

AL15C - ESSELUNGA-GDO/PANIFICATORI

Provvedimento n. 27823

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 27 giugno 2019;

SENTITO il Relatore Dottoressa Gabriella Muscolo;

VISTO l'articolo 62 del Decreto Legge 24 gennaio 2012 n. 1, recante *Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*, convertito con modificazioni dalla Legge 24 marzo 2012 n. 27, e successive modificazioni (di seguito, anche "articolo 62");

VISTO il Decreto 19 ottobre 2012 n. 199 del Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali *Regolamento di attuazione dell'articolo 62 del decreto legge 24 gennaio 2012, n.1 recante disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012 n. 27* (di seguito, anche "Decreto di attuazione");

VISTO il "Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di disciplina delle relazioni commerciali concernenti la cessione di prodotti agricoli e alimentari" adottato con delibera dell'Autorità del 6 febbraio 2013 n. 24220 (di seguito, anche "Regolamento sulle procedure istruttorie");

VISTO il proprio provvedimento del 20 settembre 2018, con il quale è stato disposto un accertamento ispettivo, ai sensi dell'articolo 62, comma 8, e dell'articolo 10 del *Regolamento sulle procedure istruttorie*, presso le sedi di Esselunga S.p.A. e delle società da essa controllate;

VISTE le proprie delibere del 19 dicembre 2018 e del 24 aprile 2019, con le quali sono state disposte, ai sensi dell'articolo 7, comma 3, del *Regolamento sulle procedure istruttorie*, proroghe del termine di conclusione del procedimento, da ultimo fissato al 30 giugno 2019;

VISTI gli atti del procedimento;

I. LE PARTI

1. ESSELUNGA S.p.A. (di seguito anche Esselunga) rappresenta, a livello nazionale, il terzo operatore attivo nel settore della distribuzione moderna al dettaglio di prodotti alimentari e non alimentari di largo e generale consumo. La società opera attraverso una rete di punti vendita aventi insegna "Esselunga" situati in Liguria, Lombardia, Piemonte, Emilia-Romagna, Veneto, Lazio e Toscana. Esselunga è indirettamente controllata dalla società Supermarkets Italiani S.p.A. ed ha realizzato, nel 2017, un fatturato complessivo pari a circa 7,5 miliardi di euro.

2. ASSIPAN (Associazione Italiana Panificatori e Affini), aderente a Confcommercio Imprese per l'Italia, è una delle principali associazioni di categoria delle imprese attive nel settore della panificazione e dei prodotti affini al pane. Essa rappresenta e tutela sul piano nazionale gli interessi degli operatori economici associati.

II. L'OGGETTO E L'ITER DEL PROCEDIMENTO

3. Il procedimento concerne le condotte commerciali poste in essere dalla società Esselunga S.p.A., successivamente al 24 ottobre 2012 (data di entrata in vigore dell'articolo 62 del D.L. 1/2012), e in particolare quantomeno dal 2014, consistenti nell'imporre 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).

4. Con atto del 20 settembre 2018, in data 27 settembre 2018 è stato comunicato alla società Esselunga S.p.A.¹ e ad Assipan² l'avvio del procedimento istruttorio AL/15C, volto a verificare l'esistenza di presunte condotte commerciali in violazione dell'articolo 62, commi 1 e 2, del Decreto Legge 24 gennaio 2012, n. 1 recante *Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*, convertito con modificazioni dalla Legge 24 marzo 2012, n. 27. In data 27 settembre 2018, è stato altresì notificato a Esselunga S.p.A. un accertamento ispettivo, condotto in pari data presso la sede legale della società³.

5. Il procedimento è stato avviato sulla base delle informazioni e della documentazione acquisite agli atti, con particolare riferimento a un'istanza di intervento formulata da Assipan in data 4 settembre 2018⁴, ai sensi dell'articolo 4 del *Regolamento sulle procedure istruttorie*.

¹ [Doc. 3.]

² [Doc. 4.]

³ [Docc. 6 e 8.]

⁴ [Doc. 1.1.]

6. La società Esselunga ha risposto alle richieste di informazioni formulate dagli Uffici nelle date 8 ottobre 2018, 23 ottobre 2018 e 9 gennaio 2019⁵, è stata sentita in audizione in data 27 novembre 2018⁶, ha avuto accesso agli atti del procedimento nelle date del 18 ottobre 2018, del 3 dicembre 2018, del 22 febbraio 2019, del 17 aprile 2019, 24 e 29 maggio 2019⁷ e ha presentato due memorie difensive: una in data 25 gennaio 2019, integrata e rettificata nelle date 25 gennaio 2019 e 15 marzo 2019⁸, e una in data 15 maggio 2019⁹, integrata in data 3 giugno 2019¹⁰.
7. È stato acquisito a fascicolo il verbale di un'audizione svolta con i rappresentanti di Assipan in data 4 settembre 2018¹¹ e sono stati sentiti in audizione i rappresentanti della Federazione Italiana Panificatori e Affini (FIPPA) in data 16 gennaio 2019¹².
8. Nel corso del procedimento, è stato altresì trasmesso a un campione di fornitori di pane fresco alla GDO un questionario sulla pratica del reso del pane, secondo le modalità che verranno successivamente descritte (cfr. sez. III.4.1 *infra*)¹³;
9. L'Autorità, nelle sue adunanze del 19 dicembre 2018 e del 24 aprile 2019, ha disposto, ai sensi dell'articolo 7, comma 3, del *Regolamento sulle procedure istruttorie*, proroghe del termine di conclusione del procedimento, da ultimo fissato al 30 giugno 2019¹⁴.
10. In data 15 aprile 2019, ai sensi dell'articolo 16, comma 1, del "*Regolamento sulle procedure istruttorie*", è stata comunicata alle Parti la data di conclusione della fase istruttoria, fissata al 17 aprile 2019, ed è stato concesso alle Parti un termine di 10 giorni per la presentazione di memorie e documenti¹⁵. In data 24 aprile 2019, in relazione all'istanza di proroga presentata da Esselunga in data 16 aprile 2019 e alla luce della proroga del termine di conclusione del procedimento deliberata dall'Autorità in data 24 aprile 2019, è stato comunicato alle Parti un nuovo termine di conclusione della fase istruttoria, fissato al 15 maggio 2019¹⁶.
11. In data 23 maggio 2019, a seguito di una nuova richiesta di accesso agli atti formulata da Esselunga nell'ambito della propria memoria conclusiva del 15 maggio 2019¹⁷, è stata comunicata alle Parti la riapertura della fase istruttoria e la fissazione al 2 giugno del nuovo termine di chiusura della stessa¹⁸.
12. Nell'ambito della medesima memoria conclusiva, Esselunga ha richiesto altresì che venisse disposta l'audizione finale dinanzi al Collegio. Con lettera del 5 giugno 2019¹⁹ è stato comunicato alle Parti che l'istanza non poteva essere accolta, alla luce delle previsioni degli artt. 9 (*Richieste di informazioni e audizioni*) e 12 (*Chiusura dell'istruttoria*) del "*Regolamento sulle procedure istruttorie*", anche tenuto conto del fatto che, nel rispetto del principio del contraddittorio, l'operatore era già stato sentito in apposite audizioni *infra-procedimentali*.

III. LE RISULTANZE ISTRUTTORIE

III.1 Caratteristiche del settore dei prodotti di panetteria freschi

13. Il settore della produzione di pane e prodotti di panetteria freschi risulta in Italia particolarmente frammentato dal lato dell'offerta: in esso operano, infatti, circa 20.000 imprese, che assorbono in totale circa 100.000 addetti, con una media di circa 5 addetti per impresa. La stragrande maggioranza degli operatori del settore è costituita da imprese a

⁵ [Doc. 12, 19 e 30.]

⁶ [Doc. 23.]

⁷ [Docc. 17, 24, 47, 60, 69 e 72.]

⁸ [Docc. 34, 35 e 50.]

⁹ [Doc. 66.]

¹⁰ [Doc. 73.]

¹¹ [Doc. 1.1.]

¹² [Doc. 31.]

¹³ [Doc. 21, 33, 36-45.]

¹⁴ [Docc. 28 e 61.]

¹⁵ [Docc. 57 e 58.]

¹⁶ [Doc. 62.]

¹⁷ [Doc. 66.]

¹⁸ [Doc. 68.]

¹⁹ [Doc. 74.]

conduzione familiare, come dimostrato anche dalla scarsissima incidenza delle società di capitali (6% circa), a fronte di una preponderante presenza di panifici gestiti da persone fisiche (58%) o da società di persone (36%)²⁰.

14. Pur non esistendo criteri di delimitazione rigidi tra le due categorie di imprese, i panificatori si distinguono, sulla base del grado di automazione presente all'interno degli impianti di produzione, in industriali e artigianali, tipologie cui sono generalmente (ma non necessariamente) associati anche diversi parametri dimensionali (fatturato e numero di dipendenti). I panifici industriali, generalmente caratterizzati da maggiori dimensioni, producono sia pane fresco che prodotti di panetteria confezionati a durabilità prolungata (sui quali appongono anche il proprio marchio produttivo), oltre che, in molti casi, prodotti secchi da forno quali *cracker*, fette biscottate, grissini, pani morbidi confezionati ecc.; i panificatori artigiani, al contrario, producono prevalentemente pane e prodotti di panetteria freschi (pizze, focacce, ecc.), destinati ad essere venduti sfusi.

15. In Italia si producono e consumano circa 3,2 milioni di tonnellate di pane all'anno, per un valore di circa 8 miliardi di euro. Il 90% circa della produzione (in quantità) proviene da forni artigianali, mentre la parte restante è prodotta da forni industriali, la cui incidenza è tuttavia più elevata in termini di valore in quanto i prodotti conservati e confezionati costano di più del prodotto fresco artigianale. In termini numerici, circa il 95% dei panifici è costituito da imprese artigianali.

16. La distribuzione dei panificatori artigianali e industriali non è uniforme sul territorio nazionale: nei grossi centri urbani dell'Italia settentrionale, infatti, si riscontra una maggiore tendenza a organizzare la produzione del pane in modo industriale, a differenza di quanto avviene nei centri più piccoli del Nord e, più in generale, nel Centro-Sud, ove quasi tutte le aziende di panificazione hanno carattere artigianale e conduzione familiare. In termini numerici, il 45% delle panetterie artigianali è localizzato nel Sud, il 15% circa nel Centro e il 40% al Nord.

17. La vendita di pane viene effettuata dai produttori sia in modo diretto (il 43% circa), tramite esercizi di rivendita propri, sia tramite commercianti e distributori terzi. Della parte di prodotto distribuita da terzi, il 46% circa va alla GDO, il 30% ad altri rivenditori (panetterie e dettaglio tradizionale) e il 24% circa alla ristorazione²¹.

18. I consumi nazionali di pane *pro capite* si sono drasticamente ridotti negli ultimi decenni, passando dai circa 230 grammi giornalieri del 1980 ai circa 180 grammi del 2000 e ai circa 85-90 grammi attuali, corrispondenti a circa 32-33 kg *pro capite* annui²². Attualmente, a fronte di una sostanziale stabilizzazione dei consumi, si sta assistendo ad una marcata ricomposizione degli stessi, che vede, nell'ambito dell'intero settore dei prodotti di panificazione, l'incremento dell'incidenza degli articoli a maggiore contenuto di servizio (pani industriali a più lunga conservabilità e altri prodotti sostitutivi del pane fresco) e, nell'ambito del solo prodotto "*pane fresco*", un sostanziale incremento dell'incidenza dei "*pani speciali*" e ad alto valore aggiunto (realizzati con materie prime selezionate, a basso contenuto di glutine, con aggiunta di ingredienti ecc.).

19. In particolare, il settore dei prodotti sostituti del pane fresco, che sviluppa nel *retail* un valore pari a circa 1,5 miliardi, presenta un *trend* di crescita notevolmente accentuato (+2% circa nell'ultimo anno). Per tali prodotti, che si distinguono nei comparti "*dry*" (*cracker*, grissini e panetti croccanti, ecc.) e "*soft*" (fette di pane, pane arabo, piadine, pane confezionato a lunga conservazione, ecc.), la GDO rappresenta di gran lunga il primo canale di commercializzazione, con oltre il 95% delle vendite²³. La tendenza all'aumento dei consumi di pane industriale e di sostituti del pane comporta quindi anche una corrispondente tendenza all'aumento dell'incidenza delle vendite complessive della GDO nel settore della panificazione.

III.2 Il quadro normativo

III.2.1 Nozioni di "pane" e di "pane fresco"

20. L'articolo 14 della l. n. 580/1967 (Disciplina per la lavorazione e commercio dei cereali, degli sfarinati, del pane e delle paste alimentari) definisce in via generale il "pane" quale "*prodotto ottenuto dalla cottura totale o parziale di una pasta convenientemente lievitata, preparata con sfarinati di grano, acqua e lievito, con o senza aggiunta di sale comune*".

21. Allo scopo di introdurre una specifica definizione di "pane fresco", l'articolo 4, co. 2-ter, del d.l. n. 226/2006 (c.d. "Decreto Bersani"), convertito in l. n. 248/2006, ha previsto la successiva adozione di un decreto ministeriale (da parte del Ministero dello Sviluppo Economico) che disciplinasse le denominazioni di panificio, pane fresco e pane conservato, riservando la denominazione di pane fresco a quel "*pane prodotto secondo un processo di produzione continuo, privo di interruzioni finalizzate al congelamento, alla surgelazione o alla conservazione prolungata delle materie prime, dei*

²⁰ [Ove non diversamente specificato, i dati e le informazioni riportati nel presente paragrafo sono tratti, direttamente o ad esito di elaborazioni interne, dai docc. nn. 51 e 52 del fascicolo relativo al presente procedimento e dalla ricerca Assitol-Cerved "Il pane e i dolci del panettiere", pubblicata sul sito del Senato http://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/000/849/2018_11_21_-_Ricerca_Assitol-Cerved.pdf (X Commissione del Senato nell'ambito dell'esame dei disegni di legge A.S. 739 e 169).]

²¹ [Fonte: elaborazioni su dati Cerved.]

²² [Articolo "Pane, consumo ai minimi storici: solo 85 grammi al giorno per persona", 16 ottobre 2016, tratto dal sito di Repubblica: <https://www.repubblica.it/economia/2016/10/16/news/>]

²³ [Articolo su Gdweek: "Pane e sostitutivi verso nuove tendenze", di Carlo Troiani, 11 giugno 2018, tratto dal sito: <https://www.gdweek.it/pane-e-sostitutivi-verso-nuove-tendenze/>]

prodotti intermedi della panificazione e degli impasti, fatto salvo l'impiego di tecniche di lavorazione finalizzate al solo rallentamento del processo di lievitazione, da porre in vendita entro un termine che tenga conto delle tipologie panarie esistenti a livello territoriale".

22. In esecuzione del citato Decreto Bersani, soltanto il 1° ottobre 2018 è stato adottato il D.M. del Ministero dello Sviluppo Economico n. 131 ("Regolamento recante disciplina della denominazione di «panificio», di «pane fresco» e dell'adozione della dicitura «pane conservato»"), che ha infatti precisato la definizione di pane fresco quale *"pane preparato secondo un processo di produzione continuo, privo di interruzioni finalizzate al congelamento o surgelazione, ad eccezione del rallentamento del processo di lievitazione, privo di additivi conservanti e di altri trattamenti aventi effetto conservante"* (articolo 2).

23. Il D.M. n. 131 citato non fissa un termine entro cui il pane fresco deve essere posto in vendita. Tuttavia, dall'interpretazione della normativa vigente in materia di conservazione degli alimenti, tale termine si assume, in considerazione della natura stessa del prodotto, pari alle 24 ore successive alla fabbricazione.

24. In particolare, già nella disposizione contenuta nell'articolo 10, comma 5, lett. e), del d.lgs. n. 109/1992 (poi integralmente abrogato dal d.lgs. n. 231/2017²⁴), si escludeva la necessità di indicare il termine minimo di conservazione per i *"prodotti della panetteria e della pasticceria che, per loro natura, sono normalmente consumati entro le 24 ore successive alla fabbricazione"*. L'attuale vigenza nell'ordinamento di siffatta previsione discende dall'analoga disposizione contenuta nell'allegato X, paragrafo 1, lett. d) del Regolamento UE n. 1169/2011, nella parte in cui si esclude l'indicazione del termine minimo di conservazione nei casi *"dei prodotti della panetteria e della pasticceria che, per loro natura, sono normalmente consumati entro le ventiquattro ore successive alla fabbricazione"*.

25. Attualmente, è in corso l'esame di due disegni di legge relativi alla produzione e vendita del pane²⁵, finalizzati ad incrementare il grado di consapevolezza dei consumatori in merito alle tipologie di pane commerciate, alla loro conservabilità e ai prodotti utilizzati per la lievitazione. Ciò in quanto l'evoluzione delle tecniche di conservazione ha di recente consentito una più ampia immissione in commercio di pane a più lunga conservabilità, o comunque ottenuto per completamento di cottura effettuato direttamente nel punto vendita a partire da basi congelate.

26. Entrambi i disegni di legge citati vietano l'utilizzo della denominazione "pane fresco"²⁶ al *"pane destinato ad essere posto in vendita oltre le ventiquattro ore successive al momento in cui è stato completato il processo produttivo, indipendentemente dalle modalità di conservazione adottate"*²⁷.

27. Alcuni interventi normativi volti a disciplinare l'attività di panificazione, precisando anche il periodo massimo di commercializzazione del pane fresco, sono stati inoltre adottati a livello di singole regioni: ad esempio, l'articolo 5, comma 1, della legge regionale della Lombardia n. 10/2013 e l'articolo 6, comma 1, della legge regionale della Puglia n. 3/2019 prevedono che il pane fresco *"deve essere venduto entro e non oltre la giornata in cui è stato concluso il processo produttivo"*.

III.2.2 Disciplina e modalità di riutilizzo dell'invenduto

28. Considerata la rapida deperibilità del pane fresco, quest'ultimo viene normalmente prodotto nel corso delle ore notturne e consumato entro le ventiquattro ore successive alla produzione. Pertanto, il pane rimasto invenduto entro la chiusura serale degli esercizi di vendita al dettaglio viene ritirato dagli scaffali a fine serata e non viene riproposto in vendita il giorno successivo.

29. Il pane fresco invenduto può essere destinato: ad uso mangime per animali, alla produzione di altri alimenti, alla donazione a fini caritatevoli o - più frequentemente - allo smaltimento come rifiuto organico.

30. Il riutilizzo del pane come mangime è riconosciuto da un Comunicato del Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali²⁸, secondo cui le *"materie prime per mangimi [...] comprendono, a titolo esemplificativo, i seguenti prodotti: [...] i prodotti della panetteria e delle paste alimentari"*, laddove sussistano le garanzie igienico-sanitarie previste dal Regolamento CE n. 178/2002 e dal d.lgs. n. 360/1999.

31. Ai sensi della normativa vigente, è inoltre ammissibile il riutilizzo del pane fresco invenduto per la produzione di altri alimenti ad uso umano (quali pangrattato o crostini), nei limiti in cui si rispettino le norme igienico-sanitarie e di sicurezza alimentare nazionali ed europee.

²⁴ [*"Disciplina sanzionatoria per la violazione delle disposizioni del regolamento (UE) n. 1169/2011, relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori e l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del medesimo regolamento (UE) n. 1169/2011 e della direttiva 2011/91/UE, ai sensi dell'articolo 5 della legge 12 agosto 2016, n. 170 «Legge di delegazione europea 2015»".*]

²⁵ [Atti del Senato nn. 739 e 169.]

²⁶ [*Tali disegni di legge confermano che la denominazione di «pane fresco» è riservata al pane che "è stato preparato secondo un processo di produzione continuo, privo di interruzioni finalizzate al congelamento, alla surgelazione di impasti e ad altri trattamenti con effetto conservante, ad eccezione delle tecniche mirate al solo rallentamento del processo di lievitazione, senza utilizzo di additivi. È ritenuto continuo il processo di produzione per il quale non intercorre un intervallo di tempo superiore a settantadue ore dall'inizio della lavorazione fino al momento della messa in vendita del prodotto" (art. 2, comma 2, lett. a).*]

²⁷ [Art. 2, comma 3, lett. a) del disegno di legge n. 739.]

²⁸ [*"Utilizzo dei sottoprodotti originati dal ciclo produttivo delle industrie agroalimentari destinate alla produzione di mangimi"*, pubblicato in GURI n. 75 del 31 marzo 2009.]

32. Infine, il pane che, non essendo stato venduto o somministrato entro le ventiquattro ore successive alla produzione, risulta eccedente presso le rivendite (anche della GDO) può essere donato a fini solidaristici, ai sensi dell'articolo 4 (*Modalità di cessione delle eccedenze alimentari*), comma 3, della l. n. 166/2016 (c.d. Legge Gadda)²⁹. In base a tale norma: "I prodotti finiti della panificazione e i derivati degli impasti di farina prodotti negli impianti di panificazione che non necessitano di condizionamento termico, che, non essendo stati venduti o somministrati entro le ventiquattro ore successive alla produzione, risultano eccedenti presso le rivendite di negozi, anche della grande distribuzione [...] possono essere donati a soggetti donatori".

33. Tuttavia, a causa dei limitati vantaggi commerciali derivanti dalla vendita per uso mangime³⁰ e dal riutilizzo per altri scopi alimentari³¹, il pane invenduto rappresenta per lo più, sia per i panificatori che per i Punti Vendita, una merce di cui disfarsi e, quindi, un rifiuto da smaltire ai sensi dell'articolo 176 del Codice dell'ambiente³² o da destinare a donazioni a fini caritatevoli.

III.3 La diffusione della prassi del reso

34. Secondo quanto dichiarato dall'Associazione Assipan nella propria audizione del 4 settembre 2018³³, precedente all'avvio del presente procedimento, la pratica del reso avrebbe continuato ad essere utilizzata dalle catene della GDO nonostante la perfetta consapevolezza, da parte di tali operatori, della scorrettezza della pratica stessa. Infatti, la questione sarebbe stata più volte pubblicamente denunciata dall'Assipan attraverso la stampa e i mezzi televisivi, tanto che, già nel 2013, nel corso di una trasmissione televisiva³⁴, l'allora Presidente di Coop si era pubblicamente impegnato a porre fine alla pratica stessa.

35. Nella propria audizione del 16 gennaio 2019³⁵, anche i rappresentanti della FIPPA - l'associazione con il maggiore livello di rappresentatività nell'ambito della categoria dei panificatori - hanno confermato che la problematica del reso dell'invenduto è nota e diffusa da molti anni: a tale riguardo, il Presidente della Federazione ha precisato di avere raccolto molteplici lamentele da parte dei propri iscritti sempre e solo in forma orale, sia per la difficoltà di questi ultimi di provare la pratica a livello documentale sia per la paura degli stessi di subire ritorsioni da parte dei propri clienti della grande distribuzione, posto che con grande facilità l'operatore della GDO può rivolgersi ad un altro fornitore disposto ad accettare le condizioni di reso richieste. La situazione di "ricattabilità" dei panificatori nei confronti della GDO spiegherebbe anche perché questi ultimi non si siano mai esposti in prima persona per inoltrare denunce su tale tema.

36. Peraltro, il clima di forte soggezione avvertito dai panificatori nei confronti delle proprie catene distributive clienti, anche con particolare riferimento alla problematica del reso del pane, è emerso anche in un recente servizio televisivo³⁶, ove alcuni panificatori hanno acconsentito a rilasciare dichiarazioni sulle proprie relazioni commerciali con la GDO solo a condizione che si rendessero non riconoscibili l'aspetto e la voce del soggetto intervistato. A tale riguardo, essi hanno infatti confermato, nel corso della trasmissione, di essere soggetti a forti e continue minacce di interruzione degli acquisti, da parte delle catene della GDO, in caso di non accettazione delle condizioni contrattuali che vengono loro imposte, e ciò in ragione dell'ampia disponibilità di potenziali fornitori di pane per le catene stesse e, pertanto, della grande facilità di sostituzione degli stessi.

²⁹ *[Si tratta della norma recante "Disposizioni concernenti la donazione e la distribuzione di prodotti alimentari e farmaceutici a fini di solidarietà sociale e per la limitazione degli sprechi".]*

³⁰ *[Secondo quanto emerso in istruttoria, solo raramente i panificatori riescono a vendere il pane ritirato alle aziende produttrici di mangimi industriali in quanto l'alimentazione per animali da allevamento deve rispettare un calibrato apporto calorico, che non può facilmente essere rispettato con l'utilizzo del pane artigianale (doc. 31, p. 5).]*

³¹ *[Anche tale forma di riutilizzo viene praticata dai panificatori in quantità trascurabili e generalmente destinate allo stesso punto vendita da cui viene ritirato il pane, 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.]*

³² *[Secondo quanto previsto dall'art. 176 del Codice dell'ambiente, la gestione dei rifiuti deve essere effettuata "conformemente ai principi di precauzione, di prevenzione, di sostenibilità, di proporzionalità, di responsabilizzazione e di cooperazione di tutti i soggetti coinvolti nella produzione, nella distribuzione, nell'utilizzo e nel consumo di beni da cui originano i rifiuti, nonché del principio chi inquina paga".]*

³³ *[Doc. 1.1.]*

³⁴ *["E se domani", RAI 3, puntata del 5 gennaio 2013.]*

³⁵ *[Doc. 31.]*

³⁶ *[Ci si riferisce in particolare al Servizio: "Pane a rendere", trasmesso nel corso della puntata della trasmissione "Report" del 26 novembre 2018, scaricabile da RaiPlay.]*

III.4 L'indagine presso i panificatori

III.4.1 La metodologia

37. Nel corso dell'istruttoria, è stato predisposto e inviato a tutti i fornitori di pane delle 6 principali catene distributive nazionali nei confronti delle quali sono stati avviati procedimenti istruttori paralleli a quello presente³⁷ un questionario contenente una serie di domande su: *i*) le caratteristiche del fornitore (*Sezione I*); *ii*) le caratteristiche del rapporto contrattuale con ciascuna delle catene distributive servite, con specifico riguardo alla presenza della clausola del reso, alla provenienza della proposta di inserirla nel contratto, alla sua formulazione e alla sua concreta applicazione (*Sezione II*); *iii*) l'impatto economico della clausola del reso per il panificatore (*Sezione III*).

38. Il questionario, dopo essere stato diramato tramite le principali associazioni di categoria - Assipan e Fippa³⁸ - è stato inviato direttamente a tutti panificatori (oltre 700) indicati dalle società coinvolte nei 6 procedimenti relativi al reso del pane quali propri fornitori di prodotti di panetteria freschi³⁹. Alla luce di quanto esposto alla sez III.3 *supra*, a tutti i panificatori è stato precisato che "il nominativo/ragione sociale della ditta/società rispondente viene richiesto con l'esclusiva finalità di dare attendibilità e valore alle informazioni fornite. Le risposte verranno tuttavia elaborate in forma anonima e aggregata, a meri fini statistici, e l'accesso ai documenti sarà consentito apponendo degli OMISSIS, in modo che nessuna singola risposta possa essere ricondotta alla società/ditta che l'ha fornita".

39. Complessivamente, sono pervenute risposte da 104 panificatori⁴⁰ che servono le catene distributive oggetto dei procedimenti, raccolte in un unico database (di seguito il "database")⁴¹. Poiché uno dei panificatori ha richiesto la totale riservatezza, in qualsiasi forma, delle risposte fornite⁴², le risposte di tale operatore sono state inserite soltanto nella parte del database relativa alle sezioni I e III del questionario e utilizzate esclusivamente per elaborazioni aggregate sull'insieme delle 104 risposte ricevute

40. Il limitato tasso di risposta dei panificatori, pari a circa il 15%, appare senz'altro riconducibile ai già descritti timori dei panificatori di esporsi al rischio di subire ritorsioni commerciali da parte delle catene della GDO clienti. A tale riguardo, appare particolarmente indicativa anche la condotta del panificatore sopra menzionato che - nonostante le ampie rassicurazioni ricevute in merito al mantenimento della più assoluta riservatezza sull'identità dei rispondenti - ha chiesto comunque la riservatezza integrale delle risposte fornite in quanto ritenute "sensibili per la sopravvivenza" dell'azienda stessa⁴³.

41. A partire dal database, sono state in primo luogo effettuate alcune elaborazioni di carattere generale basate sulle 104 risposte fornite dai panificatori alle sezioni 1 e 3 del questionario, relative alle caratteristiche dimensionali e organizzative dei fornitori e a come questi valutano l'impatto della clausola del reso⁴⁴. Tali informazioni, pur provenendo da un campione di operatori costruito senza rigidi criteri di rappresentatività statistica⁴⁵, assumono comunque, nel contesto descritto, un importante valore indicativo di come l'obbligo di reso viene percepito e giudicato da parte dei soggetti più deboli della relazione contrattuale.

42. In secondo luogo, le risposte fornite dai panificatori che hanno tra i propri clienti anche la catena Esselunga, incluse in un sottoinsieme del database generale, sono state utilizzate per effettuare più specifiche e mirate elaborazioni con riferimento alla parte relativa alla sezione 2 del questionario (caratteristiche del rapporto contrattuale) e, in misura minore, alla sezione 3 (impatto della clausola del reso). Delle 103 risposte utilizzabili con riferimento alla sezione II ("Caratteristiche del rapporto contrattuale"), 6 provengono da panificatori che hanno tra i propri clienti anche la catena Esselunga. Tali panificatori rappresentano comunque una percentuale significativa, pari al [30-40]* circa, dei [10-20] fornitori che Esselunga ha dichiarato di avere nel 2017.

³⁷ [Contestualmente al presente procedimento, infatti, sono stati avviati altri 5 procedimenti analoghi nei confronti delle principali catene distributive nazionali e segnatamente Coop Italia, Conad, Eurospin, Auchan e Carrefour.]

³⁸ [Doc. 21 e 33.]

³⁹ [Docc. 36-45.]

⁴⁰ [Cfr. doc. 48.2.]

⁴¹ [Doc. 48.3.]

⁴² [Doc. 48.4.]

⁴³ [Doc. 48.4.]

⁴⁴ [Delle 7 risposte inizialmente ricevute dall'Autorità al questionario diramato tramite l'associazione Assipan, 2 provenivano da panificatori che non servono la GDO o le catene interessate dai procedimenti in corso, mentre le altre 5 provenivano da panificatori che hanno risposto anche, successivamente, alla richiesta di informazioni inviata dall'Autorità direttamente ai fornitori. Tali risposte sono state dunque tutte eliminate dal database utilizzato per le elaborazioni. Da tale database, sono state altresì eliminate le risposte pervenute da panificatori che hanno dichiarato di non servire la GDO o le catene interessate dai procedimenti, i quali, evidentemente, avevano ricevuto il questionario tramite l'associazione Fippa.]

⁴⁵ [Come si è detto, il questionario è stato inviato a tutti i fornitori di pane delle Parti dei procedimenti avviati nei confronti dei primi sei gruppi distributivi attivi al livello nazionale.]

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

III.4.2 Le caratteristiche dei panificatori rispondenti

43. Il 95% circa delle imprese del *database* ha un fatturato inferiore a 10 milioni di euro, e meno del 2% ha un fatturato superiore a 50 milioni di euro. Inoltre, circa i tre quarti dei panificatori rispondenti ha un numero di dipendenti non superiore a 18, e poco più del 5% ha un numero di dipendenti superiore a 50. Complessivamente, quasi il 90% dei panificatori rispondenti si definisce un'impresa artigianale.

44. Oltre tre quarti dei panificatori rispondenti realizza più della metà del proprio fatturato con i prodotti di panetteria freschi, mentre circa la metà realizza la maggior parte del proprio fatturato con le catene della GDO.

III.4.3 L'impatto dell'obbligo di reso e l'opinione espressa dai panificatori

45. Quasi il 90%⁴⁶ dei panificatori che hanno risposto alla domanda sull'eventuale beneficio economico ricavato dal recupero del prodotto invenduto ha dichiarato di non riutilizzare il pane invenduto a fini commerciali o, comunque, di trarne beneficio in misura assolutamente trascurabile⁴⁷.

46. Tra i fornitori che hanno risposto alla domanda "Ritiene che la clausola del reso danneggi economicamente il panificatore?", il 78% ha risposto di sì, in quanto essa comprime gli utili o, comunque, impedisce di avere certezze sul proprio margine di guadagno. Tra i panificatori che hanno dato una risposta diversa, peraltro, la maggioranza ha comunque dichiarato di ritenere più giusto che il rischio dell'invenduto gravi su chi acquista il prodotto o che sarebbe almeno opportuno fissare un tetto massimo di ritiro.

47. Complessivamente, il 90% dei panificatori che hanno espresso un'opinione al riguardo ritiene che il ritiro totale del prodotto invenduto e il riaccredito del suo intero costo di acquisto alla GDO rappresentino un improprio trasferimento di rischio dall'acquirente al fornitore. Infatti: il 75% dei rispondenti ha dichiarato di ritenere giusto che il rischio dell'invenduto gravi su chi acquista il prodotto e il 15% ha specificato che riterrebbe giusto, quanto meno, ripartire il rischio dell'invenduto tra fornitore e cliente oppure concordare un tetto massimo di ritiro. La maggior parte delle risposte rimanenti proviene invece da panificatori che si sono limitati a sottolineare la necessità di una collaborazione negli ordini e nella gestione del reso.

III.5 L'applicazione dell'obbligo di reso ai fornitori

48. La catena Esselunga fa ricorso, per oltre il 95% del proprio fabbisogno, all'auto-produzione di pane, sia fresco che precotto, risultando di fatto una delle principali imprese di produzione di pane a livello nazionale. Tuttavia, nonostante la preponderante autoproduzione, Esselunga ha mantenuto un certo numero di fornitori esterni, pari a [10-20] nel 2017 e a [10-20] nel 2018. Da tali fornitori, Esselunga acquista anche percentuali crescenti di prodotti diversi dal pane fresco, quali i sostituti del pane o altri prodotti da forno⁴⁸.

49. Esselunga ha applicato in modo generalizzato ai propri fornitori di pane fresco, quanto meno dal 2014 ad oggi, l'obbligo del reso del pane invenduto, prevedendo il ritiro a carico del panificatore dell'intera quantità di prodotto invenduto e il riaccredito dello stesso all'intero costo di acquisto. Con specifico riferimento ai fornitori utilizzati nel 2017, la condizione del reso è stata applicata con una sola eccezione, riguardante un fornitore di una sola tipologia di pane tipica del Sud Italia, venduta confezionata e avente vita di scaffale di una settimana⁴⁹; inoltre, per altri due fornitori, l'obbligo è stato escluso solo con riguardo ad alcune specifiche referenze di articoli confezionati⁵⁰.

50. Più precisamente, le condizioni di fornitura del pane fresco alla catena Esselunga prevedono che: *i*) Esselunga acquisti l'intera quantità di pane fresco ordinata e, quindi, consegnata dai singoli panificatori; *ii*) a fine giornata, ciascun fornitore ritiri, per poi smaltire a proprie spese, tutto il prodotto rimasto invenduto sugli scaffali; *iii*) periodicamente (generalmente ogni quindici giorni), il fornitore riaccrediti al cliente l'intero corrispettivo ricevuto per l'acquisto del pane fresco invenduto e da questi ritirato (e, in molti casi, anche di altri prodotti di panetteria freschi, quali pizze e focacce, per i quali è ugualmente previsto l'obbligo di reso). Il riaccredito viene effettuato mediante emissione, da parte del panificatore, di una nota di credito di importo pari al valore di acquisto del prodotto ritirato⁵¹.

51. La clausola di reso non è stata espressamente prevista nei contratti, ma solo formalizzata unilateralmente mediante una *email*, con la quale i panificatori hanno trasmesso a Esselunga il contratto sottoscritto, il listino in vigore e una "conferma delle condizioni per il reso del pane invenduto: per pane non confezionato Vostra nota di debito al prezzo di costo"⁵².

⁴⁶ [Tutti i dati contenuti in questo e nel successivo paragrafo sono elaborazioni effettuate sul "database" dei questionari (doc. 48.3).]

⁴⁷ [I panificatori che dicono invece di riutilizzare il prodotto invenduto lo destinano all'alimentazione animale o lo utilizzano come prodotto trasformato, generalmente pane grattugiato, anche rivendendolo alla stessa catena distributiva a cui forniscono il pane.]

⁴⁸ [Per i fornitori di pane fresco di Esselunga, l'incidenza delle vendite alla catena distributiva di prodotti diversi dal pane fresco è passata da un valore inferiore al 40% del 2014 a un valore superiore al 50% (elab. su doc. 19.1).]

⁴⁹ [Doc. 34.12H. Secondo quanto dichiarato dalla stessa Esselunga nella propria memoria del 25 gennaio 2019 (doc. n. 34), per tale fornitore la clausola sarebbe stata espunta per ragioni logistiche legate alla distanza del fornitore rispetto ai punti vendita di Esselunga.]

⁵⁰ [Doc. 19, all.1.]

⁵¹ [Cfr, tra gli altri, docc. 12.1-12.4.]

⁵² [Docc. 12.1.1, 12.2.1, 12.3.1, 12.4.1 e 34.18.]

52. In particolare, nell'ambito della corrispondenza avuta con i panificatori prima della stipula dei contratti, Esselunga ha inviato via *email* ai propri fornitori comunicazioni del seguente tenore: "*come da accordi intercorsi, le allego la scansione dell'Accordo Quadro 2017. Le chiedo cortesemente di timbrarlo, sottoscriverlo e renderlo via email, unitamente al listino prezzi e alle condizioni contrattuali riportati su carta intestata. Le chiedo inoltre, di volerci inviare le condizioni per il reso del pane inventuto, come sotto indicato: per il pane non confezionato, emetteremo nota di debito per il reso al prezzo di costo*"⁵³.

53. In nessun contratto o accordo con i fornitori risulta essere stata inserita una specifica remunerazione dell'obbligo di reso, né risulta, dai documenti agli atti, che il panificatore benefici di una qualsivoglia altra forma di compensazione economica dell'onere e dei rischi connessi a tale obbligo.

54. Le percentuali di prodotto concretamente restituito da Esselunga ai panificatori si sono attestate, mediamente, nel periodo 2014-2018 (primi sei mesi), su un livello del [15-20]%, sia in quantità che in valore. La percentuale di prodotto restituita ai panificatori ha mostrato una leggera tendenza alla diminuzione negli ultimi due anni (2017 e prima metà del 2018), attestandosi su un livello medio del [15-20]% in valore e del [15-20]% in quantità⁵⁴. Le percentuali di reso hanno raggiunto, per alcuni specifici fornitori, livelli superiori al 20% del prodotto acquistato e, in alcuni casi, anche al 40%.

IV. LE ARGOMENTAZIONI DELLA PARTE

55. Nelle proprie memorie difensive⁵⁵, nonché nel corso dell'audizione tenutasi in data 27 novembre 2018⁵⁶, Esselunga ha sostenuto la piena correttezza del proprio operato ai sensi della disciplina delle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e alimentari, chiedendo all'Autorità di dichiarare insussistente l'ipotizzata violazione da parte di Esselunga dell'articolo 62 del DL 1/2012. In particolare, la società ha evidenziato, in sintesi, le circostanze di fatto e di diritto illustrate sinteticamente di seguito.

IV.1 Sulla violazione dei diritti di difesa della Parte

56. Innanzitutto, Esselunga ha fortemente contestato l'utilizzo dei questionari, sui quali sarebbe basato l'intero impianto accusatorio costruito dagli Uffici, a fini di prova dell'infrazione, ritenendolo una gravissima violazione dei diritti di difesa e del principio della parità delle armi. A Esselunga, infatti, sarebbe stato ingiustificatamente negato l'accesso integrale ai questionari stessi, comprensivi dei nominativi dei rispondenti, impedendo alla Parte di incrociare le risposte alle diverse sezioni e di offrire prova contraria alle asserzioni accusatorie. Secondo la Parte, una tale compressione del diritto di difesa non avrebbe giustificazione, nemmeno nell'ottica di un bilanciamento con l'esigenza di tutela della riservatezza dei nominativi dei rispondenti, posto che nessuna richiesta in tal senso (se non in un caso su 104) sarebbe stata formalmente avanzata dai panificatori.

IV.2 Sull'inesistenza di un significativo squilibrio di potere negoziale

57. La sussistenza di uno squilibrio di potere contrattuale tra le parti, come pure quella del presunto abuso di tale squilibrio per imporre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose, andrebbero accertate in concreto, caso per caso, in relazione al singolo contratto di fornitura di pane: la valutazione della Direzione Istruttoria nel corso del procedimento, invece, si sarebbe avvalsa di considerazioni di carattere generale (relative anche a procedimenti diversi da quello in esame), che non si attagliano necessariamente a tutti gli specifici rapporti contrattuali considerati.

58. Con specifico riferimento alla sussistenza di un significativo squilibrio di potere negoziale tra Esselunga e ciascuno dei propri fornitori di pane fresco, la Parte ha inoltre osservato che: *i)* la maggior parte dei fornitori di Esselunga sono società di capitali e imprese fortemente industrializzate, organizzate e strutturate; *ii)* 7 di tali fornitori hanno un numero di dipendenti superiore a 25, di cui 3 hanno oltre 100 dipendenti; *iii)* tutti i fornitori vendono a Esselunga sia pane sfuso che pane confezionato con il marchio del produttore, il quale conferisce specifica riconoscibilità ai prodotti; *iv)* la GDO non rappresenta un canale di sbocco obbligato per i fornitori (che possono vendere il proprio pane alle panetterie specializzate, mense, caserme, ristoranti, oltre che all'industria mangimistica); *v)* mediamente, secondo stime effettuate da Esselunga sulla base dei fatturati pubblicamente disponibili, i propri fornitori di pane svilupperebbero con la catena distributiva un fatturato pari ad appena il 3% del proprio giro d'affari complessivo.

IV.3 Sull'imposizione di una condizione ingiustificatamente gravosa

59. Esselunga ha inoltre fortemente contestato la circostanza che la clausola di reso possa essere stata imposta ai propri fornitori, essendo essa, al contrario, stata negoziata con ciascun singolo fornitore secondo le proprie specifiche necessità. A tale riguardo, la Parte ha altresì contestato la rappresentatività e l'attendibilità delle risposte fornite dai propri fornitori al questionario, oltre che l'interpretazione che ne è stata fornita, osservando in particolare che: *i)* le

⁵³ [Doc. 34.18.]

⁵⁴ [Doc. 19, all.1.]

⁵⁵ [Docc. 34, 35, 50 e 66.]

⁵⁶ [Doc. 23.]

domande sarebbero state formulate in modo strumentale e fuorviante, con particolare riferimento all'inclusione in un'unica risposta pre-compilata dell'indicazione che la condizione di reso sia stata "proposta/imposta" dalla catena cliente, senza dare ai panificatori la possibilità di distinguere tra "proposta" e "imposta"; ii) strumentale sarebbe anche la lettura delle risposte fornita dagli Uffici⁵⁷; iii) il numero dei fornitori di Esselunga rispondenti non sarebbe rappresentativo dell'intero parco-fornitori della catena; iv) due di essi avrebbero comunque dichiarato di avere concordato o offerto spontaneamente la clausola del reso, a dimostrazione dell'esistenza di una negoziazione su tale condizione.

60. La Parte ha altresì allegato alla sua memoria conclusiva copia della corrispondenza intercorsa con tutti i propri [10-20] attuali fornitori (escludendo il fornitore di prodotto a più lunga scadenza che non ha clausola di reso), dalla quale risulterebbe che, in data 10 maggio 2019, essa avrebbe formalmente comunicato loro la propria disponibilità a escludere dai contratti in essere la clausola del reso, facendosi direttamente carico del ritiro del pane per destinarlo a mangimifici e a scopi caritatevoli. La proposta, alla quale la catena ha invitato i fornitori a dare riscontro entro il 15 maggio 2019, sarebbe stata formulata nell'ambito di un più ampio progetto di economia circolare che Esselunga avrebbe già avviato prima del procedimento istruttorio⁵⁸.

61. Dalle risposte ricevute dai fornitori a tale comunicazione⁵⁹, emergerebbe che alcuni fornitori avrebbero declinato la proposta di Esselunga di rinunciare alla clausola del reso, dichiarando di avere già assunto impegni con i mangimifici per il recupero del pane reso o, comunque, di avere l'esigenza di valutare la qualità del prodotto non venduto o di garantire la tracciabilità tra le farine acquistate e il pane prodotto (dato dalla somma del pane venduto più il pane reso). Tali risposte, secondo quanto sostenuto da Esselunga, rappresenterebbero un'ulteriore e definitiva dimostrazione che non solo la clausola del reso è concordata tra le parti, ma, in alcuni casi, è fortemente voluta dai panificatori.

62. Un ulteriore argomento sviluppato da Esselunga nella propria ultima memoria difensiva riguarda i contenuti della recente Direttiva comunitaria relativa alle pratiche sleali nel settore agro-alimentari⁶⁰, che, benché ancora in fase di recepimento, fornirebbe chiari principi interpretativi alle Autorità competenti. A tale riguardo, la Parte ha sottolineato come il reso di prodotti alimentari invenduti non sia stato inserito nella c.d. *black list* delle pratiche vietate, essendo piuttosto stato considerato nell'ambito della *grey list*, e cioè delle pratiche da considerarsi sleali solo laddove non siano state concordate in termini chiari e univoci nell'accordo di fornitura o in altro accordo successivo.

IV.4 Sul trasferimento di un rischio sproporzionato in capo al fornitore

63. Secondo quanto sostenuto dalla Parte, inoltre, non vi sarebbe alcuna evidenza che la condizione di reso comporti un improprio trasferimento di rischio sul fornitore, essendo il servizio di reso erogato dai panificatori oggetto di specifica retribuzione: i panificatori, infatti, rinegoziando ogni anno i listini prezzi, avrebbero modo di includere nel prezzo di acquisto i costi sostenuti per il rispetto della condizione del reso. Da un'analisi effettuata dalla Parte con riguardo alla totalità del pane acquistato da fornitori esterni nel 2016 e nel 2017, infatti, risulta che la media del prezzo del pane acquistato "senza reso" è inferiore alla media del prezzo del pane che prevede la condizione di reso.

V. VALUTAZIONI

V.1 Premessa

64. Alla luce degli elementi acquisiti nell'ambito del procedimento, è emersa l'illiceità delle condotte poste in essere da Esselunga nei confronti dei propri fornitori di pane fresco, consistenti nell'imporre a questi ultimi: i) il ritiro e lo smaltimento a proprie spese dell'intero quantitativo di prodotto invenduto a fine giornata; ii) il mancato pagamento del prodotto ordinato dalla catena distributiva e consegnato alla catena stessa, ma rimasto invenduto a fine giornata.

65. A tale riguardo, è stata innanzitutto rilevata la sussistenza di un significativo squilibrio nelle rispettive posizioni di forza commerciale tra Esselunga e i propri fornitori di pane fresco, alla luce della sussistenza degli indici sintomatici descritti.

66. Posta la sussistenza di siffatto squilibrio contrattuale, dalle risultanze istruttorie è emerso che la società Esselunga, facendo leva sullo squilibrio contrattuale sussistente, ha sostanzialmente imposto la sottoscrizione dell'obbligo del reso alla generalità dei propri fornitori di pane fresco sfuso.

⁵⁷ [A tale riguardo, Esselunga ha portato ad esempio il rispondente Q-4 del doc. 48.2, che avrebbe fornito una pluralità di risposte alla domanda 2.4, mentre gli Uffici avrebbero arbitrariamente e strumentalmente ritenuto di utilizzarne una soltanto. A tale riguardo, tuttavia, è stato chiarito con la Parte che la pagina nella quale il fornitore aveva barrato più risposte faceva parte di una sezione del questionario nella quale il panificatore aveva ritenuto di sintetizzare tutte le risposte fornite successivamente, e distintamente, con riferimento alle diverse catene clienti. Le pagine riferite specificamente a Esselunga, omissate per un errore materiale nel documento fornito a Esselunga nell'ambito dell'accesso del 18.4.19, sono state fornite alla Parte in data 7 giugno 2019. Da esse risulta che vi è corrispondenza esatta ed univoca tra le risposte del fornitore e la codifica che ne è stata effettuata nel database (doc. 48.3), al quale la Parte aveva pure avuto accesso in data 18.4.19.]

⁵⁸ [Docc. 66.5-66.18.]

⁵⁹ [Docc. 66.19-66.30.]

⁶⁰ [Si tratta della Direttiva (UE) 2019/633 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019, la quale "definisce un elenco minimo di pratiche commerciali sleali vietate nelle relazioni tra acquirenti e fornitori lungo la filiera agricola e alimentare e stabilisce norme minime concernenti l'applicazione di tali divieti" (art. 1).]

67. Le condotte commerciali descritte - seppure applicate ad un numero esiguo di fornitori, dai quali proviene una percentuale pari a circa il 5% del pane fresco complessivamente venduto dalla catena distributiva (che, per la rimanente parte, fa invece ricorso all'autoproduzione) - risultano costituire, per le motivazioni che verranno esposte, uno sfruttamento abusivo della propria posizione di forza commerciale, da parte di Esselunga, a danno dei propri fornitori di pane fresco, soggetti deboli del rapporto negoziale. Esse si sostanziano, infatti, in un'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose ai fornitori di pane e in un trasferimento ingiustificato agli stessi di un rischio commerciale tipico dell'attività distributiva.

68. Le condotte richiamate configurano una pratica commerciale sleale, nella forma dell'imposizione di una condizione contrattuale ingiustificatamente gravosa e di un trasferimento di un rischio ingiustificato, integrando una violazione dell'articolo 62, comma 2, lettere a) ed e) del D.L. n. 1/2012. In particolare, ai sensi della lettera a) del comma 2 è vietato imporre, direttamente o indirettamente, condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose; inoltre, sulla base di quanto disposto dall'articolo 4 del Decreto di attuazione del D.L. 1/2012, ai fini dell'applicazione dell'articolo 62, comma 2, lettera e), rientra nella definizione di "condotta commerciale sleale" anche il mancato rispetto dei principi di buone prassi e le pratiche sleali identificate dalla Commissione europea e dai rappresentanti della filiera agro-alimentare nell'ambito del Forum di alto Livello, di cui in allegato al Decreto: tra tali principi viene espressamente sancito quello che obbliga ciascuna parte della filiera ad assumersi i propri rischi imprenditoriali, mentre tra gli esempi di pratiche sleali vietate viene espressamente enucleato "il trasferimento di un rischio ingiustificato o sproporzionato all'altra parte".

69. Sulla base degli elementi istruttori acquisiti, le suddette condotte commerciali sleali risultano essere state adottate almeno dal 2014 e risultano ad oggi ancora in corso, anche alla luce di quanto osservato con riferimento alla comunicazione di Esselunga ai propri fornitori del 10 maggio u.s..

V.2 L'assenza di violazione dei diritti di difesa di Esselunga

70. In via preliminare, si rileva che Esselunga ha avuto accesso a tutti gli atti del procedimento nelle date 3 dicembre 2018, 22 febbraio 2019, 17 aprile 2019 e 24 maggio 2019. Con riferimento ai questionari, per le motivazioni illustrate alla sez. 3.4.1, la Parte ha avuto accesso a tutte le risposte fornite dai panificatori alle sezioni I (caratteristiche del fornitore) e III (impatto economico della clausola del reso), con la sola esclusione dei nominativi dei soggetti rispondenti, e alla sezione II (caratteristiche del rapporto contrattuale), con riferimento ai soli fornitori di Esselunga e separatamente dalla sezione I. L'accesso alla sezione II è stato fornito in un ordine diverso, e con una diversa numerazione dei fornitori, rispetto a quello utilizzato per le altre due sezioni, in modo da non consentire un collegamento diretto tra le risposte fornite in tale sezione e le caratteristiche dimensionali e organizzative dei rispondenti, che ne avrebbe facilmente consentito l'identificazione.

71. Le modalità di accesso date a Esselunga sono state quindi improntate all'unico e legittimo obiettivo di contemperare le esigenze della difesa con quelle della riservatezza dei nominativi dei soggetti rispondenti. A tale riguardo, vale ribadire che per garantire la riservatezza delle risposte e venire incontro ai descritti timori dei panificatori di subire ritorsioni commerciali, il questionario è stato inviato precisando ai panificatori che il nominativo/ragione sociale della ditta/società rispondente sarebbe stato richiesto con "l'esclusiva finalità di dare attendibilità e valore alle informazioni fornite" e che queste sarebbero state elaborate in forma anonima, "consentendo l'accesso ai documenti in modo che nessuna singola risposta potesse essere ricondotta alla società/ditta che l'ha fornita".

72. In ogni caso, nessuna delle informazioni alle quali la Parte non ha avuto accesso è stata utilizzata dagli Uffici nella costruzione dell'impianto accusatorio, dando quindi modo alla Parte di replicare su tutte le contestazioni mosse, utilizzando il medesimo set informativo (il c.d. "database") utilizzato dagli Uffici stessi, i quali hanno anzi messo a disposizione della Parte anche la trascrizione e la decodifica fatta internamente delle risposte ai questionari utilizzate nelle valutazioni, in un file in formato excel.

73. Risulta, pertanto, del tutto infondata la contestazione della Parte in merito alla presunta lesione del suo diritto di difesa operata dagli Uffici, posto che la gestione e l'utilizzo delle risposte ai questionari è stata effettuata in perfetto ossequio al "principio della parità delle armi" richiamato da Esselunga nella propria memoria conclusiva⁶¹ e che, in nessun modo, la riservatezza in merito all'identità dei singoli fornitori rispondenti ha potuto modificare o finanche influenzare le valutazioni, né avrebbe consentito a Esselunga di confutarle.

V.3 I principi giuridici di riferimento

74. Come noto, l'articolo 62 del D.L. n. 1/2012 ha attribuito all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato una competenza in materia di relazioni commerciali tra operatori della filiera agro-alimentare, qualificando come illeciti amministrativi una serie di condotte poste in essere nel contesto di rapporti contrattuali aventi ad oggetto la cessione di prodotti agricoli e agroalimentari e prevedendo l'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie. Tale disciplina trova la sua *ratio* prevalente nella avvertita necessità di offrire tutela alle piccole e medie imprese fornitrici di prodotti

⁶¹ [Docc. 66 e 76.1.]

agricoli e alimentari, dal lato dell'offerta, nei confronti del maggior potere negoziale raggiunto, dal lato della domanda, dagli acquirenti, siano essi trasformatori industriali o grandi gruppi distributivi della GDO⁶².

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

76. Le modalità applicative dell'articolo 62 sono state definite nel successivo *Decreto di attuazione* n. 199/2012, che ha delimitato l'ambito di applicazione della norma alle "relazioni economiche tra gli operatori della filiera alimentare connotate da un significativo squilibrio nelle rispettive posizioni di forza commerciale" (articolo 1 "Ambito di applicazione").

77. L'articolo 4 del *Decreto di attuazione* rubricato "Pratiche commerciali sleali" prevede, al suo secondo comma, che "Le disposizioni di cui all'articolo 62, comma 2, del D.L. 1/2012 [...] vietano qualsiasi comportamento del contraente che, abusando della propria maggior forza commerciale, imponga condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose [...]", specificando altresì che, ai fini dell'applicazione dell'articolo 62, comma 2, lettera e), rientra nella definizione di "condotta commerciale sleale" anche il mancato rispetto dei principi di buone prassi e le pratiche sleali identificate dalla Commissione europea e dai rappresentanti della filiera agro-alimentare nell'ambito del Forum di alto Livello, di cui in allegato al Decreto. Tra tali principi, viene espressamente sancito quello che obbliga ciascuna parte della filiera ad assumersi i propri rischi imprenditoriali, mentre tra gli esempi di pratiche sleali vietate viene espressamente enucleato "il trasferimento di un rischio ingiustificato o sproporzionato all'altra parte".

78. Le disposizioni di cui all'articolo 62 offrono quindi all'Autorità⁶³ una diversa e ulteriore possibilità di intervenire nei confronti di condotte unilaterali delle imprese che discendano, tra l'altro, dallo sfruttamento del cd. *buyer power*, senza tuttavia rendere necessario l'accertamento né di una posizione dominante in capo all'acquirente, presupposto per l'applicazione della legge n. 287/90 o dell'articolo 102 del TFUE, né della sussistenza di un rapporto di dipendenza economica tra i due contraenti, presupposto per un intervento ai sensi della legge n. 192/1998.

V.3 La violazione contestata

V.3.1 Le condotte

79. Dalle risultanze istruttorie è emerso che Esselunga, quanto meno dal 2014 ad oggi, ha applicato l'obbligo del reso a tutti i propri fornitori di pane fresco (con la sola eccezione di un panificatore che comunque vende una tipologia di pane confezionato e avente durata superiore alle 24 ore), prevedendo che il panificatore, quotidianamente, si faccia carico di ritirare l'intera quantità di prodotto invenduto a fine giornata e, successivamente, riaccrediti alla catena l'intero costo versato per l'acquisto del prodotto stesso.

80. Ciò comporta l'obbligo per il panificatore di produrre e consegnare al punto vendita una parte di prodotto che, pur essendo regolarmente ordinata e acquistata dalla catena distributiva, di fatto, non viene pagata dall'acquirente e non produce quindi alcun ricavo per il panificatore stesso.

81. Le percentuali di prodotto concretamente restituito da Esselunga ai panificatori si sono attestate, mediamente, nel periodo 2014-2018 (primi sei mesi), su un livello piuttosto elevato, pari a circa il [15-20]%, sia in quantità che in valore, e raggiungendo, per alcuni fornitori, livelli superiori al 20% e, in alcuni casi, anche al 40% del prodotto ordinato e consegnato.

82. 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 e di trasporto della merce ritirata.

83. Le condotte commerciali descritte, per le motivazioni che verranno esposte di seguito, integrano una violazione dell'articolo 62, comma 2, del D.L. 1/2012, applicato e interpretato anche alla luce dell'articolo 4, commi 1 e 2, del *Decreto di attuazione*, in quanto forme di sfruttamento abusivo della propria posizione di forza commerciale da parte di Esselunga S.p.A. a danno dei propri fornitori di pane fresco, soggetti deboli del rapporto contrattuale.

V.3.2 La sussistenza di un significativo squilibrio di potere negoziale

84. Dalle informazioni agli atti, appare innanzitutto comprovata la sussistenza di una significativa sproporzione di potere contrattuale tra la società Esselunga, primaria catena della GDO, dal lato della domanda, e i relativi fornitori di pane fresco, dal lato dell'offerta, che può essere desunta da una pluralità di indici sintomatici, soggettivi e oggettivi, i quali consentono di individuare la sussistenza di tale squilibrio con riferimento alla generalità dei fornitori di pane fresco della catena distributiva.

⁶² [Per una disamina approfondita della ratio, dei presupposti di applicazione e delle fattispecie previste dall'art. 62 si rinvia alla II Parte "Le relazioni verticali GDO-fornitori e gli strumenti di intervento dell'Autorità antitrust", Capitolo IV "Articolo 62 della l. n. 27/2012 e articolo 9 della l. n. 192/98 come strumenti alternativi di tutela contro il buyer power", dell'Indagine conoscitiva condotta dall'Autorità sulla Grande Distribuzione Organizzata (delibera n. 24465 del 24/07/2013 "IC43 - SETTORE DELLA GRANDE DISTRIBUZIONE ORGANIZZATA", Boll. n. 31/2013).]

⁶³ [Si veda IC43 - SETTORE DELLA GRANDE DISTRIBUZIONE ORGANIZZATA, cit.]

85. In primo luogo, esiste una forte asimmetria dimensionale, in termini di fatturato, numero di dipendenti e unità locali, tra le imprese di panificazione e il gruppo Esselunga: i panificatori, infatti, nella stragrande maggioranza dei casi, sono piccole imprese artigiane, con un fatturato inferiore ai 10 milioni di euro e un esiguo numero di dipendenti; anche nei pochissimi casi in cui siano imprese industriali o, comunque, con un numero di dipendenti superiore a 18, i panificatori hanno un fatturato di poche decine di milioni di euro, in ogni caso inferiore di oltre 100 volte rispetto a quello del gruppo Esselunga.

86. Il pane fresco è inoltre una merce altamente deperibile, che, anche per ragioni di ordine normativo, deve necessariamente essere venduta in giornata. Ciò impedisce al produttore di stoccare il prodotto, sia pure per pochi giorni, per modulare le quantità da immettere sul mercato in funzione degli acquirenti disponibili e del prezzo.

87. Il pane fresco è un bene che viene venduto senza marchio (quando è sfuso) o, comunque (quando è confezionato⁶⁴), con un marchio di scarsissima notorietà e forza commerciale. La merce dei diversi fornitori confluisce quindi in modo indistinto sugli scaffali dei diversi esercizi e il consumatore non riesce ad associarne le caratteristiche qualitative al produttore⁶⁵. Ciò rende particolarmente agevole la sostituzione dei fornitori da parte delle società del gruppo, anche in vigenza del rapporto contrattuale. Il cambio di fornitore, peraltro, appare ulteriormente agevolato dalla circostanza che nessun contratto con i panificatori prevede un impegno minimo di acquisto da parte della catena distributiva.

88. Come si è visto (cfr. sez. III.1 *supra*), il settore dei 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 domanda⁶⁶: tale situazione fa sì che, mentre le imprese della GDO, tra cui Esselunga, hanno in ogni momento una pluralità di potenziali fornitori tra cui scegliere, per i singoli panificatori risulta particolarmente difficoltoso sostituire un proprio cliente. Peraltro, lo sviluppo della Distribuzione Moderna e le mutate abitudini di consumo e di acquisto stanno comportando un progressivo incremento dell'incidenza della GDO tra i canali di approvvigionamento di pane per il consumatore, rendendo il canale stesso uno sbocco di difficile sostituzione per i panificatori, soprattutto laddove questi non dispongano di una propria rivendita diretta.

89. Anche la capacità di Esselunga di soddisfare quasi interamente il proprio fabbisogno di pane attraverso l'autoproduzione contribuisce ad incrementare il potere negoziale della catena nei confronti dei panificatori, consentendo ad essa maggiore flessibilità negli acquisti grazie alla possibilità di sostituire i fornitori esterni anche mediante un incremento della produzione interna.

90. L'esistenza di un significativo squilibrio di potere negoziale tra Esselunga e i propri fornitori di pane fresco appare ulteriormente avvalorata da una rilevante sproporzione nel margine unitario che le due tipologie di operatori riescono a realizzare attraverso la vendita del pane.

91. Sulla base di quanto dichiarato dai rappresentanti di FIPPA in audizione, infatti, risulta che l'utile medio di un panificatore si aggira attorno al 5% del fatturato⁶⁷; inoltre, dalle risposte fornite direttamente dai panificatori delle 6 principali catene distributive nazionali, emerge che il margine lordo dei panificatori, comprensivo dei costi della gestione del reso e degli sconti fuori fattura concessi alle catene distributive, si attesta nella stragrande maggioranza dei casi su valori inferiori al 20% e, per alcuni fornitori, su valori addirittura inferiori al 5%⁶⁸. Tale margine, per i soli fornitori di Esselunga che hanno risposto al questionario, risulta in tutti i casi inferiore al 10%.

92. Per quanto riguarda la catena Esselunga, invece, le risultanze istruttorie hanno evidenziato che:

- [10-20] dei [10-20] fornitori utilizzati nel 2017 hanno consentito alla catena distributiva di realizzare un ricarico di prezzo superiore al 30% e, di questi, [1-10] hanno consentito un ricarico superiore al 60%⁶⁹;
- da alcuni listini che recano sia il prezzo unitario di cessione che il prezzo di vendita degli articoli emerge che, in alcuni casi, il ricarico di prezzo di Esselunga sui prodotti di panificazione supera anche il 100%⁷⁰.

93. Tutto quanto esposto consente a Esselunga di esercitare un rilevante potere di mercato dal lato della domanda (*buyer power*) su tutti i propri fornitori di pane fresco in sede di negoziazione, conclusione ed esecuzione dei contratti, configurando relazioni commerciali strutturalmente caratterizzate da un significativo squilibrio, rilevante ai fini dell'applicabilità dell'articolo 62, così come disposto dall'articolo 1 del Decreto di attuazione.

⁶⁴ [Il pane industriale confezionato, peraltro, ha generalmente una vita di scaffale superiore alle 24 ore (da 2 a 5 giorni) e, pertanto, come si è visto, non potrebbe nemmeno a rigore fregiarsi della denominazione di "pane fresco".]

⁶⁵ [Doc. 31, p. 6.]

⁶⁶ [Ricerca Assitol-Cerved, già citata.]

⁶⁷ [Doc. 31.]

⁶⁸ [Doc. 48.3.]

⁶⁹ [Elaborazioni su doc. n. 19, all.1. Le elaborazioni sono state effettuate rapportando il valore unitario dei prodotti venduti di ciascun fornitore al valore unitario di acquisto. Il valore unitario di acquisto, peraltro, così come risulta dalla divisione degli importi fatturati per le quantità consegnate, non tiene conto degli ulteriori sconti fuori fattura riconosciuti dai panificatori alla catena, quali ad esempio gli sconti di fine periodo erogati tramite nota di debito, che ovviamente consentono un ulteriore innalzamento dei margini della catena.]

⁷⁰ [Doc. 34, all. 18.]

94. Con riferimento all'obiezione della Parte in base alla quale gli indici sintomatici descritti non si attaglierebbero in egual misura a tutti gli specifici rapporti contrattuali presi in considerazione, si osserva, in primo luogo, che, anche sulla base dei dati di fatturato prodotti dalla Parte stessa, nessuno dei fornitori di Esselunga risulta avere un fatturato superiore ai 50 milioni di euro: pertanto, la sproporzione di fatturato tra fornitori e acquirenti appare in tutti i casi particolarmente marcata.

95. In secondo luogo, si osserva che, anche laddove il fornitore sia un panificatore con un'organizzazione di tipo industriale, esiste comunque una forte asimmetria, non solo dimensionale ma anche di potere di mercato, tra le due controparti contrattuali, derivante, tra l'altro, da: l'eccesso di offerta di pane fresco rispetto alla domanda; la rapidissima deperibilità dei prodotti di panificazione freschi; la crescente incidenza del canale della GDO nelle vendite di pane e di prodotti direttamente sostituiti; l'assenza di un marchio commerciale o, comunque, di un marchio che goda di una propria notorietà e riconoscibilità presso il consumatore.

96. Pertanto, pur risultando leggermente più marcato nei confronti delle micro-imprese artigianali, lo squilibrio contrattuale tra Esselunga e i propri fornitori risulta in tutti i casi "significativo", anche al di là delle specifiche caratteristiche dimensionali e organizzative dei singoli panificatori.

97. Vale, peraltro, osservare che i dati di fatturato presi in considerazione da Esselunga riportano al fatturato complessivo del panificatore le sole vendite di pane fresco effettuate a Esselunga, tralasciando di considerare le vendite di altri prodotti da forno e/o sostituti del pane effettuate alla catena. Ciò non consente di tenere conto del fatto che, per il panificatore, un'eventuale perdita di Esselunga come cliente comporterebbe la perdita dell'intera fornitura di prodotti e non soltanto quella di pane fresco. Per diversi fornitori, l'incidenza del fatturato complessivo sviluppato con Esselunga sul proprio fatturato risulta pertanto ben più elevata del 3% e, in un caso, supera persino il 70%.

98. A tale riguardo, non appare sufficiente a confutare l'esistenza di una significativa sproporzione di forza commerciale tra le parti nemmeno quanto obiettato da Esselunga relativamente al fatto che i propri fornitori di pane fresco svilupperebbero con la catena, mediamente, una percentuale del 3%, del proprio fatturato: la nozione di "significativo squilibrio", presupposto applicativo dell'articolo 62, infatti, non coincide con la nozione di dipendenza economica, rilevante ai sensi della legge n. 192/1998. Nell'ottica dell'articolo 62, il contraente dotato di maggiore potere contrattuale può essere in grado di imporre talune condizioni commerciali o di adottare altre condotte che svantaggino il contraente più debole, anche laddove la controparte contrattuale non si trovi in una relazione di dipendenza economica in senso stretto nei suoi confronti e, pertanto, in una situazione di totale impossibilità di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. In altre parole, il criterio del significativo squilibrio di forza commerciale si presta a catturare uno spettro più ampio di relazioni contrattuali rispetto a quelle nelle quali sussiste un rapporto di dipendenza economica del fornitore dall'acquirente, necessariamente caratterizzato, tra l'altro, da un'assenza di alternative di sbocco economicamente soddisfacenti per il fornitore.

99. In definitiva, si ritiene pertanto ampiamente dimostrato che le relazioni commerciali tra Esselunga e i propri fornitori di pane fresco risultino strutturalmente caratterizzate da un significativo squilibrio, rilevante ai fini dell'applicabilità dell'articolo 62.

V.3.3 L'imposizione di una condizione ingiustificatamente gravosa

100. A differenza di quanto sostenuto da Esselunga, non vi sono evidenze agli atti di una trattativa avvenuta con ciascun fornitore in merito alla condizione di reso, non potendo pertanto desumersi che essa sia stata negoziata.

101. La clausola di reso, infatti, non è stata nemmeno espressamente prevista nei contratti, ma solo formalizzata unilateralmente mediante una *email*, con la quale i panificatori hanno trasmesso a Esselunga il contratto sottoscritto, il listino in vigore e una conferma delle condizioni per il reso (v. § 5.1 *supra*)⁷¹.

102. A tale riguardo, risulta agli atti che, nell'ambito della corrispondenza avuta con i panificatori prima della stipula dei contratti, Esselunga ha inviato via mail ai propri fornitori comunicazioni del seguente tenore: "*come da accordi intercorsi, le allego la scansione dell'Accordo Quadro 2017. Le chiedo cortesemente di timbrarlo, sottoscriverlo e renderlo via email, unitamente al listino prezzi e alle condizioni contrattuali riportati su carta intestata. Le chiedo inoltre, di volerci inviare le condizioni per il reso del pane invenduto, come sotto indicato per il pane non confezionato, emetteremo nota di debito per il reso al prezzo di costo*"⁷².

103. Deve inoltre osservarsi che, in una situazione di squilibrio negoziale, una condizione del rapporto commerciale vantaggiosa per il contraente 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 vi 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.

104. Nella presente fattispecie, l'obbligo del panificatore di ritirare quotidianamente l'intera quantità di prodotto rimasta invenduta sugli scaffali, restituendo all'acquirente l'intero prezzo corrisposto per l'acquisto, risulta arrecare un innegabile danno economico al panificatore. Infatti:

⁷¹ [Docc. 12.1.1, 12.2.1, 12.3.1, 12.4.1 e 34.18.]

⁷² [Doc. 34.18.]

- il panificatore gravato dall'obbligo del reso è obbligato a sopportare i costi vivi della produzione e del trasporto al punto vendita di consistenti quantità di prodotto che gli vengono ordinate ma che non gli vengono pagate, nonostante la catena distributiva ne acquisisca la proprietà al momento della consegna;
- a fronte dell'obbligo contrattuale di evadere puntualmente gli ordinativi di Esselunga, al panificatore non viene fornita alcuna certezza in merito alla percentuale del prodotto consegnato che genererà un effettivo ricavo;
- i contratti di fornitura non prevedono che il panificatore partecipi alle scelte di Esselunga relative alla composizione e alla quantità degli ordinativi. Il fornitore risulta pertanto costretto, attraverso l'obbligo del reso, a sopportare un rischio economico intrinsecamente connesso all'attività imprenditoriale dell'acquirente distributore;
- una volta ritirato il pane invenduto, il panificatore è tenuto anche a farsi carico degli oneri del suo smaltimento, risultando assenti, o presenti in misura trascurabile, le possibilità di riutilizzo profittevole del prodotto (cfr. *supra*, paragrafi 3.2.2 e 3.4.3);
- non vi sono evidenze che il panificatore venga remunerato e/o risarcito per il servizio di reso effettuato.

105. Inoltre, come si è visto (cfr. la sez. III.4.3 *supra*), quasi l'80% dei panificatori che hanno fornito risposta a tale specifica domanda del questionario hanno dichiarato di ritenere che l'obbligo del reso danneggi economicamente il panificatore, in quanto esso comprime gli utili o, comunque, impedisce di avere certezze sul proprio margine di guadagno⁷³. Nell'ambito del sottoinsieme dei fornitori che hanno tra i propri clienti Esselunga⁷⁴, tale percentuale sale al 100%, avendo tutti i rispondenti dichiarato che l'obbligo di reso danneggia i panificatori e che il rischio dell'invenduto dovrebbe gravare su chi acquista il prodotto.

106. Il fatto che l'obbligo di ritiro del prodotto invenduto venga sostanzialmente "imposto" da Esselunga ai propri fornitori appare ulteriormente avvalorato dalla circostanza che la clausola sia stata applicata da Esselunga alla generalità dei propri fornitori di pane fresco, con la sola esclusione di alcuni prodotti confezionati⁷⁵. Ciò dimostra inequivocabilmente che l'inserimento dell'obbligo nei contratti fa parte di una deliberata strategia aziendale, piuttosto che rappresentare l'esito di una negoziazione individualizzata con i singoli panificatori.

107. Infine, tra i 6 fornitori di Esselunga che hanno risposto al questionario (i quali hanno tutti confermato di avere sottoscritto l'obbligo di ritiro dell'intero quantitativo di pane sfuso invenduto e di riaccredito dello stesso al costo di acquisto), 4 hanno dichiarato che tali condizioni contrattuali gli sono state proposte/imposte dalla catena distributiva cliente; delle due rimanenti risposte, una riguarda un panificatore che dichiara di avere offerto spontaneamente la condizione di reso per rendere la propria offerta competitiva con quella dei concorrenti che praticano tale servizio e uno soltanto ha affermato di avere liberamente concordato la clausola di reso perché rispondente ad una reciproca convenienza.

108. A tale riguardo, e in risposta all'obiezione di Esselunga circa la "strumentalità" della costruzione della domanda n. 2.4 del questionario⁷⁶ da parte della Direzione Istruttoria, si fa presente che la domanda è stata specificamente formulata per capire se i panificatori si fossero sentiti in qualche misura "obbligati", anche senza un'imposizione formale (opzione 1), ad accettare la clausola del reso oppure se l'avessero offerta spontaneamente (opzione 2), o comunque concordata (opzione 3), perché ritenuta conveniente anche per il panificatore. Pertanto, al panificatore è stata offerta l'opzione "1" (la condizione mi è stata proposta/imposta dalla catena cliente) - con la quale egli poteva dichiarare di avere semplicemente accettato una "proposta" proveniente dalla catena distributiva - sostanzialmente in alternativa all'opzione "3" - con la quale il panificatore poteva invece specificare di avere "concordato" la clausola del reso avendone ravvisato anche una propria convenienza economica (essendo evidentemente scontata la convenienza della catena distributiva a non pagare il prodotto che non riesce a vendere).

109. Quanto all'opzione di risposta "2" (offerta spontanea del panificatore), essa è stata formulata in modo da distinguere i casi di: i) un'offerta "per rendere l'offerta competitiva rispetto a quella di altri fornitori che offrono il servizio di reso" e ii) un'offerta volta a "massimizzare la durata di esposizione del prodotto" o "altra motivazione". È evidente che l'opzione *sub i)* è fatta soltanto per adeguarsi ad una prassi commerciale ed è, quindi, sostanzialmente più vicina alla domanda "1", mentre l'opzione *sub ii)*, in quanto rispondente a una precisa convenienza economica del panificatore, è più vicina alla domanda "3". Tutte le possibili opzioni sono state, quindi, rappresentate ai panificatori in maniera perfettamente bilanciata e, in ogni caso, le risposte sono state tutte separatamente considerate ai fini delle analisi svolte.

⁷³ [Domanda n. 3.4 del questionario, cfr. doc. n. 33.2.]

⁷⁴ [Delle 103 risposte utilizzabili anche con riferimento alla sezione II ("Caratteristiche del rapporto contrattuale"), 6 provengono da panifici che hanno tra i propri clienti la catena Esselunga.]

⁷⁵ [Tali prodotti hanno una vita di scaffale superiore alle 24 ore, potendosi pertanto presumere che il loro livello di invenduto sia più contenuto e meno oneroso da gestire.]

⁷⁶ [La domanda 2.4. risultava formulata come segue: "Le condizioni di reso sopra richiamate sono state proposte/imposte dalla catena distributiva cliente o sono state offerte spontaneamente alla catena dalla sua azienda?"

1 mi sono state proposte/imposte dalla catena cliente

2 sono state offerte spontaneamente dalla mia azienda

con la finalità di massimizzare la durata di esposizione dei prodotti e le vendite

per rendere l'offerta competitiva rispetto a quella di altri fornitori che offrono il servizio di reso

altra motivazione, specificare.....

3 sono state liberamente concordate tra le parti in quanto rispondenti ad una reciproca convenienza"]

110. Pertanto, si ritiene che la formulazione delle domande e delle risposte pre-compilate non abbia prodotto alcuna distorsione nell'interpretazione delle stesse, posto che, sulla base delle alternative di risposta disponibili, è ragionevole presumere che i panificatori che hanno scelto di barrare la risposta "1", rispetto alla risposta "3", si siano sentiti "tenuti" ad accettare una proposta unilaterale della catena stessa, piuttosto che avere concordato la clausola del reso avendone riconosciuto una propria convenienza.

111. A ulteriore dimostrazione della correttezza di tale interpretazione, si rileva che tutti i fornitori di Esselunga che hanno risposto nel questionario che la condizione del reso è stata loro proposta/imposta dalla catena hanno anche dichiarato di ritenere che essa costituisce un danno per il panificatore e che sarebbe più giusto che il rischio dell'invenduto gravasse su chi acquista il prodotto⁷⁷.

112. In ogni caso, a differenza di quanto sostenuto da Esselunga, le risposte dei panificatori al questionario rappresentano solo uno degli elementi di sostegno dell'impianto accusatorio: esse hanno, infatti, fornito conferma alla circostanza, anche diversamente argomentata, che i panificatori siano stati messi nella condizione di accettare la clausola del reso a dispetto del proprio stesso interesse commerciale, pena il concreto rischio di perdere la possibilità di rifornire la catena distributiva.

113. Si rende infine necessario confutare un ultimo argomento addotto da Esselunga nella propria memoria conclusiva, volto a dimostrare che la condizione sarebbe stata non soltanto negoziata con i fornitori, ma, in alcuni casi, fortemente voluta dagli stessi. Si tratta, in particolare, della circostanza che alcuni fornitori (che rappresentano comunque una minoranza di quelli interpellati) avrebbero declinato una recente proposta formulata loro da Esselunga di rinuncia alla clausola del reso.

114. A tale riguardo, deve in primo luogo osservarsi che la proposta di Esselunga, così come formulata nella comunicazione del 10 maggio u.s.⁷⁸, non appare affatto essere, come affermato dalla Parte, un'offerta esplicita di eliminazione della clausola del reso, né gli stessi panificatori risultano averla interpretata in tal senso.

115. Infatti, la comunicazione si limita a richiedere ai panificatori l'accettazione della proposta che Esselunga si faccia carico direttamente del servizio di ritiro del pane, nell'ambito di un progetto di economia circolare teso al recupero delle eccedenze invendute, specificando da ultimo che *"in caso di accettazione della presente proposta, la clausola di reso con Voi concordata perderà efficacia rimanendo invariate tutte le altre condizioni di cui al nostro Accordo Quadro"*. Non risulta tuttavia specificato se e come, in caso di accettazione del servizio di ritiro, la società intenderebbe sostituire la clausola di reso destinata a perdere di efficacia, la quale, peraltro, non è neppure inserita nell'Accordo Quadro e, soprattutto, non risultano disciplinati i relativi aspetti economici.

116. Dal tenore delle risposte dei panificatori che hanno declinato la proposta di Esselunga, appare, infatti, evidente che esse forniscono riscontro alla sola offerta di Esselunga di svolgere direttamente il "servizio" di reso, e non anche a quella, ove eventualmente presente, di eliminare l'obbligo di reso dalle condizioni concordate: tutti i panificatori mostrano di aver colto esclusivamente l'aspetto "logistico" della proposta, relativo al soggetto che si fa carico di smaltire fisicamente il prodotto invenduto, e non l'eventuale aspetto economico di eliminazione dell'obbligo di riaccreditare alla catena distributiva il costo del prodotto invenduto. Senonché, l'obbligo di reso non appare rilevare tanto sotto il profilo logistico, quanto soprattutto sotto il profilo economico, in considerazione, tra l'altro, dei rischi sui margini di guadagno che ricadono sul panificatore.

117. A riprova dell'assenza di modifiche, con riferimento all'aspetto economico, si consideri, ad esempio, che uno dei panificatori ha risposto: *"Non riesco a scaricare l'allegato, ma dalla nostra conversazione telefonica, posso confermare che accetto di non ritirare più il pane invenduto, lasciando tutto il reso nel vostro negozio"*⁷⁹. Di analogo tenore le risposte degli altri panificatori che hanno declinato la proposta di Esselunga per impegni assunti precedentemente⁸⁰, ove si specifica ad esempio che: *"al fine di evitare lo smaltimento come rifiuto del pane invenduto, la scrivente ha stipulato contratto di fornitura con mangimificio locale per il conferimento del pane "reso"*⁸¹; *"i Ns prodotti di scarto e di ritorno (pane reso) dai clienti sono destinati ad uso zootecnico"*⁸²; *"preferiamo continuare a gestire in modo autonomo lo smaltimento del pane, anche in considerazione dei rapporti esistenti da anni con tali mangimifici"*⁸³; *"il*

⁷⁷ [Le stesse valutazioni negative sull'impatto dell'obbligo della clausola del reso, peraltro, sono state fornite anche dall'unico fornitore di Esselunga che ha dichiarato di avere concordato tale clausola, rendendo peraltro tale affermazione anche scarsamente coerente con le risposte successive.]

⁷⁸ [Docc. 66.6-66.18.]

⁷⁹ [Doc. 66.30.]

⁸⁰ [Docc. 66.19-66.23.]

⁸¹ [Doc. 66.22.]

⁸² [Doc. 66.19.]

⁸³ [Doc. 66.20.]

fatto di visionare il prodotto rientrato ci permette di valutare eventuali problemi di qualità che ne hanno ostacolato la vendita”⁸⁴.

118. Tutte le risposte, quindi, danno per scontata la prosecuzione della prassi (commerciale) del reso - che prevede il mancato pagamento da parte di Esselunga del prodotto invenduto - riferendosi invece, esclusivamente, alla scelta del soggetto che si fa carico di smaltirlo. In tali circostanze, è pienamente comprensibile che i panificatori (una minoranza) che hanno trovato una possibilità di riutilizzo del prodotto che viene loro “reso”, per quanto anche scarsamente remunerativa, preferiscano avvalersene piuttosto che rinunciare a un ricavo. Questo non significa certamente che essi preferiscano collocare i propri prodotti presso i mangimifici avendo a disposizione l’alternativa di venderli a Esselunga al prezzo di cessione pattuito.

119. Ulteriormente indicativa del contenuto esclusivamente “logistico” della proposta di Esselunga, infine, appare la risposta di uno dei panificatori che hanno declinato l’offerta “di scegliere come trattare il ritiro del pane fresco invenduto a fine giornata”, il quale ha specificato che “il ritiro del pane permette di documentare contabilmente il prodotto smaltito utile ai fini di eventuali controlli fiscali [...] cogliamo comunque con favore l’apertura della Vostra Società in merito alla questione del pane fresco invenduto e confidiamo durante il prossimo solito incontro annuale [...] di aprire una discussione riguardo all’aspetto economico del pane invenduto”⁸⁵.

120. La discussione sull’aspetto economico del pane invenduto non risulta, pertanto, essere stata nemmeno avviata nell’ambito di Esselunga. D’altra parte, in presenza del dovuto pagamento, e conseguente trasferimento della proprietà dell’intero quantitativo di pane consegnato a Esselunga, si renderebbe del tutto superfluo il reperimento a fini fiscali, da parte del panificatore, della documentazione contabile dei quantitativi smaltiti, che dovrebbe essere invece prodotta dal soggetto che ne ha acquisito da ultimo la proprietà.

121. Si consideri, inoltre, che qualora Esselunga avesse effettivamente deciso di non “rendere” più ai panificatori il prodotto avanzato, non risulterebbe nemmeno necessario chiedere il consenso alla proposta di farsi carico direttamente del servizio di smaltimento, posto che, in assenza della clausola di reso, la catena avrebbe il diritto/dovere di farsi carico direttamente della gestione delle proprie eventuali rimanenze a scaffale.

122. Infine, si evidenzia la particolare tempistica e le modalità della proposta formulata da Esselunga - inviata ai panificatori il 10 maggio 2019, con preghiera di fornire riscontro alla stessa entro il 15 maggio 2019 - giunta ad uno stadio particolarmente avanzato del procedimento. Per contro, non vi è traccia agli atti del procedimento di precedenti negoziazioni con i fornitori relativamente alla clausola del reso.

123. Risulta inoltre che, a diversi fornitori, il reso viene applicato non soltanto con riferimento al pane fresco “sfuso”, ma anche a quello confezionato. È sempre Esselunga, infatti, che chiede ad alcuni propri fornitori di precisare le condizioni di reso come segue: “per il pane confezionato, a fine anno le differenze del reso saranno valorizzate mediante il valore del venduto alle casse che provvederemo ad inviarvi”⁸⁶.

124. Quanto illustrato confuta in radice anche l’obiezione della Parte relativa al fatto che, nella recente Direttiva comunitaria relativa alle pratiche sleali nel settore agro-alimentare, il reso di prodotti alimentari invenduti viene inserito in una *grey list*, e cioè in un elenco di pratiche da considerarsi sleali solo laddove non siano state “concordate in termini chiari ed univoci nell’accordo di fornitura o in altro accordo successivo tra il fornitore e l’acquirente”⁸⁷. Nel caso di specie, non risulta dimostrata alcuna trattativa con i panificatori, per i quali la condizione di reso rappresenta un onere economico eccessivamente gravoso e non remunerato. Peraltro, vale ricordare che la Direttiva citata fornisce soltanto un elenco minimo di pratiche commerciali sleali vietate nelle relazioni tra acquirenti e fornitori lungo la filiera agricola e alimentare.

125. Alla luce delle risultanze istruttorie, pertanto, risulta ampiamente dimostrato che Esselunga abbia imposto l’obbligo del reso ai fornitori di pane fresco. Tale condotta configura una forma di sfruttamento abusivo della propria posizione di forza commerciale da parte della società Esselunga a danno dei soggetti deboli del rapporto negoziale, nella forma dell’imposizione di una condizione commerciale ingiustificatamente gravosa.

V.3.4 Il trasferimento di un rischio sproporzionato in capo al fornitore

126. Come esposto (cfr. la sez. III.5 *supra*), tutti i fornitori di pane fresco di Esselunga sono gravati dall’obbligo di ritirare giornalmente i prodotti invenduti all’interno del PV e riaccreditare alla catena l’intero prezzo di cessione. L’applicazione di tale obbligo da parte di Esselunga appare deliberatamente volta a consentire all’acquirente di disporre di quanto ordinato senza però sopportare il rischio di non riuscire a rivendere interamente i quantitativi di cui si è richiesta la consegna.

⁸⁴ [Doc. 66.23.]

⁸⁵ [Doc. 66.23.]

⁸⁶ [Doc. 34.18, già cit.]

⁸⁷ [Art. 3, comma 2 della Direttiva (UE) 2019/633 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019, la quale “definisce un elenco minimo di pratiche commerciali sleali vietate e stabilisce norme minime concernenti l’applicazione di tali divieti” (art. 1).]

127. La suddetta previsione, se applicata a un prodotto altamente deperibile come il pane fresco - che, per definizione, dopo 24 ore dalla produzione non può essere restituito nella condizione in cui è stato consegnato⁸⁸ - appare configurare una traslazione ingiustificata sul fornitore di un rischio imprenditoriale tipico del distributore, la cui attività consiste proprio nell'acquistare e rivendere i prodotti, programmando gli acquisti sulla base delle proprie strategie commerciali e previsioni di vendita.

128. D'altro canto, l'intero trasferimento di tale rischio sui fornitori non trova alcuna giustificazione economica in quanto: *i)* da un lato, la natura del bene interessato ne rende pressoché impossibile (se non in casi sporadici o in misura trascurabile) un riutilizzo profittevole da parte dei fornitori; *ii)* dall'altro, non risulta agli atti che il panificatore benefici di alcuna forma di compensazione economica dell'onere e dei rischi che è chiamato a sopportare.

129. Sotto il profilo delle possibilità di riutilizzo del pane invenduto, si sottolinea che, secondo quanto affermato dai rappresentanti della principale associazione di categoria del settore⁸⁹, il pane restituito ai panificatori viene prevalentemente smaltito come rifiuto organico o ceduto a titolo gratuito ad uso mangime. Ciò risulta confermato anche dai panificatori che hanno fornito risposta al questionario inviato dall'Autorità, il 90% circa dei quali ha dichiarato di non riutilizzare il pane invenduto a fini commerciali o, comunque, di trarne beneficio in misura assolutamente trascurabile. Peraltro, tra i pochi panificatori che hanno invece dichiarato di riutilizzarlo a fini commerciali, due hanno anche specificato le condizioni economiche di cessione ai mangimifici⁹⁰, che risultano di gran lunga inferiori al prezzo di cessione medio del pane alla GDO.

130. Sotto il secondo profilo, relativo all'eventuale presenza di una remunerazione economica del servizio di reso, si osserva che, dai documenti agli atti, risulta che il panificatore non beneficia di alcuna forma di compensazione dell'onere e dei rischi connessi all'obbligo di ritirare quotidianamente la parte del prodotto ordinato dai Punti Vendita, e ad essi regolarmente consegnata, che non viene rivenduta al consumatore e che non dà luogo ad alcun ricavo per il panificatore stesso. A tale riguardo, si osserva che il ritiro dell'invenduto da parte del fornitore costituisce un servizio aggiuntivo e non direttamente connesso alla vendita del prodotto che il panificatore è tenuto a rendere alla catena distributiva, e che, pertanto, ove richiesto dalla catena distributiva, andrebbe specificamente remunerato, o andrebbe comunque prevista una proporzionata ripartizione del rischio.

131. Come si è visto, Esselunga ha invece sostenuto, nel corso del procedimento, che il servizio di reso erogato dai panificatori sarebbe oggetto di specifica retribuzione al panificatore, inclusa nel prezzo di cessione contrattato. Ciò sarebbe anche confermato dal fatto che, sulla base di un'elaborazione effettuata dalla Parte stessa, la media del prezzo del pane acquistato "senza reso" sarebbe inferiore alla media del prezzo del pane che prevede la condizione di reso.

132. A tale proposito, si rileva che l'elaborazione effettuata da Esselunga non appare affatto indicativa della presenza di una remunerazione del servizio di reso. Infatti, il confronto tra i due valori considerati è del tutto privo di significato, in quanto falsato da un effetto di composizione dei panieri in comparazione: negli anni 2014 e 2015, in particolare, nei quali l'unica tipologia di pane per la quale il reso era stato escluso era un pane "speciale" dal prezzo più elevato (cotto a legna e proveniente dalla Calabria), la media del prezzo del pane acquistato "senza reso" risultava di gran lunga superiore alla media del prezzo del pane che prevedeva la condizione di reso; viceversa, negli anni successivi il reso era stato escluso per alcune tipologie di pane "basico" caratterizzate per loro stessa natura da un basso livello di prezzo (cd. pane di primo prezzo).

133. Inoltre, in nessun contratto o accordo risulta essere prevista una proporzionata ripartizione del rischio, né soprattutto una specifica voce identificata come corrispettivo dell'obbligo di reso. Contrariamente a quanto sostenuto dalla parte, una simile previsione, per rappresentare un corrispettivo per l'erogazione di tale servizio, dovrebbe essere commisurata all'effettiva quantità della prestazione resa ed essere regolata da una previsione aggiuntiva e distinta rispetto a quella che regola le condizioni di acquisto, e non invece tradursi in un riaccredito del prezzo pattuito per l'acquisto. D'altro canto, il prezzo di listino, come confermato anche dai rappresentanti di FIPPA nella propria audizione⁹¹, rappresenta il valore a cui viene ceduto il bene, e non può includere prestazioni supplementari non meglio specificate e quantificate.

134. Non appare peraltro superfluo rilevare che, qualora il prezzo di listino del prodotto venisse effettivamente stabilito tenendo conto del servizio di reso richiesto, dovrebbe riscontrarsi l'esistenza di una correlazione positiva ed elevata (vicina al valore massimo di uno) tra la quantità di reso mediamente sopportata da ciascun panificatore e il prezzo di listino fissato per la vendita dei prodotti, nel senso che il panificatore dovrebbe ricevere una remunerazione tanto più

⁸⁸ *[Sul tempo massimo di conservazione del pane, fermo quanto descritto nell'ambito del quadro normativo vigente, si aggiunge che anche dai listini depositati dalla Parte emerge che i panificatori indicano per la generalità dei prodotti di panificazione una durata di un giorno alla voce "T.M.C. alla produzione" (doc. n. 39, allegati n. 5, 6, 7).]*

⁸⁹ *[Doc. 31, p. 5.]*

⁹⁰ *[Si tratta di un prezzo pari a 0,5-0,7 euro/kg. Cfr doc. 48.3.]*

⁹¹ *[Doc. 31.]*

alta quanto maggiore è l'onere che è chiamato a sopportare. Tale correlazione, invece, pur risultando positiva, risulta molto bassa e vicina allo zero (0,22 per il 2017 e a 0,12 nel 2016)⁹².

135. In conclusione, si ritiene che l'obbligo imposto da Esselunga ai panificatori di fornire quotidianamente ai propri punti vendita quantitativi di pane sistematicamente superiori rispetto a quelli che vengono pagati cagioni un indebito aggravio di costi per i panificatori stessi, in quanto, come confermato dai rappresentanti di FIPPA⁹³, anche la fornitura di una sola unità aggiuntiva di prodotto richiede l'utilizzo di materie prime e di manodopera, sia per la produzione che per il trasporto. Pertanto, alla luce del fatto che non risulta essere stata concordata alcuna forma di compensazione economica di tale obbligo, quest'ultimo si configura di fatto come trasferimento sui fornitori, da parte di Esselunga, di un rischio commerciale ingiustificato, in quanto tipicamente e intrinsecamente connesso all'attività distributiva.

136. La sproporzione del rischio trasferito sul fornitore risulta anche più evidente alla luce della concreta gestione della condizione del reso, che ha comportato la restituzione ai fornitori di quantità di pane molto consistenti, in alcuni casi anche superiori al 20% del prodotto consegnato.

137. Le condotte descritte, pertanto, appaiono aver determinato un trasferimento eccessivo e ingiustificato, da parte di Esselunga, di un rischio tipico dell'attività distributiva ai propri fornitori di pane, soggetti deboli del rapporto negoziale.

VI. QUANTIFICAZIONE DELLE SANZIONI

138. Ai sensi dell'articolo 62, sesto comma, del D.L. 1/2012, "*Salvo che il fatto costituisca reato, il contraente, ad eccezione del consumatore finale, che contravviene agli obblighi di cui al comma 2 è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 2.000,00 a euro 50.000,00. La misura della sanzione è determinata facendo riferimento al beneficio ricevuto dal soggetto che non ha rispettato i divieti di cui al comma 2*". Inoltre, ai sensi dell'ottavo comma "*l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato è incaricata della vigilanza sull'applicazione delle presenti disposizioni e all'irrogazione delle sanzioni ivi previste, ai sensi della legge 24 novembre 1981 n. 689*".

139. In ordine alla quantificazione della sanzione deve quindi tenersi conto sia del beneficio ricevuto dal soggetto che non ha rispettato il divieto sia, più in generale, in virtù dello specifico richiamo a tale norma contenuto nell'articolo 62, comma 8, dei criteri individuati dall'articolo 11 della legge n. 689/81, quali, in particolare, la gravità della violazione, l'opera svolta dall'impresa per eliminare o attenuare l'infrazione, la personalità dell'agente, nonché le condizioni economiche dell'impresa stessa.

140. Con riguardo alla gravità della violazione in esame, nella specifica fattispecie in oggetto occorre tenere conto, della dimensione dell'impresa interessata, della diffusione della pratica, della natura grave della condotta accertata, consistente in un abuso di forza commerciale potenzialmente idoneo a produrre effetti di grande rilievo sulla redditività delle imprese fornitrici di pane, decurtandone i margini di guadagno e mettendone a rischio la sopravvivenza stessa sul mercato, nonché dell'entità dei benefici concretamente ricevuti dal soggetto che non ha rispettato il divieto, e cioè la società Esselunga.

A tale riguardo, si osserva come quest'ultima sia un'impresa di grandi dimensioni, che rappresenta uno dei principali operatori della GDO, con un fatturato significativo, pari a circa 7,5 miliardi di euro.

Quanto alla diffusione della pratica del reso, emerge che essa ha avuto un'applicazione generalizzata e tutt'altro che sporadica.

In relazione al beneficio tratto, infine, si rileva che, nonostante la preponderante percentuale di produzione interna di pane, Esselunga abbia restituito complessivamente ai propri fornitori, tra il 2014 e il primo semestre del 2018, una quantità di prodotto avente un valore totale superiore ai 5 milioni di euro.

141. Per quanto riguarda la durata delle violazioni, dagli elementi disponibili in atti risulta che le condotte commerciali sono state poste in essere da Esselunga quanto meno dal 2014 e sono ad oggi ancora in corso.

142. Tenendo conto della gravità e della durata delle descritte condotte commerciali, pertanto, alla luce di quanto sopra, si ritiene di determinare l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Esselunga S.p.A. per la pratica sleale descritta alla sez. V.4, nei limiti e secondo le specificazioni contenute in motivazione, nella misura del massimo edittale pari a 50.000 € (cinquantamila euro).

RITENUTO, pertanto, sulla base delle considerazioni svolte, che le condotte commerciali poste in essere da Esselunga S.p.A. e descritte nella sez. V.3.1 - consistenti nell'aver imposto ai propri fornitori di pane fresco: *i)* il ritiro e lo smaltimento a proprie spese dell'intero quantitativo di prodotto invenduto a fine giornata; *ii)* il mancato pagamento del

⁹² *[Qualora si volesse tener conto della circostanza che il prezzo medio di listino del panificatore risente delle tipologie di pane tenute in assortimento (ad esempio pani basici di primo prezzo piuttosto che pani speciali di prezzo più elevato), si potrebbe depurare l'analisi della correlazione tra reso e prezzo di acquisto del pane da tale effetto di composizione mettendo in relazione il livello di reso non con il prezzo di acquisto, bensì con il margine di guadagno che tale prezzo consente di realizzare alla catena distributiva: sarebbe infatti ragionevole supporre che, in presenza di una remunerazione del servizio di reso, tale margine (calcolato come differenza percentuale tra il prezzo di vendita e i costi di acquisto) sia tanto più basso quanto maggiore è la quantità di servizio di reso richiesta al panificatore. In altri termini, tanto maggiore è la quantità di servizio prestata, tanto più la catena distributiva dovrebbe rinunciare a una parte del proprio margine a favore del panificatore. Dovrebbe quindi verificarsi una correlazione inversa tra la percentuale di reso praticata a ciascun panificatore e il margine del distributore sui prodotti di tale fornitore. Anche tale correlazione, in realtà, pur risultando negativa come atteso, è molto bassa essendo pari a -0,26 nel 2017 e a -0,11 nel 2016.]*

⁹³ *[Doc. 31, p. 4.]*

prodotto ordinato dalla catena distributiva e consegnato alla catena stessa, ma rimasto invenduto a fine giornata - integrano una violazione degli articoli 62, comma 2, lettere a) ed e) del D.L. 1/2012, così come interpretato anche ai sensi dell'articolo 4, comma 1, del *Decreto di attuazione*;

DELIBERA

a) che le condotte commerciali poste in essere da Esselunga S.p.A. e descritte nella sez. V.3.1, costituiscono, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, violazione dell'articolo 62, comma 2, lettere a) ed e) del D.L. 1/2012, così come interpretato anche ai sensi dell'articolo 4, comma 1, del *Decreto di attuazione*;

b) che, con riferimento alla violazione descritta, alla società Esselunga S.p.A. sia irrogata una sanzione amministrativa pecuniaria nella misura del massimo edittale pari a € 50.000 (cinquantamila euro);

c) che la società Esselunga S.p.A. si astenga dal porre in essere, nei confronti dei propri fornitori di pane, condotte commerciali analoghe a quelle descritte nei punti che precedono.

Le sanzioni amministrative irrogate devono essere pagate entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando i codici tributo indicati nell'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997.

Il pagamento deve essere effettuato telematicamente con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di *home-banking* e CBI messi a disposizione dalle banche o da Poste Italiane S.p.A., ovvero utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle Entrate, disponibili sul sito *internet* www.agenziaentrate.gov.it.

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

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

IL SEGRETARIO GENERALE
Filippo Arena

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli