

Pubblicato il 29/07/2020

N. 08850/2020 REG.PROV.COLL.
N. 12142/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 12142 del 2019, proposto da Eurospin Italia S.p.A., Spesa Intelligente S.p.A., Eurospin Lazio S.p.A., Eurospin Puglia S.p.A., Eurospin Tirrenica S.p.A., in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Alberto Pera, Antonio Lirosi, Andrea Pezza ed Eugenio Calvelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio legale “Gianni, Origoni, Grippo, Cappelli & Partners” in Roma, via delle Quattro Fontane, 20;

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso cui domicilia “ex lege” in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Associazione Italiana Panificatori Assipan, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento dell'AGCM n. 27824, adottato dall'Autorità nell'adunanza del 27/6/19 e notificato alla Società il 01/07/2019 a conclusione del procedimento AL15D – EUROSPIN-GDO/PANIFICATORI (il “Procedimento”), nella parte in cui ha accertato che Eurospin Italia, Spesa Intelligente, Eurospin Lazio, Eurospin Puglia ed Eurospin Tirrenica hanno posto in essere, nei confronti dei propri fornitori di pane, una condotta commerciale che costituisce violazione dell'articolo 62, comma 2, lettere a) ed e) d.l. 1/2012, così come interpretato anche ai sensi dell'articolo 4, comma 1, del Decreto di attuazione e, per l'effetto, irrogato in solido alle stesse una sanzione pecuniaria di Euro 50.000;
- di ogni altro atto presupposto, consequenziale o connesso, ancorché non conosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con la relativa documentazione;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti l'art. 84 d. l. n. 18/2020, conv. in l. n. 27/2020, e l'art. 4 d.l. n. 28/2020, conv. in l. n. 70/2020;

Relatore nell'udienza del 24 giugno 2020, tenutasi in collegamento da remoto in videoconferenza, il dott. Ivo Correale e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

A seguito di atto di impulso dell'Associazione Italiana Panificatori e Affini (“Assipan”), l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“AGCM” o “Autorità”) avviava procedimenti nei confronti di soggetti della grande distribuzione organizzata (“GDO”), tra cui talune società del “gruppo Eurospin”, diretti a verificare l'esistenza di violazioni all'art. 62, comma 1 e

comma 2, del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, come convertito in l. n. 27/2012, nonché dell'art. 4, comma 1 e 2, del Decreto attuativo 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”).

Il procedimento aveva ad oggetto le condotte consistenti nell'imporre, anche dal 2012, 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”).

Nel corso dell'istruttoria, l'Autorità effettuava visite ispettive presso sedi delle Parti e, dapprima tramite le relative Associazioni e dopo direttamente, trasmetteva a un campione di fornitori di pane fresco un questionario sulla pratica del “reso pane”.

Al termine dell'istruttoria, era adottato il provvedimento in epigrafe, con il quale l'AGCM riteneva che le condotte commerciali poste in essere, tra altre, da Eurospin Italia S.p.A., Spesa Intelligente S.p.A., Eurospin Lazio S.p.A., Eurospin Puglia S.p.A. e Eurospin Tirrenica S.p.A. (d'ora in avanti “Eurospin”) avevano violato l'art. 62, comma 2, lettere a) ed e) del d.l. n. 1/2012 cit., così come interpretato anche ai sensi dell'art. 4, comma 1, del Decreto di Attuazione, irrogando una sanzione amministrativa pecuniaria di euro 50.000 in solido, pari al massimo edittale di legge, e diffidandole dal porre in essere, nei confronti dei propri fornitori di pane, condotte commerciali analoghe a quelle sanzionate.

In particolare, per l'AGCM, “...Dalle risultanze istruttorie, è emerso che tutte le società operative della catena Eurospin, dal 2012 ad oggi, hanno applicato ai propri fornitori di pane e prodotti da forno un contratto standard di fornitura in conto-vendita, predisposto da Eurospin Italia, che prevede che il passaggio di proprietà della merce consegnata alla catena distributiva avvenga solo nel momento della vendita del prodotto stesso al consumatore. Ciò consente alla catena di pagare al fornitore soltanto una parte del

prodotto ordinato quotidianamente a regolarmente consegnato al punto vendita dai panificatori, senza invece acquistare e pagare quella parte di prodotto che non trova collocazione presso il consumatore, ma che viene anch'essa ordinata dai punti vendita e obbligatoriamente prodotta e consegnata dai fornitori. Il contratto prevede altresì che i panificatori si facciano carico dell'onere di ritirare e smaltire a proprie spese, quotidianamente, l'intera quantità di prodotto che rimane invenduto e che, pertanto, non genera ricavo per i panificatori stessi. Le percentuali di prodotto concretamente restituito ai panificatori dalle società del gruppo Eurospin (con esclusione di Eurospin Sicilia) si sono attestate, mediamente, nel periodo 2014-2018 (primi sei mesi), su un livello che, per tutte le società, risulta compreso tra il 10% e il 20%, sia in quantità che in valore, superando il 20% per un numero significativo di fornitori. 91. Sul panificatore, pertanto, gravano quotidianamente sia l'incertezza in merito alla quantità di prodotto consegnato che darà effettivamente luogo a un ricavo, sia il rischio concreto di sopportare una perdita economica ingente, rappresentata dai costi "vivi" di produzione, trasporto e smaltimento della merce ritirata.".

In definitiva, l'Autorità riteneva che si era dato luogo a una forma di sfruttamento abusivo della propria posizione di forza commerciale, da parte delle "società Eurospin" ivi indicate, a danno dei propri fornitori di pane fresco, soggetti "deboli" del rapporto contrattuale. Non risultava, invece, accertato l'illecito nei confronti di Eurospin Sicilia S.p.a., in quanto i fornitori della società gestivano in totale autonomia lo spazio relativo al reparto del pane, decidendo anche le quantità e le tipologie di prodotto da consegnare.

Con rituale ricorso a questo Tribunale, le società indicate in epigrafe chiedevano l'annullamento di tale provvedimento, lamentando, in sintesi, quanto segue.

"A) MOTIVI DI CARATTERE PROCEDURALE

I. DECADENZA DAL TERMINE PER LA CONTESTAZIONE DELL'ILLECITO. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 4 E 6 REGOLAMENTO SULLE PROCEDURE ISTRUTTORIE IN MATERIA DI DISCIPLINA DELLE RELAZIONI COMMERCIALI

CONCERNENTI LA CESSIONE DI PRODOTTI AGRICOLI E ALIMENTARI (DELIBERA AGCM 6.2.2013), 14 L. 689/1981, 31 L. 287/1990, 1 L. 241/1990, 6 CEDU, 41 E 50 CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI UE”.

Le contestazioni dell'AGCM erano state sollevate oltre i termini perentori di cui agli artt. 4 e 6 del Regolamento AGCM, recante “Procedure istruttorie in materia di disciplina delle relazioni commerciali concernenti la cessione di prodotti agricoli e alimentari”, e dall'art. 14 l. n. 689/1981.

Sulla base delle evidenze documentali riscontrabili nel fascicolo istruttorio, emergeva che un'istanza di intervento di Assipan era stata inoltrata per la prima volta il 14 luglio 2015 e non il 4 settembre 2018, come descritto nel provvedimento impugnato, data quest'ultima in cui l'associazione, in audizione, si era limitata a reiterare l'istanza del 2015.

Risultavano pertanto violati sia il termine di 180 giorni dalla ricezione dell'istanza di intervento, di cui all'art. 6 del suddetto Regolamento, sia il termine di 90 giorni di cui all'art. 14 cit., non avendo l'AGCM posto in essere alcuna attività preistruttoria volta a verificare (o quantomeno ad integrare) d'ufficio quanto affermato dal denunciante, salvo poi avviare sulla base dei medesimi elementi il procedimento il successivo 27 settembre 2018.

Tale avvio dell'istruttoria, comunque, era avvenuto in assenza dei presupposti descritti (e quindi in violazione del) dall'art. 4, comma 4, del Regolamento.

“Il criterio delle principali/prime 6 catene distributive nazionali?”.

Su tale profilo, le ricorrenti ritenevano che il provvedimento impugnato era viziato anche nella parte in cui mancava di individuare i criteri sulla cui base era stato avviato il procedimento nei confronti di Eurospin. Ciò perché l'intervento di Assipan faceva riferimento a “tutte le catene della GDO, indistintamente” e l'AGCM aveva avviato sei procedimenti nei confronti delle “principali catene distributive nazionali”, oltre a Eurospin, senza indicare evidenze specifiche concernenti quest'ultima.

Inoltre, non si comprendeva quale fosse stata la “ratio” che aveva indotto l’AGCM a delimitare il perimetro dell’istruttoria proprio e solo alle prime sei catene distributive nazionali e non, ad esempio, alle prime cinque o alle prime sette, fermo restando che in base alla “Guida Nielsen 2018” (principale studio di mercato sulla GDO) risultava una ulteriore catena distributiva al terzo posto, non considerata.

“II. PRESCRIZIONE DELL’ASSERITO ILLECITO. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 28 L. 689/81.”

Per le ricorrenti era decorso il termine quinquennale di prescrizione, ex art. 28 l.n. 689/1981, in quanto l’AGCM aveva contestato che la “holding Eurospin Italia” avrebbe elaborato sin dal 2012 un modello contrattuale “standard” di fornitura di pane e prodotti da forno, poi applicato di volta in volta dai punti vendita delle varie società operative.

Se l’illecito ascritto ad Eurospin era da configurarsi come un “illecito istantaneo ad evento permanente”, secondo le descrizioni della giurisprudenza che era richiamata, esso si era quindi prescritto antecedentemente all’avvio dell’istruttoria, avvenuta in data 27 settembre 2018.

“B) MOTIVI DI CARATTERE SOSTANZIALE

III. ASSENZA DI UN SIGNIFICATIVO SQUILIBRIO CONTRATTUALE TRA EUROSPIN E I PROPRI FORNITORI. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 62, D.L. N. 1/2012. ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA, FALSITÀ DEI PRESUPPOSTI, DIFETTO DI MOTIVAZIONE, ILLOGICITÀ ED INGIUSTIZIA MANIFESTA. INSUSSISTENZA DEI COMPORTAMENTI ILLECITI ADDEBITATI.”

Le ricorrenti contestavano che fosse riscontrabile un significativo squilibrio nelle rispettive posizioni di forza commerciale tra le società del “Gruppo Eurospin” e i relativi fornitori di pane fresco, come ritenuto dall’AGCM.

In merito, le ricorrenti sostenevano che la nozione di “significativo squilibrio” ex art. 62 cit. non si presta ad essere letta in maniera del tutto avulsa da quella di “eccessivo squilibrio” di cui alla l. n. 192/1998 sull’abuso di dipendenza economica.

Esse ricordavano che la disciplina in materia di abuso di dipendenza economica non vieta lo squilibrio contrattuale in sé, ma impone un esame delle condizioni soggettive e oggettive nelle quali lo scambio si realizza, proprio nell’ottica di evitare che ogni squilibrio, per il sol fatto di essere tale, possa essere automaticamente attratto nell’ambito di operatività della norma e, per questo, considerato imposto dalla parte più forte ai danni di quella più debole.

Pertanto, uno squilibrio può definirsi effettivamente “significativo” o “eccessivo” nella misura in cui determini o sia in grado di determinare uno “stato di soggezione” o di “sudditanza” di una parte nei confronti dell’altra, tale da non consentirle di potersi sottrarre a comportamenti pregiudizievoli realizzati in suo danno.

Le ricorrenti, quindi, si soffermavano sulla ritenuta forte asimmetria dimensionale tra Eurospin e i propri fornitori per evidenziare che la differenza di fatturato tra le società del Gruppo e i propri fornitori assumeva in realtà un valore neutro, tenendo conto che alcuni panifici avevano fatturati di milioni di euro, erano di dimensioni ben maggiori della media nazionale, generavano solo il 20% circa del proprio fatturato con le forniture alla GDO. Inoltre, il raffronto tra i fatturati di Eurospin e quelli dei propri fornitori andava effettuato prendendo in considerazione l’ambito geografico di riferimento di ciascun fornitore, così da misurare in maniera più realistica il potere contrattuale di ogni parte del rapporto, dato che, entro un limitato bacino territoriale, è infatti possibile che operatori di medio/grandi dimensioni possano trovarsi a detenere un potere negoziale persino superiore a quello della propria controparte commerciale facente parte della GDO.

Le ricorrenti, poi evidenziavano che l'asserita agevole sostituibilità dei fornitori di pane non era tale, vista la durata dei rapporti di collaborazione tra Eurospin e i propri fornitori, che in molti casi superava addirittura i dieci anni, perché Eurospin stessa ha tutto l'interesse a consolidare il rapporto quando un fornitore risulta gradito alla clientela del punto vendita.

A fronte di ciò, per le ricorrenti, neppure la tesi per cui i panificatori incontrerebbero particolari difficoltà nel sostituire un proprio cliente della GDO appariva fondata, dato che, da analisi di mercato, si registrava un sensibile aumento dei consumi di pane artigianale "speciale", ossia di tipologie di pane spesso estranee o non particolarmente diffuse tra i circuiti della GDO e quest'ultima non risultava essere pertanto il canale di sbocco essenziale per i panificatori.

Oltre a tali considerazioni, le ricorrenti lamentavano che l'AGCM non aveva neanche tenuto conto di altri fattori, quali il criterio della convertibilità e dell'ammontare degli investimenti compiuti in funzione dei rapporti intrattenuti con il distributore, la stretta inerenza dei costi di trasporto del pane all'attività di pianificazione in generale, la presenza di canali alternativi di vendita esistenti sul mercato e l'assenza di rapporti di "esclusiva".

“IV. INCONFIGURABILITÀ DELLA IMPOSIZIONE DI UNA CONDIZIONE INGIUSTIFICATAMENTE GRAVOSA. INCONFIGURABILITÀ DEL TRASFERIMENTO INGIUSTIFICATO SUL FORNITORE DI UN RISCHIO IMPRENDITORIALE TIPICO DEL DISTRIBUTORE. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 62, CO. 2 LETT. A) E 62, CO. 2 LETT. E) D.L. N. 1/2012. ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA, FALSITÀ DEI PRESUPPOSTI, DIFETTO DI MOTIVAZIONE, ILLOGICITÀ E INGIUSTIZIA MANIFESTA. INSUSSISTENZA DEI COMPORTAMENTI ILLECITI ADDEBITATI”.

Sulla asserita imposizione di una condizione ingiustificatamente gravosa ex art. 62, comma 2, lett. a), cit., le ricorrenti evidenziavano l'assenza delle

condizioni alternative previste dalla norma, secondo cui i prezzi praticati devono essere iniqui nei confronti delle controparti contrattuali o vi siano altre condizioni contrattuali che risultino non solo “gravose” per la controparte contrattuale, ma altresì prive di una oggettiva giustificazione.

La clausola di “reso”, lungi dall’essere stata “imposta” da Eurospin ai propri fornitori senza alcun tipo di giustificazione, era stata in realtà adottata al fine di superare alcune problematiche relative alla gestione del rapporto fondate sulle discrepanze tra ordini e consegne (c.d. “ordine collaborativo”), dato che era prassi frequente dei panificatori quella consegnare un quantitativo di pane superiore rispetto a quello ordinato dal punto vendita.

La clausola di cui all’art. 9 del relativo contratto, come contestata, era giustificata dalle ricorrenti perché la stessa non si riferiva alle ipotesi di mancato rispetto dell’ordine, ma unicamente ai casi di “ripetuta assenza o non sufficienza dei prodotti”, quali casi “patologici” in cui, per più giorni, il pane risulti assente o insufficiente nella fornitura.

Del tutto irrilevanti sul piano probatorio si rivelavano poi le risposte fornite dai panificatori di Eurospin ai questionari inoltrati dall’AGCM, dato che il 65% di essi aveva risposto che la condizione del reso sarebbe stata loro “imposta/proposta”, senza però che sia stato dato di comprendere in quali casi tale clausola sarebbe stata “imposta” e in quali altri casi semplicemente “proposta” da Eurospin.

In ogni caso, la Direttiva UE 2019/633 in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola alimentare non aveva inserito nella “black list” l’ipotesi in cui “l’acquirente restituisce al fornitore prodotti agricoli e alimentari rimasti invenduti, senza corrispondere alcun pagamento per tali prodotti invenduti o senza corrispondere alcun pagamento per il loro smaltimento, o entrambi”.

Sull’asserito trasferimento di un rischio sproporzionato in capo al fornitore (art. 62, lett. e), d.l. cit.), le ricorrenti evidenziavano che era del tutto indimostrato che il pane invenduto rappresentasse una sorta di “rifiuto” da

smaltire, con costi e oneri a carico del panificatore, ben potendo questo essere riutilizzato in vari modi - che erano illustrati - e non rilevando una mancanza di un interesse dei panificatori a trarre beneficio dalle forme di riutilizzo sopra descritte.

Le ricorrenti, poi, smentivano anche che vi fosse l'assenza di alcuna forma di compensazione economica per il servizio di "reso", come pure contestato dall'AGCM, dato che il servizio di ritiro dell'invenduto risultava in realtà adeguatamente remunerato dalle ricorrenti, proprio perché contemplato espressamente dal contratto di fornitura e non quale servizio aggiuntivo, così che, nella fase di definizione dell'offerta economica, ciascun fornitore era perfettamente in grado di formulare la propria proposta economica tenendo conto degli eventuali oneri connessi all'espletamento di tale servizio, secondo una corretta interpretazione dei listini prodotti nel procedimento.

Da ultimo, Eurospin osservava che non vi era stato un solo caso in cui un fornitore avesse lamentato di non essere consapevole, al momento della formulazione della propria offerta commerciale o della conclusione del contratto, dell'esistenza della clausola di "reso".

"V. SULLA FORMULAZIONE DEI QUESTIONARI INVIATI AI FORNITORI DI EUROSPIN.

DIFETTO DI ISTRUTTORIA, FALSITÀ DEI PRESUPPOSTI, DIFETTO DI MOTIVAZIONE,

ILLOGICITÀ E INGIUSTIZIA MANIFESTA."

Le ricorrenti contestavano la scelta iniziale degli Uffici dell'AGCM di ricorrere ad un questionario per l'acquisizione di informazioni presso i panificatori da diffondere a questi per mezzo delle principali Associazioni di categoria del settore, Assipan e FIPPA, peraltro direttamente coinvolte nel procedimento.

Questa forma di invio aveva comunque consentito a tali Associazioni di conoscere in anticipo le domande che sarebbero state formulate ai propri associati, potendone astrattamente orientare le condotte, per cui il successivo

“ripensamento” dell’Autorità e un nuovo invio diretto ai fornitori non potevano valere a sanare tale vizio originale dell’istruttoria.

Contestata era comunque l’impostazione stessa del questionario da parte dell’AGCM, che in più punti risultava essere stato formulato in maniera suggestiva, in modo da orientare le risposte dei consumatori a sostegno dell’ipotesi accusatoria, come illustrato dalle ricorrenti in concreto.

Le risposte al questionario difettavano, inoltre, del requisito della rappresentatività, dal momento che solo il 15% dei destinatari aveva risposto allo stesso nei tempi previsti.

“VI. ILLEGITTIMITÀ DELLA SANZIONE. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 62, COMMA 6, D.L. 1/2012. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 3 E 11 DELLA LEGGE N. 689/81. ECCESSO DI POTERE IN TUTTE LE SUE FIGURE SINTOMATICHE, ED IN PARTICOLARE DIFETTO DI MOTIVAZIONE, ILLOGICITÀ MANIFESTA, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, INGIUSTIZIA ED IRRAGIONEVOLEZZA MANIFESTE, SVIAMENTO, DIFETTO ASSOLUTO DEI PRESUPPOSTI PER L’IRROGAZIONE DELLA SANZIONE.”

Sull’entità della sanzione, in subordine, le ricorrenti contestavano l’applicazione del massimo edittale, rilevavano l’assenza dei presupposti di carattere soggettivo che, a norma dell’art. 3 della l. n. 689/81, costituiscono condizione indefettibile per l’applicazione di qualsiasi sanzione pecuniaria, la non corretta valutazione della dimensione economica di Eurospin e la evidente disparità di trattamento ai suoi danni.

Anche la durata risultava sovrastimata e l’AGCM non aveva tenuto conto dei profili di assoluta novità della fattispecie, che avrebbero dovuto condurre all’irrogazione di una sanzione minima o simbolica.

Si costituiva in giudizio l'AGCM, chiedendo la reiezione del ricorso siccome infondato.

In prossimità dell'udienza di trattazione, le parti depositavano memorie a ulteriore illustrazione delle proprie tesi e, all'udienza del 24 giugno 2020, tenutasi da remoto ex art. 84 d.l. n. 18/20 e art. 4 d.l. n. 28/20, come rispettivamente convertiti, la causa era trattenuta in decisione.

DIRITTO

La fattispecie ha dunque a oggetto l'accertamento da parte dell'AGCM di una condotta posta in essere dalle ricorrenti, appartenenti al "Gruppo" Eurospin, ritenuta in contrasto con l'art.

62 del d.l. n. 1/2012, conv. in l. n. 27/12, e consistente nell'aver sfruttato in sostanza la propria posizione di forza commerciale a danno di fornitori di pane fresco, qualificati quali soggetti "deboli" del rapporto negoziale, imponendo loro condizioni ritenute ingiustificatamente gravose.

Prima di esaminare le singole censure, il Collegio ritiene necessaria una breve disamina del quadro normativo in argomento.

L'articolo 62 cit. e il relativo regolamento attuativo, di cui al decreto del Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali n. 199/2012, dettano una disciplina speciale in materia di contratti di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari e di relazioni commerciali nel settore.

L'art. 62, dopo avere imposto al primo comma l'obbligo di forma scritta per contratti che hanno ad oggetto la cessione dei prodotti agricoli e alimentari (esclusi quelli conclusi con il consumatore finale), pone al secondo comma taluni divieti nelle relazioni commerciali tra operatori economici, tra cui quello, previsto alla lettera a), di *"imporre direttamente o indirettamente condizioni di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose, nonché condizioni extracontrattuali e retroattive"* quello di cui alla lettera e) di *"adottare ogni ulteriore condotta commerciale sleale che risulti tale anche tenendo conto del complesso delle relazioni commerciali che caratterizzano le condizioni di approvvigionamento"*.

La violazione degli obblighi di cui all'art. 62, comma 2, è punita, ai sensi del successivo comma 6, con una sanzione amministrativa pecuniaria da 2.000,00 a 50.000,00 euro, in una misura *“determinata facendo riferimento al beneficio ricevuto dal soggetto che non ha rispettato i divieti di cui al comma 2”*.

Il comma 8 prevede, poi, che sia l'AGCM a vigilare sull'applicazione delle disposizioni e all'irrogazione delle relative sanzioni, ai sensi della legge 24 novembre 1981, n. 689.

L'art. 1 del decreto attuativo n. 199/2012 richiama i contratti di cui all'articolo 62, comma 1, cit. e le relazioni commerciali in materia di cessioni di prodotti agricoli e alimentari, con *“particolare riferimento alle relazioni economiche tra gli operatori della filiera connotate da un significativo squilibrio nelle rispettive posizioni di forza commerciale”*.

L'art. 4, comma 1, del decreto n. 199/2012, prevede che, ai fini dell'applicazione dell'art. 62, comma 2, lettera e), del d.l. n. 1/2012, rientrano 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 a livello comunitario nell'ambito del *“Forum di Alto livello per un migliore funzionamento della filiera Alimentare”* e approvate in data 29 novembre 2011. Tra gli esempi di pratiche sleali riportate in seno al Forum, vi è quella del *“trasferimento di un rischio ingiustificato o sproporzionato”* all'altra parte del contratto.

Per completezza, deve anche osservarsi che non trova applicazione nella presente fattispecie, *“ratione temporis”*, la direttiva UE 2019/633 del 17 aprile 2019, secondo cui è vietata la pratica commerciale con cui *“l'acquirente restituisce al fornitore prodotti agricoli e alimentari rimasti invenduti, senza corrispondere alcun pagamento per tali prodotti invenduti o senza corrispondere alcun pagamento per il loro smaltimento, o entrambi”* (art. 3, comma 2, lett. a).

Il divieto in questione non presenta carattere assoluto, in quanto la pratica è ammessa qualora sia stata precedentemente concordata in termini chiari ed

univoci nell'accordo di fornitura o in un altro accordo successivo tra il fornitore e l'acquirente.

L'Autorità ha dunque sanzionato le ricorrenti ai sensi dell'art. 62 cit, ritenendo che sussistessero, sulla base del contesto normativo sopra sintetizzato, le seguenti condizioni: un significativo squilibrio commerciale tra le parti del rapporto contrattuale; l'imposizione di una clausola di "reso" del pane fresco rimasto invenduto al termine della giornata; il carattere ingiustificatamente gravoso delle condizioni imposte per mezzo di tale clausola; il trasferimento di un rischio sproporzionato al fornitore.

Eurospin, nel contestare le determinazioni contenute nel provvedimento impugnato, si è intrattenuta dapprima su motivi di ordine procedurale che però il Collegio non rileva fondati.

In ordine al primo, sul prolungamento dell'attività pre-istruttoria e sulla ritenuta tardività dell'avvio del procedimento, il Collegio osserva quanto segue.

In merito, questa Sezione ha già avuto modo di evidenziare che il termine decadenziale di cui all'art. 14 l. n. 689/1981 non trova diretta applicazione nei procedimenti "antitrust" in relazione alla durata della fase istruttoria. Ciò in quanto il richiamo operato dall'art. 31 della l. 287/1990, pur nei termini dell'applicabilità, delle disposizioni del Capo I, Sez. I e II, l. n. 689 del 1981, vale ai soli fini delle sanzioni amministrative pecuniarie, ma non per la disciplina della fase istruttoria del procedimento, in relazione alla quale la fattispecie è distintamente e autonomamente regolata (TAR Lazio, Sez. I, 12.6.18, n. 6522 e 28.7.17, n. 9048).

Riguardo alla fase pre-istruttoria, né nell'art. 14 l. n. 287 del 1990 né nel Regolamento dell'Autorità in materia di procedure istruttorie viene individuato un termine massimo per la sua durata.

E' pur vero che è stato rilevato come la non applicabilità diretta del termine di cui all'art. 14 l. 689/1981 non possa giustificare il compimento di una attività di tal tipo che si sviluppi entro un lasso di tempo totalmente libero da

qualsiasi vincolo e ingiustificatamente prolungato, poiché un simile “modus operandi” sarebbe in aperto contrasto con i principi positivizzati nella legge n. 241/90 e, più in generale, con le esigenze di efficienza dell’agire amministrativo e di certezza del professionista sottoposto al procedimento (TAR Lazio, Sez. I, 23.12.16, n. 12811 e 1.4.15, n. 4943).

Tale orientamento trae spunto anche dai principi generali di cui all’art. 6 CEDU e all’art. 41 della Carta Fondamentale dei diritti UE, che costituiscono parametri di riferimento interpretativo, dalla lettura dei quali non può che desumersi l’obbligo per l’Autorità competente, per accertare una violazione del diritto “antitrust” e per applicare le relative sanzioni, di procedere all’avvio della fase istruttoria entro un termine ragionevolmente congruo, in relazione alla complessità della fattispecie sottoposta a esame, a pena di violazione dei principi di legalità e buon andamento che devono sempre comunque contraddistinguere l’operato.

E’ altrettanto vero, però, come più volte rammentato dalla giurisprudenza (TAR Lazio, Sez. III, 10.10.12, n. 8367), che, ai fini della valutazione della congruità del tempo di accertamento dell’infrazione, ciò che rileva, quale termine iniziale, non è la notizia del fatto ipoteticamente sanzionabile nella sua materialità ma l’acquisizione della “piena conoscenza” della condotta illecita, che, a sua volta, implica il riscontro, anche ai fini di una corretta formulazione della contestazione, dell’esistenza e della consistenza degli elementi indiziari che portano a prospettare un’infrazione “antitrust” e i suoi effetti. Ne discende – pertanto - la non computabilità del tempo ragionevolmente occorso, in relazione alla complessità delle singole fattispecie, ai fini dell’acquisizione e della delibazione degli elementi necessari allo scopo di una matura e legittima formulazione della contestazione.

Tanto premesso, deve rilevarsi che l’istruttoria da cui ha avuto origine il provvedimento impugnato è stata avviata solo quanto l’AGCM ha avuto contezza di tutti gli elementi idonei - secondo la sua ricostruzione - a poter compiutamente ipotizzare la violazione di legge come contestata.

Diversamente da quanto sostenuto da Eurospin, quindi, il Collegio ritiene che la fase pre-istruttoria non si sia irragionevolmente protratta per un tempo eccessivamente lungo, in quanto la piena conoscenza dell'illecito (conclusivo) non può farsi certamente coincidere con il primo esposto di Assipan, che conteneva solo informazioni non esaustive, che necessitavano di verifica.

Tant'è che nel provvedimento impugnato, si illustra l'attività di acquisizione di materiale che ha consentito di avviare l'istruttoria e che hanno consentito la ricostruzione integrale della fattispecie.

Per quanto riguarda le modalità di individuazione delle imprese facenti parti della GDO, il Collegio rileva l'inammissibilità della censura per carenza di interesse, in quanto è indiscusso, sulla base dei dati di fatturato, che Eurospin ne faccia parte e non è il numero di "gruppi" individuati che ha dato consistenza all'illecito, secondo la ricostruzione dell'AGCM, ma la specifica condotta di ognuno, sicchè se anche Eurospin fosse stata in altra posizione di "graduatoria", comunque avrebbe ricevuto le contestazioni dell'Autorità.

Quanto detto in precedenza orienta il Collegio a rilevare l'infondatezza anche del secondo motivo, in quanto si concorda con la ricostruzione di cui alle difese dell'AGCM, laddove la condotta oggetto di istruttoria si configura alla stregua di un illecito permanente, rilevando la effettiva esecuzione della clausola, per cui opera la conclusione giurisprudenziale secondo la quale in questi casi la prescrizione non inizia a decorrere prima che la violazione del diritto della concorrenza sia cessata (Cons. Stato, Sez. VI, 11.7.19, n. 4874).

Passando ad esaminare i restanti motivi di ricorso, sul "merito" delle controversie, il Collegio osserva che la ricorrente non può essere seguita – in relazione al terzo motivo - laddove lamenta l'insussistenza o comunque la mancata dimostrazione dell'esistenza di un "significativo" squilibrio contrattuale tra le parti.

In proposito, il provvedimento risulta adeguatamente motivato laddove argomenta che, pure considerando i panificatori che presentano una organizzazione aziendale sufficientemente strutturata da essere considerata

non una piccola impresa artigiane ma una impresa industriale, essi presentano comunque un fatturato inferiore rispetto al fatturato del “gruppo Eurospin”, anche perché, come osservato nelle difese dell’AGCM, è indubbio che il pane fresco è venduto “sfuso” e per la maggior parte dei casi senza marchio ovvero con un marchio di scarsa notorietà e, quindi, “forza commerciale”.

Passando all’esame del quarto e quinto motivo di ricorso, il Collegio ritiene che invece meritino condivisione le censure relative alla superficialità dell’istruttoria svolta, in particolare riferimento all’insufficienza delle evidenze raccolte dall’Autorità a dimostrare l’esistenza di una politica commerciale unitaria da parte di Eurospin, volta a imporre ai fornitori una clausola di “reso” del pane fresco.

In primo luogo, non possono condividersi le affermazioni presenti negli scritti difensivi dell’Autorità sull’utilizzabilità, ai fini della prova della esistenza della condotta “sleale” sanzionata dall’art. 62, comma 2, cit., della prova presuntiva, in ragione dell’onere gravante in capo alle ricorrenti di dimostrare l’esistenza di trattative individuali con i propri fornitori.

Nei contratti del tipo c.d. “B2B” (“business to business”), ossia tra operatori commerciali, quali sono quelli oggetto della presente disamina, non vale infatti la presunzione di vessatorietà della clausola inserita in uno schema di contratto, prevista dall’art. 34, comma 5, del Codice del consumo per i soli contratti tra professionista e consumatore, vale a dire “B2C” (“business to consumer”).

Dunque, la regola secondo cui incombe sul professionista l’onere di provare che la clausola predisposta unilateralmente sia stata oggetto di specifica trattativa riguarda solo l’ipotesi in cui la controparte contrattuale sia un “consumatore”, non potendo trovare applicazione nei rapporti tra professionisti.

Non essendo ammesso il ricorso a presunzioni, al fine di applicare la sanzione di cui all’art. 62 del d.l. n. 1/2012 cit., l’Autorità era quindi chiamata a un duplice accertamento: verificare quali fossero le condizioni effettive di “reso”

del pane applicate ai fornitori; valutare se tali condizioni rientrassero tra quelle vietate ai sensi dell'art. 62, comma 2, cit..

Dall'istruttoria è emerso che: la "prassi" del reso del pane invenduto era estremamente diffusa e applicata alla quasi totalità dei fornitori; il formulario contrattuale prevedeva due caselle con indicazione "sì" o "no" sotto la voce "reso"; la percentuale media di reso era tra il 6 e il 9% del valore degli acquisti ma erano presenti significative differenze di percentuale tra i vari fornitori (in alcuni casi la percentuale era anche del 20%); al questionario inviato ai fornitori vi erano state risposte nei termini di una percentuale non particolarmente significativa di panificatori, che avevano peraltro provveduto in modo non omogeneo diversificata (qualcuno dichiarava di non avere accettato la clausola di "reso", altri di avere concordato le condizioni di reso, altri di averla fornita spontaneamente per rendere la propria offerta competitiva; altri ancora rispondevano la condizione gli era stata "proposta/imposta" dalla catena distributiva, che la ritenevano dannosa e che era giusto che il rischio dell'invenduto gravasse sulla catena distributiva.

A fronte di questo dato fattuale, l'Autorità ha argomentato nelle sue conclusioni che gli esponenti della GDO avrebbero fatto leva sullo squilibrio contrattuale sussistente per imporre la clausola del "reso" ai propri fornitori, o quanto meno a una parte di essi, anche laddove questi non la ritenevano una condizione conveniente.

Infine, nella parte del provvedimento comune a tutte le imprese sanzionate, l'AGCM deduceva che l'esistenza di un'imposizione unilaterale della clausola di "reso" appariva confermata dal fatto che almeno uno dei fornitori che aveva risposto al questionario aveva dichiarato che la condizione del "reso" gli è stata proposta/imposta dalla catena distributiva cliente, nonostante il panificatore ritenesse tale condizione svantaggiosa.

A fronte del quadro istruttorio sopra illustrato, meritano accoglimento assorbente le censure delle ricorrenti che lamentavano il carattere meramente indiziario delle prove raccolte, che non risultavano accompagnate da una

adeguata analisi di dati oggettivi, nonché la natura fortemente “induttiva” del ragionamento seguito dall’Autorità, che aveva ritenuto dimostrata l’imposizione generalizzata ai fornitori dell’obbligo di “reso” sulla base di singole dichiarazioni, di contenuto non univoco, rese in sede di somministrazione di un questionario, prima tramite le Associazioni e poi direttamente.

Le modalità applicative della condizione del “reso” descritte nel provvedimento presentano, invero, caratteristiche piuttosto diversificate, sicché risulta viziato il percorso logico seguito dall’Autorità che ha portato alla conclusione sostanziale secondo cui l’inserimento dell’obbligo dei contratti ha fatto sempre parte di una deliberata strategia aziendale, piuttosto che rappresentare l’esito di una negoziazione individualizzata con i singoli panificatori.

Le stesse risposte date al questionario somministrato ai fornitori indicano, in effetti, una realtà variegata, in cui le condizioni di “reso” non erano sempre previste e in alcuni casi erano comunque negoziate.

La diversificazione della situazione fattuale si evince, inoltre, dalle risposte date nel questionario dai fornitori, in cui ci poteva essere un “reso” con riaccredito dell’intero prezzo di acquisto, un “reso” con alcune limitazioni, un “reso” totale, ma con riaccredito ad un prezzo ridotto.

In sostanza, il quadro probatorio riportato nel provvedimento non appare idoneo a dimostrare l’esistenza da parte di Eurospin 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 non è possibile ricavare l’esistenza di una prassi unitaria in relazione alla concreta dinamica della gestione del “reso” tra le parti del contratto.

A ciò deve aggiungersi che la stessa AGCM afferma che il questionario era stato inviato e concepito anche per conferire maggiore valenza generale all'indagine di mercato, disancorandola dalle specifiche relazioni contrattuali con i distributori coinvolti nell'indagine.

Se così è, però, emerge la lacuna lamentata sul punto dalle ricorrenti, perché l'AGCM aveva avviato un'istruttoria formale su specifiche violazioni di legge e non un'indagine conoscitiva di mercato, che risponde a diversi presupposti, anche sotto un mero profilo statistico che nel caso di specie aveva visto una bassa percentuale di risposta che ben poteva rappresentare, come osservato dalle ricorrenti, uno scarso interesse per una problematica non sentita come tale dalla maggioranza dei panificatori.

Ne consegue la fondatezza dei motivi di ricorso sulla carenza di istruttoria che, tenuto conto dell'eterogeneità dei dati raccolti, non rende sufficientemente dimostrata l'affermazione dell'Autorità secondo cui le ricorrenti avrebbero imposto ai fornitori una clausola contrattuale contraria agli obblighi di cui all'art. 62, comma 2, lett. a) ed e), del d.l. n. 1/2012 cit.

Dall'accoglimento del ricorso discende l'annullamento del provvedimento sanzionatorio impugnato, con assorbimento di tutte le altre censure, comprese quelle sull'entità della sanzione.

Le spese di lite, attesa la peculiarità e novità delle questioni affrontate, possono essere eccezionalmente compensate tra le parti, tranne quanto riguarda il contributo unificato, da porsi a carico dell'AGCM ai sensi dell'art. 13, comma 6bis.1, d.p.r. n. 115/02.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento sanzionatorio impugnato.

Spese compensate, tranne quanto riguarda il contributo unificato da porsi a carico dell'AGCM ai sensi dell'art. 13, comma 6bis.1, d.p.r. n. 115/02.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 24 giugno 2020, in collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 84, comma 6, d.l. n. 18/2020, come convertito in l. n. 27/2020, con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Ivo Correale, Consigliere, Estensore

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Ivo Correale

IL PRESIDENTE

Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO