

Publicato il 02/04/2021

N. 04014/2021 REG.PROV.COLL.  
N. 12238/2019 REG.RIC.



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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 12238 del 2019, proposto da Esselunga S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Enrico Adriano Raffaelli, Elisabetta Teti, Fabio Elefante e Alessandro Raffaelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso Fabio Elefante in Roma, via dei Due Macelli, 47;

*contro*

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

*nei confronti*

Assipan non costituita in giudizio;

*per l'annullamento*

del provvedimento dell'AGCM n. 27823, assunto nell'adunanza del 27 giugno 2019, pubblicato sul sito web dell'Autorità in data 1° luglio 2019 e comunicato alla Società in pari data, nonché, ove occorrer possa, del

provvedimento di avvio del procedimento AL15C, datato 20 settembre 2018 e di tutti gli atti preliminari e/o presupposti, anche se non noti alla ricorrente, ivi espressamente inclusi i provvedimenti di estensione di durata del procedimento e la Comunicazione di conclusione della fase istruttoria in data 15 aprile 2019.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 24 marzo 2021 la dott.ssa Lucia Maria Brancatelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1. A seguito dell'istanza di intervento e dell'audizione dell'Associazione Italiana Panificatori e Affini ("Assipan"), l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (in avanti, "Agcm" o "Autorità") ha avviato procedimenti nei confronti di soggetti della grande distribuzione organizzata, tra cui Esselunga s.p.a. ("Esselunga"), diretti a verificare l'esistenza di violazioni all'art. 62, comma 1 e comma 2, del Decreto Legge 24 gennaio 2012, n. 1 recante Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività, nonché dell'art. 4, comma 1 e 2, del Decreto attuativo n. 199/2012 del Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali ("Regolamento di attuazione dell'articolo 62 del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1").

2. Il procedimento aveva ad oggetto le condotte consistenti nell'imporre, in particolare dal 2014, ai propri fornitori di pane fresco: i) il ritiro e lo smaltimento a proprie spese dell'intero quantitativo di prodotto invenduto a fine giornata, in percentuale rilevante rispetto al prodotto ordinato; ii) il ri-

accredito alla catena distributiva del prezzo corrisposto per l'acquisto della merce restituita (c.d. obbligo di reso).

Nel corso dell'istruttoria, l'Autorità trasmetteva a un campione di fornitori di pane fresco (anche) della ricorrente un questionario sulla pratica del reso del pane.

3. Al termine dell'istruttoria, veniva adottato il provvedimento n. 27823 del 27 giugno 2019, con il quale l'Agcm ha ritenuto che le condotte commerciali poste in essere da Esselunga violavano l'art. 62, comma 2, lettere a) ed e) del D.L. 1/2012, così come interpretato anche ai sensi dell'art. 4, comma 1, del Decreto di Attuazione, irrogando una sanzione amministrativa.

In particolare, le condotte sanzionate consistevano “nell'aver imposto ai propri fornitori di pane fresco: i) il ritiro e lo smaltimento a proprie spese dell'intero quantitativo di prodotto invenduto a fine giornata; ii) il mancato pagamento del prodotto ordinato dalla catena distributiva e consegnato alla catena stessa, ma rimasto invenduto a fine giornata” e determinavano l'applicazione nei confronti di Esselunga di una sanzione nella misura di 50.000 euro, pari al massimo edittale di legge.

4. Contro tale determinazione è insorta la ricorrente, che ha chiesto l'annullamento del provvedimento ovvero, in subordine, la riduzione della sanzione, lamentando: l'irragionevole tardività della contestazione formulata dall'Autorità nonché la illegittima durata della fase pre-istruttoria ai sensi dell'articolo 14 L. n. 689/1981 (primo motivo); la violazione del principio di “parità delle armi” tra accusa e difesa, a causa della inaccessibilità a taluni dei dati relativi alle risposte ai questionari somministrati dall'Autorità, tra cui le risposte integrali e i nominativi dei fornitori di pane (secondo motivo); l'illegittima modalità di acquisizione delle prove da parte della Direzione Istruttoria di Agcm, tenuto conto in particolare della scarsa significatività statistica delle risposte date ai questionari, dal fatto che l'impianto accusatorio si baserebbe su considerazioni generali e dalla modalità di costruzione del questionario stesso, che sarebbe poco trasparente ed obiettiva (terzo motivo);

l'assenza di prove circa la presenza di uno squilibrio contrattuale tra Esselunga e i panificatori, dell'imposizione della clausola del reso e del trasferimento di un rischio sproporzionato (quarto motivo); l'illogicità della motivazione nella parte in cui contesta a Esselunga l'applicazione della clausola del reso, che implica ritiro logistico e riaccredito economico, per poi sostenere che la proposta di Esselunga implicasse il solo aspetto logistico e non anche quello economico (quinto motivo); l'errata quantificazione della sanzione, per non aver tenuto conto che Esselunga fa ricorso per oltre al 95% del proprio fabbisogno all'autoproduzione di pane, dell'opera svolta per eliminare o attenuare la presunta infrazione, nonché per disparità di trattamento rispetto alle sanzioni irrogate ad altre imprese operanti nella grande distribuzione organizzata (sesto e ultimo motivo).

5. Si è costituita in giudizio l'Agcm, chiedendo la reiezione del ricorso siccome infondato.

6. All'udienza del 24 marzo 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

Il ricorso merita accoglimento, in ragione della fondatezza delle censure riguardanti l'attività istruttoria svolta, avuto riguardo alla inidoneità dei dati raccolti a dimostrare l'imposizione generalizzata ai fornitori di Esselunga dell'obbligo di reso del pane invenduto.

Questa Sezione ha già avuto modo di affrontare, avuto riguardo alle sanzioni di analogo contenuto imposte ad altri operatori della grande distribuzione organizzata, il tema della prova della esistenza della condotta "sleale" sanzionata dall'art. 62, comma 2, del DL n. 1/2012 (cfr. le sentenze nn. 8844, 8845, 8846, 8847, 8848, 8850, 8852, 8853 del 29 luglio 2020) e ha osservato che <<la regola secondo cui incombe sul professionista l'onere di provare che la clausola predisposta unilateralmente sia stata oggetto di specifica trattativa riguarda solo l'ipotesi in cui la controparte contrattuale sia un "consumatore", non potendo trovare applicazione nei rapporti tra professionisti. Non essendo ammesso il ricorso a presunzioni, al fine di applicare la sanzione di cui all'art. 62 del D.L. n. 1/2012, l'Autorità era quindi

*chiamata a un duplice accertamento: verificare quali fossero le condizioni di reso del pane applicate dalla cooperativa ai fornitori; valutare se tali condizioni rientrassero tra quelle vietate ai sensi dell'art. 62, comma 2>>.*

In argomento, è opportuno precisare che l'Autorità non ha contestato alla ricorrente la violazione dell'obbligo (previsto al primo comma dell'art. 62) della forma scritta bensì l'imposizione di una condizione ingiustificatamente gravosa imposta alla parte debole del rapporto contrattuale. L'affermazione presente al paragrafo 101 del provvedimento sanzionatorio (secondo cui la clausola di reso non sarebbe stata espressamente prevista nei contratti ma "formalizzata unilateralmente mediante una email") non trova conferma nel dispositivo del provvedimento, dove si fa riferimento esclusivamente alla violazione dell'articolo 62, comma 2, lett. a) (relativa alla imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose) ed e) (per condotta commerciale sleale) ed è altresì contraddetta da quanto sostenuto dall'Autorità nel successivo paragrafo 106, ove si afferma che l'inserimento dell'obbligo (di reso del pane) nei contratti faceva parte di una deliberata strategia aziendale, "piuttosto che rappresentare l'esito di una negoziazione individualizzata con i singoli fornitori".

Dunque, premesso che la contestazione che ha portato all'applicazione della sanzione nei confronti della ricorrente riguarda la presunta imposizione generalizzata della clausola di reso del pane ai propri fornitori, meritano condivisione le censure presenti nel gravame che lamentano la carenza della significatività statistica delle prove raccolte a danno di Esselunga, non accompagnate da una adeguata analisi di dati oggettivi, e la natura fortemente induttiva del ragionamento seguito dall'Autorità, che ha ritenuto dimostrata l'imposizione generalizzata ai fornitori dell'obbligo di reso sulla base di singole dichiarazioni, di contenuto non univoco, rese in sede di somministrazione di un questionario.

Infatti, a fronte della presenza di 17 panificatori che rifornivano la società ricorrente nel periodo interessato dall'istruttoria, hanno risposto al

questionario 6 panificatori (che hanno “confermato di avere sottoscritto l’obbligo di ritiro dell’intero quantitativo di pane sfuso invenduto e di riaccredito dello stesso al costo di acquisto”), e di questi 6 solo 4 hanno dichiarato che tali condizioni erano state “proposte/imposte” dalla catena distributiva. Uno dei 4 panificatori, inoltre, dichiarava di avere concordato gli ordinativi con il cliente per minimizzare i resi.

Dunque, l’Autorità ha sanzionato Esselunga sulla base di un quadro probatorio estremamente carente, basato essenzialmente su risposte di contenuto variegato e fornite da un numero limitato dei panificatori che rifornivano Esselunga, ricorrendo a una indagine di tipo presuntivo e non idonea a dimostrare l’esistenza da parte della ricorrente di una “deliberata strategia aziendale” volta all’imposizione ai fornitori dell’obbligo di ritiro del pane invenduto.

Ne consegue la fondatezza dei motivi di ricorso con cui si deduce che, tenuto conto dell’eterogeneità dei dati raccolti e del carattere presuntivo dell’indagine svolta, non è sufficientemente dimostrata l’affermazione dell’Autorità secondo cui la ricorrente avrebbe imposto ai fornitori una clausola contrattuale contraria agli obblighi di cui all’art. 62, comma 2, del D.L. n. 1/2012.

Dall’accoglimento del ricorso discende l’annullamento del provvedimento sanzionatorio impugnato, nonché degli atti a questo presupposti e conseguenti.

Le spese di lite, attesa la novità delle questioni affrontate, possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

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

Compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio mediante collegamento da remoto del giorno 24 marzo 2021 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Mario Alberto di Nezza, Consigliere

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Lucia Maria Brancatelli**

**IL PRESIDENTE**

**Antonino Savo Amodio**

**IL SEGRETARIO**