

Pubblicato il 27/04/2022

N. 03340/2022REG.PROV.COLL.

N. 09297/2020 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9297 del 2020, proposto da
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei
Portoghesi, n. 12;

contro

Commercianti Indipendenti Associati Soc. Coop., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dagli avvocati Federico Freni e Raffaele Torino, con domicilio digitale come da PEC
da Registri di Giustizia;

nei confronti

Associazione Italiana Panificatori Assipan - Confcommercio - Imprese per L'Italia, non costituiti in giudizio;
per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 8844/2020.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Commercianti Indipendenti Associati Soc. Coop.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 aprile 2022 il Cons. Giordano Lamberti e udito l'avvocato
Torino Raffaele;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 - L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("Agcm") ha avviato diversi procedimenti nei confronti di soggetti della grande distribuzione organizzata ("GDO"), tra cui talune cooperative associate al Consorzio Nazionale Dettaglianti soc. coop. ("Conad"), diretti a verificare l'esistenza di violazioni all'art. 62, comma 1 e comma 2, del Decreto Legge 24 gennaio 2012, n. 1 recante "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività", nonché dell'art. 4, comma 1 e 2, del Decreto n. 199/2012 del Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali ("Regolamento di attuazione dell'articolo 62 del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1").

1.2 – Nello specifico, il procedimento oggetto di causa aveva ad oggetto le condotte consistenti nell'imporre, in particolare dal 2014, ai propri fornitori di pane fresco: i) il ritiro e lo smaltimento a proprie spese dell'intero quantitativo di prodotto invenduto a fine giornata, in percentuale rilevante rispetto al prodotto ordinato; ii) il ri-accredito alla catena distributiva del prezzo corrisposto per l'acquisto della merce restituita (c.d. obbligo di reso).

In tal modo, la catena distributiva avrebbe sfruttato la propria posizione di forza commerciale a danno dei fornitori di pane fresco, soggetti deboli del rapporto negoziale, imponendo loro condizioni ingiustificatamente gravose.

2 - Al termine dell'istruttoria, veniva adottato il provvedimento n. 45804 del 1° luglio 2019, con il quale l'Agcm ha ritenuto che le condotte commerciali poste in essere da sette cooperative aderenti a Conad violavano l'art. 62, comma 2, lettere a) ed e) del D.L. 1/2012, così come interpretato anche ai sensi dell'art. 4, comma 1, del Decreto di attuazione, irrogando altrettante sanzioni amministrative.

3 - La società appellata ha impugnato avanti il TAR per il Lazio tale provvedimento, chiedendo, in subordine, la riduzione della sanzione.

A sostegno del ricorso ha dedotto:

- che l'Autorità avrebbe errato ad individuare il soggetto responsabile della condotta sanzionata, che sarebbe il titolare del singolo punto vendita, rispetto al quale non sussisterebbe neppure quel "significativo" squilibrio contrattuale che l'Autorità ha accertato tra le cooperative e i loro fornitori;
- la superficialità e parzialità dell'istruttoria, specie nella parte in cui ha attribuito rilevanza a dichiarazioni unilaterali dei fornitori, non supportate da adeguato riscontro probatorio oggettivo;
- l'irragionevolezza della scelta dell'Autorità di avviare un'istruttoria unitaria per tutti i fornitori di diversi soggetti della GDO, nonostante si trattasse di soggetti operanti con diverse strutture societarie e con una pluralità di strategie commerciali, condotte e modalità applicative;
- che ogni rapporto contrattuale sarebbe distinto dagli altri e che non vi sarebbe una politica commerciale unitaria da parte delle cooperative, anche singolarmente considerate;
- che non sussistono i presupposti di legge per applicare la sanzione, stante l'assenza: i) di un significativo squilibrio negoziale fra le parti contraenti; ii) dell'imposizione di una condizione contrattuale; iii) del carattere gravemente oneroso della condizione imposta; iv) del carattere ingiustificato della condizione gravemente onerosa imposta;
- che nei confronti di altri operatori del settore, l'Autorità sarebbe intervenuta con una unica pena irrogata in solido, ancorché riferita a soggetti distinti dal punto di vista soggettivo e imprenditoriale, mentre ha ritenuto di sanzionare ciascuna cooperativa facente parte del consorzio Conad.

4 - Con la sentenza indicata in epigrafe, il TAR adito ha accolto il ricorso, annullando il provvedimento in ragione del ravvisato difetto di istruttoria in merito all'imposizione ai fornitori di una clausola contrattuale contraria all'art. 62, comma 2, lett. a) e d), del D.L. 1/2012.

5 - L'Autorità ha impugnato tale statuizione.

Si è costituita in giudizio la cooperativa appellata, proponendo appello incidentale avverso i capi della sentenza che avevano rigettato i motivi di ricorso di primo grado e riproponendo il sesto motivo del ricorso originario non esaminato dal TAR.

6 - Con l'appello principale, l'Autorità contesta la decisione di primo grado nella parte in cui ritiene carente l'istruttoria in merito alle modalità d'imposizione della clausola del reso, atteso che *"...nei formulari contrattuali non sussisteva una "clausola di reso" standard, univocamente imposta a tutti i fornitori e di contenuto predefinito; non è stato dimostrato che le condizioni di reso concretamente applicate presentassero caratteristiche comuni o comunque sufficientemente omogenee; anche dalle risposte al questionario date dai fornitori non è possibile ricavare l'esistenza di una prassi unitaria in relazione alla concreta dinamica della gestione del "reso" tra le parti del contratto"*.

Nello specifico, l'Autorità deduce che:

- la clausola in questione, il più delle volte, non era prevista nei contratti perché era il frutto di una prassi attribuibile alla Conad;
- l'obbligo del panificatore di riprendersi il pane invenduto non appare contestato dalla stessa Conad (e perciò era da considerare pacifico nel processo);
- la sentenza impugnata è anche contraria all'art. 62 del DL n. 1/2012, il cui comma 1 sancisce che, per la cessione di prodotti agricoli e alimentari, è necessario stipulare contratti in forma scritta che devono indicare (a pena di nullità), oltre alla durata, alle quantità, alle caratteristiche del prodotto venduto e al prezzo, anche le modalità di consegna, di reso e di pagamento;
- l'assenza della clausola del reso non può certamente essere interpretata nel senso di rimettere in capo al fornitore l'obbligo di farsi carico dell'invenduto, ove non formalmente previsto dal contratto.

Secondo l'Autorità, l'imposizione (di fatto) del reso rappresentava una prassi a danno dei panificatori, che per lo più non veniva formalizzata nel contratto tra la GDO e il piccolo fornitore o, se lo era, non era frutto di una libera trattativa contrattuale individuale.

7 - Con il secondo motivo di appello, l'Autorità prospetta che nei casi in cui la clausola era stata inserita nei contratti standard o formulari, ciò non poteva rappresentare la prova che la stessa era stata "contrattata con il fornitore".

Tale assunto sarebbe confermato anche in ragione dei canoni ermeneutici di cui agli artt. 1341, 1342 e 1370 c.c., nonché dai principi desumibili dalla direttiva UE 2019/633 del 17 aprile 2019, sebbene questa non trovi applicazione *ratione temporis* ai fatti per cui è causa.

Sotto un altro profilo, l'appellante deduce l'erroneità del riferimento operato dal Giudice di prime cure all'inversione dell'onere della prova, in analogia alla disciplina delle clausole vessatorie, prevista dall'art. 34, comma 5, del Codice del consumo per i soli contratti tra professionista e consumatore.

7.1 - Con il terzo motivo di appello, l'Autorità deduce l'erroneità del presupposto su cui si basa la sentenza impugnata, ovvero che, nel caso in esame, l'accertamento della condotta sarebbe basato esclusivamente su

elementi indiziari (peraltro di per sé del tutto utilizzabili) e, ancor più erroneamente, sul questionario inviato ai panificatori fornitori della GDO. Viceversa, secondo l'appellante, l'accertamento degli elementi costitutivi dell'illecito sarebbe suffragato da un'analisi puntuale e documentata.

8 - Le censure, che possono essere esaminate congiuntamente, sono infondate.

La prospettazione sottesa all'appello pare travisare l'effettivo contenuto della sentenza impugnata, che non ha affatto negato la sussistenza di una prassi nel senso prospettato dall'Autorità, avendo invece incentrato la propria decisione sul dato per cui era necessario approfondire come tale "prassi" venisse in concreto attuata nei singoli rapporti contrattuali, i quali non risultano affatto uniformi e, pertanto, possono in concreto portare ad esiti diversi quanto all'effettività illecità della "clausola del reso".

In altre parole, come di seguito meglio spiegato, la prassi relativa al reso contestata dall'Autorità si concretizza in modo diverso a seconda dello specifico rapporto contrattuale che viene in considerazione, non essendo pertanto possibile, salvo eventuali ulteriori approfondimenti, trarne una conclusione di generale illecità.

8.1 - Con il provvedimento impugnato, l'Agcm ha ritenuto che le condotte commerciali poste in essere (anche) dall'appellata – e segnatamente *“nell'aver imposto ai propri fornitori di pane fresco: i) il ritiro e lo smaltimento a proprie spese dell'intero quantitativo di prodotto invenduto a fine giornata; ii) il mancato pagamento del prodotto ordinato dalla catena distributiva e consegnato alla catena stessa, ma rimasto invenduto a fine giornata”* - abbiano costituito violazione dell'art. 62, comma 2, lettere a) ed e) del D.L. 1/2012, così come interpretato anche ai sensi dell'art. 4, comma 1, del Decreto di Attuazione.

Secondo l'Autorità, con tale condotta, l'appellata avrebbe violato il divieto di *“imporre [...] condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose”* (lett. a) art. 62) ovvero il divieto di *“adottare ogni ulteriore condotta commerciale sleale”* (lett. e) art. 62).

8.2 - L'articolo 62 del D.L. 1/2012 ha attribuito all'Autorità una competenza in materia di relazioni commerciali tra operatori della filiera agro-alimentare, qualificando come illeciti amministrativi una serie di condotte poste in essere nel contesto di rapporti contrattuali aventi ad oggetto la cessione di prodotti agricoli e agroalimentari e prevenendo l'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie.

Il comma 2 dell'articolo 62 stabilisce che, nelle relazioni commerciali tra operatori economici in materia di cessione di prodotti agricoli e agro-alimentari, è vietato *“imporre direttamente o indirettamente condizioni di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose”* (comma 2, lett. a) e *“adottare ogni ulteriore condotta commerciale sleale che risulti tale anche tenendo conto del complesso delle relazioni commerciali che caratterizzano le condizioni di approvvigionamento”* (comma 2, lett. e).

Le modalità applicative dell'articolo 62 sono state definite nel successivo Decreto ministeriale di attuazione n. 199/2012, che ha delimitato l'ambito di applicazione della norma alle *“relazioni economiche tra gli operatori della filiera alimentare connotate da un significativo squilibrio nelle rispettive posizioni di forza commerciale”* (articolo 1 *“Ambito di applicazione”*). L'articolo 4 del predetto Decreto prevede, al suo secondo comma, che *“Le disposizioni di cui all'articolo 62, comma 2, del D.L. 1/2012 [...] vietano qualsiasi comportamento del contraente che, abusando della propria maggior forza commerciale, imponga condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose [...]”*, specificando altresì che, ai fini dell'applicazione dell'articolo 62, comma 2, lettera e), rientra nella definizione di *“condotta commerciale sleale”* anche il mancato rispetto dei principi di buone prassi e le pratiche sleali identificate dalla Commissione europea e dai rappresentanti della filiera agro-alimentare nell'ambito del Forum di alto Livello, di cui in allegato al Decreto.

Tra tali principi, viene espressamente sancito quello che obbliga ciascuna parte della filiera ad assumersi i propri rischi imprenditoriali, mentre tra gli esempi di pratiche sleali vietate viene espressamente enucleato *“il trasferimento di un rischio ingiustificato o sproporzionato all'altra parte”*.

8.3 - Tanto premesso, deve convenirsi con l'Autorità che una clausola che imponga: *“i) il ritiro e lo smaltimento a proprie spese dell'intero quantitativo di prodotto invenduto a fine giornata; ii) il mancato pagamento del prodotto ordinato dalla catena distributiva e consegnato alla catena stessa, ma rimasto invenduto a fine giornata”* possa integrare una pratica vietata nei termini innanzi precisati.

Invero, deve ritenersi certamente sussistente un effettivo squilibrio tra le parti con la conseguente potenziale capacità del sistema Conad di *“imporre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose”*.

Al riguardo, risultano infondate le censure di cui all'appello incidentale, dovendosi rilevare che il provvedimento esamina in modo adeguato la questione, argomentando condivisibilmente che, anche considerando quei panificatori che presentano una organizzazione aziendale strutturata (e che non possono definirsi delle piccole imprese artigiane, ma vere e proprie imprese industriali), questi presentano comunque un fatturato inferiore di almeno tre volte rispetto alla più piccola delle cooperative del gruppo Conad.

La prospettazione dell'Autorità appellante merita altresì di essere confermata nel punto in cui ascrive il supposto illecito al "sistema Conad", inteso come la catena distributiva composta dall'insieme delle cooperative che operano per il tramite di marchi e denominazioni nella titolarità di Conad - in base al quale, per l'acquisto di pane fresco, i relativi contratti con i singoli fornitori sono stipulati sulla base del modello contrattuale predisposto dalle cooperative ed eseguiti secondo un meccanismo di "rifatturazione", in cui il fornitore fattura alla cooperativa, che a sua volta rifattura lo stesso importo al socio imprenditore titolare del punto vendita - tenuto conto che è comunque Conad a predisporre lo schema di contratto con il fornitore e a curare i relativi pagamenti.

Da ciò deriva il coinvolgimento anche della Cooperativa, da cui il rigetto del relativo motivo contenuto nell'appello incidentale, salva la necessità di esaminare in concreto come tale partecipazione, astrattamente configurabile, si rifletta sui singoli rapporti contrattuali, contribuendo a colorare effettivamente di illecito la prassi contestata.

8.4 - L'astratta configurabilità dell'illecito, come anticipato, deve essere verificata in concreto, tenuto conto della complessiva regolazione contrattuale delle parti, non potendosi escludere che il trasferimento del rischio connaturato alla predetta clausola si declini in termini differenti in ciascun singolo rapporto, con l'effetto di rendere la clausola "non gravosa" e non espressione di un "abuso" da parte della catena di distribuzione.

La sentenza impugnata, che perciò merita conferma, ha annullato il provvedimento proprio per l'assenza di una completa analisi delle fattispecie contrattuali - siano esse formalizzate in apposite clausole o meno - che di fatto intercorrevano tra fornitore e distributore, mettendo in luce come le stesse non rispondessero affatto ad un modello identico.

A questo proposito, è dirimente quanto opportunamente rilevato dal TAR e non contestato con l'atto di appello:

- a) la presunta esistenza di una generalizzata imposizione unilaterale ed uniforme della condizione di reso non trova conferma nel formulario contrattuale predisposto dalla cooperativa, che prevedeva anche la possibilità di non applicare tale condizione;
- b) le risposte date al questionario somministrato ai fornitori indicano una realtà variegata, in cui le condizioni di "reso" non erano sempre previste; in particolare, in base alle risposte date al questionario dai fornitori circa il contenuto delle clausole di reso, questa poteva essere "reso totale con riaccredito dell'intero prezzo di acquisto" (57,14% delle risposte); "reso con alcune limitazioni" (ad esempio, reso escluso per pani tipici o particolari) (9,52%); "reso totale, ma con riaccredito ad un prezzo ridotto" (26,19%); variazioni tipo "trasformazione in pane grattugiato" (7,14%).

Alla luce di tali emergenze, seppur la clausola di reso risponda, come ammesso dall'appellata, ad una prassi del settore, deve rilevarsi come la stessa possa atteggiarsi in modo differente, andando a "pesare" sul fornitore secondo modalità diverse in ciascun rapporto contrattuale, non potendosi pertanto addivenire ad una conclusione definitiva e generalizzata di illiceità.

8.5 - L'appellata, che ha effettivamente confermato la sussistenza di tale prassi, ha però precisato che, anche nell'ambito della propria rete di vendita, la stessa non è affatto "obbligata" rispetto ai singoli rapporti che si vengono ad instaurare tra il produttore ed il singolo punto vendita.

Infatti, la pratica del reso ha ad oggetto gli acquisti di pane fresco che la cooperativa compie presso i produttori nell'esclusivo interesse di alcuni dei soci imprenditori ad essa associati. La stessa ha spiegato che non acquista il pane fresco per sé (non avendo e gestendo punti di vendita al dettaglio), ma lo acquista per poi rivenderlo ad alcuni dei propri soci imprenditori, i quali a loro volta lo rivenderanno ai consumatori nei punti di vendita al dettaglio da essi gestiti. Nell'ambito di tale relazione la consegna del pane fresco avviene presso i singoli punti vendita al dettaglio gestiti dai soci imprenditori.

L'appellata ha altresì precisato che, di fatto, la relazione commerciale interviene direttamente fra i soci imprenditori e i predetti fornitori, i quali sono del tutto autonomi negli acquisti e rispetto all'applicazione o meno della c.d. clausola del reso.

A questo riguardo, per quel che rileva ai fini del presente giudizio, deve evidenziarsi che lo standard contrattuale predisposto da CCN, a proposito della clausola del reso, prevede un'opzione "aperta", da completare barrando una casella "SI" o una casella "NO". Tale completamento avviene ad opera del singolo socio imprenditore, come riconosce la stessa Autorità.

9 - Per le ragioni esposte, l'appello dell'Autorità non risulta idoneo a superare le valutazioni del TAR secondo cui *"il quadro probatorio riportato nel provvedimento non è idoneo a dimostrare l'esistenza da parte della cooperativa di una "deliberata strategia aziendale" volta all'imposizione ai fornitori dell'obbligo di ritiro del pane invenduto. E ciò in quanto: nei formulari contrattuali non sussisteva una*

“clausola di reso” standard, univocamente imposta a tutti i fornitori e di contenuto predefinito; non è stato dimostrato che le condizioni di reso concretamente applicate presentassero caratteristiche comuni o comunque sufficientemente omogenee; anche dalle risposte al questionario date dai fornitori di Conad non è possibile ricavare l’esistenza di una prassi unitaria in relazione alla concreta dinamica della gestione del “reso” tra le parti del contratto. Ne consegue la fondatezza dei motivi di ricorso con cui si deduce che, tenuto conto dell’eterogeneità dei dati raccolti nel corso dell’istruttoria, non è sufficientemente dimostrata l’affermazione dell’Autorità secondo cui la cooperativa ricorrente avrebbe imposto ai fornitori una clausola contrattuale contraria agli obblighi di cui all’art. 62, comma 2, del D.L. n. 1/2012”.

Per le ragioni esposte, l’appello dell’Autorità va respinto con conferma della sentenza impugnata.

Tale esito esclude la necessità di esaminare i motivi dell’appello incidentale, per i quali non sussiste alcun interesse alla decisione.

9.1 – Le spese di lite, stante la novità delle questioni trattate, possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) rigetta l’appello e compensa le spese di lite.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2022 con l’intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere, Estensore

Davide Ponte, Consigliere

L'ESTENSORE

Giordano Lamberti

IL PRESIDENTE

Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO