e un ulteriore vincolo assai rilevante è quello riviniente dai costi di trasporto (agli stabilimenti e agli acquirenti), con la conseguenza che gli stabilimenti di produzione sono sempre allocati in prossimità delle cave perché i costi di trasporto aumentano in modo esponenziale in funzione della distanza (cfr. par. 40 e nota 30 del provvedimento impugnato).

Tali dati oggettivi trovano ampia esposizione sia nella comunicazione d'avvio del procedimento (par. 4-10) sia nel provvedimento finale (par. 37-42).

La struttura del mercato nazionale, all'epoca della denuncia, era caratterizzata dalla presenza "storica" di *tre competitors*, il maggiore dei quali appunto [redacted], già appartenente al gruppo inglese [redacted] acquisito nel 2005 dal gruppo [redacted] (" [redacted] [redacted]"), prima società ad aver impiantato uno stabilimento produttivo in Italia sin dal 1989 ([redacted]) e unica a disporre di due impianti, rispettivamente per l'area del centro-nord (Casola Valsenio in Emilia Romagna) e per il centro-sud (Termoli in Molise), laddove gli altri due *competitors* ([redacted], appartenente al gruppo [redacted] e [redacted] [redacted] - [redacted] nell'abbreviazione utilizzata nel provvedimento) disponevano di un solo impianto ([redacted] a [redacted] in Toscana e [redacted] a [redacted] in Abruzzo), mentre solo nel 2009 si è affacciato sul mercato, con un proprio stabilimento, altro operatore (la [redacted] [redacted] [redacted] poi acquisita dal gruppo greco [redacted] in relazione all'avvio della produzione dalla [redacted] [redacted] [redacted] (soltanto nel 2010 è poi divenuto operativo l'impianto della [redacted] [redacted] relativo alla cava di [redacted]).

Ancora, proprio in relazione alla limitatezza delle risorse minerarie (scarsità di cave e di terreni gessiferi, loro disomogenea distribuzione sul territorio nazionale, elevati costi di trasporto, pari al 20% circa del costo totale), il mercato del cartongesso -secondo quanto chiarito sin dalla comunicazione d'avvio del procedimento- presenta "rilevanti barriere all'entrata di nuovi operatori" e scarsa contendibilità (cfr. par. 14 della comunicazione).

1.2) Tanto premesso, deve rammentarsi che per l'accertamento della violazione dell'art. 102 del Trattato sul funzionamento della Unione Europea, nella versione consolidata a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (già art. 82 dell'originario Trattato), ossia "lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo", id est *l'abuso di posizione dominante*, la definizione del mercato merceologico e geografico costituisce un presupposto logico-giuridico di ogni valutazione successiva, relativa sia all'individuazione della posizione di dominanza, sia all'apprezzamento delle condotte abusive, a differenza che in materia di intese restrittive della concorrenza, di cui all'art. 101 (già art. 81), nel quale, all'opposto, è l'oggetto e l'ambito merceologico e territoriale dell'accordo teso a distorcere la libera esplicazione della concorrenza a definire il mercato rilevante (cfr. tra le tante Cons. Stato, Sez. VI, 9 febbraio 2011, n. 896 e 29 settembre 2009, n. 5864).

Ciò, d'altro canto, è consacrato nelle indicazioni contenute nella "Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza" (pubblicata nella G.U.C.E. 9 dicembre 1997, n. C 372), in ordine alla nozione di mercato come "...strumento per individuare e definire l'ambito nel quale le imprese sono in concorrenza tra loro... individuare in modo sistematico le pressioni concorrenziali alle quali sono sottoposte le imprese interessate...(che) consente, tra l'altro, di calcolare quote di mercato che forniscano informazioni significative sul potere di mercato, e quindi utili ai fini di stabilire se esista o si prospetti una posizione dominante" (paragrafo 2) e ribadito nella successiva "Comunicazione della Commissione Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti" (pubblicato nella G.U.U.E. 24 febbraio 2009, n. C 45), secondo cui "La valutazione dell'eventuale posizione dominante di un'impresa e del grado di potere di mercato da essa detenuto rappresenta il primo passo nell'applicazione dell'articolo 82" (par. III lettera A n. 9), che rinvia a sua volta alla previa necessaria definizione del mercato rilevante.

E' alla stregua di questa nozione che il mercato rilevante si costruisce come quella "zona geograficamente circoscritta dove, dato un prodotto o un gamma di prodotti considerati tra loro sostituibili, le imprese che forniscono quel prodotto si pongono fra loro in rapporto di concorrenza" (Cons. Stato, Sez. VI, 25 marzo 2009, n. 1794), operazione logico-giuridica che peraltro rinvia, per la natura di concetti giuridici indeterminati propria delle nozioni di mercato rilevante e abuso di posizione dominante, a una imprescindibile "contestualizzazione" della normativa comunitaria e nazionale al caso specifico (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 7 aprile 2008, n. 2900 e Cons. Stato, Sez. VI, 10 marzo 2006, n. 1271).

Il sindacato del giudice amministrativo rimane, ovviamente, circoscritto all'ambito della legittimità, ossia alla valutazione della correttezza della ricostruzione operata dal [REDACTED], con riferimento all'individuazione del mercato rilevante, della posizione di dominanza, dell'esistenza di condotte abusive, con particolare riguardo ai parametri della logicità e della congruità della motivazione, senza estendersi al merito, salvo che ai fini dell'apprezzamento del profilo sanzionatorio (Cons. Stato, Sez. VI, 10 marzo 2006, n. 1271).

1.2.1) Con il primo motivo di ricorso è contestata, appunto, l'individuazione del *mercato geografico rilevante (m.g.r.)*, come ricostruito in una macro-area comprendente gran parte dell'Italia centro-settentrionale, il sud est della Francia e più marginalmente parte della Svizzera e estremo ovest dell'Austria.

La società ricorrente da un lato censura la dimensione macro-regionale, sostenendo che in effetti il mercato sarebbe nazionale, come d'altro canto diviso nella comunicazione d'avvio del procedimento; dall'altro rileva che l' [REDACTED] si sarebbe limitata a tracciare un raggio di circa 500 chilometri a partire da un punto, costituito dal territorio comunale di [REDACTED] in [REDACTED], ossia dall'ambito spaziale in cui è ubicata la cava di gesso oggetto delle supposte condotte abusive escludenti contestate, con ciò dando vita a una sorta di circuito logico "vizioso".

Ciò avrebbe falsato anche la individuazione come dominante della propria posizione sul mercato, conducendo ad una svalutazione delle quote di mercato degli altri *competitors* e alla sopravvalutazione di quella da essa detenuta.

La censura, per quanto suggestiva, è destituita di fondamento logico-giuridico.

Il provvedimento impugnato contiene una articolata, argomentata e documentata valutazione del mercato rilevante nella quale è evidenziato come proprio a causa dei vincoli rivenienti dalla necessaria prossimità tra cave e terreni gessiferi e impianti produttivi e dall'elevata incidenza dei costi di trasporto (circa il 20%) sul totale dei costi di produzione del cartongesso, il raggio distributivo massimo del prodotto è rappresentato da una distanza pari a circa 500 chilometri dallo stabilimento (collocabile a distanze nell'ordine di poche decine di chilometri, in generale 0-10 o max 15, dalla cava o dal terreno gessifero).

In particolare, alla identificazione del mercato geografico (nessuna contestazione è stata mossa al mercato merceologico, ossia all'individuazione del prodotto cartongesso quale mercato separato e specifico rispetto ad altri materiali per l'edilizia), l' [REDACTED] ha dedicato i paragrafi 172-181, soffermandosi in modo assai ampio sulle controdeduzioni della [REDACTED] nei successivi paragrafi 182-187.

L'incidenza elevata, essa pure non contestata, dei costi di trasporto, come peraltro analizzata e verificata sulla base dell'ampia documentazione acquisita in fase istruttoria, definisce un "raggio distributivo" che costituisce una delle "condizioni strutturali generali del mercato del cartongesso",

secondo evidenze empiriche connesse non solo "...alla crescita esponenziale dei costi di trasporto e quindi alla perdita netta di competitività, ma anche -più semplicemente- in relazione alla mera osservazione delle scelte strategiche strutturali effettuate dagli operatori del mercato", in relazione alla presenza anche di più stabilimenti produttivi nell'ambito di ciascuna nazione "...ciascuna dedicata ad una specifica area" (ad esempio la stessa [redacted] dispone di quattro stabilimenti in Inghilterra, tre in Francia, due in Italia).

Muovendo da tali premesse, perfettamente logiche e supportate da dati empirici oggettivi, e considerando "...congrua una distanza massima di 500km tra luogo di produzione e luogo di consegna al cliente del prodotto", l'[redacted] è pervenuta all'identificazione del mercato geografico rilevante in una "...macro-ripartizione del Centro-Nord Italia, includendo nella parte centrale sostanzialmente Toscana, Umbria e Marche ed escludendovi invece il Lazio...(e) anche alcuni confinanti territori d'Oltralpe", tenuto conto altresì dell'omogeneità delle condizioni di mercato quanto a prezzi, livelli di domanda e consumo, penetrazione del prodotto, presenza di una pluralità di impianti produttivi e assenza di vincoli nel commercio estero confinario.

E' del tutto logico, peraltro, che [redacted], nell'individuazione del mercato geografico rilevante, abbia dovuto considerare la localizzazione delle cave e terreni gessiferi piemontesi, cui si riferiva l'iniziativa produttiva di [redacted], poiché si trattava di verificare se, in funzione del raggio distributivo di un nuovo impianto, la cui allocazione era vincolata all'adiacenza al sito di [redacted] fosse enucleabile un mercato geografico distinto e rilevante, e quale posizione di mercato assumessero in tale ambito i vari *competitors*.

Analogamente è evidente che per gli impianti già esistenti la macro-area del *m.g.r.* non può che rapportarsi al loro raggio distributivo, ciò che può dare vita a parziali sovrapposizioni che però non alterano sostanzialmente la struttura del mercato.

D'altro canto, il mercato dei prodotti per l'edilizia si connota, in generale, per la sua dimensione geografica ridotta: come rammentato nella nota n. 133 della deliberazione impugnata, per il calcestruzzo, ad esempio, la limitata trasportabilità e la facile deperibilità implicano un mercato definito da un raggio assai ristretto rispetto allo stabilimento (circa 30 km), e così per il cemento il raggio distributivo è pari a circa 300 km, e per le malte e intonaci e in generale i premiscelati non superiore a 150-200 km (sulla correttezza della definizione del *m.g.r.* del calcestruzzo in ambito subprovinciale cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 29 settembre 2009, n. 5864).

L'[redacted] ha peraltro esaminato in modo analitico e diffuso le controdeduzioni sul punto della società [redacted] (par. 182-187), evidenziando come i relativi minori costi di trasporto da questa assunti come sostenuti siano funzione della disponibilità di due stabilimenti produttivi ([redacted] e [redacted]) in grado di servire entro il raggio ottimale distributivo l'area del centro-nord e del centro-sud, in funzione del loro posizionamento strategico, onde essi non sono indicativi e non inficiano la ricognizione del costo del trasporto come vincolo principale (assieme alla necessaria prossimità tra cave e impianti produttivi) nella definizione del mercato geografico.

1.2.2) Con il secondo motivo di ricorso, che riprende in parte censure abbozzate anche nel primo, la società [redacted] contesta la discrasia e la contraddittorietà tra l'ipotesi, assunta nella comunicazione d'avvio del procedimento, di una dimensione nazionale del mercato geografico rilevante e la successiva ricostruzione, nel provvedimento impugnato, di una dimensione più ridotta e macroregionale.

Anche tale censura risulta priva di fondamento giuridico.

E' ben vero, infatti, che nella comunicazione d'avvio (par. 11), è dato leggere che:

"In prima analisi, e allo stato degli atti, il mercato del cartongesso sembra potersi ritenere di dimensione nazionale, peraltro coerentemente con i più recenti pronunciamenti comunitari. Difatti, nonostante sia in linea di principio possibile servire un Paese attraverso importazioni, i non trascurabili costi di trasporto sembrano favorire la presenza di impianti di produzione nelle vicinanze degli sbocchi commerciali (in un raggio di circa 500-600 km), rendendo in questo caso economicamente non praticabile -per lo meno su vasta scala e nel lungo periodo- l'opzione dell'import".

Senonché già in detto enunciato è contenuta l'indicazione del raggio distributivo massimo e ciò spiega come, nel successivo paragrafo 13, si avverta con inequivoca chiarezza che:

"Nel caso di specie, ad ogni modo, considerata la specifica localizzazione geografica in cui si inseriscono le condotte supposte abusive, il mercato rilevante può anche essere riferito ad una parte sostanziale del territorio nazionale, in particolare l'area del Nord Italia, e ad una parte dei confinanti territori d'Oltralpe".

D'altro canto, se nemmeno la definizione del mercato geografico rilevante contenuta nella comunicazione delle risultanze istruttorie (C.R.I.) ha valenza vincolante, nel senso che "...la definizione del mercato rilevante, delineata nella comunicazione delle risultanze istruttorie, non è immutabile e consente una diversa valutazione da parte dell'Autorità, purché quest'ultima valutazione non costituisca una variazione sostanziale della violazione contestata che stravolga l'impostazione originaria del procedimento in violazione del contraddittorio" (Cons. Stato, Sez. VI, 29 settembre 2009, n. 5864); *a fortiori* non può ritenersi immodificabile l'ipotesi delimitativa prospettata nella comunicazione d'avvio del procedimento, che vale soltanto a identificare le *coordinate generali*, merceologiche e geografiche, del mercato, doverosamente suscettibili di precisazione e specificazione in funzione delle acquisizioni istruttorie successive.

1.2.3) Con il terzo motivo di ricorso, sempre ribadendo l'erronea definizione del mercato geografico rilevante, si contesta il rilievo dell'esistenza di una posizione dominante in capo a [redacted] evidenziando come, qualora fossero stati considerati nell'ambito del m.g.r. altri impianti produttivi dei competitors [redacted] e [redacted] in Germania della [redacted] [redacted] in Francia e [redacted] in Abruzzo della [redacted], la quota di mercato ascrivibile a [redacted] sarebbe pari al 33% circa, e quindi pressoché eguale a quelle di [redacted] (34%) e [redacted] (33%), come del pari si censura che non sia stato considerato nella definizione del mercato e quindi della posizione lo stabilimento della [redacted] di Termoli, e invece valutato quello di [redacted] in Francia.

Orbene, alla valutazione della posizione di dominanza il provvedimento impugnato, dandosi carico dell'esame puntuale delle controdeduzioni, dedica i paragrafi da 188 a 224, con articolata e diffusa considerazione sia dei *profili quantitativi* (ossia del dato connesso alle vendite effettive di prodotto) sia dei *profili qualitativi* (ossia dei vantaggi competitivi connessi alle caratteristiche qualitative del prodotto della [redacted], la loro tradizione, la rete commerciale e distributiva).

Sotto il primo aspetto si evidenzia che "Nel caso delle vendite effettive, anche includendo nel computo gli impianti esterni all'area rilevante, si tratta di valori comunque prossimi o superiori al 45%; nel caso del potenziale di vendita, si tratta di valori comunque abbondantemente superiori al 55%" (par. 193), non senza analizzare l'ipotesi alternativa (invocata dalla società) di una dimensione nazionale del mercato nel quale "L'evidenza quantitativa indica come l'incidenza di [redacted] sia compresa tra il 40 e il 50% quand'anche si considerasse il contesto italiano escludendo dall'analisi l'impianto [redacted] di [redacted] perché "anche la misura relativa alle vendite effettuate in

Italia, al netto dunque delle esportazioni, vede la preminenza di [redacted] con una quota di mercato superiore al 40%, tanto in valore quanto in volume" (par. 210), laddove peraltro l'impianto di [redacted] è pienamente integrabile nel mercato nazionale per la sua prossimità al confine italiano e come evidenziato dalla cartina 2 (par. 207-208-209).

In altri termini, [redacted] si è data carico di valutare la posizione di dominanza sia nel mercato geografico di riferimento macro-regionale, razionalmente ricostruito con valutazioni ragguagliate a dati oggettivi, sia nel mercato geografico nazionale ipotizzato dalla [redacted], concludendo in entrambe le ipotesi nel senso affermativo, con analisi avvalorata sia dalla considerazione della disponibilità di cave e terreni gessiferi, sia dai vantaggi competitivi connessi alle capacità degli impianti produttivi, alla forza del marchio, alla efficienza dell'organizzazione e della rete commerciale, peraltro integrata in quella di un gruppo multinazionale leader (a seguito dell'acquisizione di [redacted] da parte di [redacted]).

La posizione di dominanza è stata peraltro identificata analizzando la struttura del mercato e le quote riferibili ai due competitors [redacted] con la considerazione degli impianti produttivi di questi ultimi ricadenti nell'ambito del mercato geografico rilevante in funzione del raggio distributivo orientato e orientabile verso il mercato italiano.

Sul punto, peraltro, in sede di esame delle controdeduzioni, [redacted] ha chiarito come:

- "l'esclusione dell'impianto [redacted] di [redacted], lamentata da [redacted], non sia asimmetrica, nel senso che parimenti viene escluso dal computo anche l'impianto [redacted] di [redacted] (i due stabilimenti sono piuttosto vicini tra loro e hanno peraltro potenzialità del medesimo ordine di grandezza quanto a capacità produttiva)" (par. 221);

- "l'analisi delle vendite realizzate nell'area supporta la posizione dominante di [redacted] anche considerando le vendite realizzate dagli impianti esterni, non solo di [redacted] ma anche di [redacted], in grado di servire rispettivamente il Centro-Nord Italia e il Sud-Est della Francia, la cui esclusione dal computo delle vendite era stata lamentata da [redacted]" (par. 221);

Né può omettersi di rilevare come "A conferma delle elaborazioni degli Uffici, la quota di [redacted] nel mercato italiano viene stimata (dalla stessa [redacted], doc. VI.124) pari al [40-50%] anche considerando la posizione dei concorrenti [redacted] e [redacted] (il dato per il 2008 è indicato in flessione da diversi anni, e dunque nel periodo precedente il valore è sicuramente superiore al [40-50%] circa)" (par. 216 del provvedimento impugnato).

1.2.4) Il quarto motivo di ricorso è dedicato alla confutazione delle condotte abusive contestate.

Tali condotte si sarebbero sostanziate secondo l'[redacted] "...in una complessa e articolata strategia escludente tesa ad impedire, o quantomeno fortemente ostacolare e dunque ritardare, l'entrata nel mercato del cartongesso di un nuovo, temibile, concorrente quale [redacted]" (par. 227), cui sarebbero riconducibili manovre dirette (acquisizione della cava di [redacted] e interessamento per l'acquisto, poi concluso ma a prezzi superiori da [redacted] di terreni gessiferi siti in [redacted], appartenenti all'Istituto diocesano di sostentamento del clero di Casale Monferrato) e indirette (sostegno a soggetti terzi che proponevano ricorsi civili per far valere pretesi diritti di prelazione in ordine all'acquisto di altri terreni gessiferi nel territorio di [redacted] da parte di [redacted] e ricorsi amministrativi avverso variante urbanistica finalizzata alla realizzazione dell'impianto produttivo della [redacted] nel medesimo territorio comunale).

La società ricorrente sostiene che, in effetti, essa -che già aveva individuato sin dagli anni '90 l'area gessifera di [redacted] manifestandovi interesse- avrebbe poi acquistato la cava soltanto a seguito del fallimento delle trattative intercorse tra [redacted] e l'[redacted], proprietario della cava, determinato dal basso prezzo offerto da [redacted] al fine di realizzare un nuovo stabilimento in [redacted] ancorché poi non costruito; che avrebbe avuto solo un contatto con l'Istituto diocesano, senza interferire in alcun modo nelle trattative avviate da [redacted]; che sarebbe estranea alle iniziative giudiziarie dei terzi privati.

La ricostruzione operata dall'[redacted] in ordine alle condotte abusive a finalità escludenti, intese cioè a impedire e comunque a ritardare l'ingresso sul mercato di [redacted], con riferimento alle iniziative di quest'ultima intese all'acquisizione di cave e terreni gessiferi e alla realizzazione dello stabilimento di [redacted] appare invece fondata su una accurata, rigorosa analisi dei dati fattuali, delle condotte poste in essere da [redacted], dell'assenza di plausibili alternative spiegazioni e motivazioni di natura tecnico-produttiva, ed è supportata dalla documentazione acquisita in sede istruttoria, che dimostra l'allarme suscitato nei vari *competitors* dalla prospettiva dell'ingresso sul mercato del cartongesso di un nuovo concorrente della forza produttiva e commerciale propria di [redacted]

Le evidenze istruttorie, riassunte nei paragrafi 27-37 del provvedimento impugnato testimoniano che la prospettiva dell'ingresso sul mercato di un ulteriore *competitor* delle dimensioni organizzative e commerciali di [redacted], caratterizzato altresì da una aggressiva politica di prezzi, aveva suscitato attenzione e allarme in tutti gli operatori già presenti [redacted], non essendo sfuggite le iniziative intese all'acquisizione della cava e terreni gessiferi di [redacted]

In questo contesto, significativa risulta l'osservazione contenuta in un documento (III.19, citato al par. 48), che, ancorché proveniente da [redacted] mette in luce l'efficienza della *intelligence* industriale di [redacted] e la sua focalizzazione sulle iniziative di [redacted] intese alla prospezione della cava di [redacted] ("...informazioni in possesso della [redacted]; il loro servizio di *intelligence* relativo al territorio piemontese mi è sembrato superlativo [...] erano in possesso della stratigrafia del giacimento che [redacted] stava sondando, prima della [redacted], perché, nottetempo, andavano a fotografare le cassette con le carote estratte dai sondatori [redacted]" (doc. III.19)).

Tale attenzione è peraltro documentata (par. 53) anche da appunti rinvenuti presso [redacted] (doc. IV.27) datati 17 luglio 2008, nel quale si riferisce che uno dei manager della società (indicato come "Mr. [...]") "...ricorda l'importanza dell'operato di [Responsabile minerario nazionale [redacted] in rif. a [redacted] avendo rallentato per 3 anni (or more?) la venuta di un potenziale competitor ([redacted])" seguita da "Messaggio: <<continue on actions against potential competitors - on the deposits point of view- so to don't attract competitors in our business and maintain % share market"; o ancora nel documento precedente IV.42 del luglio 2007 (sempre citato nel par. 53) in cui tra gli elementi considerati per la redazione del budget 2008 si evidenzia la linea d'azione di "... "keep pressure on Fassa [...] and avoid new competitors".

D'altro canto, come segnalato nel paragrafo 56, gli interventi di [redacted] di "disturbo" alle iniziative di [redacted] determinano un notevole incremento dei prezzi dei terreni gessiferi della zona di [redacted] con quotazioni lievitata da € 1-2/mq sino a € 50-60/mq (documenti III.18 e III.19).

Secondo quanto rilevato nel par. 231, e non smentito dalla società ricorrente "Si osserva inoltre come il prezzo infine concordato da [redacted] per l'acquisto della cava [redacted] sia pari, secondo quanto riportato dalla stessa [redacted] (ad esempio in doc. IX.186), a poco meno di [10-20] milioni di euro. Confrontando questo valore con i dati di fatturato (fonte [redacted] e di utile di esercizio di [redacted] (fonte

Cerved), si osserva come l'esborso complessivo rappresenti il [10-20%] circa del fatturato (italiano) annuo complessivo (considerando la media dei ricavi 2007-2009), e rappresenti altresì il [20-30%] circa del fatturato (italiano) annuo relativo alla sola attività di produzione e commercializzazione di cartongesso (sempre considerando la media dei ricavi 2007-2009)".

L'elevato costo di acquisizione della cava di [redacted] della [redacted] costituisce, secondo quanto rilevato da [redacted], uno degli elementi indiziari più consistenti in ordine alle finalità, distorsive del mercato ed escludenti, perseguite da [redacted], dimostrando come la sua iniziativa sia stata decisiva, al contrario di quanto dedotto in ricorso, nel fallimento dell'acquisto della stessa da parte di [redacted].

E d'altro canto, proprio il costo dell'acquisizione e i suoi tempi, immediatamente successivi alla scadenza (5 dicembre 2005) fissata nel preliminare stipulato da [redacted] e [redacted] per l'atto pubblico di compravendita, dimostrano che la società ricorrente è stata una sorta di "convitato di pietra" di quella trattativa commerciale, e che la sua spinta sulla "leva del prezzo" di acquisizione ha concretamente inciso sulle decisioni commerciali del proprietario.

Peraltro l'[redacted] si è data carico di esaminare in modo analitico le controdeduzioni di [redacted], tese a giustificare l'acquisto soprattutto in funzione dell'esigenza di approvvigionamento di materia prima per le esigenze dello stabilimento di [redacted] (par. 265-286), escludendone, con ampia motivazione l'attendibilità, sia in relazione alle riserve già disponibili, sufficienti su un orizzonte temporale di circa quarant'anni secondo gli stessi dati di [redacted] (cfr. par. 71 e 75), ossia "...ben oltre l'orizzonte temporale ventennale di medio periodo considerato come target strategico dai vertici internazionali della stessa [redacted] (cfr. doc. IV.44)" (par. 78)

Analogamente nessuna concreta indicazione operativa raccordata ad una valutazione del mercato e del suo sviluppo supporta la prospettata volontà di realizzare il terzo stabilimento italiano di [redacted], anche tenuto conto che [redacted] aveva aperto ancora soltanto nel 2002 il secondo stabilimento di [redacted] (cfr. par. 235).

Peraltro, in correlazione alla azione principale a finalità escludente, si è determinata una pressione su [redacted] che ha dovuto acquistare terreni gessiferi nella medesima area di [redacted] a prezzi superiori a quelli ordinari di mercato, in relazione ai quali ha altresì subito le iniziative giudiziarie, civili e amministrative, di una serie di soggetti terzi, tutti collegati a [redacted], e significativamente assistiti da un professionista legale associato dello studio del legale milanese di [redacted] oltre che legati a vario titolo alla stessa [redacted] (cfr. par. 127-131 e ancora par. 247-263).

Anche con riferimento alla riconducibilità di tali iniziative giudiziarie ad una "regia" di [redacted] il provvedimento si è dato carico di esaminare in modo analitico le controdeduzioni (par. 287-291), escludendone la fondatezza con argomentazioni articolate, razionali e condivisibili.

Le interferenze con le trattative condotte da [redacted] con [redacted] per il sostentamento del clero di Casale Monferrato in ordine all'acquisto dei terreni gessiferi di [redacted], ancorché meno intrusive, hanno comunque influito sui costi di acquisizione da parte di [redacted] che ha dovuto accedere alla richiesta di comprare non solo i diritti di sfruttamento del sottosuolo sebbene la proprietà dei terreni.

In conclusione, anche le censure dedotte con il quarto motivo di ricorso risultano destituite di fondamento giuridico, poiché il provvedimento impugnato ha ricostruito, con scrupolosa correlazione all'ampio materiale documentale acquisito in istruttoria e con ponderata valutazione delle controdeduzioni, la trama delle condotte abusive contestate e le loro unitarie finalità

escludenti, con valutazioni rapportate a presupposti fattuali, tecnici e giuridici apprezzati in modo logicamente ineccepibile.

1.2.5) Palesemente infondata è la censura dedotta con il quinto motivo di ricorso, poiché è del tutto evidente che, dovendosi rapportare l'accertamento dell'abuso di posizione dominante alla situazione esistente sino al 2009 (soltanto in quell'anno è entrata sul mercato la [redacted] e solo nel 2010 la [redacted], ed essendo incontestabile a quella data la posizione dominante di [redacted] il provvedimento, nel dichiarare l'esistenza della condotta abusiva, non poteva non contenere l'inibitoria di ulteriori comportamenti abusivi (intesi alla riacquisizione di maggiori quote di mercato per consolidare la propria posizione).

1.2.6) Infondate sono, da ultimo, le censure di cui al sesto motivo riferite alla misura della sanzione, che è stata ragguagliata, nella sua base parametrica, al "fatturato specifico, relativo al 2009, realizzato da [redacted] per l'attività di produzione e commercializzazione di cartongesso, considerando soltanto una frazione del dato complessivo nazionale (quella relativa alla parte italiana del Mgr" (par. 316), e contenuta ben al di sotto della soglia legale massima del 10% (anche nella prospettazione della società ricorrente sarebbe pari al massimo al 7%, laddove l'Avvocatura, con deduzione incontestata, ha sostenuto che si tratta invece di somma pari solo al 1,8% dei ricavi nel mercato geografico rilevante, pari a € 32,814,950), ed avendo l'[redacted] tenuto conto, a fini riduttivi della sanzione irrogata, che (le) "...iniziative intraprese da [redacted] appaiono idonee ad attenuare, quantomeno parzialmente, le conseguenze dell'infrazione commessa" (par. 317).

2.) In conclusione, il ricorso in epigrafe deve essere rigettato siccome infondato.

3.) Il regolamento delle spese processuali, liquidate come da dispositivo, segue la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – Sede di Roma – Sezione I, pronunciando con sentenza definitiva sul ricorso n. [redacted] del [redacted], così provvede:

1) rigetta il ricorso;

2) condanna [redacted], in persona del suo legale rappresentante pro-tempore, alla rifusione in favore dell'Avvocatura generale dello Stato, distrattaria ex lege, e della società [redacted], in persona del legale rappresentante pro-tempore, delle spese e onorari di giudizio, liquidati in complessivi € 2.000,00 (duemila/00) per ciascuna delle anzidette parti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'[redacted]

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

[redacted], Presidente

[redacted], Consigliere

[redacted], Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 24/12/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)