

Numero 04203/2012 e data 08/10/2012



REPUBBLICA ITALIANA

## Consiglio di Stato

Sezione Consultiva per gli Atti Normativi

Adunanza di Sezione del 27 settembre 2012

### NUMERO AFFARE 07160/2012

#### OGGETTO:

Ministero delle politiche agricole e forestali. Dipartimento politiche competitive agroalimentare e pesca.

Schema di decreto attuativo dell'art. 62 del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1 recante "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività".

#### LA SEZIONE

Vista la relazione trasmessa con nota n. 1613 in data 16/07/2012, con la quale il Ministero delle politiche agricole e forestali - Dip. politiche competitive, della qualità agroalimentare e pesca - ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull' affare consultivo in oggetto;

Esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Marco Lipari;

Premesso e Considerato:

1. Il Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali (di seguito: "MIPAF") riferisce che lo schema di regolamento in oggetto, composto di

otto articoli, contiene le norme attuative 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: "art. 62").

Il citato articolo 62 racchiude la nuova complessa "disciplina delle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari", stabilendo, al comma 11-bis, secondo periodo, che "con decreto del Ministro delle politiche agricole, alimentari e forestali, di concerto con il Ministro dello sviluppo economico, da emanare entro tre mesi dalla data di pubblicazione della legge di conversione del presente decreto, sono definite le modalità applicative delle disposizioni del presente articolo."

Secondo l'amministrazione referente, lo scopo della nuova normativa di rango legislativo è quello di garantire maggiore trasparenza nei rapporti tra i diversi operatori della filiera agroalimentare, attraverso l'eliminazione di posizioni di ingiustificato squilibrio contrattuale tra le parti, demandando ad un atto interministeriale il compito di definire alcuni aspetti di ulteriore dettaglio, necessari per assicurare l'effettiva e piena operatività delle disposizioni.

2. La natura regolamentare dell'atto, pur non espressamente indicata dall'articolo 62, è desumibile dal contesto sistematico della previsione: le "modalità applicative" delle nuove disposizioni legislative, infatti, vanno determinate attraverso atti di contenuto sostanzialmente normativo.

D'altro canto, il decreto interministeriale in esame, pur potendo integrare le disposizioni legislative incomplete, anche chiarendone il significato, conserva il proprio carattere di fonte sub primaria, senza alcuna attitudine delegificante e senza capacità di deroga alle previsioni di livello legislativo.

3. Lo schema di regolamento in esame riflette, nella sua costruzione, la complessa struttura del citato art. 62, il quale, in sintesi:

- al comma 1 introduce l'onere di stipulare in forma scritta, a pena di

nullità, i contratti “per la cessione” di prodotti agricoli e alimentari, indicando gli elementi essenziali che devono essere necessariamente previsti nei documenti contrattuali, concernenti la durata, la quantità, le caratteristiche del prodotto venduto, le modalità di consegna e di pagamento;

- al comma 2 definisce le pratiche commerciali sleali e i principi per la trasparenza delle operazioni; afferma, inoltre, il divieto di prevedere nel contratto controprestazioni non connesse con la funzione tipica dello scambio;

- ai commi 3 e 4 fissa i termini di pagamento per l’acquisto dei prodotti agricoli e deteriorabili, stabiliti in trenta giorni dalla consegna; mentre, per i prodotti non deteriorabili fissa la scadenza di giorni sessanta;

- ai commi 5, 6 e 7 stabilisce le sanzioni amministrative per il mancato rispetto delle disposizioni contenute ai commi 1, 2 e 3;

- ai commi 8, 9, e 10 determina i compiti di vigilanza e di applicazione delle sanzioni, demandati all’Autorità garante per la concorrenza e il mercato (AGCOM), con il supporto operativo della Guardia di Finanza;

- al comma 11 individua le norme abrogate;

- al comma 11-bis detta la disciplina transitoria e demanda ad un decreto interministeriale la definizione delle modalità applicative delle disposizioni legislative.

4. L’amministrazione riferisce, poi, che lo schema di regolamento sottoposto all’esame della Sezione costituisce il frutto di un’approfondita istruttoria, condotta insieme al Ministero dello sviluppo economico e all’AGCOM, con il concorso di tutte le categorie economiche e sociali interessate, opportunamente coinvolte nella elaborazione del testo normativo.

5. La Sezione esprime un parere complessivamente favorevole sullo schema di regolamento in esame, che completa in modo adeguato il disegno della

disciplina delle relazioni economiche della filiera agroalimentare, disegnate, nelle loro coordinate essenziali, dal citato art. 62.

Con riguardo alle singole disposizioni e alle premesse del provvedimento, la Sezione evidenzia, peraltro, le seguenti osservazioni.

6. Nelle premesse, il richiamo al codice del consumo potrebbe apparire fuorviante, considerando che il regolamento disciplina esclusivamente i rapporti tra gli imprenditori presenti nel settore agroalimentare ed esclude espressamente dal proprio campo di applicazione le relazioni del professionista con il consumatore finale. Solo in via del tutto mediata e indiretta, la tutela di una corretta dinamica concorrenziale nel settore di mercato considerato potrebbe svolgere una funzione di tutela dell'acquirente collocato all'ultimo gradino della filiera, attraverso la creazione di un sistema economico efficiente e trasparente.

Al contrario, potrebbe risultare utile, nelle premesse, un richiamo specifico alle principali disposizioni in materia di tutela della concorrenza (in particolare, la legge generale 10 ottobre 1990, n. 287, come pure la legge 18 giugno 1998, n. 192, riguardante le ipotesi di abuso di dipendenza economica), anche in considerazione del ruolo centrale assunto dall'AGCOM nella applicazione delle nuove regole.

7. All'articolo 1, la disposizione definisce l'ambito applicativo del regolamento, in sintonia con la norma di rango legislativo, precisando, opportunamente, il necessario riferimento alla circostanza fattuale della consegna dei prodotti nel territorio della Repubblica italiana.

Valuterà l'amministrazione, peraltro, l'opportunità di chiarire meglio l'esatto rapporto tra questa previsione e le regole generali in materia di diritto privato internazionale, riferite alle obbligazioni contrattuali, le quali, in determinati casi, potrebbero comportare l'operatività del diritto straniero, in luogo di quello nazionale, ancorché nella concreta operazione di cessione siano coinvolti in modo rilevante soggetti della filiera

agroalimentare italiana e la consegna dei prodotti avvenga, comunque, nel territorio della Repubblica italiana. In tal senso, la finalità della normativa primaria induce a ritenere che le disposizioni in esame abbiano la caratteristica delle norme nazionali “ad applicazione necessaria”, prevalenti, in ogni caso, sul diritto straniero astrattamente applicabile al rapporto economico considerato.

8. Inoltre, si sottopone al Ministero la valutazione circa l'opportunità di esplicitare, nella definizione dei confini applicativi del regolamento, un più puntuale riferimento alle relazioni economiche tra gli operatori della filiera, connotate dal requisito del significativo squilibrio nelle rispettive posizioni di forza commerciale.

9. Correttamente, al comma 2 dell'articolo 1, si precisa che non costituiscono “cessioni”, ai fini della applicazione della disciplina in esame, determinate operazioni, analiticamente elencate, compiute dagli imprenditori che conferiscono i prodotti alle cooperative, alle organizzazioni di produttori, agli imprenditori ittici. Nel quadro del citato art. 62, infatti, la formula “cessione” non deve intendersi, in senso ampio e letterale, come trasferimento di un diritto, ma, piuttosto, come operazione di scambio assimilabile al paradigma generale della vendita.

10. Anche la previsione del comma 3, secondo cui le cessioni “istantanee” di prodotti agricoli non sono soggette alla applicazione dei commi 1 e 3 dell'articolo 62 (riguardanti l'onere della forma scritta e i termini di pagamento), risulta pienamente giustificata. Invero, il concetto di cessione definito dal comma 1 della disposizione legislativa risulta chiaramente ancorato alle modalità differite di esecuzione delle prestazioni di consegna e di pagamento del prezzo. E tutta l'impostazione complessiva della nuova normativa primaria si correla alla circostanza che i rapporti commerciali considerati sono quelli caratterizzati dal loro svolgersi nel tempo.

11. All'articolo 2, l'accurato elenco delle definizioni risulta corretto, salve le

precisazioni che saranno svolte con riguardo alla esatta determinazione della misura degli interessi di mora, al “tasso di riferimento” e al “saggio degli interessi”, in relazione alla disciplina racchiusa nell’articolo 5.

12. All’articolo 3, la previsione del comma 1 risulta sostanzialmente ripetitiva della formula legislativa e, pertanto, potrebbe essere soppressa o semplificata.

13. Il comma 2 si riferisce al requisito della forma scritta.

La disposizione prevede che “Ai fini dell’applicazione del comma 1, per “forma scritta” si intende qualsiasi forma di comunicazione scritta, anche trasmessa in forma elettronica o a mezzo telefax, anche priva di sottoscrizione, avente la funzione di manifestare la volontà delle parti di costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale avente ad oggetto la cessione dei prodotti di cui all’art. 2, lettere a) e b).”

La Sezione osserva che l’affermata superfluità della sottoscrizione, senza ulteriori precisazioni, non appare conforme alla disciplina legislativa generale in materia di forma del contratto, così come ricostruita dalla univoca giurisprudenza. Infatti, secondo un orientamento consolidato della Cassazione civile, nei contratti formali la sottoscrizione del documento costituisce sempre il presupposto necessario per collegare la manifestazione di volontà della parte al suo autore, consentendo di qualificare il documento come atto redatto in forma scritta.

14. Il rigore formale della giurisprudenza è solo in parte attenuato attraverso l’affermazione, anche essa risalente nel tempo, del principio di “equipollenza” tra la sottoscrizione del documento e la produzione in giudizio della scrittura privata mancante di firma. In base a tale indirizzo, “in tema di contratti per i quali la legge richiede la forma scritta ad substantiam, la produzione in giudizio della scrittura da parte del contraente che non l’ha sottoscritta equivale a sottoscrizione, perfezionando il contratto, solo a condizione che l’atto sia stato prodotto al

fine di invocare l'adempimento delle obbligazioni da esso scaturenti (fra le tante: Cass. 16 maggio 2006, n. 11409).

15. La superfluità della sottoscrizione, quindi, potrebbe affermarsi solo in presenza di particolari situazioni qualificabili come effettivamente "equipollenti" alla apposizione della firma, idonee a dimostrare in modo inequivoco la riferibilità del documento scritto ad un determinato soggetto.

La previsione regolamentare in esame non tiene conto di questa pacifica lettura interpretativa delle regole generali in materia di forma scritta. Né l'articolo 62 del decreto legge n. 1/2012 contiene deroghe, esplicite o implicite, alle regole generali in materia di contratti formali.

16. Valuterà l'amministrazione l'opportunità di chiarire, allora, che il requisito della forma scritta possa essere soddisfatto, anche in assenza di sottoscrizione dell'atto, in presenza di elementi certi idonei a dimostrare la provenienza del documento, quali l'apposizione della firma elettronica o digitale, oppure la trasmissione di documenti mediante lo strumento della posta elettronica certificata.

17. Per la parte restante dell'articolo 3, le previsioni dei commi 3, 4 e 5, pure attenuando, in definitiva, il rigore del requisito della forma, si ispirano ai principi generali in materia di rinvio esterno nei contratti formali: i documenti richiamati dal contratto, infatti, ben possono integrare i contenuti essenziali dell'accordo stipulato dalle parti.

18. All'articolo 4, riguardante l'individuazione delle pratiche commerciali sleali, la previsione del comma 2, lettera c), indica la fattispecie tipica dei "prezzi palesemente al di sotto dei costi di produzione dei prodotti". Tale ipotesi dovrebbe essere meglio precisata, considerando la possibile incidenza sulla regola generale incentrata sulla libertà degli operatori economici di fissare il corrispettivo delle prestazioni, a prescindere da ogni valutazione di adeguatezza rispetto al costo sostenuto per la produzione del bene.

In particolare, potrebbe essere preferibile un rinvio al concetto di costo di produzione medio, come rilevato da fonti oggettive e imparziali: non è agevole comprendere attraverso quali criteri si potrebbe stabilire, altrimenti, la misura equa del costo di produzione.

Non si può trascurare, poi, che la generalizzata e inderogabile affermazione della illiceità dei prezzi inferiori ai costi di produzione, lungi dal tutelare la concorrenza, potrebbe determinare, al contrario, effetti distorsivi del mercato, premiando irragionevolmente proprio le imprese inefficienti, che hanno elevati costi di fabbricazione. Verrebbero penalizzate, all'opposto, le imprese virtuose (che non avrebbero alcun interesse ad abbassare i costi di produzione) e gli stessi consumatori, considerando l'inevitabile spinta verso l'aumento dei prezzi finali.

19. Anche la formulazione dell'articolo 4, comma 4, deve essere resa in termini più chiari ed espliciti. In sostanza, secondo la previsione regolamentare, l'affermazione di illiceità di una pratica commerciale sleale dovrebbe derivare, automaticamente, dal solo fatto oggettivo costituito dalla "diffusione" della pratica stessa. Non sarebbe necessario, invece, dimostrare che la parte contraente "abusi del proprio potere di mercato o negoziale, al fine di ottenere un vantaggio economico non giustificato e ingiustificatamente gravoso."

In tal modo, però, sembra ingiustificatamente ridimensionato uno dei profili centrali della pratica commerciale sleale, correlato alla dimostrata sussistenza di un effettivo "abuso" del potere di mercato. La previsione dello schema ipotizza, invece, una sorta di inversione di onere della prova, facendo gravare sull'operatore economico autore della pratica contestata l'onere di dimostrare, a propria discolpa, che la prassi commerciale non costituisce, in concreto, un abuso finalizzato al conseguimento di vantaggi ingiustificati.

20. La previsione di questa inversione dell'onere della prova, rispetto ai

principi generali in materia di accertamento della illiceità di una pratica commerciale sleale, non trova un'adeguata base nella disciplina legislativa e non risulta nemmeno giustificata razionalmente.

D'altro canto, la formulazione proposta dal Ministero riferente risulta anche di difficile applicazione. Non appare molto chiara, infatti, l'esatta accezione della disposizione, nella parte in cui essa stabilisce che "una riscontrata diffusione della pratica" costituisce "uno degli elementi di prova della sussistenza della fattispecie". Occorrerebbe spiegare meglio, infatti, il preciso significato della formula "riscontrata diffusione", che potrebbe alludere al requisito di una particolare rilevanza della pratica stessa in relazione alla sua reiterazione temporale in un determinato assetto di mercato, oppure alla sua diffusione spaziale.

21. Inoltre, la qualificazione di tale riscontrata diffusione come "uno degli elementi di prova" di illiceità della pratica non chiarisce l'effettivo rilievo probatorio di tale accertamento di fatto, potendosi dubitare che esso dia vita ad una vera e propria presunzione semplice, contestabile mediante la prova contraria, oppure che esso costituisca, semplicemente, un elemento liberamente valutabile dal giudice, nel coacervo degli altri dati istruttori acquisiti nel processo.

22. L'articolo 5 contiene una minuziosa disciplina dei termini di pagamento e di fatturazione.

L'impostazione prescelta dallo schema regolamentare è condivisibile, poiché la determinazione esatta dei termini di pagamento costituisce uno dei punti più importanti delle relazioni commerciali, ai fini di una trasparente e chiara regolamentazione dei rapporti tra i soggetti della filiera agroalimentare.

Il collegamento della decorrenza dei termini alla trasmissione della fattura ha il pregio di saldare gli adempimenti fiscali (in particolare, quelli connessi al pagamento dell'imposta sul valore aggiunto) con la corretta esecuzione delle obbligazioni pecuniarie delle parti.

Tuttavia, si raccomanda all'amministrazione di verificare, in termini generali, la piena aderenza delle regole previste con la normativa IVA in materia.

23. Al comma 4, si stabilisce che, “in mancanza di certezza circa la data di ricevimento della fattura”, questa “si assume ricevuta nella stessa data di consegna dei prodotti”. È opportuno chiarire l'esatto significato della previsione. La formula “si assume”, infatti, non possiede una valenza univoca. Si suggerisce, allora, di prescrivere che, in mancanza della prova documentale della data di ricevimento della fattura, secondo le modalità analiticamente indicate dalla disposizione regolamentare, si presume che la data di ricevimento della fattura coincida con quella di consegna delle merci. Si dovrebbe trattare, però, di una presunzione semplice, che potrebbe essere superata mediante la prova contraria.

24. Al comma 5 potrebbe essere preferibile esplicitare, anche solo sinteticamente, il contenuto della disciplina richiamata e fatta salva.

25. L'articolo 6 detta la disciplina degli “interessi di mora”.

A stretto rigore, il comma 3 del citato articolo 62 non qualifica espressamente gli interessi dovuti dal debitore in seguito alla scadenza del termine, come moratori. Tuttavia, dal contesto complessivo della disposizione è possibile evincere che il presupposto applicativo della disposizione sia costituito dal ritardo nell'adempimento della obbligazione pecuniaria e dall'automatismo dell'insorgenza della obbligazione di pagare gli interessi, indipendentemente da qualsiasi atto di costituzione in mora.

26. La previsione del comma 1 introduce due “condizioni” per l'insorgenza dell'obbligazione concernente gli interessi di mora. La formulazione proposta suscita qualche perplessità.

Intanto, alla lettera a) la condizione secondo cui il “creditore ha adempiuto agli obblighi contrattuali e di legge”, deve essere meglio precisata, mediante un riferimento alle prestazioni correlate all'adempimento della corrispettiva

obbligazione pecuniaria.

Alla lettera b), poi, risulta pleonastica l'affermazione secondo cui gli interessi di mora presuppongono che "il creditore non ha ricevuto nei termini l'importo dovuto": il citato articolo 62 non lascia dubbi di sorta in ordine alla circostanza che gli interessi di mora decorrono solo dopo la scadenza del termine per il pagamento.

27. La previsione secondo cui gli interessi sono dovuti solo se "il ritardo è imputabile al debitore", risulta solo in parte conforme ai principi generali in materia di interessi moratori. Infatti, la formulazione della norma regolamentare, configurando l'imputabilità del ritardo come condizione di insorgenza degli interessi di mora potrebbe far sorgere il dubbio che la relativa prova spetti al creditore.

Ciò rappresenterebbe una deroga al principio generale in tema di responsabilità per inadempimento dell'obbligazione, secondo cui la non imputabilità dell'inadempimento deve essere dimostrata dal debitore.

Lo stesso dubbio si estende anche alla previsione della lettera a), poiché la formulazione letterale potrebbe essere intesa nel senso che il creditore possa esigere gli interessi di mora soltanto se prova di avere adempiuto ai propri "obblighi contrattuali e di legge": al contrario, secondo le regole generali, spetta al debitore l'onere di provare l'esistenza di fatti che possono giustificare l'inesecuzione della prestazione.

28. La previsione del comma 2 potrebbe essere pleonastica, perché ripetitiva della regola generale codicistica della eccezione di inadempimento.

29. Al comma 3 si prevede che "gli interessi si calcolano utilizzando il tasso degli interessi di mora, oppure il tasso degli interessi concordato tra imprese, purché detto tasso non risulti iniquo per il creditore, ferme restando le maggiorazioni previste dalla legge".

La previsione non risulta del tutto coordinata con quanto stabilito dal citato art. 62, comma 3, secondo il quale "Gli interessi decorrono

automaticamente dal giorno successivo alla scadenza del termine. In questi casi il saggio degli interessi è maggiorato di ulteriori due punti percentuali ed è inderogabile”.

30. La formula legislativa è diretta a stabilire in modo inequivoco il momento di decorrenza automatica degli interessi di mora, ancorato, in modo oggettivo, alla scadenza del termine legale, insieme alla determinazione inderogabile della misura degli interessi, stabilita mediante l'incremento di due punti percentuali del “saggio degli interessi”.

31. In questa cornice, non sembra esservi spazio alcuno per un diverso tasso di interesse concordato tra le imprese, perché ciò si porrebbe in insanabile contrasto con l'inderogabilità sancita dalla norma legislativa.

D'altro canto, non sembra logicamente plausibile la lettura interpretativa implicitamente seguita dall'amministrazione referente, secondo la quale l'inderogabilità riguarderebbe soltanto l'incremento percentuale di due punti, riferito, indistintamente, tanto al tasso di interessi legale quanto a quello convenzionale.

Infatti, posto che, fino alla data di scadenza del termine per il pagamento, non sono dovuti gli interessi, perché il credito non è esigibile e non si è in presenza di un ritardo nell'adempimento, non si comprende per quale motivo il saggio convenzionale degli interessi dovrebbe essere “inderogabilmente” incrementato di due punti percentuali.

32. Sembra preferibile ritenere, allora, che il “saggio degli interessi” debba essere determinato, inderogabilmente, assumendo quale base il “tasso di riferimento”, come calcolato in applicazione della normativa comunitaria riguardante la lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, maggiorato di ulteriori due punti percentuali.

33. In ogni caso, non appare del tutto condivisibile la previsione secondo la quale costituisce limite all'autonomia negoziale delle parti la circostanza che il tasso non risulti “iniquo” per il creditore.

Infatti, in questo modo non sarebbe possibile stabilire in modo certo quale sia l'effettivo ambito di esercizio del potere contrattuale delle parti. E non si comprenderebbe perché il limite della iniquità debba operare solo per tutelare il creditore e non anche il debitore (ancorché nell'esperienza della filiera agroalimentare il fornitore-creditore del prezzo sia solitamente il soggetto economicamente più debole).

34. Al comma 4, per rendere più comprensibile la norma è preferibile compiere un richiamo più esplicito e puntuale alla norma che fissa il tasso di riferimento.

35. La previsione del comma 5, secondo cui “è in ogni caso vietato trattenere l'intero importo di una fornitura a fronte di contestazioni solo parziali relative alla fornitura oggetto di contestazione”, risulta poco chiara e sembra, anche essa, sostanzialmente ripetitiva di regole generali contenute nel codice civile.

36. L'articolo 8 individua, analiticamente, l'ambito temporale di applicazione della nuova disciplina.

In linea generale, in base al comma 1, il regolamento si applica a tutti i contratti stipulati a decorrere dal 24 ottobre 2012, data coincidente con quella di efficacia delle disposizioni di cui all'articolo 62, comma 1, del citato decreto legge n. 1/2012.

Il comma 2 prevede, poi, l'obbligo di adeguamento per i contratti di durata stipulata in epoca anteriore al 24 ottobre 2012, con riguardo ai contenuti degli accordi e alla forma scritta

Lo stesso comma 2 stabilisce, infine, che “Le disposizioni di cui ai commi 2 e 3 del predetto articolo 62 si applicano automaticamente a tutti i contratti a partire dal 24 ottobre 2012, anche in assenza di adeguamenti contrattuali alla predetta normativa.”

La previsione risulta condivisibile, dal momento che si tratta di regole riferite alle relazioni commerciali in sé considerate, indipendentemente dai

momenti in cui sono stati perfezionati gli atti negoziali su cui esse si basano.

37. In definitiva, la Sezione esprime parere favorevole, con le osservazioni manifestate ai punti precedenti.

P.Q.M.

Esprime parere favorevole con le motivazioni espresse in premessa.

L'ESTENSORE

Marco Lipari

IL PRESIDENTE

Luigi Cossu

IL SEGRETARIO

Licia Grassucci