

Note e commenti

Rapporti contrattuali della filiera della panificazione e clausole di reso.

La prova della slealtà al vaglio del Consiglio di Stato*

Amarillide Genovese

1.- Le istruttorie dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sul c.d. obbligo di reso nei rapporti contrattuali della filiera della panificazione

Negli anni più recenti, la questione dello squilibrio negoziale nelle relazioni tra gli operatori della filiera agricola e alimentare è stata più volte esaminata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in applicazione dell'art. 62, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv., con modificazioni, in l. 24 marzo 2012, n. 27, nel segno di una crescente attenzione al funzionamento sostenibile delle relazioni di filiera¹.

Con l'art. 62, che estendeva l'ambito delle competenze dell'Autorità *antitrust* al settore agroalimentare², il legislatore ha disciplinato le relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimenta-

ri, con l'obiettivo di assicurare il migliore funzionamento dei mercati di riferimento, in una visione in cui «*la trasparenza e la correttezza delle negoziazioni sono ritenute strumentali al realizzarsi di una concorrenza leale di per sé foriera di effetti positivi di ordine generale*»³.

Com'è noto, l'art. 62 è stato abrogato dal decreto legislativo n. 198/2021, che ha integrato nell'ordinamento interno la direttiva (UE) 2019/633 sulle pratiche commerciali sleali nelle relazioni *business to business*⁴, nel quadro di una revisione complessiva delle discipline dei rapporti di filiera.

Il d. lgs. n. 198/2021 condivide con l'art. 62 della l. 27/2012 gli ambiti d'intervento, riferiti alle prescrizioni di forma-contenuto del contratto di cessione dei prodotti agricoli e alimentari e all'azione di contrasto alle pratiche commerciali sleali nella filiera, presidiate dall'attività di controllo di un'autorità amministrativa. Tuttavia, il raggio d'azione del decreto del 2021 è molto più esteso: la nuova normativa non si limita, infatti, ad una mera trasposizione della direttiva 2019/633, ma segna un'evoluzione nell'approccio alla disciplina delle relazioni tra gli operatori di filiera. Indici significativi di questo percorso si rintracciano nell'art. 7 della legge delega 22 aprile 2021, n. 53, in cui si manifesta l'intento di razionalizzazione del *quadro normativo esistente, nella direzione di una maggiore tutela degli operatori delle filiere agricole e alimentari*,

(*) Questo lavoro è destinato agli Scritti in onore di Antonio Jannarelli.

(¹) Sulla specificità assunta dalle relazioni contrattuali nella filiera agro-alimentare nell'esperienza giuridica contemporanea, cfr. A. Jannarelli, *Profili del sistema agro-alimentare e agro-industriale. I rapporti contrattuali nella filiera agro-alimentare*, Cacucci, Bari, 2018, p. 11 ss.; Id., *Il mercato agro-alimentare europeo*, in *Dir. agroalim.*, 2020, p. 328 ss.

(²) Nell'indagine conoscitiva sul settore della Grande Distribuzione Organizzata (prov. 24 luglio 2013, n. 24465), la scelta di assegnare all'Autorità antitrust questa competenza è motivata in ragione delle esigenze di tutela della concorrenza intesa in senso dinamico, «muovendo dal presupposto che alcune clausole o prassi della GDO possono risolversi in una compressione indebita dei margini delle imprese fornitrici, mettendo a rischio, nel lungo periodo, la capacità delle imprese di innovare, quando non di continuare ad operare profittevolmente sul mercato». Sul ruolo dell'AGCM nel settore agroalimentare, L. Costantino, *Il ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel settore agroalimentare*, in L. Costato, F. Albisinni, *Trattato breve di diritto agrario italiano e dell'Unione europea*, IV ed., t. 2, Cedam, Milano, 2023, p. 877 ss.

(³) A. Jannarelli, *La strutturazione giuridica dei mercati nel sistema agro-alimentare e l'art. 62 della legge 24 marzo 2012, n. 27: un pasticcio italiano in salsa francese*, in *Riv. dir. agr.*, 2012, p. 554.

(⁴) Nell'elaborazione dottrinale, ex multis, A. Jannarelli, *La "giustizia contrattuale" nella filiera agro-alimentare: considerazioni in limine all'attuazione della direttiva n. 633 del 2019*, in *Giust. civ.*, 2021, p. 199 ss.; Id., *La tutela dei produttori agricoli nella filiera agro-alimentare alla luce della direttiva sulle pratiche commerciali sleali business to business*, in *Riv. dir. agr.*, 2019, I, p. 3 ss.; F. Albisinni, *La direttiva (UE) 2019/633, la PAC e i mercati*, in *q. Riv. www.rivistadirittoalimentare.it*, n. 4-2021, p. 17 ss.; M. Imbrenda, *Filiera agroalimentare e pratiche commerciali sleali*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, p. 1133 ss.; S. Masini, *L'abuso nella contrattazione di impresa nella filiera agroalimentare*, in *Dir. agroalim.*, 2019, p. 261 ss.; S. Pagliantini, *Dal B2c al B2b: una prima lettura della Dir. (UE) 2019/633 tra diritto vigente ed in fieri*, in *Nuove leggi civ.*, 2020, p. 220; L. Russo, *La direttiva UE 2019/633 sulle pratiche commerciali sleali nella filiera agroalimentare: una prima lettura*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 1418.

*rispetto alla problematica delle pratiche sleali*⁵.

La vicenda del “pane a rendere”, che ha sollecitato l'intervento dell'Autorità della concorrenza e successivamente della giustizia amministrativa, è stata al centro di numerose inchieste giornalistiche che hanno denunciato la pratica di imporre ai panificatori il ritiro e lo smaltimento a proprie spese dell'intero quantitativo di prodotto invenduto a fine giornata, con corrispondente sgravio delle catene di distribuzione⁶.

Le istruttorie della AGCM sul c.d. obbligo di reso, avviate nel 2018 sulla base di informazioni e documenti acquisiti all'esito di un'istanza formulata dall'Associazione Italiana Panificatori, sono svolte in un momento in cui il tema degli abusi da sfruttamento nella filiera agroalimentare è sotto i riflettori delle istituzioni europee, in particolare nell'*iter* di elaborazione normativa della direttiva sulle pratiche commerciali sleali, che interviene direttamente sulla organizzazione di filiera per arginare il problema della iniqua ripartizione del valore tra i diversi operatori⁷. Anche l'approccio della Corte di giustizia dell'UE, nella nota vicenda riguardante la normativa lituana che aveva introdotto misure dirette a modulare la definizione dei prezzi nel settore del latte, nell'ambito di un intervento regolativo volto a ridurre lo squilibrio economico nelle relazioni tra caseifici-acquirenti e allevatori⁸, certifica la *policy* dell'Unione europea in materia di pratiche sleali nelle relazioni della filiera agroalimentare, mirata a schermare un profitto ottenuto abusivamente nel contesto di una contrattazione diseguale⁹.

I procedimenti promossi dall'AGCM nei confronti dei più noti operatori della grande distribuzione organizza-

ta, volti a verificare la ricorrenza di pratiche commerciali vietate dall'art. 62, riguardano la prassi di imporre ai fornitori di pane fresco: *i)* il ritiro a proprie spese dell'intero quantitativo di prodotto invenduto a fine giornata; *ii)* il riaccredito alla catena distributiva del prezzo corrisposto per l'acquisto della merce resa o il mancato pagamento del prodotto ordinato e consegnato, ma rimasto invenduto a fine giornata.

Nella disciplina delle relazioni commerciali tra operatori economici della filiera agroalimentare, l'art. 62 vietava l'imposizione diretta o indiretta di «condizioni di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose, nonché condizioni extracontrattuali e retroattive» (lett. *a*), e «ogni ulteriore condotta commerciale sleale che risulti tale anche tenendo conto del complesso delle relazioni commerciali che caratterizzano le condizioni di approvvigionamento» (lett. *e*). Le modalità applicative dell'art. 62 erano state definite nel successivo decreto di attuazione n. 199/2012, che delimitava 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». A sua volta, l'art. 4, comma 1, del regolamento attuativo precisava che rientrano nella definizione di *condotta commerciale sleale* anche il mancato rispetto dei principi di buone prassi e le pratiche sleali individuate dalla Commissione europea e dai rappresentanti della filiera agro-alimentare nell'ambito del *Forum di Alto livello per un migliore funzionamento della filiera alimentare* (comma 1)¹⁰. In particolare, tra gli esempi di pratiche vietate, viene espressamente

(⁵) I. Canfora, V.S. Lecce, *Pratiche sleali, equilibrio del valore e legalità dei rapporti di lavoro nella filiera agroalimentare*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2022, p. 135 ss.; A. Jannarelli, *La “giustizia contrattuale” nella filiera agro-alimentare*, cit., p. 201; S. Pagliantini, *Dal B2c al B2b: una prima lettura della Dir. (UE) 2019/633...*, cit., p. 220 ss.; G. Pisciotto Tosini, *Brevi riflessioni sulla nuova disciplina dei contratti di cessione dei prodotti agricoli nelle filiere agro-alimentari (decreto legislativo n. 198 del 2021)*, in *Riv. dir. agr.*, 2022, p. 5 ss.; L. Russo, *Le pratiche commerciali scorrette nella filiera agroalimentare tra diritto UE e diritto interno*, in *Dir. agroalim.*, 2020, p. 401 ss. p. 401.

(⁶) “Pane a rendere”, Report, Data di trasmissione: 26 novembre 2018; “Il prezzo ingiusto”, PresaDiretta, Data di trasmissione: 12 ottobre 2020, disponibili su RaiPlay.

(⁷) I. Canfora, *Rapporti tra imprese e ripartizione del valore nella filiera agroalimentare*, in q. *Riv. www.rivistadirittoalimentare.it*, n. 2-2022, p. 5 ss.; A. Jannarelli, *La “giustizia contrattuale” nella filiera agro-alimentare*, cit., p. 201.

(⁸) Corte giust. 13 novembre 2019, in causa C-2/18, *Lietuvos Respublikos*. Sul punto, cfr. le puntuali considerazioni di I. Canfora, *Le pratiche commerciali sleali nella filiera agroalimentare alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE*, in *Dir. agroalim.*, 2023, p. 58 ss.

(⁹) S. Pagliantini, *op. ult. cit.*, p. 240.

(¹⁰) L'analisi dell'art. 62, nella sua traiettoria evolutiva dalle origini fino alla recente abrogazione, per effetto del decreto legislativo n. 198/2021, esula dai limiti della presente indagine, centrata sulla diversa lettura della vicenda del “pane a rendere” da parte dell'AGCM e della giurisprudenza amministrativa. Per una preziosa lettura della norma e per ulteriori riferimenti bibliografici, si rinvia a A. Jannarelli, *La strutturazione giuridica dei mercati nel sistema agro-alimentare e l'art. 62...*, cit., p. 545 ss.; Id., *Profili del sistema agro-alimentare e agro-industriale*, cit., spec. p. 219 ss. Sull'esperienza applicativa dell'art. 62, che ha di recente sollecitato un'attenzione via via crescente da parte dell'Autorità garante, F. Albisinni, *L'art. 62 in Italia: una norma innovativa, ma incerta e poco applicata*, in P. De Castro, *La direttiva UE contro le pratiche commerciali sleali nel settore agroalimentare*, Gruppo dell'Alleanza Progressista dei Socialisti e Democratici al Parlamento europeo, 2020, p. 64 ss.

richiamato il trasferimento di un rischio ingiustificato o sproporzionato all'altra parte o la conclusione di accordi che non siano reciprocamente accettabili e convenienti.

All'esito dell'istruttoria, l'AGCM ha ritenuto che le condotte commerciali contestate violassero le disposizioni dell'art. 62, comma 2, lett. a) ed e), interpretate anche ai sensi dell'art. 4, comma 1, del regolamento di attuazione, formulando invito a porre immediatamente termine a tale violazione e irrogando sanzioni amministrative pecuniarie per un totale di € 680.000.

In particolare, i provvedimenti dell'*Authority* riconoscono la sussistenza di uno squilibrio significativo nelle rispettive posizioni di forza commerciale e sanzionano l'illiceità delle clausole di reso¹¹, all'esito di un'indagine che registra puntualmente le caratteristiche della filiera del pane e i contesti specifici che espongono la parte debole del rapporto agli abusi.

Il settore della produzione di pane e prodotti di panetteria freschi ha attraversato negli ultimi decenni un periodo di forte calo dei consumi, che ha reso la capacità produttiva disponibile e l'offerta complessiva di gran lunga eccedenti rispetto alla domanda. Il settore risulta particolarmente frammentato dal lato dell'offerta (produzione artigianale/industriale, fatturato, numero di dipendenti); tuttavia, la maggioranza degli operatori è costituita da imprese artigiane a conduzione familiare.

Di recente, a fronte di una stabilizzazione dei consumi, il settore della produzione del pane fresco vede un sostanziale incremento dei pani speciali e ad alto valore aggiunto, realizzati con materie prime selezionate e pregiate, in risposta ad una domanda crescente di qualità ed alla diversificazione delle esigenze dietetiche rappresentate nelle scelte di consumo¹².

Tuttavia, è il settore dei prodotti sostitutivi del pane fresco a presentare un *trend* di crescita particolarmente accentuato. Per questi prodotti, il primo canale di commercializzazione è la Grande Distribuzione Organizzata. Il dato è rilevante perché la tendenza all'aumento dei consumi di pane industriale e di sostituti del

pane comporta una corrispondente tendenza all'aumento dell'incidenza delle vendite complessive della grande distribuzione nel settore della panificazione.

Nel corso dell'istruttoria, è stato predisposto e inviato ai panificatori-fornitori delle catene distributive nazionali un questionario articolato in tre sezioni volte rispettivamente ad accertare: *i*) le caratteristiche del fornitore; *ii*) i termini e le condizioni del rapporto contrattuale, con particolare riguardo alla proposta/imposizione della clausola di reso; *iii*) l'incidenza economica del c.d. obbligo di reso.

Il tasso di risposta è piuttosto limitato e i panificatori disponibili alla compilazione richiedono ampie rassicurazioni a garanzia dell'anonimato e della confidenzialità delle informazioni rese, rappresentando timori per la "sopravvivenza" stessa delle aziende.

Le risposte relative alla stipula della clausola di reso rivelano una prassi applicativa disomogenea (accordi verbali, formalizzazione della clausola nell'accordo scritto di cessione, accettazione della clausola attraverso la spunta di una casella in un modulo allegato alla nota d'ordine), a fronte delle evidenze segnalate dalla documentazione contabile e relative alle modalità di gestione del reso (note di credito, fatture emesse al netto del reso).

In alcuni casi le clausole di reso "cristallizzate" negli accordi di fornitura formulano un generico riferimento a riutilizzi del pane invenduto, riferiti essenzialmente alla produzione di altri alimenti o all'impiego come mangime per animali. Tuttavia, i trascurabili vantaggi derivanti dalla destinazione del prodotto alla vendita per uso mangime e dal riutilizzo per altri scopi alimentari¹³, comportano che il pane invenduto rappresenti, per lo più, sia per i panificatori, sia per i punti vendita, una merce di cui disfarsi e, quindi, un rifiuto da smaltire ex art. 178 del Codice dell'ambiente, con ulteriore aggravio dei costi per i panificatori. Tra l'altro, l'accesso alla vendita alle aziende produttrici di mangimi industriali è essenzialmente limitato dalla previsione di stringenti indicazioni per l'alimentazione degli animali da allevamento, che deve rispettare un calibrato

(¹¹) Provvedimenti del 27 giugno 2019, nn. 27821, AL15A COOP-GDO/Panificatori; 27822, AL15B CONAD-GDO/Panificatori; 27823 AL15C ESSELUNGA/Panificatori; 27824 AL15D Eurospin/Panificatori; 27825, AL15E, AUCHAN/Panificatori; 27826, AL15F, CARREFOUR-GDO/Panificatori, in Boll. 28/2019 del 15 luglio 2019.

(¹²) Sulla definizione di pane fresco e per gli opportuni riferimenti normativi, sia consentito rinviare a Am. Genovese, *Informazioni sugli alimenti e sicurezza dei prodotti nel dialogo tra corti europee e giudici nazionali. il caso della vendita di pane "a cottura frazionata"*, in q. Riv. www.rivistadirittoalimentare.it, n. 1-2021, p. 99 ss.

(¹³) In argomento, puntuali riferimenti in M. Benozzo, *Il reso del pane nei rapporti tra panificatori e rivenditore al dettaglio: alimento, mangime, rifiuto*, in q. Riv. www.rivistadirittoalimentare.it, n. 3-2011, p. 1 ss.

apporto calorico, che non può facilmente essere rispettato con l'utilizzo del pane artigianale. D'altro canto, anche il riutilizzo nella produzione di altri alimenti è praticato dai panificatori in quantità trascurabili, in quanto i costi di preparazione, impacchettamento ed etichettatura dei diversi prodotti, che vanno ad aggiungersi ai costi della produzione e del ritiro del pane, non vengono adeguatamente compensati dai ricavi.

La pratica commerciale del "pane a rendere" comprime i margini di profitto dei panificatori, gravati dei costi del ritiro e dello smaltimento dell'invenduto, impedisce di avere certezze sugli effettivi ricavi e quindi di programmare razionalmente la produzione giornaliera di pane fresco.

L'Autorità ritiene che l'imposizione dell'obbligo di reso integri un abuso di sfruttamento della posizione commerciale delle imprese della distribuzione in danno dei panificatori, configurando una pratica commerciale sleale, in considerazione del trasferimento ingiustificato al fornitore di un rischio "tipico" dell'attività distributiva. L'obbligo di ritirare giornalmente i prodotti invenduti all'interno del punto vendita, con riaccredito alla catena del corrispettivo percepito per la cessione del prodotto, consente all'acquirente di disporre di quanto ordinato senza però sopportare il rischio di non riuscire a rivendere interamente i quantitativi di cui viene richiesta la consegna. La clausola di reso, soprattutto se applicata ad un prodotto altamente deperibile come il pane fresco, configura una traslazione ingiustificata e sproporzionata al fornitore del rischio imprenditoriale tipico del distributore, la cui attività consiste peraltro proprio nell'acquistare e rivendere i prodotti, all'esito di una razionale programmazione degli acquisti svolta sulla base delle proprie strategie commerciali e delle previsioni di vendita.

L'applicazione della condizione di reso genera un evidente beneficio alle imprese di distribuzione, mettendole nella condizione di disporre della quantità di prodotto ordinato e di mantenere un ampio assortimento di prodotti di panificazione, senza sopportare, o quanto meno senza sopportare interamente, il rischio di non riuscire a rivendere i quantitativi ordinati. Di contro, il panificatore gravato dall'obbligo del reso è tenuto a sopportare interamente i costi vivi della produzione e del trasporto delle quantità di prodotto che gli vengono di fatto restituite in quanto la catena distributiva, nonostante ne abbia acquisito la proprietà, non ha corrisposto al panificatore l'intero o parte del prezzo di acquisto pattuito.

Le valutazioni dell'Autorità garante sono segnate da due passaggi argomentativi essenziali, riguardanti il test dello squilibrio significativo nelle posizioni di forza commerciale e l'imposizione di una condizione contrattuale "conveniente" per la catena distributiva e dannosa per i panificatori.

Il sindacato sullo squilibrio significativo delle rispettive posizioni di forza commerciale si avvale di una pluralità di indici sintomatici, soggettivi e oggettivi. In particolare, l'asimmetria nei rapporti non si apprezza solamente sotto il profilo dimensionale, in termini di fatturato, numero di dipendenti e unità locali, ma anche in termini di potere di mercato, ove si considerino specifici elementi che connotano la filiera del pane: l'eccesso di offerta di pane fresco rispetto alla domanda; la natura altamente deperibile dei prodotti di panificazione freschi che, dovendo necessariamente essere venduti in giornata, non possono essere stoccati per modulare le quantità da immettere sul mercato; la crescente incidenza del canale della GDO nelle vendite di pane e di prodotti direttamente sostituiti; l'assenza di un marchio (nel caso del pane sfuso) o comunque di un marchio che goda di una propria notorietà e forza commerciale; la capacità della catena di distribuzione di soddisfare parte del proprio bisogno di pane tramite l'autoproduzione, che incrementa il potere negoziale della GDO nei confronti dei panificatori, consentendo flessibilità degli acquisti e maggiore facilità di sostituzione dei fornitori esterni.

Dall'asimmetria di potere negoziale, nei tratti specifici delineati dal provvedimento con riferimento ad una condizione del rapporto commerciale oggettivamente vantaggiosa per il contraente più forte e dannosa per il contraente debole, l'AGCM ricava "indizi" del fatto che tale condizione sia stata imposta alla parte debole e che non vi sia stata alcuna trattativa "effettiva".

Nella valutazione dell'AGCM, «in una situazione di squilibrio negoziale, una condizione del rapporto commerciale vantaggiosa per il contraente più forte e dannosa per il contraente con minore potere negoziale è un indizio del fatto che tale condizione sia stata 'subita' dalla parte debole e che non sia stata nessuna trattativa commerciale; non può infatti, presumersi che la stessa provenga dal contraente debole, in quanto risulta contro il suo stesso interesse commerciale».

In definitiva, l'istruttoria dimostra l'esistenza di una determinata prassi commerciale (il reso del pane invenduto), certamente vantaggiosa per le imprese di distribuzione e per converso dannosa per i panificatori, che l'Autorità ritiene "imposta" perché il trasferimen-

to del rischio non è giustificato da una ragione diversa dalla forza commerciale della GDO.

In un quadro disciplinare che riflette la fisiologica disparità del rapporto tra produttori e imprese della distribuzione ed evidenzia la slealtà di una pratica che impone alla parte debole rischi ingiustificati, l'Autorità rintraccia indici normativi di sicuro rilievo nei principi generali di trasparenza, proporzionalità e reciproca corrispettività delle prestazioni che devono conformare le contrattazioni, nella sequenza dei divieti di pratiche sleali elencati nell'art. 62, comma 2, che vietano l'abuso di una posizione di forza commerciale che si traduce nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose, nella specificazione, operata dall'art. 4 del decreto attuativo, che rientra nella definizione di "condotta commerciale sleale" anche la mancata osservanza delle *best practices* identificate dalla Commissione europea e dai rappresentanti della filiera agro-alimentare nell'ambito della *Supply Chain Initiative* (tra le altre: accordi scritti, prevedibilità e giustificabilità delle richieste, *assunzione dei rischi tipici dell'attività*).

2. Le pratiche di reso al vaglio della giustizia amministrativa

Contro le determinazioni dell'Autorità garante sono insorte le società di distribuzione, che hanno chiesto l'annullamento dei provvedimenti, ovvero, in subordine, la riduzione delle sanzioni, lamentando la mancanza di contraddittorio effettivo rispetto alla fase conclusiva del procedimento e l'assenza dell'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose, la cui esistenza sarebbe stata desunta "sulla base di una impostazione preconcepita e rafforzata dalle risultanze di un questionario equivoco nella formulazione e fonte di sviamento, senza tenere conto della disomogeneità delle condizioni contrattuali convenute tra le ricorrenti e i fornitori di pane fresco e dell'assenza di costi aggiuntivi e, quindi, di un aggravio economico; la contrarietà delle determinazioni assunte dall'Autorità con le logiche di autonomia imprenditoriale e di libera negoziazione commerciale" (Coop Consorzio Nord Ovest Scarl, Coop Lombardia Sc, Novacoop Sc, Coop

Liguria Soc.Coop di Consumo). A giudizio delle ricorrenti, la portata probatoria delle risposte al questionario inviato ai panificatori sarebbe dubbia per una serie di ragioni, tra cui l'impossibilità per la ricorrente di verificarne la veridicità (per gli *omissis* apposti dall'Autorità a garanzia dell'anonimato dei "rispondenti"), l'assenza di prove concrete a supporto delle dichiarazioni, la provenienza delle stesse da soggetti in conflitto di interessi, la formulazione evocativa dei quesiti, il limitato numero di risposte ricevute (Coop Alleanza 3.0 soc. coop.; Unicoop Firenze soc. coop.; Coop Centro Italia soc. coop.; Unicoop Tirreno).

Il tribunale amministrativo del Lazio, investito dei ricorsi, ha annullato i provvedimenti dell'AGCM e ritenuto l'insufficienza delle prove raccolte a dimostrare l'esistenza di una politica commerciale unitaria, finalizzata a imporre ai fornitori la clausola di reso del pane¹⁴.

L'*Authority* avrebbe sanzionato le ricorrenti sulla base di un quadro probatorio carente, basato su risposte di contenuto variegato e fornite da un numero esiguo di panificatori, ricorrendo a un'indagine di tipo presuntivo che non sarebbe idonea a dimostrare l'esistenza da parte delle ricorrenti di una "deliberata strategia aziendale" volta all'imposizione generalizzata ai fornitori dell'obbligo di ritiro del pane invenduto.

L'argomento sostanzialmente assunto alla base della decisione del TAR e validato dal Consiglio di Stato riguarda le risposte non omogenee fornite ai questionari in ordine alle modalità di proposta/imposizione della clausola di reso, che non risulta necessariamente formalizzata in una previsione scritta del contratto di fornitura (come tra l'altro prescriveva l'art. 62, comma 1).

L'applicazione non omogenea della clausola di reso è ritenuta dai giudici amministrativi "sintomatica" di un quadro istruttorio carente in ordine alla prova di una generalizzata prassi commerciale di imposizione dell'obbligo.

Con sentenze del 15 febbraio 2023¹⁵, il Consiglio di Stato ha respinto i ricorsi dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, avvertendo della necessità di «tenere conto della complessiva regolazione del rapporto contrattuale», non potendosi escludere che il trasferimento del rischio si declini *in termini differenti in ciascun rapporto*, con l'effetto di non leggere

⁽¹⁴⁾ Cfr. sentenze Tar Lazio, Roma, sez. I, nn. 4010, 4012, 4014, 4536, 4537, 4546, 4548 del 2021, disponibili sul portale giustizia-amministrativa.it.

⁽¹⁵⁾ Cons. Stato, 15 febbraio 2023, nn. 1590, 1591, 1592, 1594, 1595, 1596, 1597, in Banca dati *De Jure*.

necessariamente nella clausola una manifestazione di abuso da parte della GDO¹⁶.

Le recenti decisioni del Consiglio di Stato non negano la sussistenza di una prassi diffusa che si svolge nel senso prospettato e sanzionato dall'AGCM, ma rimarcano la necessità di approfondire come tale prassi sia in concreto attuata *nei singoli rapporti contrattuali*, escludendo, peraltro, l'operatività, nei rapporti *business to business*, della presunzione di vessatorietà della clausola secondo il meccanismo previsto dalla disciplina dei contratti dei consumatori. Come è noto, l'art. 34, comma 5, del Codice del consumo (d. lgs. n. 206/2005) grava il professionista, nel caso di contratto concluso mediante sottoscrizione di moduli o formulari, della prova che le clausole o gli elementi di clausola siano stati oggetto di specifica trattativa con il consumatore¹⁷.

I giudici amministrativi avevano già affrontato il tema della prova dell'esistenza della condotta sleale sanzionata dall'art. 62, comma 2, e osservato che *“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 in via analogica all'ambito delle relazioni tra imprese a cui inerisce la disciplina di cui all'art. 62, d.l. n. 1 del 2012¹⁸.

Nel contesto specifico dei rapporti *b2b* nella filiera della panificazione, la questione che preliminarmente si pone è la verifica delle condizioni di reso del pane applicate ai fornitori e la valutazione della pratica in termini di slealtà ai sensi dell'art. 62, comma 2.

Le decisioni del Consiglio di Stato rimarcano la necessità di una verifica concreta del carattere gravoso della condizione contrattuale nel contesto della regolazione complessiva del rapporto, e assumono che il trasferimento del rischio dell'invenduto potrebbe non essere necessariamente espressione di un abuso da parte della catena di distribuzione. Tuttavia, è il pas-

saggio argomentativo successivo che non convince. I giudici annullano i provvedimenti dell'AGCM «per l'assenza di una completa analisi delle fattispecie contrattuali - siano essere 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*».

L'analisi del Consiglio di Stato muove dalla considerazione specifica della portata della clausola di reso nel contesto complessivo della vicenda negoziale e si rivolge, quindi, alle modalità applicative dell'obbligo di reso che non corrisponderebbero ad un modello identico e ad una prassi *generalizzata*.

Il primo passaggio, che prescrive che il sindacato di abusività della clausola di reso si realizzi alla luce del concreto rapporto contrattuale in essere, è condivisibile. Nel caso di specie, tuttavia, le conseguenze economiche che la clausola di reso comporta per i fornitori (costi di produzione e trasporto, assenza di remunerazione del servizio di reso, oneri per lo smaltimento dei prodotti, incertezza sui ricavi effettivi), a fronte di sicuri vantaggi per la catena distributiva, comportano una distribuzione sproporzionata dei rischi e dei costi. Anche il riutilizzo del pane invenduto non risulta profittevole per il fornitore perché spesso impone costi ulteriori per la trasformazione e l'imballaggio e l'etichettatura.

Le indagini dell'AGCM hanno dimostrato che i margini di redditività delle altre destinazioni sono trascurabili e comunque inadeguati a ripristinare l'equilibrio complessivo tra le prestazioni. Non sembra, cioè, decisiva la circostanza, peraltro riferibile solo alle ipotesi in cui le condizioni di reso siano “cristallizzate” nel contratto, che la clausola riferisca di eventuali riutilizzi del pane reso, perché la formulazione ben potrebbe essere l'esito di un abuso della predominanza dell'impresa di distribuzione, perseguito in una logica di massimizzazione del profitto e dell'effetto-paura legato alla interruzione della relazione di fornitura, piuttosto che di

(¹⁶) Cfr. Cons. Stato, 27 aprile 2022, n. 3339, che aveva già affermato che la clausola di reso «può 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».

(¹⁷) La giurisprudenza più avveduta ritiene che l'onere della prova del negoziato individuale debba gravare sempre sul professionista, anche quando non si tratti di contratto concluso mediante moduli o formulari, in ragione della considerazione che la sussistenza della trattativa è un *prius* logico rispetto alla verifica del significativo squilibrio che rende eventualmente la clausola abusiva, «sicché spetta al professionista che invochi la relativa inapplicabilità dare la prova del fatto positivo dello svolgimento della trattativa e della relativa idoneità (...) ad atteggiarsi ad obiettivo presupposto di esclusione dell'applicazione della normativa» (tra le altre, Cass., ord., 20 marzo 2010, n. 6802, in Banca dati *De Jure*).

(¹⁸) Cfr. sentenze Tar Lazio-Roma, sez. I, nn. 8844, 8845, 8846, 8847, 8848, 8850, 8852, 8853 del 29 luglio 2020.

una scelta commerciale consapevole e condivisa. Del resto, il provvedimento gravato ha dato conto della esistenza di consistenti timori, da parte dei panificatori, di esporsi al rischio di subire ritorsioni commerciali da parte della GDO¹⁹.

I giudici trascurano di considerare che, a fronte di una oggettiva valutazione di convenienza per l'impresa di distribuzione, il "peso" economico sfavorevole che grava sul fornitore, in assenza di un'adeguata remunerazione del servizio di reso o di altra "contropartita" volta a riequilibrare gli interessi in gioco, realizza un'iniqua distribuzione dei rischi, comunque vietata dall'art. 62, norma che per la prima volta consacra in modo espresso nel nostro ordinamento, nel quadro delle relazioni sbilanciate della filiera agroalimentare, i principi di proporzionalità e di reciproca corresponsività tra le prestazioni.

La clausola di reso, di fatto, aggiunge a carico dei fornitori nuovi costi e nuovi rischi che incidono negativamente sulla redditività dell'operazione economica²⁰.

Peraltro se, nel diritto dei consumi, la previsione della trattativa individuale, seria ed effettiva – elemento impeditivo della valutazione in termini di abusività – mira a colmare il *gap* informativo del consumatore, a consentirgli una scelta consapevole ed eventualmente di rivolgersi nuovamente al mercato per rintracciare un'alternativa soddisfacente²¹, nel quadro delle relazioni tra operatori della filiera agricola e alimentare, il divario di forza commerciale e di potere contrattuale non si compone e non potrebbe comporsi nell'ambito della negoziazione²², che è anzi "luogo" in cui la catena di distribuzione esercita la propria predominanza economica, perché i fornitori non possono agevolmente "sostituire" il proprio partner contrattuale.

Il ragionamento del Consiglio di Stato non riconosce

rilievo al contesto specifico in cui si svolge la negoziazione che espone la parte debole all'abuso; nella specie, il regolamento contrattuale presenta un'abusiva deviazione dalla valutazione di convenienza²³, soprattutto tenendo conto della difficoltà dei panificatori di trovare alternative utili per la consegna di un prodotto altamente deperibile come il pane fresco.

3.- (Segue). *La serialità o apprezzabilità della pratica è elemento costitutivo della fattispecie di slealtà? Alcune considerazioni critiche*

In relazione all'altro passaggio argomentativo, che si rivolge alla verifica della complessiva strategia aziendale delle catene di distribuzione, per concludere che non emerge dalle risultanze istruttorie una politica *unitaria* che corrisponda ad un'identica prassi applicativa, lo stesso impone requisiti di serialità e apprezzabilità della pratica che in realtà non sono elementi costitutivi della fattispecie di slealtà delineata dall'art. 62.

Snodo centrale delle decisioni è la capacità dimostrativa delle presunzioni assunte dall'Autorità alla base del proprio provvedimento, contestata dai giudici amministrativi specialmente sul piano della gravità e della concordanza, atteso che le risultanze emerse in sede istruttoria rivelerebbero un quadro composito di situazioni in cui la clausola non troverebbe un'applicazione omogenea e non risulterebbe necessariamente imposta.

La disomogeneità delle modalità applicative dell'obbligo di reso è ritenuta, cioè, sintomatica di una carenza istruttoria e dell'insussistenza di una strategia aziendale illecita e deliberatamente mirata all'imposizione dell'obbligo di reso. Tuttavia, la pratica del reso dell'in-

(¹⁹) L'effetto-paura nei rapporti negoziali della filiera agricola e alimentare è un dato che accomuna la posizione degli agricoltori e degli operatori europei. Particolarmente significativi, al riguardo, sono i dati che emergono nella relazione di accompagnamento al *Report della Commissione "Lo stato di attuazione del divieto di pratiche commerciali sleali ai fini del rafforzamento della posizione degli agricoltori e degli operatori nella filiera agroalimentare"*, del 23 aprile 2024, COM (2024) 176 def. Nel par. 6.3. del documento di lavoro *"Unfair Trading Practices – Overview tables on Member States' transposition choices and enforcement activities"*, del 3 giugno 2024, SWD (2024) 106 fin./2, riguardo alle ragioni per cui fornitori e produttori agricoli europei non si rivolgono alle autorità nazionali di contrasto al fenomeno delle pratiche sleali, si legge: «*Asked for the main reasons for not raising an issue with a national enforcement authority (...) respondents mainly indicated fear of some form of retaliation from the buyer (30%), followed by considering it as a common practice in the sector (23%) or thinking the public enforcement authority would not be able to handle it (17%)*».

(²⁰) A. Jannarelli, *Il d. lgs. 198 del 2021, attuativo della direttiva n. 633/2019 sulle pratiche scorrette nella filiera agro-alimentare: una prima lettura*, in *Giust. civ.*, 2021, p. 770.

(²¹) A. Jannarelli, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in Lipari N. (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, vol. III, *L'attività e il contratto*, Padova, 2003, p. 37 ss.

(²²) C. Angiolini, *Liaisons dangereuses: la slealtà nella filiera agricola e alimentare*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2023, p. 64.

(²³) S. Masini, *Abusi di filiera (agro-alimentare) e giustizia del contratto*, Bari, Cacucci, 2022, p. 92 ss.

venduto emerge dalla documentazione contabile anche quando la relativa clausola non è formalizzata in un accordo scritto. La disomogeneità rilevata ben potrebbe essere conseguenza della mancata “cristallizzazione” contrattuale dell’obbligo di reso, che integra, peraltro, una violazione dell’art. 62, comma 1.

L’attitudine dimostrativa della presunzione è contestata dai giudici in riferimento ad una politica commerciale “unitaria” dell’impresa di distribuzione, volta ad imporre la clausola secondo modalità identiche. Il numero limitato di risposte fornite al questionario e l’accentuata diversificazione delle modalità di applicazione concreta della clausola hanno indotto i giudici a considerare viziato l’*iter* logico seguito nei provvedimenti.

Invero, le risultanze dell’indagine dell’AGCM assegnano ai dati emergenti dal questionario una funzione aggiuntiva di conferma e supporto alle evidenze acquisite all’istruttoria, in particolare relative alla gestione contabile del reso, che risultano coerenti con gli esiti del ragionamento presuntivo.

In ogni caso, la pratica di imporre condizioni ingiustificatamente gravose è vietata *per sé* e non rileva che sia subita da uno o più fornitori-panificatori, in una o più occasioni²⁴, in quanto la sua serialità o apprezzabilità non è elemento costitutivo della fattispecie²⁵. La clausola di reso è stata sanzionata dall’AGCM perché il riaccredito alla catena distributiva del prezzo corrisposto per l’acquisto della merce invenduta comporta una decurtazione del prezzo convenuto per la cessione e, soprattutto, rende aleatorio e non preventivabile il margine di guadagno atteso dal panificatore.

Se poi si considera il beneficio per la GDO di «disporre della quantità di prodotto ordinato e di mantenere in tal modo di un ampio assortimento, senza sopportare,

o senza sopportare interamente, il rischio di non riuscire a rivendere interamente i quantitativi ordinati», è indubbio che si rintracci nella prassi dell’obbligo di reso un’inversione del rischio imprenditoriale tipico della distribuzione, attualmente sanzionata dalla lista grigia di pratiche sleali introdotta dal decreto legislativo n. 198/2021, in attuazione della direttiva 2019/633 (art. 3, par. 2, lett. a) direttiva; art. 4, comma 4, lett. a), d. lgs. 198/2021) e comunque contraria all’ordito dei principi caratteristici dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e alimentari, ricostruiti in termini di trasparenza, correttezza, proporzionalità e reciproca correttezza delle prestazioni, sia dall’art. 62, sia dall’art. 3 del decreto n. 198/2021²⁶.

Da qui, la considerazione che la sussistenza di una trattativa effettiva dovrebbe essere considerata come fatto impeditivo rispetto all’operare del divieto, con l’esito applicativo che dovrebbe essere la GDO ad avere l’onere di provare che il fornitore sia stato nelle condizioni non solo di conoscere ed esaminare, ma eventualmente anche di negoziare e modificare le condizioni del reso²⁷.

Diversamente, la libertà contrattuale si atterrebbe a “copertura” degli abusi della parte più forte e il processo sarebbe “luogo” per conseguire vantaggi ingiusti piuttosto che rappresentare la sede ove la parte che ha ragione, soprattutto se debole, trova tutela²⁸.

Nell’*iter* motivazionale della pronuncia del Consiglio di Stato, la specialità sia della disciplina dell’art. 62, ritenuta *autosufficiente, non bisognevole di eterointegrazione*, sia del regime di protezione del consumatore consegnato agli artt. 33 ss. c. cons., porta a escludere l’applicazione analogica della regola dell’art. 34, comma 5, ai rapporti tra GDO e panificatori, nel solco tracciato da una copiosa giurisprudenza amministrativa²⁹.

(²⁴) Riguardo alle pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese e consumatori, oggetto della direttiva 2005/29/CE, cfr. Corte. Giust. UE, 16 aprile 2015, in causa C-388/13, che riferisce la nozione di “pratica commerciale” anche ad occasionali e non reiterati comportamenti dell’impresa che alterano il processo decisionale di un solo consumatore. Nella specie è qualificata pratica ingannevole la comunicazione di una informazione non veritiera indirizzata ad un solo consumatore.

(²⁵) S. Pagliantini, *Dal B2c al B2b* ..., cit., p. 240.

(²⁶) Sulle potenzialità applicative del principio di proporzionalità, la discussione è tuttora aperta. I primi riferimenti ai termini del dibattito in P. Perlingieri, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334 ss. Più di recente, sul controllo e la conformazione degli atti di autonomia privata, alla stregua del principio di proporzionalità e ragionevolezza, v. Id., *“Controllo” e “conformazione” degli atti di autonomia negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 204 ss.; N. Lipari, *Contratto e principio di ragionevolezza*, in G. D’Amico, *Contratto*, I Tematici, *Enc. Dir.*, I, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2021, p. 356 ss.; M. Pennasilico, *Dal “controllo” alla “conformazione” dei contratti: itinerari della meritevolezza*, in *Contr. impr.*, 2020, p. 823 ss.

(²⁷) S. Pagliantini, *L’attuazione della direttiva 2019/633/UE e la toolbox del civilista*, in *Nuove leggi civ.*, 2022, p. 401; N. Lucifero, *Il contratto di cessione dei prodotti agricoli e alimentari nella disciplina del mercato e della concorrenza*, Milano, 2023, p. 168.

(²⁸) Cfr. S. Patti, *La disponibilità delle prove*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 75.

(²⁹) Cfr. giurisprudenza citata alla nota 18.

Senza indugiare sulla questione, tuttora dibattuta, relativa alla forza espansiva del regime dei contratti del consumatore *al di là dell'ambito che originariamente gli è proprio*³⁰, e limitandosi a segnalare che una significativa apertura si rintraccia nell'estensione alle micro-imprese delle tutele riconosciute dalla disciplina sulle pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori (art. 18 ss. c. cons.)³¹, l'esito delle decisioni sul Consiglio di Stato non pare condivisibile. In particolare, l'onere della prova posto a carico della Autorità appellante pare eccessivamente gravoso e contrario ai principi generali in tema di utilizzabilità della prova presuntiva.

I "fatti-base" su cui si fonda il ragionamento presuntivo, puntualmente individuati nel provvedimento dell'AGCM (forte asimmetria dimensionale, natura deperibile del prodotto, debolezza del "marchio", tra gli altri) sono tali da far apparire il trasferimento del rischio dell'invenduto, peraltro "tipico" dell'attività distributiva, non giustificato da una ragione diversa dalla forza commerciale della GDO.

4.- Le clausole di reso nell'orizzonte disciplinare del decreto legislativo n. 198/2021

La lettura della pratica del reso nella filiera del pane da parte del Consiglio di Stato, nel contorno disciplinare della disposizione (ormai abrogata) dell'art. 62, risulta di particolare rilievo nella misura in cui la novella del decreto legislativo n. 198/2021 ha integrato la fattispecie dell'obbligo di reso nella lista grigia delle *pratiche*

vietate solo se imposte, riproponendo la complessa questione della prova della trattativa che "immunizzerebbe" la pratica del reso dell'invenduto³². Peraltro, la considerazione espressa di un accordo *in termini chiari e univoci*, quale elemento impeditivo della slealtà non contemplato dall'art. 62, segna in qualche modo un arretramento delle tutele per il fornitore italiano.

Va, tuttavia, osservato che il legislatore dell'attuazione si è avvalso dei margini di apprezzamento assegnati dalla direttiva 2019/633, prevedendo e sanzionando nella disposizione dell'art. 5 "*Altre pratiche commerciali sleali*". Dal punto di vista della formulazione letterale delle disposizioni, la previsione dell'art. 5 che sanziona l'imposizione di condizioni contrattuali eccessivamente gravose per il venditore (lett. *b*), l'imposizione, diretta o indiretta, di condizioni di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose (lett. *d*) e l'adozione di ogni ulteriore condotta commerciale sleale (lett. *h*), trova un antecedente immediato nel dato letterale dell'art. 62. All'interprete è dunque rimessa la complessa questione del raccordo sistematico e del rilievo applicativo da assegnare, rispettivamente, alle previsioni di slealtà puntualmente definite dell'art. 4, comma 4, del decreto (*grey list*) e ai divieti di portata generale delineati dall'art. 5.

In particolare, la previsione del divieto di adozione di ogni ulteriore condotta commerciale sleale, anche in base alle relazioni economiche dipendenti dalle condizioni di approvvigionamento, affida ampi margini di controllo e apprezzamento all'autorità di contrasto³³, che deve misurarsi e valorizzare il collegamento impresso dalla disposizione tra esercizio individuale dell'autono-

⁽³⁰⁾ Nonostante la giurisprudenza sia ferma nel ritenere che la presunzione di vessatorietà non operi nei rapporti business to business, l'eco del dibattito teorico sulla forza espansiva del diritto dei consumi si avvale della voce autorevole di V. Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 769 ss. e, di recente, Id., *Il contratto del duemila*, IV ed., Torino, Giappichelli, 2020, *passim*. In particolare, le comuni *rationes* di tutela sono rintracciate nelle significative asimmetrie di mercato, che collocano una parte in posizione di debolezza rispetto all'altra, nella cornice "unificante" di un diritto contrattuale dei fallimenti del mercato. Critica verso il paradigma unitario del contratto asimmetrico, C. Camardi, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 549 ss.

⁽³¹⁾ L'art. 18, lett. d)-bis del Codice del consumo ancora la cifra di protezione della micro-impresa a dati dimensionali centrati, in particolare, sul numero dei dipendenti e sul fatturato annuo, profili che significativamente incidono proprio sulle posizioni di forza commerciale. Anche nel Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, in particolare nella disposizione dell'art. 118, rubricato "Modifica unilaterale delle condizioni contrattuali", la disciplina riferita al consumatore è estesa alla micro-impresa (comma 2 *bis*).

⁽³²⁾ S. Pagliantini, *L'attuazione della direttiva 2019/633/UE...*, cit., p. 399.

⁽³³⁾ In piena coerenza con l'indicazione della legge-delega, nella prospettiva di valorizzare le specificità delle dinamiche del settore agroalimentare, il decreto n. 198/2021 ha affidato all'Ispettorato centrale della tutela della qualità e della repressione frodi dei prodotti agroalimentari i poteri di accertamento delle violazioni delle disposizioni degli artt. 3, 4 e 5 del decreto. Un profilo che merita di essere segnalato riguarda l'impianto sanzionatorio robusto previsto dall'art. 10 in caso di violazioni delle disposizioni in materia di contratti di cessione oppure in materia di pratiche sleali vietate, ancorate ad una percentuale del fatturato realizzato dall'azienda nell'ultimo esercizio precedente l'accertamento.

mia e dimensione del mercato di riferimento³⁴.

In una prospettiva sistemica più ampia, guardando all'attuale contesto regolatorio che sempre più esprime discipline attente al profilo oggettivo dello squilibrio caratteristico e fisiologico di alcune relazioni contrattuali, la disciplina dei rapporti di fornitura nel decreto n. 198/2021, che impone il rispetto dei principi di buona fede, trasparenza, correttezza, proporzionalità e reciproca corresponsabilità delle prestazioni, «con riferimento ai beni forniti, cui attenersi prima, durante e dopo l'instaurazione della relazione commerciale» (art. 3), conferma che il profilo della giustizia contrattuale, anche nel risvolto affermativo di un principio di proporzionalità tra le prestazioni, è modo di intendere (e interpretare) il contratto nell'esperienza giuridica contemporanea³⁵. I principi generali dell'art. 3, calibrati sui criteri prescritti dall'art. 6 per le *Buone pratiche commerciali* (conformità dell'esecuzione a quanto concordato; correttezza e trasparenza delle informazioni rese in sede di trattative; assunzione ad opera di ciascun contraente del rischio corrispondente alla fase definita nella filiera; giustificabilità delle richieste), consegnano al giudice strumenti di sicuro rilievo per comparare gli interessi implicati nella vicenda contrattuale e individuare un punto di equilibrio rispetto alla congruità economica dello scambio o alla equilibrata ripartizione dei rischi³⁶.

Particolarmente significativa pare anche la previsione di «tecniche consensuali di tutela»³⁷ («Fermo restando quanto disposto dagli artt. 4 e 5, sono fatte salve le condizioni contrattuali, comprese quelle relative ai prezzi, definite nell'ambito di accordi quadro aventi ad oggetto la fornitura dei prodotti agricoli e alimentari stipulati dalle organizzazioni professionali maggiormente rappresentative a livello nazionale...», art. 3, comma 5) affidate alle organizzazioni professionali o sindacali, nell'ambito di interventi calibrati sulle esigenze e le caratteristiche specifiche delle filiere di riferimento, che non possono tuttavia incidere lo «zoccolo duro» di tutele assicurate dagli artt. 4 e 5 del decreto.

ABSTRACT

La lettura della vicenda del “pane a rendere”, da parte del Consiglio di Stato, nel contorno disciplinare della disposizione (ormai abrogata) dell'art. 62, risulta di particolare rilievo nella misura in cui la Novella del decreto n. 198/2021 ha integrato la fattispecie di slealtà nella lista grigia delle pratiche vietate solo se imposte, riproponendo la complessa questione della prova della negoziazione della clausola di reso.

Nella valutazione dell'AGCM, «in una situazione di squilibrio negoziale, una condizione del rapporto commerciale vantaggiosa per il contraente più forte e dannosa per il contraente con minore potere negoziale è un indizio del fatto che tale condizione sia stata ‘subita’ dalla parte debole e che non via stata nessuna trattativa commerciale». Peraltro, nell'economia complessiva dei rapporti contrattuali, il trasferimento ai panificatori di un rischio tipico dell'attività di distribuzione non risulta giustificato da una ragione diversa dalla forza commerciale della GDO.

La capacità dimostrativa del ragionamento presuntivo alla base dei provvedimenti impugnati è contestata dai tribunali amministrativi in riferimento ad una politica commerciale “unitaria” dell'impresa di distribuzione, volta ad imporre ai i fornitori la clausola secondo un modello identico. La disomogeneità delle modalità applicative dell'obbligo di reso è ritenuta, cioè, sintomatica di una carenza istruttoria e dell'insussistenza di una strategia aziendale illecita e deliberatamente mirata all'imposizione generalizzata dell'obbligo di reso.

Il passaggio argomentativo, che si rivolge alla verifica della complessiva strategia aziendale delle catene di distribuzione, per concludere che non emerge dalle risultanze istruttorie una politica unitaria che corrisponda ad un'identica prassi applicativa, non convince, perché impone requisiti di serialità e apprezzabilità della pratica che non sono elementi costitutivi della fattispecie di slealtà delineata dall'art. 62.

⁽³⁴⁾ S. Masini, *Abusi di filiera (agro-alimentare)*, cit., p. 157.

⁽³⁵⁾ N. Lipari, *Intorno al ragionamento per principi*, in *Dir. agroalim.*, 2017, p. 187; Id., *Contratto e principio di ragionevolezza*, cit., p. 356 ss.

⁽³⁶⁾ S. Masini, *op. ult. cit.*, p. 103.

⁽³⁷⁾ G. Pisciotta Tosini, *Brevi riflessioni sulla nuova disciplina dei contratti di cessione...*, cit., p. 24.

The Council of State's reading of the obligation to return unsold bread, within the disciplinary framework of the provision (now repealed) of Article 62, is of particular relevance insofar as the New Decree No. 198/2021 has included the case in the grey list of practices prohibited only if imposed, re-proposing the complex issue of proof of negotiation of return clause.

In the AGCM's assessment, 'in a situation of bargaining imbalance, a condition of the commercial relationship that is advantageous to the stronger contracting party and harmful to the contracting party with less bargaining power is an indication that this condition has been "suffered" by the weaker party and that no commercial negotiation has taken place'. Moreover, in the overall economy of the relationship, the transfer to the bakers of a risk typical of the activity of distribution is not justified by any reason other than the commercial strength of the large-scale retail trade. The demonstrative capacity of the presumptive reason-

ing underlying the contested measures is challenged by the administrative courts with reference to a 'uniform' commercial policy of the distribution company, aimed at imposing the clause on suppliers according to an identical model. In other words, the lack of uniformity in the manner in which the return obligation is applied is held to be symptomatic of a lack of investigation and of the absence of an unlawful corporate strategy deliberately aimed at imposing the return obligation.

The argumentative passage, which turns to the verification of the overall corporate strategy of the distribution chains, in order to conclude that there does not emerge from the preliminary findings a unitary policy that corresponds to an identical application practice, is unconvincing because it imposes requirements of seriality and appreciability of the practice that are not constituent elements of the case of unfairness outlined in Article 62.