

COMMISSIONI RIUNITE
X ATTIVITÀ PRODUTTIVE, COMMERCIO E TURISMO
E XIII AGRICOLTURA
DELLA CAMERA DEI DEPUTATI

AUDIZIONE DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO
AVV. FILIPPO ARENA
SEGRETARIO GENERALE

nell'ambito dell'esame della proposta di Direttiva COM(2018) 173 final, in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera alimentare

11 settembre 2018

Onorevoli Presidenti, Onorevoli Deputati,

la proposta di Direttiva oggetto dell'audizione odierna è di grande interesse per l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in considerazione delle competenze e i poteri decisorii attribuiti all'Autorità nell'ordinamento interno dall'art. 62 della l. n. 27/2012¹, riguardante la disciplina delle relazioni commerciali tra operatori economici in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari, e dell'attenzione che nel corso degli ultimi anni l'Autorità ha riservato a tali tematiche.

L'iniziativa legislativa, pubblicata dalla Commissione Europea il 12 aprile 2018, si inserisce in un contesto che, a partire dal 2009, ha visto il susseguirsi di interventi riguardanti il funzionamento della filiera alimentare da parte delle Istituzioni europee ed è finalizzata a introdurre una disciplina delle pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera alimentare volta ad impedire che lo squilibrio tra le posizioni negoziali delle parti venga sfruttato per imporre al contraente debole talune condizioni, considerate senz'altro inique.

La Commissione ritiene, infatti, che l'attuale frammentazione del quadro giuridico europeo - derivante da interventi nazionali lacunosi e disarmonici – conduca ad una

¹ Legge 24 marzo 2012, n. 27, di conversione del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1 “Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività”

indesiderabile alterazione delle condizioni di concorrenza sul mercato unico e si riveli insuscettibile di assicurare ai produttori agricoli una protezione adeguata nei confronti delle pratiche commerciali sleali.

Sotto tale profilo, la Commissione sottolinea l'esigenza di garantire un coordinamento efficace tra le autorità nazionali responsabili per l'applicazione della disciplina in esame, che ad avviso dell'esecutivo comunitario garantirebbe una maggiore certezza giuridica a tutti gli operatori economici coinvolti. I co-legislatori, dal canto loro, si sono già espressi in favore di un intervento normativo a livello euro-unitario, che sostenga la posizione degli agricoltori più vulnerabili rispetto all'adozione di pratiche commerciali sleali².

La proposta di direttiva è attualmente in discussione nel gruppo di lavoro "Agricoltura" del Consiglio dell'Unione Europea, cui partecipa in rappresentanza del Governo italiano il Ministero per le Politiche Agricole e Forestali, e nella Commissione Agricoltura e sviluppo rurale del Parlamento Europeo.

Come già rappresentato al Ministero per le Politiche Agricole e Forestali in una nota trasmessa a fine luglio 2018, l'Autorità condivide gli obiettivi perseguiti dalla Commissione attraverso una parziale armonizzazione della disciplina delle pratiche commerciali sleali nella filiera agro-alimentare a livello euro-unitario.

L'adozione di un quadro giuridico comune, infatti, accorda una tutela minima ai produttori che, in ragione dell'elevata frammentazione dal lato dell'offerta sui mercati rilevanti, si trovano di frequente in una posizione di marcata soggezione rispetto alla propria controparte contrattuale. Inoltre, l'esercizio abusivo del potere di mercato da parte dei soggetti dotati di maggior potere negoziale, che sfocia nell'adozione di pratiche commerciali gravemente pregiudizievoli, non può essere efficacemente contrastata a livello nazionale, senza suscitare incertezze giuridiche e rischi di alterazione delle dinamiche competitive per le imprese che operino in diversi Paesi dell'Unione.

² Cfr. Risoluzione del Parlamento Europeo del 7 giugno 2016 e Conclusioni del Consiglio del 12 dicembre 2016; si veda anche il rapporto del Comitato Economico e Sociale del 30 settembre 2016.

Ad avviso dell’Autorità, tuttavia, il testo della proposta licenziato dalla Commissione europea lo scorso aprile deve essere integrato in alcuni snodi fondamentali e rafforzato sotto altri profili.

Innanzitutto, suscita viva perplessità la scelta di definire il campo di applicazione della Direttiva prescindendo dall’accertamento dello squilibrio significativo nel potere di mercato e di valersi invece di un sistema di presunzioni suscettibile di determinare per un verso importanti lacune di tutela, e per altro verso ingiustificati automatismi.

Del pari discutibile appare la mancata previsione di una norma che definisca le pratiche commerciali sleali, operando quale clausola generale cui le autorità competenti possano ricorrere per valutare condotte di nuova emersione. In tal modo viene limitata significativamente la capacità del testo legislativo di adattarsi con successo alla evoluzione delle condizioni dei mercati interessati.

Infine, l’Autorità ritiene opportuno sia un ripensamento della scelta di individuare come autorità competente a intervenire quella dello Stato membro in cui è stabilito l’acquirente sospettato di aver attuato una pratica commerciale sleale, che un rafforzamento dei meccanismi di cooperazione transfrontaliera tra le autorità competenti, prevedendo almeno la possibilità di uno scambio di informazioni riservate.

Posta questa premessa di carattere generale, di seguito verranno sottoposte all’attenzione delle Commissioni alcune considerazioni di maggiore dettaglio in relazione ai principali profili problematici della proposta di Direttiva in commento.

L’ambito di applicazione

La proposta di direttiva intende tutelare gli operatori della filiera agro-alimentare dalle pratiche commerciali sleali, cui essi sono particolarmente esposti in ragione della relativa debolezza della loro posizione contrattuale che, come chiarito dal considerando 5 della proposta della Commissione, discende dai differenti gradi di concentrazione ai diversi livelli della filiera.

L'intervento legislativo che – in deroga al generale principio della libertà contrattuale – rafforzi la posizione negoziale della parte debole si giustifica, pertanto, in ragione del fatto che nella filiera agro-alimentare alcuni soggetti imprenditoriali possono trovarsi, rispetto alla propria controparte contrattuale, nel medesimo stato di soggezione in cui sarebbe un semplice consumatore.

Nonostante ciò, l'articolo 1 della proposta delimita l'ambito di applicazione del divieto a tutte le pratiche commerciali sleali adottate in relazione alla compravendita di prodotti agro-alimentari tra un fornitore che sia una PMI e un acquirente che non sia una PMI, ma non subordina l'applicabilità delle nuove disposizioni alla sussistenza di uno squilibrio apprezzabile di potere di mercato tra le parti del contratto.

La proposta della Commissione, prescindendo dall'accertamento in concreto di una situazione di soggezione economica da parte di uno dei contraenti, introduce nei fatti una duplice presunzione *juris et de jure* legata alla dimensione delle imprese interessate: che uno squilibrio significativo nel potere di mercato sussista in favore dell'acquirente che non sia una PMI ogni qual volta negozi con una PMI; e che tale squilibrio non si riscontri nelle relazioni tra PMI ovvero quando l'impresa di maggiori dimensioni sia il venditore.

Le ragioni che possono avere indotto la Commissione alla scelta in questione sono comprensibili: il criterio proposto, infatti, assicura la massima certezza giuridica, in quanto delimita con precisione i rapporti giuridici ai quali le nuove norme dovranno essere applicate.

Tuttavia, ad avviso dell'Autorità, appare illogico equiparare senz'altro la posizione contrattuale di tutte le PMI, nel cui ambito si riscontra una spiccata varietà di organizzazioni imprenditoriali. La media impresa con decine di dipendenti e un volume di affari nell'ordine di centinaia di milioni di euro potrebbe, in linea di principio, disporre di strumenti di reazione diversi e più incisivi, nel negoziato contrattuale, rispetto al piccolo produttore agricolo che gestisce una impresa familiare, che la mettano al riparo dall'adozione di strategie abusive. Per contro, la situazione dei produttori di minori dimensioni non sembra apprezzabilmente migliore – in termini di potere di mercato - quando contrattino con imprese di

dimensione media (rientranti tuttavia nella definizione di PMI utilizzata dalla Commissione) rispetto all'ipotesi in cui interagiscano con grandi imprese.

Per queste ragioni, la presunzione che la Commissione vorrebbe introdurre sembra imprecisa e destinata perciò a determinare lacune di tutela e comportamenti opportunistici finalizzati a evitare l'applicazione del divieto da parte del soggetto forte del rapporto contrattuale.

Pertanto, l'Autorità riterrebbe preferibile che l'ambito di applicazione della direttiva fosse definito in relazione alle *“pratiche commerciali sleali adottate nelle relazioni economiche tra gli operatori della filiera agro-alimentare connotate da un significativo squilibrio nel rispettivo potere di mercato”*.

Tale formulazione, peraltro, avrebbe il pregio di assicurare la coerenza della nuova normativa con il diritto interno. Segnatamente, con il Decreto del Ministero delle Politiche Agricole, Alimentari e Forestali del 19 ottobre 2012 n. 199³ che, in attuazione del citato articolo 62 della legge n. 27/2012, ha chiarito che esso si applica *“con particolare riferimento alle relazioni economiche tra gli operatori della filiera connotate da un significativo squilibrio nelle rispettive posizioni di forza commerciale”*: scelta che ha trovato puntuale conferma nel regolamento di procedura adottato dall'Autorità nel 2013⁴.

Come l'Autorità ha rilevato nella propria relazione al Parlamento per l'anno 2012, tale rilevante puntualizzazione ha avuto *“il pregio, da un lato, di circoscrivere la portata applicativa della norma alle sole relazioni commerciali poste in essere lungo la filiera agro-alimentare; dall'altro, di ancorare l'applicazione delle nuove previsioni all'obiettivo di tutela del contraente debole, superando così i rischi di un'indesiderata applicazione generale delle nuove previsioni a qualsivoglia rapporto commerciale del settore”*.

³ Decreto del Ministero delle Politiche Agricole, Alimentari e Forestali 19 ottobre 2012, n. 199 recante “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”, pubblicato in G. U. 23 novembre 2012, n. 274.

⁴ AGCM, Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di disciplina delle relazioni commerciali concernenti la cessione di prodotti agricoli e alimentari, in G. U. n. 58 del 9 marzo 2013.

Ne consegue che l'Autorità – designata come istituzione competente ad assicurare l'applicazione della normativa in parola - può attivare i propri poteri istruttori e i poteri sanzionatori previsti dall'art. 62 soltanto laddove sussista detto significativo squilibrio nella relazione commerciale lungo la filiera.

Con riferimento alla disciplina di cui alla proposta di Direttiva in commento, l'esigenza di certezza giuridica perseguita dalla Commissione potrebbe essere assicurata, in tale contesto, introducendo una presunzione *juris tantum*, secondo la quale l'esistenza di un significativo squilibrio potrà ritenersi sussistente – salva la prova contraria da fornirsi ad opera del soggetto interessato – nelle ipotesi in cui una PMI negozi con un soggetto che non sia una PMI.

Il divieto di pratiche commerciali sleali

Il secondo aspetto problematico della proposta di Direttiva concerne l'assenza di un divieto generale di pratica commerciale sleale.

Né l'articolo 2 né l'articolo 3 della proposta della Commissione contengono infatti una definizione di pratica commerciale sleale. L'articolo 3 invece si limita a prevedere una “lista nera” di pratiche che devono essere in ogni caso vietate (comma 1), e una seconda lista di condotte (cosiddetta “lista grigia”) che sono lecite solo quando costituiscano l'oggetto di un accordo chiaro ed inequivoco, espresso al momento della conclusione del contratto (comma 2).

In particolare, risulteranno sempre vietate:

- 1) Il ritardo nei pagamenti superiore a trenta giorni per l'acquisto di prodotti deperibili;
- 2) La cancellazione di un ordine di prodotti deperibili con un preavviso tanto breve da non consentire ragionevolmente al fornitore di reperire una alternativa sul mercato per la commercializzazione dei prodotti in questione;
- 3) La modifica unilaterale e retroattiva delle condizioni contrattuali relative alla frequenza, al momento o al volume della fornitura o della consegna, nonché agli standard qualitativi o al prezzo dei prodotti alimentari;

- 4) L'imputazione al fornitore del rischio per il deterioramento dei prodotti presso i locali dell'acquirente, per fatto non imputabile al fornitore.

Un previo ed inequivoco accordo al momento della conclusione del contratto è invece un presupposto irrinunciabile per la liceità delle seguenti pratiche:

- 1) La restituzione dell'invenduto al fornitore;
- 2) La richiesta al fornitore di *fees* per la commercializzazione e l'esposizione dei prodotti;
- 3) La richiesta al fornitore di sostenere le spese promozionali relative ai prodotti rivenduti dall'acquirente;
- 4) La richiesta che il fornitore sostenga le spese di commercializzazione dei prodotti rivenduti dall'acquirente.

L'Autorità ritiene che la rinuncia della Commissione a formulare una definizione di pratica commerciale scorretta indebolisca significativamente l'impianto della proposta e destini il testo normativo ad una più rapida obsolescenza.

La "lista nera" di cui all'articolo 3, infatti, risulta di stretta interpretazione, in virtù del suo carattere eccezionale rispetto al principio della libertà contrattuale. Poiché il divieto non incide sullo squilibrio del potere di mercato, è presumibile che le imprese costrette a rinunciare ai vantaggi loro derivanti dalle pratiche elencate sfruttino comunque la loro posizione negoziale per imporre ai fornitori subalterni altre condizioni contrattuali penalizzanti, non menzionate dal legislatore (ad esempio, in caso non di annullamento ma di modifica degli ordini di prodotti agroalimentari deperibili o di modifica unilaterale ma non retroattiva delle condizioni dell'accordo di fornitura). In tali circostanze, l'assenza di una clausola generale definitoria impedirà alle autorità competenti di reagire efficacemente a tali condotte nuove, rispetto alle quali il testo normativo potrebbe rivelarsi presto non adeguato.

Peraltro, la lista nera non appare neppure suscettibile di accrescere la certezza giuridica degli operatori della filiera agro-alimentare. Essa contiene infatti numerosi riferimenti, di natura – per così dire – “qualitativa”, che possono determinare dubbi ermeneutici e richiederanno senz'altro precisazioni giurisprudenziali. È il caso, ad esempio, del termine di preavviso tanto “breve”, che non si possa

“ragionevolmente” attendersi che il fornitore rinvenga sul mercato “alternative” per la commercializzazione dei prodotti in questione.

Inoltre, non è chiaro se il divieto di alterazione unilaterale e retroattiva dei termini del contratto di fornitura escluda comunque la possibilità di aggiustamenti progressivi delle variabili fondamentali del negozio nella fase della sua esecuzione (come d'altronde avviene nella prassi commerciale del settore).

Per quanto riguarda la “lista grigia”, infine, secondo l’Autorità l’enfasi sull’accordo inequivoco al momento della conclusione del contratto, che impedisce alle pratiche ivi indicate di colorarsi di illiceità, trascura la circostanza che la situazione di dipendenza economica, frequente nella filiera agro-alimentare, può agevolmente indurre la parte debole del rapporto a prestare il proprio assenso anche a condizioni che ne comprimano indebitamente la posizione giuridica.

Per queste ragioni, piuttosto che recare una lista grigia, l’Autorità ritiene che l’articolo 3 della proposta dovrebbe essere integrato da una clausola generale e definitiva, che vieti le pratiche commerciali sleali che determinino, in danno del soggetto dotato di minore potere di mercato, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi nascenti dal contratto.

Quanto alla lista “nera” di pratiche da ritenersi comunque sleali, l’Autorità non muoverebbe obiezioni al suo mantenimento nel testo della proposta, qualora fosse accolto il suggerimento di limitarne l’ambito di applicazione alle sole relazioni commerciali nella filiera connotate da un significativo squilibrio del potere di mercato delle parti.

Laddove tale modifica non fosse apportata, sarebbe allora necessario prevedere una mera presunzione *juris tantum* di slealtà delle pratiche elencate, consentendo al soggetto che le abbia poste in essere di dimostrare che, nel caso di specie, esse non determinano un significativo squilibrio in danno della controparte contrattuale.

Le autorità competenti e la cooperazione tra le autorità di contrasto

L'articolo 4 della proposta di direttiva impone a ciascuno Stato membro di designare un'autorità pubblica competente per la sua attuazione. Il successivo articolo 5 precisa che le denunce sono presentate *“all'autorità di contrasto dello Stato membro in cui è stabilito l'acquirente sospettato di avere attuato una pratica commerciale vietata”*. I poteri che il testo vorrebbe attribuire alle autorità competenti sono sostanzialmente in linea con i poteri istruttori e decisorii già attribuiti all'Autorità nella materia in questione (articolo 6). Essi includono:

- 1) Il potere di agire d'ufficio o sulla scorta di una segnalazione;
- 2) Il potere di acquisire le informazioni necessarie per lo svolgimento dell'indagine;
- 3) Il potere di adottare decisioni inibitorie e di imporre sanzioni pecuniarie, proporzionate alla gravità e alla durata dell'infrazione;
- 4) Il potere di pubblicare le proprie decisioni.

Desta tuttavia alcune perplessità la scelta di radicare la competenza esclusiva ad applicare la normativa in questione sull'autorità di contrasto dello Stato membro in cui è stabilito l'acquirente sospettato di aver posto in essere una pratica vietata nei casi transfrontalieri. Tale scelta si ritiene inopportuna tutte le volte in cui, ad esempio, le prove dell'infrazione sono nello Stato membro del soggetto che ha subito la pratica commerciale sleale e l'acquirente ha una presenza stabile nello stesso paese. In tali ipotesi, si ritiene che l'autorità dello Stato membro del fornitore sia quella che più efficacemente può portare a termine il procedimento di accertamento.

Secondo l'Autorità sarebbe, dunque, opportuno introdurre dei criteri per l'attribuzione della competenza che siano tali da permettere all'autorità che è meglio posizionata di intervenire su una pratica commerciale sleale.

Per altro verso, si segnala la norma (l'articolo 7, comma 1, della proposta) che stabilisce che le autorità competenti cooperino efficacemente nei casi transfrontalieri, prestandosi assistenza reciproca. Tuttavia, in assenza di un quadro giuridico definito nel quale tale assistenza reciproca possa realizzarsi – come in materia di concorrenza o di tutela del consumatore – non sembra che le autorità competenti possano assumere – le une per conto delle altre - l'adozione di misure investigative o decisorie o scambiarsi informazioni confidenziali. L'articolo 7,

comma 3, infatti, si limita a menzionare la creazione, ad opera della Commissione, di una piattaforma informatica per lo scambio di informazioni senza superare esplicitamente il vincolo della riservatezza (a differenza di quanto disposto, ad esempio, dall'articolo 12, comma 1, del Regolamento CE 1/2003).

Conclusioni

L'adozione di una Direttiva tesa a disciplinare a livello euro-unitario le pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agro-alimentare è certamente auspicabile al fine di impedire che lo squilibrio tra le posizioni negoziali delle parti venga sfruttato per imporre al contraente debole talune condizioni, considerate senz'altro inique, e che vi possa essere una indesiderabile alterazione delle condizioni di concorrenza sul mercato unico.

La codificazione di tale disciplina, tuttavia, non dovrebbe generare ingiustificate rigidità o dubbi interpretativi che rischiano di compromettere l'armonizzazione, il coordinamento tra le autorità e l'efficacia stessa delle misure nei confronti degli operatori della filiera agro-alimentare.

La proposta della Commissione – caratterizzata dall'assenza di un riferimento al significativo squilibrio contrattuale tra le parti contraenti, di un divieto generale di porre in essere pratiche commerciali sleali e da una attenuata cooperazione – potrebbe rendere meno efficace il contrasto e la repressione delle pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agro-alimentare e determinare la rapida obsolescenza del testo normativo in questione.