

## Sommario

### Editoriale

*Luigi Costato*

La madre terra  
e gli uomini sciocchi 1

### Il Convegno di Messina del 28-29 settembre 2012

#### *I Contratti del mercato agroalimentare - II*

*Raffaele Tommasini*

La nuova disciplina dei  
contratti per i prodotti  
agricoli e alimentari 3

*Fabrizio De Filippis*

La volatilità dei mercati  
agricoli mondiali: le cause,  
gli effetti, le politiche possibili 19

*Catherine Del Cont*

Filières agroalimentaires et  
contrat: l'expérience française  
de contractualisation des  
relations commerciales agricoles 23

*Luigi Russo*

Le violazioni all'art. 62, d.l. n. 1  
del 2012 tra responsabilità civile  
e sanzioni amministrative 36

### Ricerche

*Bernard O'Connor*

*Laura Richardson*  
The legal protection of  
Geographical Indications in the  
EU's Bilateral Trade Agreements:  
moving beyond TRIPS 39

*Anna Kapala*

Direct sale of agricultural  
products in Poland -  
General regulation 51

### Alimentare & Globale

a cura di *Laura Salvi* 55

### AlimentarEuropeo

a cura di *Laura Salvi* 59

### Recensioni

*Daniele Bianchi*

La politique agricole commune  
(PAC) - Toute la PAC, rien d'autre  
que la PAC!  
(recensito da M. Minelli) 64

## Editoriale

### La madre terra e gli uomini sciocchi

Gli uomini della attuale Turchia la chiamavano, molto tempo addietro, Gea, Madre Terra e in molti altri modi, secondo le lingue che utilizzavano, ma la ponevano sempre, e comunque, al centro della loro vita, perché da lei traevano, come traggono gli uomini moderni, quanto occorre per sopravvivere, sin da prima della scoperta dell'agricoltura.

La Genesi ci dice che Dio prima creò gli altri esseri viventi, poi impastò dell'argilla e con essa creò Adamo, da cui trasse, con aggiunta ancora di terra, Eva. Molto similmente, andando agli antipodi, gli aborigeni australiani cantano la loro origine: si autocreatono come uomini essendo spiriti usciti dalla terra, e lo fecero impastando della terra, e furono migliaia, quante erano le specie totemiche. I loro canti tramandano queste origini e racchiudono sapienza insospettata affermando che le cose esistono in quanto da essi conosciute (tuttavia, non possiamo procedere su questo argomentare, ché ci porterebbe a discutere di problemi ontologici e gnoseologici che non ci appartengono).

La terra, dunque, è la nostra madre primigenia, e in quanto tale ci nutre; proprio perché è nostra madre, tuttavia, non dobbiamo, per trarre da lei il nutrimento che ci occorre, sfruttarla al punto da renderla incapace di continuare a mantenerci, né, per converso, considerarla una entità da giudicare solo da un punto di vista ambientale ed estetico.

A questo punto occorre osservare che i popoli che per più tempo sono restati legati alla terra e ai suoi riti, i cinesi cioè, malgrado la parentesi Maoista, ancor oggi sembrano capire, con la loro saggezza millenaria – che non ha impedito di vulnerare la loro terra originaria con inquinamenti mostruosi, contro i quali cominciano a lottare, poiché solo da poco ne hanno preso coscienza – che essa è il bene più prezioso che esista, limitato com'è; e ne comprano ovunque, a milioni di ettari, mentre l'allegria, decadente ed irresponsabile Europa tende sempre più a immaginare una Madre agghindata a festa, trasformata in parchi giochi, golf club e zone a verde permanente, resa così incapace di alimentare i suoi figli, che presumono di potersi procurare il sostituto di ciò che non produce nel resto del mondo dove, invece, progressivamente si manifesta una significativa carenza alimentare.

L'ineffabile Commissione dell'UE ha presentato un progetto di riforma della PAC orientato come detto, ma il Parlamento Europeo sta recalcitrando e non vuole approvarlo com'è, avendo presentato ben più di 5.000 emendamenti.

Per altro verso, però, il governo di Sua Maestà britannica, affiancato da qualche Governo del nord Europa, trova irragionevole continuare a finanziare la PAC con somme così rilevanti – ai suoi occhi – ma che, invece, sono ben poca cosa a fronte di altre spese che Stati membri e Unione europea spendono per scopi differenti, sicuramente meno essenziali di quello alimentare.

La riforma, dunque, tarderà ad apparire, ma rischia di venire snaturata, quali che siano le buone intenzioni del Parlamento Europeo, da incresciosi tagli di bilancio. L'U.E. è oggi, piuttosto, di fronte a un bivio: continuare a vivacchiare fra incontri di capi di Stato e di Governo tesi a fare due passi avanti e altrettanti indietro, ovvero avere uno slancio in avanti che porti all'unificazione tributaria e del controllo bancario, per evitare che alcuni Stati membri affermino sempre più lo status di rifugio di elusori fiscali, con grande scandalo per tutti – salvo i

## rivista di diritto alimentare

### Direttore

Luigi Costato

### Vice direttori

Ferdinando Albisinni - Paolo Borghi

### Comitato scientifico

Francesco Adornato - Sandro Amoroso - Alessandro Artom  
Corrado Barberis - Lucio Francario - Alberto Germanò  
Giovanni Galloni - Corrado Giacomini - Marianna Giuffrida  
Marco Goldoni - Antonio Jannarelli - Emanuele Marconi  
Pietro Masi - Lorenza Paoloni - Michele Tamponi

### Segreteria di Redazione

Monica Minelli

### Editore

A.I.D.A. - ASSOCIAZIONE  
ITALIANA DI DIRITTO ALIMENTARE

### Redazione

Via Ciro Menotti 4 - 00195 Roma  
tel. 063210986 - fax 063217034  
e-mail [redazione@aida-ifla.it](mailto:redazione@aida-ifla.it)

### Sede legale

Via Ricchieri 21 - 45100 Rovigo

Periodico iscritto il 18/9/2007 al n. 393/2007 del Registro  
della Stampa presso il Tribunale di Roma (online)  
ISSN 1973-3593 [online]

Periodico iscritto il 26/5/2011 al n. 172/2011 del Registro  
della Stampa presso il Tribunale di Roma (su carta)  
ISSN 2240-7588 [stampato]  
stampato in proprio

dir. resp.: Ferdinando Albisinni

### HANNO COLLABORATO A QUESTO FASCICOLO

LUIGI COSTATO, emerito nell'Università di Ferrara  
FABRIZIO DE FILIPPIS, ordinario nell'Università  
Roma Tre  
CATHERINE DEL CONT, Università di Nantes -  
Faculté de droit et des sciences politiques  
ANNA KAPALA, Università di Poznań  
MONICA MINELLI, dottoranda nell'Università di  
Macerata  
BERNARD O'CONNOR, visiting professor, Università  
Bocconi, Milano  
LAURA RICHARDSON, Studio NCTM, Roma  
LUIGI RUSSO, associato nell'Università di Ferrara  
LAURA SALVI, dottoranda nell'Università di Ferrara  
RAFFAELE TOMMASINI, ordinario nell'Università di  
Messina

I testi pubblicati sulla Rivista di diritto alimentare, ad eccezione delle rubriche informative, sono sottoposti alla valutazione aggiuntiva di due "referees" anonimi. La direzione della rivista esclude dalla valutazione i contributi redatti da autori di chiara fama. Ai revisori non è comunicato il nome dell'autore del testo da valutare. I revisori formulano un giudizio sul testo ai fini della pubblicazione, ed indicano eventuali integrazioni e modifiche che ritengono opportune.

Nel rispetto della pluralità di voci e di opinioni accolte nella Rivista, gli articoli ed i commenti pubblicati impegnano esclusivamente la responsabilità degli autori

beneficiari, ovviamente – e con profonda conseguente sfiducia popolare nell'importanza fondamentale del processo di unificazione europea.

E' giunto il momento, per chi governa l'Europa, di dimostrare agli europei di non essere sciocchi ma, anche moderatamente, equilibrati e saggi.

Merita di segnalare, agli euroscettici, che i fuggitivi dopo la II guerra mondiale "non desideravano altro che fuggire dall'Europa assassina – dal freddo, dal fango, dalla fame, dalle famiglie disperse – e andare in un paese soleggiato dove c'era da mangiare per tutti" (B. Chatwin, *Le vie dei Canti*, 1987).

Memento.

Luigi Costato

L'urgenza di recuperare nella Politica Agricola Comune l'attenzione alle ragioni della produzione, ritrovando una solidarietà europea che ha storicamente costituito elemento fondante del processo di unificazione, conferma al sistema agroalimentare la sua natura di snodo, strettamente e intimamente collocato al centro di una rete di relazioni, che non può ignorare la fase agricola della produzione, e che guarda al mercato ed alle politiche di liberalizzazione o di governo per la capacità di rispondere ai concreti bisogni dei produttori e dei consumatori, piuttosto che per coerenza ad astratti modelli di liberalizzazione mercantile.

Ne risulta una dimensione sistemica, nella quale si collocano le relazioni e gli interventi discussi nel corso del Convegno annuale dell'AIDA svoltosi a Messina nello scorso mese di settembre, e dedicato al tema dei "Contratti del mercato agroalimentare", con particolare attenzione alle rilevanti novità legislative da ultimo introdotte in sede nazionale e comunitaria.

Nelle relazioni pubblicate in questo fascicolo (le prime sono state pubblicate nel fascicolo 3-2012), Raffaele Tommasini esamina la nuova disciplina dei contratti per i prodotti agricoli e alimentari introdotta dall'art. 62 del decreto legge n. 1/2012, all'interno di un'ampia indagine sulle regole giuridiche del mercato e di una rilettura dei limiti assegnati all'autonomia privata, sottolineando che "Le invalidità post-codicistiche inaugurano una nuova stagione" con l'attenzione ad "elementi che vanno a formare la "situazione complessiva", la quale non assolve più e soltanto ad una funzione interpretativa, ma ad una più costruttiva funzione conformativa e determinativa del regolamento contrattuale. Fabrizio De Filippis indaga sulla volatilità dei mercati agricoli, analizzando la possibile efficacia delle nuove misure di mercato introdotte dal recente "pacchetto latte" e di quelle contenute nel pacchetto di riforme della PAC attualmente in discussione innanzi al Parlamento Europeo. Catherine Del Cont propone un'analisi comparativa dell'esperienza francese in tema di contrattualizzazione delle relazioni commerciali nel settore agricolo e alimentare. Luigi Russo interviene sul tema delle nuove sanzioni amministrative, che in esito ai più recenti interventi legislativi configurano nuovi modelli di responsabilizzazione dell'impresa alimentare.

Nelle Ricerche, Bernard O'Connor e Laura Richardson indagano sulle linee evolutive della disciplina in tema di protezione delle indicazioni geografiche alla stregua dei trattati che hanno seguito l'Accordo TRIPs e della più recente disciplina europea introdotta dal c.d. "pacchetto qualità" (regolamento n. 1151/2012). Anna Kapala riferisce sulle linee evolutive della disciplina della vendita diretta dei prodotti agricoli in Polonia, in chiave comparativa con la risalente e più recente esperienza italiana in materia.

Completano il fascicolo le rubriche, curate da Laura Salvi, *Alimentare & Globale*, sul WTO e il commercio internazionale, e *Alimentare Europeo*, che dà conto dei procedimenti innanzi alla Corte di giustizia, decisi od in corso di decisione, che in varia misura investono temi propri del diritto alimentare europeo; nonché la recensione di Monica Minelli della seconda edizione del volume di Daniele Bianchi "La politique agricole commune (PAC) - Toute la PAC, rien d'autre que la PAC!".

Nel prossimo fascicolo della Rivista verrà completata la pubblicazione delle relazioni presentate nel corso dei lavori del Convegno AIDA del settembre 2012.

la redazione

## Il Convegno di Messina del 28-29 settembre 2012 - II

### La nuova disciplina dei contratti per i prodotti agricoli e alimentari

Raffaele Tommasini

#### 1.- La ristrutturazione dell'autonomia privata ed il mercato

La disciplina del contratto ha subito negli ultimi trent'anni modifiche radicali, legate ad interventi legislativi spesso determinati dalla ineludibile esigenza di adeguamento in funzione della armonizzazione che da sempre caratterizza il faticoso processo di integrazione europea<sup>1</sup>.

Sul piano generale il contratto, espressione del principio di autonomia privata, ha subito non poche rivisitazioni ed adattamenti in funzione della sua conformazione per la realizzazione degli interessi in gioco. Nel corso del tempo gli interessi emergenti, e meritevoli di specifica tutela, delle parti (affittuari, coltivatori diretti, imprenditori agricoli, consumatori) hanno provocato una frammentazione delle tipologie contrattuali in relazione alla specificità dei contraenti e degli interessi protetti.

Nel quadro più recente delle problematiche in questione è venuto emergendo un protagonista ritenuto ancora più importante perché rivolto a tutelare non solo interessi di classi di soggetti, ma un interesse generale (e forse anche sovranazionale): il mercato<sup>2</sup>, costituito dalla interazione tra domanda ed offerta e considerato nella sua prospettiva dinamica e complessiva come "un insieme di ipotesi sulle

modalità con cui gli agenti economici possono modificare i loro rapporti giuridico – patrimoniali"<sup>3</sup>.

Ed occorre precisare che nell'era del pensiero del molteplice<sup>4</sup> e della frammentazione non è possibile considerare il mercato, ma *i mercati*<sup>5</sup>.

In questa ottica va articolata la problematica della c.d. filiera: dalla fase della produzione alla distribuzione finale mutano i soggetti, le strategie, le regole; non mercati in senso generale, ma mercati della produzione, intermedi, finali. I mercati della contrattazione tra imprese manifestano specificità ed esigenze diverse rispetto ai mercati della contrattazione tra imprese e consumatori.

L'intervento normativo nel segmento dei consumi prospetta documenti contrattuali particolarmente formalizzati nel contenuto con la evidenziazione di tutti (o quasi tutti) gli aspetti giuridico-economici del rapporto: il legislatore impone che siano indicate – ma è una mera esemplificazione – le caratteristiche del bene, le modalità di pagamento, il prezzo, le caratteristiche del diritto di recesso, e nello stesso tempo impone il divieto di inserire clausole o regole che possano alterare la posizione delle parti.

Il contenuto del contratto "dipende ovviamente dai diversi pacchetti di clausole previste"<sup>6</sup> e questi pacchetti qualificano la qualità e l'appetibilità del contratto con una valutazione in cui il prezzo e gli altri elementi "tipici" non sono certamente decisivi nella valutazione del rapporto costi-benefici. Il legislatore congeda sovente tecniche, scelte normative e rimedi che tendono ad inserire l'atto contrattuale all'interno di un'*attività*<sup>7</sup> economica organizzata, rimodulando così la formazione del consenso negoziale e le manifestazioni dell'autonomia privata.

(1) Sulla trasformazione della categoria del contratto si veda, in particolare, Roppo, *Il contratto del duemila*, III ediz., Torino, 2011, *passim*.

(2) Franceschelli, *Il mercato in senso giuridico*, in *Giur. comm.*, 1979, 501 ss.; Perlingieri, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 95 ss.; Lipari, *Il mercato: attività privata e regole giuridiche*, in AA.VV., *Il diritto della transizione*, Milano, 1998, 42 ss.; Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, *passim*; AA. VV., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1999, *passim*; Tolone, *L'ordine della legge ed il mercato. La congruità dello scambio contrattuale*, Torino, 2003, *passim*.

(3) Così Dardi, *Il mercato nell'analisi economica contemporanea*, in *Il pensiero economico*, a cura di Beccantini, Torino, 1989, 1.

(4) Scrive l'illustre Maestro Pugliatti, *Continuo e discontinuo nel diritto*, in Id., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 93, che il diritto altro non è che la «sintesi del molteplice nell'uno».

Sul pensiero del molteplice cfr., specialmente, Scalisi, *Teoria e metodo in Salvatore Pugliatti. Attualità di un insegnamento*, in Id., *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, 34 ss.; Schlesinger, *Unità e molteplicità nel diritto. Ricordi e ringraziamenti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, 239 ss.

(5) Per una ricostruzione del mercato nella prospettiva del molteplice cfr. Foti, *Regole giuridiche e mercati concorrenziali del consumo. Sguardi civilistici su una relazione controversa*, in *Autonomia privata e strumenti di controllo nel sistema dei contratti*, a cura di Tommasini, Torino, 2007, spec. 9 ss.

(6) Così Jannarelli, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in AA. VV., *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di Lipari, Vol. III, *L'attività e il contratto*, Padova, 2003, 27.

(7) Sul rapporto tra atto e attività si veda, specialmente: Auletta, voce *Attività*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 981 ss.; Alcaro, *L'attività. Profili ricostruttivi e prospettive applicative*, Napoli, 1999, *passim*.

Si tende a superare la tecnica di tipo contrattuale per approdare al tipo di operazione economica<sup>8</sup>. La rubrica dell'art. 62 è indicativa al riguardo: si parla di «relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti» (agricoli ed agroalimentari<sup>9</sup>), superando così le specifiche tipologie contrattuali.

Non vi rientrano le cessioni di prodotti agricoli ed alimentari "istantanee", vale a dire con contestuale consegna e pagamento del prezzo pattuito<sup>10</sup>; sembrano esclusi<sup>11</sup>, altresì, con soluzione almeno discutibile, i conferimenti alle cooperative di prodotti agricoli ed alimentari, operati dagli imprenditori soci delle cooperative stesse<sup>12</sup>.

I mercati concorrenziali implicano una costante conflittualità, e, dunque, la predisposizione di regole per mediare i diversi interessi a tutela non solo delle parti del singolo rapporto ma in un quadro più esteso che coinvolge i rapporti tra i soggetti operanti in quello specifico settore.

## 2.- (segue) Mercato e regole giuridiche

La relazione tra mercato e regole giuridiche è a dir poco controversa.

I contributi di Natalino Irti<sup>13</sup> hanno suscitato un interessante dibattito; ad oggi rimane irrisolto il tema di fondo se il mercato sia *locus artificialis* o *naturalis*. Non potrei escludere che si tratti di un falso problema, considerato che sarebbe possibile accogliere entrambe le prospettive a seconda del

segmento considerato. Non vi è dubbio che nella sua prospettiva il giurista tende a dare al mercato regolarità e prevedibilità dell'azione, rendendolo *locus artificialis*, ma le vicende degli ultimi anni hanno dimostrato e dimostrano che il mercato come *locus naturalis* talora impone il suo sistema disarticolato. Seguendo le incisive formulazioni di Jannarelli, a partire dall'Atto Unico Europeo si è prevista non già la formazione di un mercato comune, ma la progressiva sostituzione di un mercato unico ai vari mercati nazionali<sup>14</sup>. E' evidente che il mercato unico ha bisogno di un complesso di regole di funzionamento dei mercati finali e concorrenziali.

Nei mercati reali il rischio principale è l'asimmetria di sistema o di massa, che in una visione prospettica occorre superare. Proprio nello scarto tra *essere* del mercato e *dover essere* dei mercati si inserisce il diritto. L'ordine giuridico generalizzato impone per i mercati concorrenziali: azioni leali, azioni informate, azioni razionali.

I meccanismi applicativi sono informati alle logiche del neoformalismo<sup>15</sup>.

E si tratta di un neoformalismo con contenuti obbligatori e predeterminati, con l'obbligo di inserire elementi ritenuti indispensabili e di non inserire clausole che possono provocare una disparità di trattamento tra le parti o un aggravamento non giustificato degli obblighi di uno dei contraenti o un rafforzamento dei diritti di uno di essi. In questi termini deve intendersi il concetto di giustizia sostanziale del contratto<sup>16</sup>.

(<sup>8</sup>) D'angelo, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992, *passim*; Gabrielli, *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 93 ss.; ID., *Mercato, contratto e operazione economica*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 1044 ss.

(<sup>9</sup>) La circostanza che la rubrica dell'art. 62 faccia riferimento, accanto ai prodotti agricoli, a quelli «agroalimentari», laddove il primo comma dello stesso articolo menziona i prodotti «alimentari», genera, alla stregua della normativa di settore vigente, incertezze interpretative ed applicative la cui analisi esula dagli specifici confini del presente contributo. Si rinvia, sul punto, a Albinetti, *Cessione di prodotti agricoli e agroalimentari (o alimentari?): ancora un indefinito movimento*, in *q. Riv.*, [www.rivistadirittoalimentare.it](http://www.rivistadirittoalimentare.it), 2-2012, spec. 2-5.

(<sup>10</sup>) Più precisamente, l'art. 1, co. IV, del D.M. attuativo 19 ottobre 2012 esclude le cessioni c.d. "istantanee" dal campo di applicazione «di cui al comma 1 e comma 3 dell'art. 62»; sembra lecito ritenere, pertanto, che anche per le suddette cessioni valgano ed operino i divieti previsti dal comma 2 per la generalità delle «relazioni commerciali tra operatori economici».

(<sup>11</sup>) Dal momento che «non costituiscono cessioni ai sensi dell'articolo 62» (così l'art. 1, co. III, del D.M. attuativo 19 ottobre 2012).

(<sup>12</sup>) Le successive lettere b) e c) della stessa disposizione appena richiamata escludono, altresì, rispettivamente, «i conferimenti di prodotti agricoli e alimentari operati dagli imprenditori alle organizzazioni di produttori di cui al decreto legislativo 27 maggio 2005 n. 102, se gli imprenditori risultano soci delle organizzazioni di produttori stesse», e «i conferimenti di prodotti ittici operati tra imprenditori ittici di cui all'articolo 4 del decreto legislativo 9 gennaio 2012, n. 4».

(<sup>13</sup>) Irti, *Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 185 ss.; ID., *L'ordine giuridico del mercato*, cit., *passim*; ID., *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 1 ss.

(<sup>14</sup>) Jannarelli, *La disciplina dell'atto e dell'attività*, cit., 3 ss.

(<sup>15</sup>) Sul c.d. "neoformalismo" cfr., tra gli altri: Amagliani, *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, Napoli, 1999, *passim*; Masucci, *La forma del contratto*, in AA. VV., *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di Lipari, Vol. III, *L'attività e il contratto*, cit., 196 ss.; Breccia, *La forma*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, Vol. I, *Formazione*, Milano, 2006, 535 ss.; Modica, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008, 119 ss.; Pagliantini, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009, *passim*.

Da ultimo, cfr. Scalisi, *Forma solenne e regolamento conformato: un ossimoro del nuovo diritto dei contratti?*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 3, 415 ss. ed ivi per ulteriori indicazioni bibliografiche; vedi, anche, Fazio, *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, Milano, 2011, *passim*.

(<sup>16</sup>) In ordine al complesso e controverso concetto di «giustizia» del contratto, vedi, in particolare, Volpe, voce *Contratto giusto*, in *Dig. (Disc. Priv.)*, Agg. I, Torino, 2007, 384 ss.; Scalisi, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, a cura di Navarretta, Milano, 2008, 253 ss.; Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006; Moscarini, *Riflessioni sul tema del «contratto giusto»*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, 3, Milano, 2006, 617 ss.; Perfetti, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, *passim*.

Gli strumenti realizzativi sono diversi in relazione al peculiare atteggiarsi dei mercati di consumo, e questi ultimi a loro volta sono diversi dai mercati delle imprese; per tale ragione le regole sono talora differenziate.

Il contenuto da attribuire all'autonomia privata, decisamente procedimentalizzata e conformata, potrebbe dirsi efficiente, perché si esercita nell'ambito di un mercato nel quale conserva valore la libertà contrattuale, ma correttamente esercitata. Anche in questa direzione occorre una nuova interpretazione dell'art. 41 Cost. e la necessità di apprezzare, anche seguendo recenti orientamenti giurisprudenziali<sup>17</sup>, la applicazione dell'abuso del diritto come clausola generale<sup>18</sup>.

Il regolatore tende a garantire la corretta competizione, la concorrenza, la possibilità di selezione e, dietro la formula della giustizia del contratto, si intravede il benessere collettivo che il mercato concorrenziale deve o dovrebbe garantire. Gli strumenti civilistici utilizzati per combattere la elusione delle regole – come detto – variano nei diversi mercati (mercato dei consumatori e mercato delle imprese) proprio in funzione delle tutele e dei rimedi che l'ordinamento intende apprestare.

Nel primo l'interesse prevalente del consumatore e la rimozione della situazione di asimmetria informativa è garantita attraverso l'istituto della nullità di protezione a legittimazio-

ne riservata e capace di incidere su singole clausole (nullità parziale); viceversa nel mercato delle imprese sembra ancora operare anche la nullità codicistica.

### 3.- I limiti dell'autonomia privata - Il parametro generale dell'asimmetria informativa

La prospettiva di indagine sui contratti di impresa consente di verificare che l'obiettivo è quello di predisporre un apparato normativo volto a contrastare non solo le asimmetrie informative, ma anche gli squilibri di potere negoziale che minacciano la giustizia e l'efficienza delle relazioni fra imprese: la finalità primaria, dunque, è quella di realizzare la protezione dell'impresa debole contro l'impresa forte. Obiettivo messo in evidenza dalla politica di sostegno delle piccole-medie imprese attuata dalla Commissione europea con lo *Small Business Act* per l'Europa<sup>19</sup>, e che ha trovato concreti riscontri nella recente normativa sullo statuto delle imprese<sup>20</sup>. La finalità di protezione rivolta alle imprese deboli nelle loro relazioni contrattuali con imprese più forti, e per queste ragioni esposte a condotte prevaricatrici, è un segnale importante a favore della armonica convergenza nel mercato di istanze di efficienza e, al contempo, di esigenze di giustizia<sup>21</sup>.

(17) Emblematica, nella direzione tracciata, Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Giust. civ.*, 2009, 12, I, 2671. In dottrina, cfr., *ex multis*, le riflessioni in proposito di Addis, *Sull'exkursus giurisprudenziale del "caso Renault"*, in *Obblig. e contr.*, 2012, 4, 245 ss.; Barcellona, *Recesso ad nutum fra principio di buona fede e abuso del diritto: "solidarietà sociale" o inderogabilità del "mercato"?* (Note a proposito di Cass. n. 20106/2009), in *Riv. dir. comm. e del dir. gen. obbl.*, 2011, 165 ss.

(18) La letteratura in tema di abuso del diritto è vastissima. Si rinvia, indicativamente e senza alcuna pretesa di esaustività, a Sacco, voce *Abuso del diritto*, in *Dig. (Disc. Priv.)*, Agg. VII, Torino, 2012, 5 ss.; Romano, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 166 ss.; Gentili, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 3, 297 ss.; Galgano, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2010, 563 ss.; D'Amico, *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano*, in *I contratti*, 2011, 653 ss.; Id., *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *I contratti*, 2010, 5 ss.; Id., *L'abuso della libertà contrattuale: nozione e rimedi*, in AA.VV., *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010, 3-18; Falco, *La buona fede e l'abuso del diritto*, Milano, 2010; Restivo, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007; D'Amico, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 625 ss.; Levi, *L'abuso del diritto*, Milano, 1993.

Per un'analisi in prospettiva europea, cfr. Adinolfi, *La nozione di "abuso di diritto" nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Riv. dir. int.*, 2012, 2, 329 ss.; Centore, *L'abuso di diritto nella giurisprudenza comunitaria*, in *Corr. tribut.*, 2012, 14, 1025 ss.; Losurdo, *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo*, Torino, 2011.

(19) Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni del 25 giugno 2008 intitolata: "Una corsia preferenziale per la piccola impresa". Alla ricerca di un nuovo quadro fondamentale per la Piccola Impresa (uno "Small Business Act" per l'Europa) [COM(2008) 394 def. - Non pubblicata nella Gazzetta Ufficiale].

Lo "Small Business Act" per l'Europa (SBA) definisce le grandi linee della politica europea a favore delle piccole e medie imprese (PMI), promuove lo spirito imprenditoriale e ancora il principio "Think small first" nell'azione legislativa e politica per rafforzare la competitività delle PMI. Basato su dieci principi e articolato in diverse azioni politiche e legislative, attuative di tali principi, lo SBA è uno strumento che intende dar modo alla Commissione ed agli Stati di superare gli ostacoli che frenano il potenziale di sviluppo e di creazione di posti di lavoro delle PMI. Vedi [http://europa.eu/legislation\\_summaries/enterprise/business\\_environment/et0001\\_it.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/enterprise/business_environment/et0001_it.htm).

(20) Legge 11 novembre 2011, n. 180, recante «Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese». Tra le finalità del provvedimento vi è quella di «valorizzare il potenziale di crescita, di produttività e di innovazione delle imprese, con particolare riferimento alle micro, piccole e medie imprese» (art. 1, co. V, lett. f); tra i principi generali, inoltre, figura «il riconoscimento e la valorizzazione degli statuti delle imprese ispirati a principi di equità, solidarietà e socialità» (art. 2, co. I, lett. p). Per un primo, generale, commento alla legge n. 180/2011 v., in particolare: Costagiola-Laperuta, *Lo Statuto delle imprese. Commento alla l. 11 novembre 2011, n. 180, recante "Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese"*, Rimini, 2012; Tanzarella, *Lo statuto delle imprese*, in *Urbanistica e appalti*, 2012, 2, 161 ss. In chiave critica, ed anche alla luce delle ultime correzioni normative apportate alla legge, v. Di Cristina, *Lo statuto delle imprese: una tutela disorganica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 4, 355 ss.

(21) Cfr. Buonocore-Menicucci, *I contratti d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2007, 509.

Alcuni autori hanno elaborato la figura del terzo contratto<sup>22</sup>, anche se - a mio parere - non sembra sussistano i presupposti per una ricostruzione unitaria della categoria<sup>23</sup>, risultando sufficiente ricorrere al già consolidato schema del contratto asimmetrico<sup>24</sup> che, cogliendo il *trade d'union* della più attuale normativa, teorizza una figura di contraente dai più ampi contorni, in cui trovano convergenza per presupposti, obiettivi e tecniche di tutela sia i consumatori che le imprese deboli e, più in generale, i clienti, i quali richiedono protezione per finalità inerenti alla stessa configurazione del mercato europeo. In una logica unitaria la nuova riflessione teorica postula, così, la elaborazione della categoria del "contratto asimmetrico", riferibile ad ogni soggetto che, a prescindere dalla sua specifica qualità, si trovi ad operare nel mercato in condizione di asimmetria o di differente potere economico<sup>25</sup>.

Indicative linee di tendenza verso la uniformazione, imperniate su criteri di reciproca convergenza, possono cogliersi nei recenti interventi normativi volti ad estendere alla piccola-media impresa profili di disciplina in precedenza riservati solo al consumatore.

Più specificamente, il nuovo statuto delle imprese prevede l'applicazione della disciplina in tema di pratiche commerciali abusive<sup>26</sup>, estende la nozione di abuso di dipendenza economica ad ogni altra forma di dipendenza scaturita dalla posizione di disparità di forza contrattuale e di debolezza della piccola impresa<sup>27</sup>, riconosce la legittimazione ad agire delle associazioni rappresentative della categoria<sup>28</sup>.

Con particolare riferimento alla piccola impresa agricola, è stato introdotto un peculiare regime della cessione dei prodotti che impone doveri informativi ed assoggetta i contratti al modello della nullità e della nullità di protezione, alla regolamentazione delle clausole abusive, delle pratiche commerciali abusive, delle transazioni commerciali, dell'abuso di

posizione dominate, dell'abuso di dipendenza anche non economica, aggregando in una armonica composizione profili di disciplina caratterizzanti la tutela del consumatore e la tutela dell'impresa debole. Non può sottacersi che le ragioni di queste nuove tendenze sono anche dovute all'esigenza di ridare vitalità al mercato, al cui fallimento ha indubbiamente contribuito l'eccessiva settorialità e diversità di discipline.

Non sembra più utile ricostruire statuti giuridici differenziati ed apprestare un autonomo sistema di rimedi sostanziali e processuali che prescindano dalla individuazione della fattispecie e dall'interesse sostanziale giuridicamente protetto. La via da seguire potrebbe essere quella di rivalutare l'esigenza di una disciplina comune dei contratti, individuando se a fondamento delle molteplici normative siano ricavabili principi e criteri ordinanti per i quali approntare adeguate ed efficienti tecniche attuative sulla scia degli orientamenti comunitari.

Gli statuti differenziati in funzione delle posizioni soggettive (consumatore, risparmiatore, utente) e la coniugazione al plurale dei modelli contrattuali appaiono essenzialmente basati sulla circostanza che una delle parti sia potenziale vittima di abusi.

Contratto e mercato interferiscono e si influenzano a vicenda: gli interessi che presiedono al contratto non sono autonomi e distinti dagli interessi che fondano l'ordine del mercato. Nella disciplina non può prescindere dalla considerazione delle situazioni che devono contrassegnare la fisiologia del mercato, anche al fine di rendere funzionali ai valori del sistema non solo i diritti soggettivi, ma, in una contestualizzazione più ampia, anche i poteri, le libertà e le semplici prerogative.

In questa articolata prospettiva occorre collocare ed interpretare l'art. 62 del Decreto Legge n. 1 del 2012 (il c.d. "Decreto liberalizzazioni"), convertito in Legge n. 27 del 2012, nel quale trovano applicazione, nello specifico settore, regole e principi già consolidati negli altri ambiti dei rapporti commerciali.

(22) Tra gli autori si segnalano, in particolare, Pardolesi, *Prefazione*, in Colangelo, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, XII ss.; Amadio, *L'ipotesi del terzo contratto*, in AA. VV., *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, cit., 329 ss.; Franco, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padova, 2010, *passim*; significativi contributi anche in AA. VV., *Il terzo contratto (L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese)*, a cura di Gitti-Villa, Bologna, 2008. Cfr., infine, le acute riflessioni di Minervini, *Il «terzo contratto»*, in *I contratti*, 2009, 493 ss.

(23) In generale, sui contratti di impresa come «autentica categoria dogmatica» si vedano le riflessioni, svolte con la consueta raffinatezza, di Falzea, *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 1 ss.

(24) Si veda, specialmente, Roppo, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 669 ss.; più di recente, i contorni della figura e le sottese ricostruzioni sono efficacemente riassunte, dallo stesso autore, in ID., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corriere giuridico*, 2009, 2, 267 ss.

(25) Cfr., da ultimo, Benedetti, voce *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir.*, *Annali*, V, Milano, 2012, 370 ss., spec. 384 ss.

(26) Si veda, infatti, l'art. 7 d.l. n. 1/2012 che, novellando gli artt. 18-19 cod. cons., ha esteso il regime delle pratiche commerciali scorrette anche alle c.d. "microimprese". Si rinvia *infra*, paragrafo 6.

(27) In particolare, l'art. 10, co. II, della legge n. 180/2011 - novellando l'art. 9 della legge n. 192/1998 (recante disciplina della subfornitura) - così dispone: «In caso di violazione diffusa e reiterata della disciplina di cui al decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, posta in essere ai danni delle imprese, con particolare riferimento a quelle piccole e medie, l'abuso si configura a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica». Vedi *infra*, paragrafo 9.

(28) Ai sensi dell'art. 4, co. I, della legge n. 180/2011 le associazioni di categoria «sono legittimate a proporre azioni in giudizio sia a tutela di interessi relativi alla generalità dei soggetti appartenenti alla categoria professionale, sia a tutela di interessi omogenei relativi solo ad alcuni soggetti».

E non vi è dubbio che in questo settore esistesse l'esigenza, non più dilazionabile, di tutelare le parti deboli del rapporto<sup>29</sup>.

#### 4.- Ratio e finalità della nuova disciplina - Il rapporto squilibrato tra produttori agricoli e imprese di commercializzazione nell'agroalimentare

L'articolo 62 d.l. n. 1/2012 ha introdotto una disciplina che mira ad ovviare al problema della rilevante sproporzione di potere contrattuale esistente tra i produttori agricoli e agroalimentari (anche di prodotti agricoli trasformati e quindi industriali) da una parte ed i soggetti diversi dai consumatori finali ai quali cedono i loro prodotti, vale a dire le imprese di intermediazione commerciale (grossisti o dettaglianti) che li vendono al consumatore finale, dall'altra<sup>30</sup>.

Rientrano in questa disciplina, inoltre, anche i contratti di vendita di prodotti agricoli ed agroalimentari fra imprese di distribuzione (per esempio, fra grossisti e dettaglianti) e fra queste ed imprese industriali che trasformano il prodotto acquistato. Il provvedimento si propone di riequilibrare i rapporti di forza all'interno del sistema agroalimentare – in cui i produttori agricoli (quindi le imprese agricole e i coltivatori diretti), soprattutto, ma anche le piccole e medie imprese agroalimentari, sono schiacciati dal forte potere contrattuale dei loro clienti intermedi (il c.d. *trade*)<sup>31</sup> – ed introduce importanti elementi di innovazione per il settore. La norma si inserisce, dunque, in un contesto caratterizzato da un equilibrio instabile dove i rapporti tra le controparti si giocano sulla forza, sulla deriva commerciale, su accordi che spesso non vengono formalizzati e dove la leva finanziaria gioca un ruolo rilevante soprattutto a favore della grande distribuzione organizzata (c.d. GDO).

A partire dai primi anni novanta del secolo scorso, infatti, si è assistito all'affermazione in Italia della grande distribuzione

organizzata come canale distributivo prevalente dei prodotti, e le piccole e medie imprese sono state sempre più schiacciate dal potere contrattuale di queste catene distributive in termini di compressione dei prezzi di vendita, dei margini di guadagno ottenibili e di accettazione di pratiche commerciali gravose come, per esempio, i "contributi di inserimento" o "di esposizione". Tali contributi sono somme che le società della grande distribuzione richiedono alle imprese fornitrici per inserire i loro prodotti negli assortimenti dei punti vendita o per esporle nei punti migliori di questi ultimi o degli scaffali (per esempio, all'altezza degli occhi o delle mani); altre volte, invece, si assiste all'imposizione di tutta una serie di sconti sul prezzo di vendita dei prodotti, legata alle motivazioni più varie (quantità, fine anno, pagamento a pronti, e così via).

Tali pratiche commerciali sovente non appaiono giustificate da una contropartita reale, ma rappresentano solo una imposizione di una impresa più grande, o che comunque occupa una posizione strategica in un canale commerciale, nei confronti di una impresa più piccola, che spesso, peraltro, non ha alternative per raggiungere un numero ampio di consumatori finali a cui vendere i propri prodotti.

L'art. 62 del d.l. 1/2012, inoltre, tenta di incidere sul grave problema costituito dalle lunghe dilazioni di pagamento (a cui possono aggiungersi i ritardi di pagamento) con cui vengono pagati i produttori, soprattutto (ma non solo) quelli di beni agroalimentari trasformati. In particolare, le catene della grande distribuzione organizzata e le loro centrali di acquisto – che incassano "a pronti" i ricavi delle loro vendite – di solito pagano i fornitori con dilazioni fino a dodici mesi ed anche oltre, così ottenendo grossi vantaggi finanziari a spese dei fornitori. Ulteriore aspetto, fortemente auspicato e di certo non secondario per le aziende del settore, è quello relativo alla riapertura delle porte del credito bancario, potenzialmente incentivato dalla presenza obbligatoria di un contratto scritto<sup>32</sup>.

<sup>(29)</sup> "Il primo obiettivo di questa norma non è quello di demonizzare la grande distribuzione, ma quello di dare alla Filiera Italia un assetto nuovo e diverso, per arrivare a una situazione in cui il nostro sistema agroalimentare non abbia bisogno di altri articoli 62". In questi termini il ministro dell'Agricoltura, Mario Catania, ha sintetizzato lo spirito che ha guidato il governo al varo di una norma che si propone di riequilibrare i rapporti di forza all'interno del sistema agroalimentare, riavviando un processo evolutivo arrestatosi negli anni '50.

<sup>(30)</sup> In questa relazione commerciale, pertanto, le imprese agroalimentari possono rivestire il ruolo sia di venditore che di compratore. Fra i soggetti che acquistano prodotti agricoli ed agroalimentari trasformati vi possono essere anche le organizzazioni no-profit (associazioni, fondazioni, comitati) che poi li rivendono, anche trasformati, a scopo di autofinanziamento o li utilizzano in qualche modo a favore degli associati o dei soggetti assistiti o beneficiari dall'ente.

<sup>(31)</sup> I dati ISMEA (Istituto di Servizi per il Mercato Agricolo Alimentare, ente pubblico economico istituito con l'accorpamento dell'Istituto per Studi, Ricerche e Informazioni sul Mercato Agricolo e della Cassa per la Formazione della Proprietà Contadina) relativi all'anno 2010, ad esempio, dimostrano che la percentuale del prezzo finale pagata al dettagliante dall'acquirente – consumatore finale, che serve a remunerare l'agricoltore che ha prodotto il bene acquistato, varia fra il 7 ed il 14%, e spesso non riesce a rappresentare un compenso che copra i costi sostenuti e generi un guadagno apprezzabile. Ciò vale soprattutto per i prodotti agricoli acquistati dal consumatore nei punti vendita della grande distribuzione organizzata e per quelli acquistati da dettaglianti che si riforniscono da grossisti, mentre vale di meno per i piccoli dettaglianti che acquistano i prodotti da rivendere presso gli agricoltori (in questo caso la parte del prezzo finale che va all'agricoltore è più alta e può arrivare al 50% circa).

<sup>(32)</sup> Elemento sottolineato anche dai vertici di ISMEA, che hanno evidenziato come l'Istituto sia già operativo in questo settore e quale ruolo esso potrebbe svolgere nell'indispensabile monitoraggio di costi e valori che la nuova norma richiederà. Nell'ambito delle sue funzioni istituzionali l'ISMEA, anche attraverso società controllate, realizza servizi informativi, assicurativi e finanziari e costituisce forme di garanzia creditizia e finanziaria per le imprese agricole e le loro forme associate, al fine di favorire l'informazione e la trasparenza dei mercati, agevolare il rapporto con il sistema bancario e assicurativo, favorire la competitività aziendale e ridurre i rischi inerenti alle attività produttive e di mercato. L'ISMEA affianca le Regioni nelle attività di riordino fondiario, attraverso la formazione e l'ampliamento della proprietà agricola, e favorisce il ricambio generazionale in agricoltura in base ad uno specifico regime di aiuto approvato dalla Commissione europea.

Il cuore del provvedimento - che intende scardinare le attuali, consolidate, rendite di posizione - è costituito, essenzialmente, dai primi due commi, le cui previsioni dovrebbero consentire di riallineare i rapporti tra i protagonisti della produzione e della distribuzione, orientandoli verso una effettiva interdipendenza degli attori a scapito dell'attuale rapporto di dipendenza dei primi dai secondi.

*5.- L'analisi del 1° comma – I contratti di cessione di prodotti agricoli e alimentari. Forma, contenuto e nullità*

La normativa in esame, nelle sue diverse articolazioni, rappresenta la sintesi degli interventi legislativi degli ultimi venti anni e delle nuove problematiche poco sopra prospettate. Si rinvengono, infatti, profili di disciplina - tipici tanto dei contratti dei consumatori quanto dei contratti d'impresa - chiaramente ispirati alle diverse normative a tutela del c.d. "contraente debole"; per tale ragione appare indispensabile un costante raffronto con tali normative, anche al fine di comprendere gli specifici rimedi approntati.

Il primo comma dell'art. 62 così dispone: «I contratti che hanno ad oggetto la cessione dei prodotti agricoli e alimentari, ad eccezione di quelli conclusi con il consumatore finale, sono stipulati obbligatoriamente in forma scritta e indicano a pena di nullità la durata, le quantità e le caratteristiche del prodotto venduto, il prezzo, le modalità di consegna e di pagamento. I contratti devono essere informati a principi di trasparenza, correttezza, proporzionalità e reciproca corresponsabilità delle prestazioni, con riferimento ai beni forniti. La nullità del contratto può anche essere rilevata d'ufficio dal giudice».

Il primo profilo da analizzare è quello relativo alle prescrizioni di forma del contratto.

Con l'entrata in vigore della nuova disciplina<sup>33</sup>, tutti i contratti aventi ad oggetto la cessione all'ingrosso di prodotti agricoli ed alimentari dovranno essere redatti in forma scritta a pena di nullità, e ciò a prescindere dalla presenza di un'intesa di filiera e del correlativo contratto quadro ai sensi della normativa di settore vigente<sup>34</sup>.

Occorre chiedersi se sia possibile parlare di un (neo)formalismo "di protezione"<sup>35</sup> anche in ipotesi di contratti tra imprese che operano nel settore dei prodotti agricoli ed alimentari.

Il nuovo formalismo è caratterizzato da un preciso collegamento con prescrizioni di contenuto obbligatorio (di elementi ed informazioni) che il contratto deve presentare. Invero, la disposizione in commento esprime sia la regola sulla "forma negoziale" (la stipulazione del contratto deve avvenire per iscritto), sia la regola sulla "forma-contenuto" (determinati elementi del contratto devono risultare per iscritto)<sup>36</sup>; tali prescrizioni di forma-contenuto garantiscono la conoscenza di elementi del contratto ritenuti essenziali in materia di concorrenza e competitività, conferendo certezza ed univocità al regolamento contrattuale ed operando sulla strutturazione e sul funzionamento del mercato concorrenziale dei prodotti agricoli ed alimentari<sup>37</sup>.

Invero, secondo un orientamento diffuso, la più recente legislazione, segnatamente quella di derivazione comunitaria, denota un significativo ampliamento delle funzioni perseguite dalla previsione di una forma vincolata, la quale non rappresenterebbe più una mera "cornice" di un atto che rimane espressione di autonomia privata ma implicherebbe anche una decisa «eterodeterminazione del contenuto contrattuale e si estenderebbe alle formalità della contrattazione, perseguendo finalità protettive che incidono sulle conseguenze rimediali della sua eventuale inosservanza, modificando i connotati caratterizzanti la nullità strutturale del contratto»<sup>38</sup>. L'obiettivo conformativo di questo "nuovo" tipo di nullità implica una serie di caratteri, tra cui la relatività e parzialità, attraverso i quali è possibile evitare il rischio che il contraente "forte" possa non rispettare il vincolo formale allo scopo di preconstituirsì la facoltà di liberarsi dal contratto a scapito della controparte.

Occorre, in ultima analisi, chiedersi se la nozione di neoformalismo assunta a livello consumeristico possa essere estesa all'ambito delle relazioni commerciali, in ragione di una finalità protettiva assunta dalla previsione formale a fronte di una comune "debolezza" di una delle parti contraenti<sup>39</sup>.

(<sup>33</sup>) Prevista, ai sensi del comma 11 *bis*, «decorsi sette mesi dalla data di pubblicazione della legge di conversione del presente decreto». La legge 24 marzo 2012, n. 27 – di conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1 – è stata pubblicata nel Suppl. ordinario n. 53 alla Gazzetta Ufficiale del 24 marzo 2012, n. 71 (entrando in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione).

(<sup>34</sup>) Il d. lgs. 27 maggio 2005, n. 102, recante «Regolazioni dei mercati agroalimentari», prevede che gli organismi maggiormente rappresentativi nei settori della produzione, della trasformazione, del commercio e della distribuzione dei prodotti agricoli e agroalimentari presenti nel Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro stipulano, nell'ambito del Tavolo agroalimentare istituito presso il Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali, le c.d. "intese di filiera" (con le quali, tra le altre cose, si prevede la formulazione di schemi contrattuali) sulla base delle quali le contrapposte organizzazioni rappresentative concludono i "contratti quadro", nell'ambito dei quali i singoli agricoltori ed i singoli industriali e/o commercianti stipulano per iscritto i singoli contratti individuali. Cfr., sull'argomento, Germanò, *Sul contratto di cessione di prodotti agricoli e alimentari*, in *Dir. giur. agr. alim. amb.*, 2012, 6, 381; si rinvia, anche, a Jannarelli, *I contratti nel sistema agroalimentare*, in *Trattato di diritto agrario*, diretto da Costato, Germanò, Rook Basile, Vol. III, *Il diritto agroalimentare*, Torino, 2011, 423 ss.

(<sup>35</sup>) L'espressione è di Breccia, *La forma*, cit., 535.

(<sup>36</sup>) Di "forma-contenuto" e "forma negoziale" parla D'Amico, *Formazione del contratto*, in *Enc. dir., Annali*, II, tomo II, Milano, 2008, 582.

(<sup>37</sup>) Cfr. Germanò, *Sul contratto di cessione di prodotti agricoli e alimentari*, cit., 382.

(<sup>38</sup>) In questi termini, efficacemente, Addis, «Neoformalismo» e tutela dell'imprenditore debole, in *Obblig. e contr.*, 2012, 6, ai cui ampi richiami bibliografici si rinvia.

(<sup>39</sup>) Addis, *op. ult. cit.*, 9.

E' necessario, in particolare, verificare se, nonostante dal tenore letterale del primo comma dell'art. 62 non sembra sia possibile trarre alcun dato espresso ed univoco in ordine alla relatività e parzialità della nullità quale conseguenza del difetto di forma, si possa ritenere di estendere i caratteri della nullità consumeristica sulla base di una sorta di generalizzabilità di tecniche rimediali legate alle finalità protettive della previsione formale.

Appare utile richiamare, in questa direzione, alcuni specifici profili di disciplina di qualche significativa figura di contratti tra imprese.

Nella disciplina sull'affiliazione commerciale (c.d. *franchising*)<sup>40</sup>, mediante la forma vincolata si introduce una serie di obblighi informativi che mirano ad assicurare la protezione dell'aspirante affiliato. Secondo una certa lettura della norma, tuttavia, la suddetta finalità assumerebbe connotati sensibilmente diversi da quelli riscontrabili in ambito consumeristico<sup>41</sup>. L'informazione, infatti, ha ad oggetto il contenuto complessivo del contratto e la sua refluenza sull'esercizio dell'attività d'impresa da parte dell'aspirante affiliato, al quale, secondo tale chiave di lettura, mediante l'adempimento dell'obbligo informativo non sarebbe garantito una sorta di «statuto minimo essenziale»<sup>42</sup> di diritti indisponibili che consentano di riequilibrare la sua posizione rispetto a quella del-

l'affiliante (che predispone unilateralmente il contratto) bensì, più semplicemente, verrebbe assicurata la possibilità di assumere una decisione maggiormente consapevole.

Nondimeno, si è anche sostenuta la natura relativa della nullità determinata dall'inosservanza del requisito formale, equiparando la norma in commento a quelle previste per la tutela dei consumatori e lasciando chiaramente intendere che, in caso di sua violazione, la nullità del contratto dovrebbe essere rilevata dal solo contraente debole<sup>43</sup>. Ma altra parte della dottrina si è espressa in senso contrario a quest'ultima conclusione, nel senso della riaffermazione delle notevoli differenze intercorrenti con la tutela consumeristica<sup>44</sup>.

La formula della prima parte dell'art. 62, I co., evoca anche la disciplina della subfornitura nelle attività produttive<sup>45</sup>, secondo la quale, in ipotesi di violazione della prescrizione formale, la nullità del contratto non preclude il diritto del subfornitore alla controprestazione ed al ristoro delle spese sostenute in buona fede. Si è sostenuto, al riguardo, che tale previsione è riconducibile all'intento del legislatore di rendere – sia pure con evidenti finalità protettive – sconveniente sul piano economico per il committente l'abuso della sua posizione di forza per imporre al subfornitore un contratto orale; non si assisterebbe, pertanto, alla prosecuzione della relazione contrattuale<sup>46</sup> ed all'eliminazione di una porzione

(40) Legge 6 maggio 2004, n. 129, al cui art. 3 (Forma e contenuto del contratto), si legge: «1. Il contratto di affiliazione commerciale deve essere redatto per iscritto a pena di nullità. (...) 4. Il contratto deve inoltre espressamente indicare: a) l'ammontare degli investimenti e delle eventuali spese di ingresso che l'affiliato deve sostenere prima dell'inizio dell'attività; b) le modalità di calcolo e di pagamento delle *royalties*, e l'eventuale indicazione di un incasso minimo da realizzare da parte dell'affiliato; c) l'ambito di eventuale esclusiva territoriale sia in relazione ad altri affiliati, sia in relazione a canali ed unità di vendita direttamente gestiti dall'affiliante; d) la specifica del *know-how* fornito dall'affiliante all'affiliato; e) le eventuali modalità di riconoscimento dell'apporto di *know-how* da parte dell'affiliato; f) le caratteristiche dei servizi offerti dall'affiliante in termini di assistenza tecnica e commerciale, progettazione ed allestimento, formazione; g) le condizioni di rinnovo, risoluzione o eventuale cessione del contratto stesso». Per un dettagliato commento, vedi, da ultimo, Frignani, *Il contratto di franchising. Orientamenti giurisprudenziali prima e dopo la legge 129 del 2004*, Milano, 2012, spec. 61 ss.

(41) Cfr. Cian, *La nuova legge sull'affiliazione commerciale*, in *Leggi civ. comm.*, 2004, 1163 ss.; Vettori, *I contratti di distribuzione fra legge di protezione e regole di concorrenza*, in *Obblig. e contr.*, 2005, 9 ss.; ID., *I contratti di distribuzione*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, a cura di Sirena, Milano, 2006, 486 ss.; Guerrini, *Sulla violazione degli obblighi di informazione in materia di affiliazione commerciale*, in *Contr. e impresa*, 2005, 1263 ss.; Morelato, *Nuovi requisiti di forma nel contratto. Trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova, 2006, 80 ss. e 168; Pagliantini, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, cit., spec. 26 ss., 34 ss. e 94 ss.

(42) L'espressione è di Addis, *op. ult. cit.*, 15.

(43) De Rosa, *L'analisi funzionale della forma*, Milano, 2011, 121; Modica, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, cit., spec. 179 e 240.

(44) Cfr. De Nova, *La nuova legge sul Franchising*, in *I contratti*, 2004, 763; nonché D'Amico, *La formazione del contratto*, in AA. VV., *Il terzo contratto*, cit., 55 ss., il quale pone altresì l'accento sul fatto che, mentre nei contratti dei consumatori l'informazione è rivolta alla concessione di un *jus poenitendi* destinato ad intervenire a contratto già concluso, qui è finalizzata a permettere di evitare il perfezionamento del contratto.

(45) L'art. 2 (Contratto di subfornitura: forma e contenuto) della legge 18 giugno 1998, n. 192, prevede al comma I che: «Il rapporto di subfornitura si instaura con il contratto, che deve essere stipulato in forma scritta a pena di nullità. (...) In caso di nullità ai sensi del presente comma, il subfornitore ha comunque diritto al pagamento delle prestazioni già effettuate e al risarcimento delle spese sostenute in buona fede ai fini dell'esecuzione del contratto». Il IV comma aggiunge che: «Il prezzo dei beni o servizi oggetto del contratto deve essere determinato o determinabile in modo chiaro e preciso, tale da non ingenerare incertezze nell'interpretazione dell'entità delle reciproche prestazioni e nell'esecuzione del contratto»; il V comma conclude stabilendo che: «Nel contratto di subfornitura devono essere specificati: a) i requisiti specifici del bene o del servizio richiesti dal committente, mediante precise indicazioni che consentano l'individuazione delle caratteristiche costruttive e funzionali, o anche attraverso il richiamo a norme tecniche che, quando non siano di uso comune per il subfornitore o non siano oggetto di norme di legge o regolamentari, debbono essere allegate in copia; b) il prezzo pattuito; c) i termini e le modalità di consegna, di collaudo e di pagamento».

(46) Cfr. De Nicola-Colombo, *La subfornitura nelle attività produttive. Il nuovo contratto di subfornitura ex lege 18.6.1998, n. 192. Disciplina civilistica e fiscale*, Milano, 1998, 24; Bortolotti, *I contratti di subfornitura. La nuova legge sulla subfornitura nei rapporti interni ed internazionali*, Padova, 1999, 74 ss.

del contratto o alla sua sostituzione con norme imperative, secondo il modello rimediabile proprio della nullità parziale<sup>47</sup>. Si osserva, inoltre, che se il legislatore avesse inteso, in ragione della finalità protettiva assunta dalla previsione formale, attribuire al solo subfornitore la legittimazione a far valere la nullità (in tal caso qualificabile come *relativa*), la garanzia del diritto al pagamento delle prestazioni già effettuate risulterebbe del tutto superflua e sovrabbondante, dal momento che sarebbe comunque rimessa alla discrezionalità del subfornitore la scelta in ordine all'attivazione o meno del rimedio. In questa logica, dunque, il riconoscimento del diritto alla controprestazione si comprende proprio ipotizzando che la nullità sia rilevabile da chiunque vi ha interesse e d'ufficio dal giudice (*ex art. 1421 cod. civ.*)<sup>48</sup>.

## 6.- (segue) La «debolezza» del consumatore e quella dell'imprenditore

Nel percorso ricostruttivo che in questa sede si sta tracciando, va certamente attribuita decisiva importanza ad un'attenta ricostruzione degli elementi caratterizzanti la «debolezza» del consumatore e quella di un imprenditore o di un professionista, al fine di poter correttamente valutare l'estendibilità dei rimedi caratterizzanti il c.d. «neoformalismo» consumeristico ai contratti tra imprese.

Nel rapporto consumatore-professionista si presume un'asimmetria che fonda lo squilibrio sulla mancanza di adeguata informazione e sull'ignoranza dei termini dello scambio<sup>49</sup>. Pur potendo ipotizzare che talvolta anche un imprenditore non possieda un adeguato quadro informativo nonostante la sua qualità, nelle relazioni commerciali tra imprese ciò che rileva è essenzialmente una debolezza di natura economica, «strettamente legata al tipo di mercato nel quale l'imprenditore svolge la sua attività ed alla particolare tipologia di relazione negoziale che, per poter operare in quell'ambito, egli è obbligato a far sorgere»<sup>50</sup>.

La «debolezza» dell'imprenditore, pertanto, a differenza di quella del consumatore, non potrebbe predicarsi *a priori* ed in astratto, ma solo eventualmente accertarsi *a posteriori* ed in concreto; di tale circostanza occorre tener conto allorché si tenti di dare una lettura – in chiave sistematica – delle disposizioni inerenti la forma degli atti che vedono come parti necessarie ed esclusive gli imprenditori.

L'idea di fondo di una simile impostazione è quella che – nonostante sia dato registrare qualche segnale in senso contrario<sup>51</sup> – la protezione della parte debole nelle relazioni commerciali (i c.d. rapporti «B2B») tra imprese con diverso grado di forza di mercato implichi presupposti, obiettivi e tecniche di regolazione non assimilabili a quelli operanti per la protezione dei consumatori verso i professionisti (rapporti c.d. «B2C») <sup>52</sup>.

(47) Sul punto, in particolare, cfr. Albanese, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, 1194.

(48) Cfr. Tullio, *La subfornitura industriale: considerazioni in merito all'ambito di applicazione della l. n. 192 del 1998 e alla forma del contratto di subfornitura*, in *Giust. civ.*, 1999, II, 275 ss.; Nicolini, *Subfornitura e attività produttive. Commento alla l. 18.6.1998, n. 192*, Milano, 1999, 31 ss.; Prati, *La sanzione della nullità nel contratto di subfornitura*, in *I contratti*, 1999, 297; Bertolotti, *Il contratto di subfornitura*, Torino, 2000, 62 ss.; Quadri, *Nullità e tutela del contraente debole*, in *Contr. e impresa*, 2001, 1183; Polidori, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, 119 ss.

*Contra*, nel senso del carattere relativo della nullità determinata dall'inosservanza della forma scritta, Gioia, *Nuove nullità relative e tutela del contraente debole*, in *Contr. e impresa*, 1999, 1362; Longu, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 373; Prospero, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, Napoli, 2002, 118 ss.; Monticelli, *Nullità, legittimazione relativa e rilevanza d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 697.

(49) Cfr. Vettori, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 241 ss.; Id., *Asimmetrie e rimedi fra disciplina generale e norme di settore*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, cit., 393 ss.; Ciralo, *L'informazione nel diritto europeo dei contratti*, Messina, 2004, 50 ss.; Macario, *Dalla tutela del contraente debole alla nozione giuridica di consumatore nella giurisprudenza comune, europea e costituzionale*, in *Obblig. e contr.*, 2006, 872 ss. Significativi spunti offre, altresì, D'Amico, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, 348; Id., *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 657 ss.

(50) Così Addis, *op. cit.*, 12. Sul tema cfr., anche, Camardi, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2005, 564 ss.; Zoppini, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 515 ss.; Valentino, *Il contratto «incompleto»*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 509 ss.; Russo, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, «terzo contratto»*, in *Contr. e impresa*, 2009, 120 ss.

(51) Si fa riferimento, in particolare, alla recente estensione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette, di cui al titolo III del codice del consumo, alle c.d. «microimprese». Specificamente, l'art. 7 co. I-II, del d.l. n. 1/2012 ha aggiunto all'art. 18 del codice del consumo la lettera *d bis*, definendo le «microimprese», destinatarie della specifica tutela ivi prevista, come «entità, società o associazioni che, a prescindere dalla forma giuridica, esercitano un'attività economica, anche a titolo individuale o familiare, occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, dell'allegato alla raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003», ed ha esteso l'ambito di applicazione della disciplina «alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e microimprese» (art. 19, I comma, codice del consumo).

(52) Secondo una diversa chiave di lettura, viceversa, è stata prospettata in dottrina la più generale categoria del «contratto asimmetrico», implicante un'ampia convergenza (di presupposti, obiettivi e tecniche di tutela della parte debole) fra contratti del consumatore e contratti asimmetrici tra imprese: cfr. Roppo, *Prospettive del diritto contrattuale europeo*, cit., spec. 279 ss.; Id., *Il contratto del duemila*, cit., spec. 65 ss.

Le relazioni commerciali in materia di cessione dei prodotti agricoli ed agroalimentari rientrano, in particolare, in quella categoria di relazioni contrattuali (caratterizzate, sul piano soggettivo, come esclusivamente B2B) in cui la parte penalizzata dalle asimmetrie di mercato, e dunque destinataria della protezione legislativa, è quella che esegue la “prestazione caratteristica”, quella che fornisce, cioè, il bene o il servizio che definiscono il tipo contrattuale in questione, laddove l’altra parte effettua una prestazione per così dire “neutra”, come il pagamento di un corrispettivo in denaro<sup>53</sup>. Sulla scorta dei superiori rilievi, ed anticipando le conclusioni che da qui a breve saranno rassegnate, ritengo condivisibile la tesi secondo cui la nullità di cui al primo comma dell’art. 62 vada ricostruita quale nullità assoluta disciplinata secondo le regole del codice civile<sup>54</sup>.

## 7.- La c.d. nullità di protezione - Caratteri ed ambito applicativo

La legislazione di matrice europea, e segnatamente quella a tutela dei consumatori, prospetta la figura della c.d. “nullità di protezione” (il cui prototipo è rappresentato dall’art. 36 cod. consumo). Malgrado sia possibile pervenire ad una ricostruzione in chiave unitaria nell’evoluzione del sistema<sup>55</sup>, la nuova figura è stata prevalentemente ritenuta un modello alternativo a quello della tradizionale nullità codicistica (il cui regime è dettato dagli art. 1418-1424 cod. civ.). Specifiche peculiarità del rimedio, infatti, sono quelle della “relatività” (che consiste nella legittimazione a far valere la nullità in capo al solo contraente protetto ovvero – ove tale nullità sia oggetto di rilievo officioso da parte del giudice – nel fatto che la nullità non possa essere pronunciata se non a suo vantaggio<sup>56</sup>) e della “parzialità necessaria” (la sanzione della nullità è limitata a singole clausole, non estendendosi all’intero contratto).

L’analisi della nuova disciplina di cui all’art. 62 d.l. n. 1/2012 involge il dibattito in ordine alla possibilità di configurare la nullità di protezione, oltre che come *testuale*, anche come *virtuale*<sup>57</sup>. In particolare, il I comma della norma, prevedendo espressamente la nullità, ma non la relativa “disciplina”, prospetta l’interrogativo in ordine all’applicabilità del regime generale del codice civile (segnatamente, in punto di legittimazione) ovvero di quello della c.d. nullità di protezione.

Si tratta, dunque, di stabilire se sia ravvisabile o meno nella previsione di nullità in esame (attraverso l’individuazione della *ratio legis*) una disciplina derogatoria (la “diversa disposizione di legge” di cui all’art. 1421 cod. civ.), implicita nello scopo di tutela cui è preordinata la previsione stessa<sup>58</sup>.

Come si è già messo in evidenza, rispetto, ad esempio, alla nullità per vizio di forma prevista dall’art. 2 comma 1 l. n. 192 del 1998, alla tesi che la configura come una nullità «relativa» si è obiettato che l’attribuzione al subfornitore del diritto al pagamento delle prestazioni effettuate lascia semmai intendere che la legittimazione a far valere la nullità debba considerarsi «assoluta», secondo la regola generale.

Più in generale, invero, è diffusa l’idea che la disciplina dei contratti tra imprese, specificamente finalizzata alla tutela degli interessi del mercato nel quale le iniziative imprenditoriali operano, si caratterizzi rispetto alla disciplina dei contratti del consumatore per una spiccata configurazione del contratto come tecnica per attuare il sistema concorrenziale, ritenuto in quanto tale il più idoneo ad assicurare il progresso collettivo, con conseguente perdita della centralità del paradigma contrattuale della libera autodeterminazione; ne consegue che, per un verso, alla negoziazione individuale non è riconosciuto alcun rilievo dirimente, essendo lo squilibrio derivante dall’abuso sindacabile per la sua sola oggettiva sussistenza e che, per altro verso, la nullità - rilevabile *ex officio* dal giudice - non è di tipo “protettivo” ma generale ed assoluta.

(53) In una seconda tipologia di relazioni contrattuali, invece, la parte protetta è quella che acquista beni o servizi sul mercato, cioè la parte destinataria della prestazione caratteristica: in una parola, il cliente. Si tratta, in questo caso, di rapporti soggettivamente “neutri”, nel senso che possono essere sia B2B, sia B2C: una parte è necessariamente un’impresa, ma la controparte può essere sia un’impresa, sia un consumatore, sia un soggetto che non rientra in nessuna di queste categorie. Cfr. Roppo, *Prospettive del diritto contrattuale europeo*, cit., 271.

(54) Nella stessa direzione i primi commenti sulla previsione di nullità di cui al I comma dell’art. 62 in esame, i quali propendono per una configurazione, in assenza di espressa diversa disposizione, ai sensi dell’art. 1421 cod. civ., in termini di nullità assoluta, secondo un regime in tutto e per tutto contrapposto a quello tipico della nullità di protezione: «la dichiarazione di nullità del contratto nelle ipotesi [sopra] indicate colpisce il contratto in sé e per sé, indipendentemente se a giovare del venir meno del contratto sia il contraente debole o colui che, approfittando del suo potere economico, abbia imposto un contratto verbale o abbia redatto un contratto privo delle indicazioni della durata, della quantità e delle caratteristiche del prodotto, del prezzo, delle modalità di consegna e di pagamento», così Germanò, *Sul contratto di cessione di prodotti agricoli e alimentari*, cit., 385.

(55) Sia consentito rinviare a Tommasini, *L’azione di annullamento ed i suoi presupposti (Annullabilità e invalidità. Premesse teoriche e ricostruzione del sistema)*, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da Schlesinger, Milano, 2009, spec. 7 ss.

(56) Ciò costituirebbe il naturale corollario del fatto che, con le parole di D’Amico, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *I contratti*, 2009, 738 «il rimedio invalidatorio è utilizzato allo scopo di fornire “protezione” in via diretta e immediata all’interesse di uno dei contraenti, prima ancora e a parte la tutela assicurata anche a interessi di carattere generale».

(57) Di «nodi ancora da sciogliere con riferimento a questa forma di nullità» parla D’Amico, *op. ult. cit.*, 738.

(58) In questa ipotesi si è parlato di nullità di *protezione virtuale*: ciò che è «virtuale» non è la nullità (che, anzi, è testualmente prevista dal legislatore), bensì il suo carattere «di protezione» (che non è palesato dal legislatore, ma ricavato dall’interprete alla luce della *ratio* della previsione legislativa); cfr., ancora, D’Amico, *op. ult. cit.*, 739.

In altri termini, le norme in parola non lascerebbero spazio alla manifestazione di autonomia privata dell'imprenditore debole, nel senso di "condividere" la (o quantomeno "consentire" alla) clausola "abusiva". La disciplina delle clausole vessatorie nei contratti tra professionista e consumatore, viceversa, esclude la vessatorietà delle clausole che hanno formato oggetto di trattativa individuale (ad eccezione delle clausole inserite nella c.d. *black list* di cui all'art. 36, comma II); coerentemente, la nullità opera solo a vantaggio del consumatore, il quale può opporsi al rilievo officioso del giudice. Le invalidità post-codicistiche inaugurano una nuova stagione attenta alle qualità, alle condizioni giuridiche e di fatto in cui versano i contraenti, al tipo di mercato in cui opera lo scambio dei beni e servizi e alla natura dell'attività in cui si contestualizza il contratto; in sostanza all'insieme dei fattori che connotano ciascuna operazione contrattuale. Sono tutti questi elementi che vanno a formare la "situazione complessiva", la quale non assolve più e soltanto ad una funzione interpretativa, ma ad una più costruttiva funzione conformativa e determinativa del regolamento contrattuale<sup>59</sup>.

## 8.- I principi di trasparenza, correttezza, proporzionalità e reciproca corrispettività delle prestazioni

Il secondo inciso del primo comma dell'art. 62 prevede che «I contratti devono essere informati a principi di trasparenza, correttezza, proporzionalità e reciproca corrispettività delle prestazioni, con riferimento ai beni forniti».

Il richiamo ai principi di trasparenza, correttezza e proporzionalità evoca l'art. 2, co. II, lett. e) del codice del consumo (a mente del quale a consumatori ed utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali)<sup>60</sup>.

La proporzionalità può essere definita come un criterio relazionale fra le prestazioni, che si specifica attraverso valutazioni soggettive dei contraenti che tale relazione instaurano, o attraverso constatazioni oggettive che presuppongono un valore "minimo" di proporzionalità, al di là del quale viene meno la stessa relazione. La proporzionalità non è quindi equivalenza, ma relazione fra due prestazioni o fra le complessive posizioni contrattuali.

L'equità richiama parametri sociali di equivalenza e giustizia contrattuale che intervengono a colmare lacune contrattuali o pongono un limite all'autonomia negoziale; essa è dunque sia un criterio di integrazione del contratto (che, a norma dell'articolo 1374 cod. civ., obbliga le parti non solo

a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità), sia un criterio di correzione degli effetti del contratto che, predisposti dalle parti, risultino tuttavia concretamente ingiusti.

Nei contratti c.d. di diritto comune, ossia non disciplinati da norme speciali ispirate a specifiche esigenze di tutela, il giudice può operare un sindacato di proporzionalità nei ristretti limiti previsti dalle norme codicistiche (sopravvenienze o stati soggettivi particolarmente qualificati), salvaguardando l'originaria relazione di proporzionalità instaurata dalle parti (o dalle stesse instaurabile in condizioni di piena libertà volitiva); può verificare l'equità alla luce di parametri socialmente giusti solo in funzione integrativa ed interpretativa del carente o equivoco regolamento contrattuale, essendo l'intervento correttivo limitato alla sola ipotesi di riduzione della clausola penale (art. 1384 cod. civ.).

Non è invece configurabile un controllo oggettivo della proporzionalità, né generalizzato dell'equità, poiché ciò contrasterebbe con l'autonomia negoziale delle parti - libere e sovrane di stabilire le soglie di convenienza o di equilibrio della contrattazione - oltre che con i principi di affidamento sulla stabilità dei contratti e di certezza dei traffici giuridici.

La prospettiva muta sensibilmente quando vengono in rilievo i contratti dei consumatori o fra imprese. Qui l'assunto secondo il quale l'autonomia delle parti sia di per sé sola sufficiente a realizzare un'equa composizione degli interessi cede il passo di fronte alla sussistenza di strutturali asimmetrie di posizioni fra le parti medesime, sicché il sistema prevede strumenti di etero determinazione legale o giudiziale del contenuto del contratto.

Resta da chiedersi quali possano essere i parametri, i margini e gli esiti del sindacato del giudice sui profili di proporzionalità ed equità del regolamento negoziale.

In particolare, potrà il giudice intervenire sul contenuto del contratto che, in ipotesi, contenga espressamente tutte le indicazioni previste dal primo comma dell'art. 62 (quantità, caratteristiche, prezzo, modalità di consegna e pagamento dei beni), ove tali indicazioni comportino, concretamente, una violazione dei principi ivi richiamati? Si pensi alle ipotesi di un prezzo palesemente non congruo o di modalità di consegna e pagamento particolarmente gravose per l'imprenditore agricolo/produttore (creditore del pagamento).

Il riferimento, chiaramente, è alle disposizioni del d. lgs. n. 231/2002, relativo alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Più precisamente, nella formulazione vigente al momento dell'emanazione e dell'en-

<sup>(59)</sup> Tommasini, *L'azione di annullamento ed i suoi presupposti (Annullabilità e invalidità. Premesse teoriche e ricostruzione del sistema)*, cit., 25. Cfr., altresì, Scalisi, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in Id., *Categorie e istituti del diritto civile*, cit., 715, il quale evidenzia che la costruzione del regolamento contrattuale compie un evidente salto di qualità, passando dal piano analitico del singolo atto in sé a quello più generale sistematico e globale del rapporto dell'atto con l'intero ordinamento.

<sup>(60)</sup> Per uno specifico commento sui diritti riconosciuti dall'art. 2, co. II, lett. e) del codice del consumo, v., in particolare, Camilletti, *L'art. 2 del Codice del consumo e i diritti fondamentali del consumatore nei rapporti contrattuali*, in *I contratti*, 2007, 907 ss. Più di recente, v. AA. VV., *Codice del consumo*, a cura di Cuffaro, III ed., Milano, 2012, 10 ss.

trata in vigore dell'art. 62 in commento<sup>61</sup>, l'ultimo comma dell'art. 7 del suddetto decreto delegato prevedeva che «*il giudice, anche d'ufficio, dichiara la nullità dell'accordo*» (sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento che risulti gravemente iniquo, ai sensi del I e II comma della stessa norma, in danno del creditore) e, avuto riguardo all'interesse del creditore, alla corretta prassi commerciale ed alle altre circostanze di cui al comma I, «*applica i termini legali ovvero riconduce ad equità il contenuto dell'accordo medesimo*». La norma appena richiamata, così formulata, riconosceva al giudice un penetrante potere di intervento sul contratto, laddove prevede che egli (una volta dichiarata la nullità della clausola) possa, in alternativa alla applicazione dei termini legalmente predeterminati, ricondurre ad equità il contenuto dell'accordo secondo il proprio prudente apprezzamento<sup>62</sup>.

Va precisato, tuttavia, che siffatto potere ha ad oggetto solo l'accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento; su elementi, cioè, che il III comma dell'art. 62 d.l. n. 1/2012 predetermina in modo inderogabile: «*Per i contratti di cui al comma 1, il pagamento del corrispettivo deve essere effettuato per le merci deteriorabili<sup>63</sup> entro il termine legale di trenta giorni e per tutte le altre merci entro il termine di sessanta giorni. In entrambi i casi il termine decorre dall'ultimo giorno del mese di ricevimento della fattura. 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<sup>64</sup>*».

Prima dell'intervento normativo di cui all'art. 62, infatti, la speciale disciplina dei termini di pagamento relativi ai contratti di cessione dei prodotti alimentari era contenuta nell'art. 4 (decorrenza degli interessi moratori) del d. lgs. n.

231/2002, e precisamente nei commi 3 e 4 che, peraltro, prevedevano la possibilità, a certe condizioni, di derogare ai termini legali<sup>65</sup>.

Scompare, dunque, nel settore della cessione dei prodotti agricoli ed agroalimentari, la possibilità che le parti stabiliscano un termine superiore rispetto a quello legale.

## 9.- I divieti nelle relazioni commerciali tra operatori economici - Sanzioni e rimedi

I divieti di cui al 2° comma dell'art. 62 hanno un ampio spettro applicativo, riguardando essi tutte le «relazioni commerciali tra operatori economici, ivi compresi i contratti che hanno ad oggetto la cessione dei beni di cui al comma 1». Le condotte vietate, in particolare, sono quelle volte a: «a) imporre direttamente o indirettamente condizioni di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose, nonché condizioni extracontrattuali e retroattive; b) applicare condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti; c) subordinare la conclusione, l'esecuzione dei contratti e la continuità e regolarità delle medesime relazioni commerciali alla esecuzione di prestazioni da parte dei contraenti che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto degli uni e delle altre; d) conseguire indebite prestazioni unilaterali, non giustificate dalla natura o dal contenuto delle relazioni commerciali; e) adottare ogni ulteriore condotta commerciale sleale che risulti tale anche tenendo conto del complesso delle relazioni commerciali che caratterizzano le condizioni di approvvigionamento».

In ipotesi di violazione dei superiori divieti, la norma prevede espressamente solo le sanzioni amministrative pecunia-

(61) Va segnalato, infatti, che, in attuazione della delega contenuta all'art. 10 della legge n. 180/2011, è stato recentemente emanato il d. lgs. 9 novembre 2012 n. 192, recante «Modifiche al decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, per l'integrale recepimento della direttiva 2011/7/UE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, a norma dell'articolo 10, comma 1, della legge 11 novembre 2011, n. 180».

(62) La nuova formulazione dell'art. 7, risultante dalle modifiche apportate dal d. lgs. n. 192/2012, viceversa, sembra escludere un così penetrante potere di intervento, poiché prevede unicamente che «1. Le clausole relative al termine di pagamento, al saggio degli interessi moratori o al risarcimento per i costi di recupero, a qualunque titolo previste o introdotte nel contratto, sono nulle quando risultano gravemente inique in danno del creditore. Si applicano gli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile. 2. Il giudice dichiara, anche d'ufficio, la nullità della clausola avuto riguardo a tutte le circostanze del caso, tra cui il grave scostamento dalla prassi commerciale in contrasto con il principio di buona fede e correttezza, la natura della merce o del servizio oggetto del contratto, l'esistenza di motivi oggettivi per derogare al saggio degli interessi legali di mora, ai termini di pagamento o all'importo forfettario dovuto a titolo di risarcimento per i costi di recupero».

(63) L'elenco dei «prodotti alimentari deteriorabili», ai fini della specifica normativa, è contenuto nel successivo IV comma, che sostituisce il D.M. 13 maggio 2003 (il quale, peraltro, si esprimeva negli stessi termini), abrogato dal comma 11 dell'art. 62 in commento.

(64) Comma così sostituito dalla legge di conversione n. 27/2012.

(65) Il 3° comma così disponeva: «Per i contratti aventi ad oggetto la cessione di prodotti alimentari deteriorabili, il pagamento del corrispettivo deve essere effettuato entro il termine legale di sessanta giorni dalla consegna o dal ritiro dei prodotti medesimi e gli interessi decorrono automaticamente dal giorno successivo alla scadenza del termine. In questi casi il saggio degli interessi di cui all'articolo 5, comma 1, è maggiorato di ulteriori due punti percentuali ed è inderogabile»; il 4° comma prevedeva, poi, che «Le parti, nella propria libertà contrattuale, possono stabilire un termine superiore rispetto a quello legale di cui al comma 3 a condizione che le diverse pattuizioni siano stabilite per iscritto e rispettino i limiti concordati nell'ambito di accordi sottoscritti, presso il Ministero delle attività produttive, dalle organizzazioni maggiormente rappresentative a livello nazionale della produzione, della trasformazione e della distribuzione per categorie di prodotti deteriorabili specifici».

I suddetti commi oggi risultano abrogati dal comma 11 dell'art. 62, con la decorrenza prevista dal comma 11 bis dell'articolo stesso.

rie (comma VI, VIII, IX) ed il risarcimento del danno, oltre l'inibitoria (comma X).

Il legislatore, in questo caso, nulla ha invece disposto espressamente in ordine al rimedio invalidatorio. Si prospetta all'interprete, dunque, un duplice quesito. In primo luogo, occorre stabilire se ci si trovi in presenza di un'ipotesi in cui il contrasto con la norma imperativa determina la nullità (e non, invece, esclusivamente altri rimedi); in secondo luogo, si pone il problema di come tale nullità (virtualmente desunta dalla natura della norma violata) debba essere "disciplinata"<sup>66</sup>.

Per tentare di rispondere al superiore quesito è utile richiamare la legislazione, di derivazione comunitaria, cui la nuova normativa è palesemente ispirata.

Viene in rilievo, anzitutto, l'articolo 102 TFUE (ex articolo 82 TCE), inserito nel capo relativo alle regole di concorrenza applicabili alle imprese, che vieta lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo, fornendo un elenco, esemplificativo<sup>67</sup>, di condotte abusive<sup>68</sup> che, anche alla stregua del tenore letterale, ricalcano sostanzialmente quelle indicate dall'art. 62.

Il successivo art. 103 TFUE (ex art. 83 TCE) rinvia al diritto europeo c.d. "derivato" (Regolamenti e Direttive) per l'introduzione delle disposizioni finalizzate a garantire l'osservanza dei divieti, precisando la necessità di comminare ammende e penalità di mora; l'art. 104 TFUE (ex art. 84 TCE) autorizza, fino all'entrata in vigore delle disposizioni di cui all'art. 103 TFUE, le autorità degli Stati membri a decidere in merito allo sfruttamento abusivo di una posizione dominante in conformità al diritto nazionale interno.

Non deve sorprendere che il legislatore europeo si limiti a

prevedere la fattispecie e che non si pronunci espressamente sull'introduzione di specifici rimedi (in particolare sotto il profilo dell'invalidità), rimettendone l'individuazione ai singoli legislatori nazionali in conformità alla tradizione ed al sistema proprio di ciascun ordinamento.

Il nostro legislatore ha recepito la normativa comunitaria con la legge 10 ottobre 1990, n. 287 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato), il cui art. 3, rubricato «Abuso di posizione dominante», riprende pressoché letteralmente l'art. 102 TFUE<sup>69</sup>. La stessa legge, poi, istituisce l'Autorità garante della concorrenza e del mercato e ne disciplina i poteri di indagine e di istruttoria (artt. 12 e 14), di adozione di eventuali misure cautelari (14 bis), e prevede un apparato di sanzioni amministrative pecuniarie (art. 15). Nulla viene espressamente stabilito sotto il profilo dei rimedi invalidatori degli accordi attraverso i quali si realizza l'abuso di posizione dominante. La giurisprudenza, tuttavia, ha colmato la lacuna valorizzando il carattere cogente della disposizione di cui all'art. 3<sup>70</sup>, ed anche sulla scorta di quanto previsto dall'art. 33, comma II, l. n. 287/1990 (il quale, come modificato proprio dal d.l. n. 1/2012, prevede che «Le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti al tribunale competente per territorio [...]») ha affermato che «[...] l'art. 33, che determina la competenza della Corte d'Appello (n.b. oggi Tribunale delle imprese), prevede le sole ipotesi in cui nel caso di abuso di posizione dominante si agisca per ottenere la *dichiarazione di nullità* del contratto o il risarcimento del danno [...]»<sup>71</sup>.

Il legislatore si esprime, invece, chiaramente nell'ipotesi di cui all'art. 9 (abuso di dipendenza economica)<sup>72</sup> della l. n.

<sup>(66)</sup> Si tratta, in definitiva, del dubbio relativo alla configurabilità di ipotesi di nullità *virtuale di protezione*, che ricorre laddove il legislatore ha previsto una norma «imperativa» senza indicare espressamente la nullità quale rimedio per la sua violazione. È, questo, un ulteriore «nodo da sciogliere» in tema di nullità di protezione secondo D'Amico, *Nullità virtuale – nullità di protezione*, cit., 739 (vedi *supra*, paragrafo 7).

<sup>(67)</sup> La norma prevede, infatti, che «*Tali pratiche abusive possono consistere in particolare (...)*».

<sup>(68)</sup> Consistenti nel «a) imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque; b) limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; c) applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; d) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi».

<sup>(69)</sup> Così disponendo: «È vietato l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, ed inoltre è vietato: a) imporre direttamente od indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose; b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori; c) applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza; d) subordinare la conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto dei contratti stessi».

<sup>(70)</sup> Si veda, emblematicamente, Corte App. Roma, 16 gennaio 2001, in *Giur. comm.*, 2002, II, 362, secondo cui «I comportamenti aventi carattere negoziale che concretano un abuso di posizione dominante si pongono in contrasto con il divieto sancito dall'art. 3 della legge *antitrust*. Trattandosi di violazione di norma imperativa, la conseguenza è la nullità».

<sup>(71)</sup> In questi termini, di recente, Cass. Civ., 23 febbraio 2012, n. 2777, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 2, 213.

<sup>(72)</sup> «1. È vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui una impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. 2. L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto [...]»

192/1998 (disciplina della subfornitura nelle attività produttive), secondo cui «Il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo. Il giudice ordinario competente conosce delle azioni in materia di abuso di dipendenza economica, comprese quelle inibitorie e per il risarcimento dei danni».

Va segnalato, peraltro, il diffuso orientamento in dottrina e giurisprudenza secondo il quale l'abuso di dipendenza economica è fattispecie riferibile a tutti i contratti tra imprese: «L'art. 9, l. 18 giugno 1998, n. 192 ha portata generale, ossia non limitata ai soli contratti di subfornitura, in quanto espressione del principio di buona fede e correttezza contrattuale e perciò finalizzata alla individuazione dei limiti che l'ordinamento pone nei contratti di impresa a tutela di quella parte contrattuale che si trovi, rispetto all'altra, in posizione di dipendenza economica»<sup>73</sup>.

La nullità del patto "abusivo" è ricostruita, prevalentemente, in termini di nullità di protezione, necessariamente parziale<sup>74</sup> (sottratta, come tale, al giudizio di cui all'art. 1419, l comma, cod. civ.) ed a legittimazione relativa<sup>75</sup>.

#### 10.- Note minime sulle ulteriori disposizioni dell'art. 62: sanzioni pecuniarie, azione risarcitoria e inibitoria

#### A) Le sanzioni amministrative pecuniarie - Poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato

I commi 5°-7° dell'art. 62 prevedono sanzioni amministrative pecuniarie, di importo non sempre significativo<sup>76</sup>, in relazione alla violazione delle precedenti disposizioni in tema di requisiti di forma-contenuto del contratto di cessione di prodotti agricoli ed alimentari<sup>77</sup> (comma I), divieti nelle relazioni commerciali (comma II) e termini di pagamento (comma III). La vigilanza sull'applicazione delle predette disposizioni, oltre che la competenza all'irrogazione delle sanzioni ivi previste, spetta all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che, all'uopo, può agire anche d'ufficio ed avvalersi del supporto operativo della Guardia di Finanza<sup>78</sup>.

Merita segnalare, peraltro, che lo stesso d.l. n. 1/2012 ha ulteriormente esteso le competenze dell'Autorità medesima. L'art. 5 del provvedimento, infatti, ha introdotto la «tutela amministrativa contro le clausole vessatorie», inserendo l'art. 37 bis del codice del consumo (ai sensi del quale «L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, sentite le associazioni di categoria rappresentative a livello nazionale e le camere di commercio interessate o loro unioni, d'ufficio o su denuncia, ai soli fini di cui ai commi successivi, dichiara la vessatorietà delle clausole inserite nei con-

(73) Così, di recente, Trib. Torino 11 marzo 2010, in *Giur. comm.*, 2011, 6, II, 1471. In dottrina, cfr., in particolare, Macario, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 684; Agrifoglio, *L'abuso di dipendenza economica nelle prime applicazioni giurisprudenziali: tra tutela della parte debole e regolazione del mercato*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 253 ss.

(74) Cfr., specialmente, Albanese, *Abuso di dipendenza economica*, cit., 1179 ss.

(75) Vedi, per tutti, le acute osservazioni di Villa, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in *Il terzo contratto*, cit., 134, secondo cui «la legittimazione relativa risulta quella più conforme al complessivo dettato normativo» poiché in caso contrario al contraente «dominante» verrebbe offerta la possibilità di sottrarsi all'impegno contrattuale. In ogni caso, sulle diverse ricostruzioni in ordine alla disciplina della nullità del patto di cui all'art. 9 l. n. 192/1998, cfr. Maugeri, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, 158 ss.

(76) I suddetti commi così dispongono: «5. Salvo che il fatto costituisca reato, il contraente, ad eccezione del consumatore finale, che contravviene agli obblighi di cui al comma 1 è sottoposto alla sanzione amministrativa pecuniaria da euro 516,00 a euro 20.000,00. L'entità della sanzione è determinata facendo riferimento al valore dei beni oggetto di cessione.

6. 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 516,00 a euro 3.000,00. La misura della sanzione è determinata facendo riferimento al beneficio ricevuto dal soggetto che non ha rispettato i divieti di cui al comma 2.

7. Salvo che il fatto costituisca reato, il mancato rispetto, da parte del debitore, dei termini di pagamento stabiliti al comma 3 è punito con sanzione amministrativa pecuniaria da 500 euro a euro 500.000. L'entità della sanzione viene determinata in ragione del fatturato dell'azienda, della ricorrenza e della misura dei ritardi». Qualche osservazione sul punto in Albisinni, *Cessione di prodotti agricoli e agroalimentari*, cit., 15-17.

(77) È interessante rilevare che, ai sensi del comma V, è sottoposto alle sanzioni amministrative pecuniarie «il contraente» che contravviene agli obblighi di cui al comma I, e cioè l'obbligo di redazione per iscritto del contratto di cessione di prodotti agricoli ed alimentari. In questa ipotesi, infatti, entrambi i contraenti (anche il cedente/contraente debole, e non solo il cessionario/contraente forte) si rendono responsabili della violazione dell'obbligo e dunque entrambi dovrebbero sopportare le relative sanzioni. Cfr. Germanò, *Sul contratto di cessione di prodotti agricoli e alimentari*, cit., 384.

(78) Ai sensi del comma 8° dell'art. 62. Il comma 9° prevede, poi, che «Gli introiti derivanti dall'irrogazione delle sanzioni di cui ai commi 5, 6 e 7 sono versati all'entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnati e ripartiti con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze e iscritti nello stato di previsione del Ministero dello sviluppo economico, al Fondo derivante dalle sanzioni amministrative irrogate dall'Autorità Garante Concorrenza e Mercato da destinare a vantaggio dei consumatori per finanziare iniziative di informazione in materia alimentare a vantaggio dei consumatori e per finanziare attività di ricerca, studio e analisi in materia alimentare nell'ambito dell'Osservatorio unico delle Attività produttive, nonché nello stato di previsione del Ministero per le Politiche agricole, alimentari e forestali per il finanziamento di iniziative in materia agroalimentare».

tratti tra professionisti e consumatori che si concludono mediante adesione a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli, modelli o formulari», e prevedendo, inoltre, l'applicazione di alcuni poteri istruttori di cui all'art. 14 l. n. 287/1990 e la comminatoria di sanzioni amministrative pecuniarie<sup>79</sup>.

## B) L'azione risarcitoria e l'azione inibitoria

La prima parte del comma 10° dell'art. 62 legittima il singolo imprenditore, nonché le associazioni di consumatori e delle categorie imprenditoriali, ad agire in giudizio per il risarcimento del danno derivante dalla violazione delle nuove disposizioni<sup>80</sup>.

È lecito chiedersi se il legislatore abbia inteso estendere, ai rapporti commerciali di cui si discute, il meccanismo della *class action*, tipicamente prevista per la tutela dei *diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti* nonché degli *interessi collettivi*, ai sensi dell'art. 140 bis del codice del consumo.

Va precisato, peraltro, che l'inciso «*nonché gli interessi collettivi*», come oggetto di tutela della *class action*, è stato introdotto, in sede di conversione del d.l. n. 1/2012, dalla legge n. 27/2012, sicché l'odierna formulazione del primo comma del suddetto art. 140 bis è la seguente: «I diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2 *nonché gli interessi collettivi* sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, secondo le previsioni del presente articolo. A tal fine *ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa, può agire* per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni». Per un verso, quindi, viene ampliato l'oggetto della tutela (che ricomprende anche gli interessi collettivi)<sup>81</sup>, ma per altro verso viene mantenuta la formula secondo cui la legittimazione ad agire spetta a ciascun componente della classe *anche mediante associazioni cui dà mandato o*

*comitati cui partecipa*; associazioni o comitati che, quindi, possono rappresentare la classe solo in presenza di apposito mandato conferito da almeno un danneggiato (che le "coinvolga"), e non già agire *ex se*.

Diversamente, il comma 10 dell'art. 62 in commento prevede che le associazioni dei consumatori aderenti al CNCU e delle categorie imprenditoriali presenti nel Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro o comunque rappresentative a livello nazionale *possono promuovere* le azioni in giudizio per il risarcimento del danno<sup>82</sup>.

La seconda parte del comma 10° aggiunge, alla tutela successiva, la tutela collettiva di tipo preventivo, che consiste nella facoltà di richiedere, al giudice competente sui procedimenti cautelari, di inibire i comportamenti in violazione delle disposizioni di cui all'art. 62<sup>83</sup>.

Trattasi di strumento del tutto analogo a quello previsto dall'art. 37 del codice del consumo<sup>84</sup>, al quale è sovrapponibile sotto il profilo della legittimazione ad agire (collettiva) e dell'organo competente a disporre l'inibitoria (il giudice).

Oggetto dell'inibitoria di cui all'art. 37 del codice del consumo è l'utilizzo di condizioni generali di contratto di cui sia accertata l'abusività (ai sensi degli artt. 33 e 34 del codice stesso); oggetto dell'inibitoria di cui all'art. 62 d.l. n. 1/2012 sono invece tutti i «*comportamenti in violazione della presente disposizione*», che esprimono, in sostanza, un abuso della posizione di mercato e del connesso potere negoziale da parte dell'impresa "forte".

## 11.- La previsione della entrata in vigore della nuova normativa - Brevi osservazioni (anche di metodo) sul decreto applicativo dell'art. 62

Ai sensi del comma 11 bis, aggiunto in sede di conversione dalla legge n. 27/2012, l'art. 62 acquista efficacia decorsi sette mesi dalla data di pubblicazione della medesima legge<sup>85</sup>.

<sup>(79)</sup> Per un approfondimento sul punto si rinvia a Rossi Carleo, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*, in *Obblig. e contr.*, 2012, 492 ss.; Rumi, *Il controllo amministrativo delle clausole vessatorie*, in *I contratti*, 2012, 638 ss.; Pandolfini, *La tutela amministrativa dei consumatori contro le clausole vessatorie*, in *Il corriere giuridico (speciale n. 2)*, 2012, 47 ss.

<sup>(80)</sup> La norma così recita: «Sono fatte salve le azioni in giudizio per il risarcimento del danno derivante dalle violazioni della presente disposizione, anche ove promosse dalle associazioni dei consumatori aderenti al CNCU e delle categorie imprenditoriali presenti nel Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro o comunque rappresentative a livello nazionale».

<sup>(81)</sup> Per un breve commento sotto tale profilo, che tenga conto delle ultime modifiche, v. Camilletti, *Azione di classe: profili sostanziali*, in *I contratti*, 2012, 515 ss.

<sup>(82)</sup> Cfr. Germanò, *Sul contratto di cessione di prodotti agricoli e alimentari*, cit., 384-385.

<sup>(83)</sup> Il tenore letterale della norma è il seguente: «Le stesse associazioni sono altresì legittimate ad agire, a tutela degli interessi collettivi, richiedendo l'inibitoria ai comportamenti in violazione della presente disposizione ai sensi degli articoli 669-bis e seguenti del codice di procedura civile» (Comma così modificato dalla legge di conversione 24 marzo 2012, n. 27).

<sup>(84)</sup> A mente del quale «1. Le associazioni rappresentative dei consumatori, di cui all'articolo 137, le associazioni rappresentative dei professionisti e le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, possono convenire in giudizio il professionista o l'associazione di professionisti che utilizzano, o che raccomandano l'utilizzo, di condizioni generali di contratto e richiedere al giudice competente che inibisca l'uso delle condizioni di cui sia accertata l'abusività ai sensi del presente titolo. 2. L'inibitoria può essere concessa, quando ricorrano giusti motivi di urgenza, ai sensi degli articoli 669-bis e seguenti del codice di procedura civile».

<sup>(85)</sup> Si rammenti che la legge 24 marzo 2012, n. 27 – di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1 – è stata pubblicata nel Suppl. ordinario n. 53 alla Gazzetta Ufficiale del 24 marzo 2012, n. 71 (entrando in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione).

La definizione delle modalità applicative delle nuove disposizioni è, poi, demandata ad un apposito decreto del Ministro delle politiche agricole, alimentari e forestali, adottato di concerto con il Ministro dello sviluppo economico, da emanarsi «entro tre mesi dalla data di pubblicazione della legge di conversione».

In attuazione della suddetta previsione, il Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali ha adottato il D.M. 19 ottobre 2012, il cui testo ha reso disponibile (in attesa della pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale) sul proprio sito internet istituzionale<sup>86</sup>.

Dopo aver delimitato il proprio ambito di applicazione<sup>87</sup> e fornito alcune definizioni rilevanti ai fini della nuova disciplina<sup>88</sup>, il decreto attuativo prevede, all'art. 3, co. I, che per "forma scritta" – ai fini dell'art. 62 co. I, del d.l. n. 1/2012 – «si intende qualsiasi forma di comunicazione scritta, anche trasmessa in forma elettronica o a mezzo telefax 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» agricoli e alimentari. Si precisa, al co. V, che «La superfluità della sottoscrizione può affermarsi solo in presenza di situazioni qualificabili equipollenti all'apposizione della firma, idonee a dimostrare in modo inequivoco la riferibilità del documento scritto ad un determinato soggetto».

La previsione *de qua* corregge l'infelice formulazione del progetto preliminare del decreto, ai sensi del quale costituiva forma scritta qualsiasi forma di comunicazione scritta, anche trasmessa in forma elettronica, a mezzo fax, «anche priva di sottoscrizione». Evidentemente si è preso atto, anche alla luce della *ratio* della previsione normativa, che una simile interpretazione della possibile formalizzazione delle relazioni commerciali in oggetto avrebbe precluso la certezza e la piena trasparenza degli accordi – con inevitabili ricadute sotto il profilo del contenzioso – ed avrebbe altresì compromesso qualsiasi rapporto con gli istituti di cre-

dito, i quali assai difficilmente avrebbero accettato uno scambio di fax e/o e-mail privi di sottoscrizione, come tali non riferibili con certezza alle parti contraenti<sup>89</sup>.

Appare altresì discutibile la indicazione - di cui all'art. 4, co. I, del D.M. ed al relativo allegato A – nell'ambito delle "condotte commerciali sleali", del "mancato rispetto dei principi di buone prassi" e delle "pratiche sleali" identificate dalla Commissione europea e dai rappresentanti della filiera agro-alimentare a livello comunitario nell'ambito del *Forum* di Alto livello per un migliore funzionamento della filiera alimentare<sup>90</sup>.

Le esemplificazioni, dettate dalla dichiarata esigenza di ordinare le legislazioni sulla concorrenza, appaiono infatti inutili superfetazioni rispetto alle regole generali che consentono di fare assurgere a principio generale il divieto di abuso di posizione dominante, in qualsiasi forma esso si manifesti. È lecito immaginare che siffatte esemplificazioni potrebbero consentire di limitare la portata dei principi generali e la interpretazione – devoluta ai competenti organi – rispetto alle singole fattispecie che la realtà può prospettare. In altri termini vi è il rischio che l'Allegato, peraltro estremamente analitico, sia inteso, sul piano interpretativo, come una serie di regole esaustive e pertanto, in ultima analisi, limitatrici<sup>91</sup>.

Invero, i divieti di cui al secondo comma dell'art. 62 consentono di individuare (anche sulla scorta dei principi di cui al primo comma) sul piano interpretativo ed applicativo le buone prassi e le pratiche sleali; peraltro, anche il decreto attuativo contiene, all'art. 4, co. II-III, esplicitazione sufficienti dei criteri generali.

## 12.- Una prima valutazione generale

L'art. 62, pur riguardando un settore specifico (i prodotti agricoli ed alimentari) nel quadro dei rapporti tra imprese,

(86) Il documento, ed il relativo Allegato contenente l' "Elenco delle pratiche commerciali sleali", è reperibile, a seguito di comunicato stampa del 24 ottobre 2012, al seguente indirizzo internet: <http://www.politicheagricole.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/5250>.

(87) Riferito, ai sensi dell'art. 1, alle cessioni di prodotti agricoli e alimentari «la cui consegna avviene nel territorio della Repubblica italiana, con particolare riferimento alle relazioni economiche tra gli operatori della filiera connotate da un significativo squilibrio nelle rispettive posizioni di forza commerciale». Può, pertanto, ritenersi che saranno soggetti alla disciplina in oggetto gli operatori che importano prodotti dall'estero, se la merce viene consegnata in Italia, mentre rimangono escluse le esportazioni se la consegna della merce avviene in uno Stato terzo.

(88) V. art. 2 D.M. 19 ottobre 2012.

(89) In definitiva, la forma prescritta *ad essentiam*, per essere tale, non può che constare di tutti i suoi elementi, ivi inclusa la sottoscrizione. Giova osservare, in proposito, che le attuali innovazioni tecnologiche (si pensi alla posta elettronica certificata [c.d. PEC], ma, soprattutto, al sistema di firma digitale/elettronica) offrono agli operatori strumenti che sollevano non poche questioni problematiche, esorbitanti i limiti del presente contributo ed in ordine alle quali vedi, di recente, Navone, *Il documento informatico con firma elettronica autentica*, in *I contratti*, 2012, 839 ss.

(90) Approvate in data 29 novembre 2011, e riportate in allegato A al decreto stesso.

(91) Sebbene possa rilevarsi, sul piano dell'esegesi letterale del disposto normativo, che, ai sensi dell'art. 4, co. I, del D.M. in parola, rientrano nella definizione di "condotta commerciale sleale" - di cui alla lett. e) del comma secondo dell'art. 62 - «anche il mancato rispetto dei principi di buone prassi e le pratiche sleali identificate dalla Commissione europea e dai rappresentanti della filiera agro-alimentare a livello comunitario nell'ambito del Forum di Alto livello per un migliore funzionamento della filiera alimentare (*High level Forum for a better functioning of the food supply chain*), approvate in data 29 novembre 2011, di cui in allegato al presente decreto». Si vuol dire che l'utilizzo del termine "anche" potrebbe comunque indurre a ritenere l'elencazione prospettata come una mera esemplificazione non esaustiva.

prevede regole che – a mio parere – possono costituire un criterio interpretativo generale per consentire di chiarire definitivamente le peculiarità esistenti nei rapporti tra imprese e soprattutto per cogliere l'importanza che i legislatori (interno ed europeo) attribuiscono alla regolamentazione dei mercati concorrenziali nella prospettiva complessiva della tutela dei contraenti, di *tutti* i contraenti, operatori economici e non.

La regolamentazione dei contratti costituisce un momento ineliminabile nella prospettiva dei ragionevoli limiti che l'autonomia privata deve subire per scontare un giudizio di meritevolezza del contratto in quanto tale e/o di singole clausole nello stesso inserite.

## Postilla

Nella legge 17 dicembre 2012 n.221 di conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 18 ottobre 2012 n.179, recante ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese con l'art.36 bis (Disciplina delle relazioni commerciali in materia di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari) è stato modificato il comma 1 dell'art.62 commentato nel presente saggio nei termini seguenti: a) *al primo periodo le parole "a pena di nullità "sono soppresse"; b) "l'ultimo periodo è soppresso"*.

Ovviamente l'intervento del legislatore non può non avere incidenza sulla interpretazione del primo comma dell'art.62 in commento. Le valutazioni e gli interventi ondivaghi e sordinati del legislatore non consentono di fornire soluzioni ricostruttive certe e definitive.

Tuttavia, in prima approssimazione e fatti salvi ulteriori approfondimenti, ritengo che stante la previsione della obbligatorietà della forma scritta trovi conferma la nullità radicale per difetto di un requisito essenziale.

Viceversa, la mancata indicazione dei requisiti di contenuto (durata, quantità, caratteristiche del prodotto venduto, il prezzo, le modalità di consegna e di pagamento) non comporta la nullità radicale del contratto, ma è soggetta alla disciplina generale operante in materia contrattuale, con possibilità di integrare la carenza della indicazione con i normali mezzi di prova o mediante l'applicazione delle regole vincolanti stabilite dal legislatore. Per esempio, in ordine alle modalità di pagamento troverebbe applicazione la recente disciplina in tema di transazioni commerciali con la possibilità della nullità parziale delle clausole difformi con la sostituzione delle regole previste dalla legge.

I principi generali troverebbero anche applicazione ove i contratti non fossero informati a principi di trasparenza, correttezza, proporzionalità e reciproca corrispettività delle

prestazioni. Con la possibilità per la parte che si ritenga danneggiata di agire per l'annullamento, la risoluzione e/o il risarcimento dei danni per il comportamento della controparte non ispirato ai principi sopra richiamati. Dunque ad iniziativa di parte e per questo la nullità non potrebbe essere fatta valere *ex officio* dal giudice (eliminazione ex art.36 bis dell'ultimo periodo).

Dal punto di vista sistematico – come già rilevato – occorrono certamente ulteriori approfondimenti.

## ABSTRACT

*L'art. 62 del D.L. n.1/2012 (c.d. Decreto liberalizzazioni), convertito in L.n. 27/2012, detta per i contratti aventi ad oggetto i prodotti agricoli e alimentari una nuova incisiva disciplina che giova a colmare il rapporto squilibrato tra produttori agricoli ed imprese di commercializzazione.*

*La asimmetria informativa – che già caratterizza altri settori del mercato – viene superata attraverso stringenti requisiti di forma e di contenuto degli atti, nel rispetto dei principi di trasparenza, correttezza e proporzionalità delle prestazioni.*

*Ancor più significativi sono i rimedi previsti (nullità codicistica, nullità di protezione, azione inibitoria, sanzioni pecuniarie ed azioni collettive).*

*La complessiva tutela, almeno in astratto, costituisce garanzia di regolazione del mercato di settore da tempo auspicata.*

## ABSTRACT

*Article 62 of Law Decree n. 1/2012 (Decreto liberalizzazioni), converted into Law n. 27/2012, establishes for the contracts related to agricultural and food products a new effective discipline which helps to bridge the unbalanced relationship between agricultural producers and marketing companies.*

*The information asymmetry - which already characterizes other sectors of the market - is overcome through stringent form and content requirements of documents, in accordance with the principles of transparency, fairness and proportionality of performances.*

*Even more significant are the remedies provided (nullity provided by Civil Code, protection invalidity, injunction, fines and collective actions).*

*The overall protection, at least theoretically, represents a market regulation guarantee in this sector desired for a long time.*

## La volatilità dei mercati agricoli mondiali: le cause, gli effetti, le politiche possibili

Fabrizio De Filippis

### 1.- Premessa

In relazione al tema che mi è stato affidato, i due principali problemi di cui tratterò sono la volatilità dei prezzi sui mercati agricoli e lo scarso potere negoziale degli agricoltori nella filiera agroalimentare, con qualche cenno alle possibili politiche per farvi fronte.

Per quanto riguarda il primo punto, sappiamo tutti che la volatilità dei prezzi agricoli è molto cresciuta a partire dal 2006/2007, per una serie di cause sia congiunturali che strutturali. Paradossalmente la volatilità è cresciuta proprio nel periodo in cui le politiche agricole, e in particolare la politica agricola comune (Pac) stavano via via abbandonando i tradizionali strumenti di controllo e sostegno dei prezzi. Riguardo al secondo punto, lo scarso potere negoziale degli agricoltori nella filiera, si tratta di un problema vecchio, ben noto agli economisti, che è stato richiamato anche in questa sede. Il problema deriva da uno squilibrio strutturale che esiste ai danni dell'agricoltura, la cui offerta polverizzata si confronta con una domanda di prodotti agricoli a valle dell'azienda molto più concentrata, fatta da soggetti più forti quali l'industria di trasformazione e soprattutto la grande distribuzione. Tale squilibrio strutturale è stato la principale giustificazione del vecchio paradigma di politica agraria basato sul sostegno dei prezzi che l'Europa ha importato dal nord America, dove esso fu concepito dopo la crisi del '29, come "parte agricola" del *New Deal*.

### 2.- La bolla agricola: le principali cause

Cominciamo dal discorso sulla volatilità, con l'aiuto di qualche grafico. L'indice FAO dei prezzi mondiali dal gennaio 2005 (grafico 1) ci mostra la forte crescita dei prezzi agricoli che vi è stata nel 2007/08, seguita da una successiva stabilizzazione al rialzo del trend, nel segno di una variabilità molto maggiore di quella degli anni precedenti, più accentuata per cereali e lattiero caseari. Successivamente ci sono stati altri tre picchi, fine 2009, inizio 2011 e luglio 2012, che hanno alimentato preoccupazioni sulla possibilità di una nuova crisi alimentare a livello mondiale. In effetti, come mostra il grafico 2 che parte dal 1960 e copre un arco di tempo molto più lungo, anche prima del 2007 vi erano stati episodi di forte aumento dei prezzi alimentari: 1972-74, in coincidenza con la crisi petrolifera, 1980-81, 1988-89, 1995-97. Per noi europei la differenza era che allora non ce

ne accorgevamo, perché il sistema di prezzi minimi garantiti dalla Pac proteggeva i mercati europei dalla volatilità esterna, anche se va ricordato come questo isolamento dai mercati mondiali generava distorsioni e sprechi che col tempo sono diventati politicamente ed economicamente inaccettabili e, soprattutto, incompatibili con le regole della Wto. D'altra parte se guardiamo l'andamento di lungo periodo dei prezzi in termini reali, cioè depurati dall'inflazione, il trend precedente alla bolla del 2007 era decisamente decrescente rispetto ai massimi storici dei primi anni ottanta, ma anche rispetto agli andamenti dei primi anni sessanta (grafico 3).

Un altro aspetto molto interessante è la fortissima correlazione che esiste tra i prezzi dei prodotti agricoli e dei prodotti energetici, in particolare tra il prezzo del grano e il prezzo del petrolio (grafico 4). Su questo torneremo.

Ma quali sono state le cause degli andamenti più recenti, in particolare del forte aumento dei prezzi del 2007-08, la cosiddetta bolla agricola o "*ag-flazione*"? Si è trattato di un insieme complesso e articolato di cause che hanno operato insieme per una serie di circostanze anche in parte fortuite, tanto che qualcuno ha parlato di "tempesta perfetta". Ci sono stati fattori strutturali, in azione da tempo, ai quali si sono aggiunti una serie di fattori congiunturali, alcuni dei quali anche legati tra loro, che hanno spinto nella stessa direzione rinforzandosi a vicenda.

I fattori strutturali che hanno contribuito a determinare la bolla agricola hanno operato sia dal lato dell'offerta che della domanda.

Sul fronte dell'offerta, nel decennio precedente la bolla si è assistito a un periodo di rallentamento dei tassi di crescita della produzione, dovuto soprattutto a una minore crescita delle rese, rispetto a quanto era avvenuto dopo la rivoluzione verde degli anni sessanta. Parallelamente, vi è stato aumento dei costi di produzione e quindi un tendenziale peggioramento delle ragioni di scambio a monte e a valle dell'agricoltura, il cui principale effetto è stato una tendenziale riduzione degli investimenti, specie nei paesi in via di sviluppo. Questi ultimi, infatti, sono via via diventati importatori netti di alimenti, anche perché incentivati dalla situazione di eccesso di offerta e di bassi prezzi mondiali dovuta agli effetti delle politiche agrarie di sostegno dell'agricoltura dei paesi sviluppati che esportavano le proprie eccedenze sui mercati mondiali. Insomma, per un lungo periodo sono stati molto scarsi gli incentivi ad aumentare la produzione, per cui non è così paradossale affermare che a un certo punto i prezzi agricoli mondiali sono cresciuti perché erano stati bassi per troppo tempo.

Dal lato della domanda i fattori strutturali sono essenzialmente due e di essi si è molto parlato sia nel dibattito scientifico che nella pubblicistica corrente: in primo, luogo, la crescita della domanda di alimenti, soprattutto di alimenti proteici, da parte di paesi emergenti quali Cina e India, con il conseguente aumento della domanda di cereali per l'alimentazione animale. In secondo luogo, la crescita della domanda di cereali per la produzione di biocarburanti, ali-

mentata anche dalle politiche di incentivazione, specie da parte degli Stati Uniti. Entrambi questi aspetti sono stati, come appena detto, molto enfatizzati nel dibattito sull'emergenza alimentare anche a livello giornalistico, ma sulla loro effettiva portata in letteratura economica vi sono risultati divergenti. Questo è vero soprattutto per il primo fattore giacché la spinta della domanda di alimenti dei paesi emergenti è stata più o meno nella media mondiale, non così esplosiva come spesso è stata descritta, mentre non c'è dubbio che la domanda di cereali per biocarburanti è stata una componente nuova e aggiuntiva rispetto ai trend di lungo periodo.

Venendo ai fattori congiunturali, al primo posto vanno ricordati gli andamenti climatici sfavorevoli, con numerosi eventi di carattere estremo, che secondo alcuni andrebbero ormai considerati fenomeni non più congiunturali bensì strutturali, in quanto legati al cambiamento climatico. In secondo luogo, vi è stata la crescita e la volatilità del prezzo del petrolio, a cui come si è visto è fortemente correlato l'andamento dei prezzi agricoli, giacché le variazioni di prezzo del petrolio si trasmettono ai prezzi agricoli sia attraverso variazioni della domanda di cereali per biocarburanti sia per l'effetto sui costi di produzione, in termini di input di carburanti e fertilizzanti. Un altro fattore congiunturale è stato la variabilità e la tendenza al ribasso del tasso di cambio del dollaro, che si è trasmessa ai prezzi espressi nelle valute nazionali dei paesi importatori, incidendo sulla domanda di importazione e alimentando la spinta inflattiva. Infine, anche questo molto dibattuto nella pubblicistica corrente, c'è stato l'effetto della crisi finanziaria, dell'incertezza delle borse dopo la bolla immobiliare del 2007 e dell'enorme liquidità che si è riversata in misura massiccia anche sulle *commodities* agricole alla ricerca di nuove occasioni di guadagno speculativo.

In sintesi, i fattori strutturali operanti dal lato della domanda e dell'offerta hanno fatto sì che dalla fine del secolo scorso il consumo a livello mondiale sia stato tendenzialmente maggiore della produzione. Di qui una robusta tendenza alla riduzione degli stocks mondiali che ha reso i mercati più vulnerabili agli eventi congiunturali prima ricordati i quali, neanche a farlo apposta, hanno operato tutti contemporaneamente nella stessa direzione. Questa, in estrema sintesi, è stata la "tempesta perfetta" che ha dato luogo alla prima bolla agricola del 2007.

A partire da allora si è innescata un'estrema volatilità dei prezzi, ulteriormente alimentata da due fenomeni. Il primo è la speculazione, che per alcuni è il problema principale, mentre per altri è solo il sintomo della malattia (e forse la verità sta nel mezzo, nel senso che non è la speculazione che appicca il fuoco ma certo poi ci versa sopra molta benzina). Il secondo va ricercato nella spirale inflazionistica messa in moto dalle risposte politiche alla crescita della volatilità dei prezzi, da parte sia dei paesi importatori che dei paesi esportatori: i primi, infatti, di fronte a prezzi crescenti e alla paura che si trattasse di segnali di scarsità, hanno aumentato la propria domanda per accumulare riserve; i

secondi hanno tassato le proprie esportazioni per assicurare l'approvvigionamento al mercato interno. Il risultato è stato, un ulteriore aumento della pressione inflazionistica sui mercati mondiali, sia dal lato della domanda che dell'offerta.

### 3.- I prezzi agricoli in Italia

In questi anni di volatilità dei prezzi agricoli la trasmissione dal mercato mondiale al mercato interno del nostro Paese è stata pressoché totale. Come si vede dal grafico 5, l'andamento dei prezzi in Italia è praticamente lo stesso di quello mondiale.

A fronte della variabilità dei prezzi alla produzione, i prezzi dei mezzi di produzione acquistati dagli agricoltori italiani sono cresciuti lungo un trend abbastanza costante (grafico 6). Il risultato è stato un andamento altalenante della regione di scambio agricola (cioè del rapporto tra prezzi ricevuti e prezzi pagati dagli agricoltori): decrescente nel biennio 2008-2009, quindi in ripresa nel 2010, più o meno stagnante nel 2011-2012, comunque sempre al di sotto della linea di parità, salvo tra la fine del 2007 e l'inizio del 2008. La variabilità dei prezzi agricoli alla produzione è comunque molto più accentuata di quella dei prezzi dei prodotti alimentari trasformati e ancora di più di quella dei prezzi al consumo (grafico 7).

Ma il dato più eclatante, come emerge da una recente indagine dell'ISMEA, è la forte perdita di peso dell'agricoltura nella filiera: parlando dei prodotti freschi, che non sono oggetto di trasformazione, nella catena del valore complessivo dal campo alla tavola la quota che rimane ai produttori agricoli negli ultimi dieci anni è crollata dal 18,5% del 12,7%. Ma se Atene piange, Sparta non ride, giacché se guardiamo ai prodotti alimentari che passano per la trasformazione, anche l'industria perde di peso, scendendo dal 14 al 12%. Naturalmente, nella catena dei prodotti oggetto di trasformazione il peso della materia prima agricola è ancora più basso rispetto a quello sui prodotti freschi, e scende dall'8,5 al 6%. Insomma, in ogni caso chi fa la parte del leone è la fase della distribuzione, in particolare la grande distribuzione organizzata, che cattura una fetta crescente e di gran lunga preponderante del valore pagato dai consumatori. E questo succede nonostante la crisi economica degli ultimi anni abbia determinato una riduzione senza precedenti della spesa del consumo alimentare delle famiglie, di quella che gli economisti, per la legge di Engel, pensavano fosse una soglia al di sotto della quale non si andava. Invece è successo: i consumatori hanno risparmiato di più sulla spesa alimentare che sulla spesa per altri beni e servizi e di conseguenza i prezzi dei beni alimentari si sono ridotti.

### 4.- La Pac

Di fronte a questo scenario, è interessante chiedersi cosa ci offre l'arsenale di strumenti della Pac per fronteggiare le tur-

bolenze di mercato, in particolare cosa c'è nel cantiere della nuova Pac per il periodo successivo al 2014. Su questo fronte, Tre sono le tipologie di interventi che saranno alla base delle nuove misure di mercato: la gestione del rischio, l'intervento pubblico con l'aiuto all'ammasso privato e, soprattutto, una serie di azioni per migliorare la posizione contrattuale degli agricoltori nella filiera alimentare, sulla linea in corso di sperimentazione con il recente "pacchetto latte": organizzazioni di produttori, organizzazioni interprofessionali, regole di commercializzazione, trasparenza, qualità.

Iniziando dalla gestione del rischio, il rischio a cui ci si riferisce è quello associato alle turbolenze del mercato e alla volatilità dei prezzi, quando queste vanno oltre i livelli fisiologici. Su questo fronte la riforma della Pac non si affida a misure di mercato classiche, quali quelle previste dalla vecchia politica dei prezzi minimi garantiti, di cui intende perseguire gli obiettivi in modo più mirato e con meno distorsioni. La principale perplessità è che il pacchetto sulla gestione del rischio è stato collocato nel secondo pilastro della Pac e, dunque, in Italia sarà gestito dai Piani di sviluppo rurale delle diverse Regioni. Ma poiché non avrebbe alcun senso una gestione territorialmente differenziata di interventi quali il sostegno alle polizze di assicurazione del rischio, questo è un punto su cui i Psr dovrebbero davvero riuscire a coordinarsi a livello nazionale.

Riguardo all'intervento pubblico e all'ammasso privato, le misure che sono rimaste nella Pac attuale dopo lo smantellamento della politica dei prezzi minimi garantiti sono mantenute nel pacchetto di riforma, ma solo come reti di sicurezza, che scatterebbero solo in presenza di forti turbolenze di mercato. Da economista, devo dire che questo è l'approccio giusto, in linea con le regole della WTO e coerente con l'idea che il sostegno dei prezzi non debba diventare, come è avvenuto in passato, la garanzia di sbocchi artificiali assicurati sempre e comunque. Tuttavia, c'è molto dibattito su quale sia il livello cui fissare i prezzi di riferimento per fare scattare i meccanismi di garanzia. Questi prezzi non devono essere troppo bassi, altrimenti si ha l'effetto contrario, la rete non scatta mai e la misura diventa assolutamente inefficace. Ciò è già accaduto nel caso delle carni, per le quali con Agenda 2000 fu introdotta una rete di sicurezza basata su prezzi di riferimento talmente bassi che in più di un decennio essa non è mai scattata, nonostante vi siano stati molti periodi in cui ve ne sarebbe stato bisogno.

Terzo punto: miglioramento del potere contrattuale basato sulle organizzazione dei produttori e sulla inter-professione. Rispetto alle OP, bisognerà rivedere la normativa nazionale per farle funzionare davvero come organismi responsabili in grado di assumersi i rischi di ciò che fanno, in modo che gli agricoltori siano incentivati a conferire loro in gestione il prodotto. Rispetto all'inter-professione, si tratta di un modello tipicamente francese, inserito nel pacchetto latte. In Italia l'inter-professione ancora non c'è perché, al pari di quanto avviene con le OP, chi siede al tavolo dell'interprofessione in realtà non controlla quote significative di prodotto. Riguardo alle regole su trasparenza e contratti c'è moltissi-

mo da fare, anche rispetto alle norme sull'etichettatura, all'obbligo dell'indicazione del luogo di produzione e al controverso art. 62 del decreto sulle liberalizzazioni.

Infine, il pacchetto "qualità", che comprende tutta la regolamentazione europea delle indicazioni geografiche e che, soprattutto nel caso del latte, mette in campo la possibilità di una programmazione dell'offerta per formaggi Dop e Igp. E' una novità molto importante, che tuttavia non deve ridursi al sostegno del prezzo tramite il contingentamento e va piuttosto regolata sulla valorizzazione della qualità, in modo da essere anche un servizio per i consumatori.

In ogni caso tutte le azioni per il miglioramento del potere contrattuale degli agricoltori si dovranno tradurre in un insieme di regole nuove da interpretare e da applicare, cosa non facile specie nel nostro Paese. La sfida, tutt'altro che banale, è riuscire ad usare queste regole per costruire una politica coerente mettendo in sinergia tutti gli strumenti di gestione dei mercati e delle relazioni di filiera.

## 5.- Conclusioni

I mercati agroalimentari mondiali sono entrati dal 2007 in una fase di grande volatilità: non si tratta di un fatto passeggero, bisogna esserne consapevoli, giacché vi sono all'opera fattori strutturali, sia dal lato della domanda che dell'offerta, che rendono i mercati agricoli più vulnerabili ai tanti effetti dei fenomeni congiunturali che in agricoltura sono fisiologicamente molto frequenti. Va detto che ciò è accaduto in una fase in cui le politiche agrarie e, in particolare la Pac, stavano smantellando le misure di protezione dei mercati e la gestione amministrata dei prezzi, ossia i principali strumenti del vecchio paradigma di intervento pubblico in agricoltura. Non è possibile, né auspicabile tornare indietro poiché gli strumenti del vecchio paradigma erano molto distortivi, comportavano sprechi inaccettabili e sarebbero comunque incompatibili con le nuove regole negoziate in sede Wto. Anche se è difficile, non c'è altra strada che intervenire con strumenti più selettivi.

D'altro canto, è del tutto evidente come i mercati siano incapaci di autoregolarsi - non solo i mercati agricoli - e come nel caso del cibo i costi di aggiustamento di questa mancata autoregolazione e la distribuzione di questi costi tra Paesi e categorie sociali siano comunque inaccettabili. Dunque bisogna arrangiarsi con quel poco che resta delle politiche di mercato, non rimpiangendo il passato perché il passato non può tornare ed è giusto così, ma cercando di fare il necessario. Quindi non più le misure forti di intervento diretto del passato (prezzi minimi garantiti, per capirci), ma un insieme complesso di regole molto più leggere da interpretare e applicare in un quadro coerente per il perseguimento di obiettivi anch'essi coerenti e condivisi.

La situazione ovviamente non è facile e soprattutto non lo è per il nostro Paese. C'è di buono, però, che negli ultimi anni le questioni agricole sono balzate al centro dell'agenda politica come mai era accaduto in passato, facendo prendere

coscienza a tutti del carattere strategico dell'agricoltura e della necessità di azioni concordate a livello mondiale per ridurre la volatilità dei prezzi e mitigare i suoi numerosi effetti negativi.

## ABSTRACT

The paper analyzes the causes and effects of the 2007/8 crisis in the world agricultural prices, distinguishing between structural and short term factors, both from the demand and the supply side.

Moreover, it covers the issue of the asymmetric distribution of value along the food chain, with special reference to the limited contractual power of farmers.

Finally, it discusses the instruments of the Common agricultural policy with which, in the new context of globalization, it will be possible to support farmers."

Gráfico 1 - Indice Fao dei prezzi dei prodotti agricoli (2005-2012)

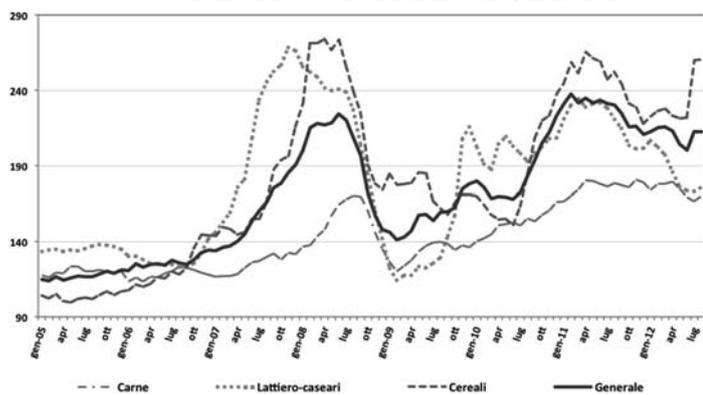


Gráfico 2 - Andamento di lungo periodo dei prezzi dei cereali (valori nominali)

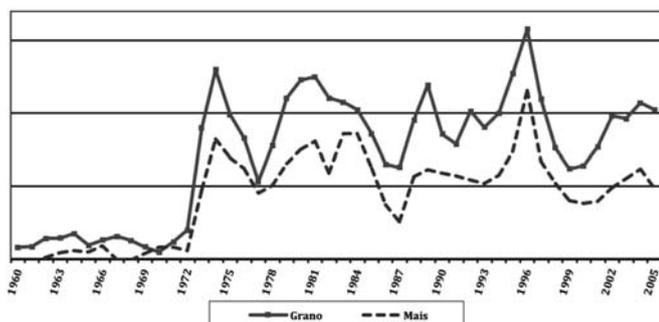


Gráfico 3 - Andamento di lungo periodo dei prezzi dei cereali in termini reali

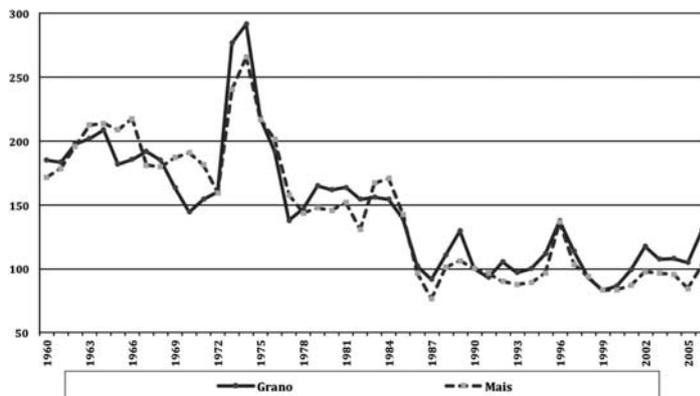


Gráfico 4 - Prezzi agricoli e prezzi dei prodotti energetici

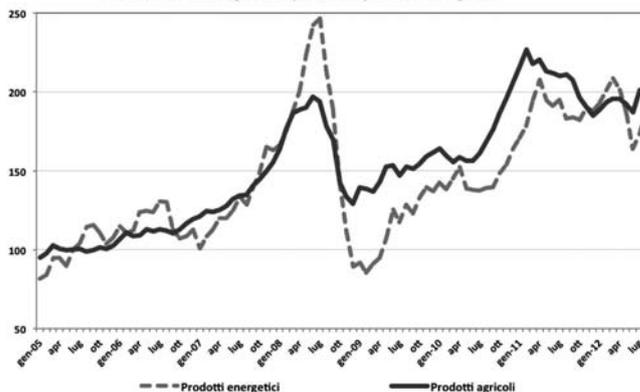


Gráfico 5 - I prezzi dei cereali in Italia (2004-12 - euro/t)

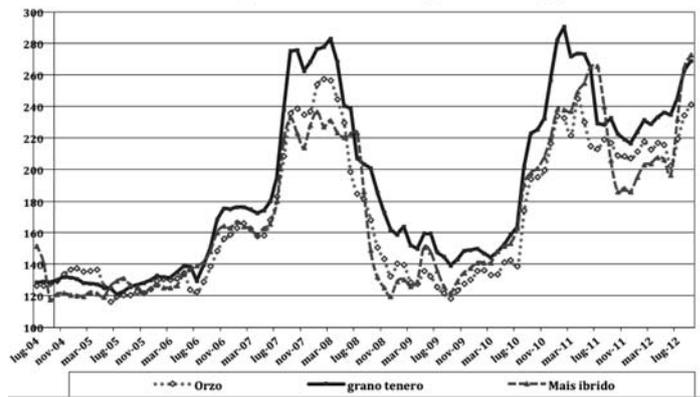
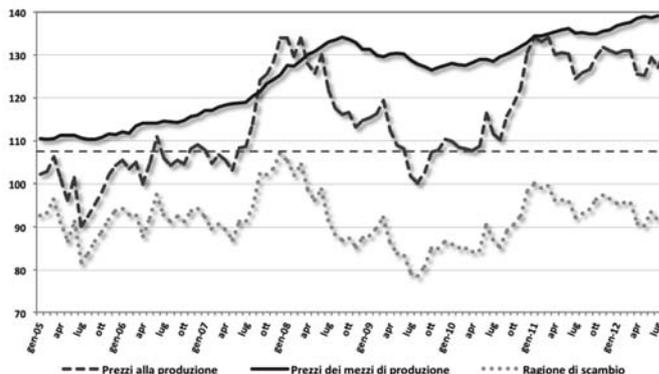


Gráfico 6 - Prezzi alla produzione, prezzi dei mezzi di produzione e ragione di scambio in Italia



## Filières agroalimentaires et contrat: l'expérience française de contractualisation des relations commerciales agricoles

Catherine Del Cont

### 1.- Introduction

La loi de Modernisation de l'agriculture et de la pêche du 27 juillet 2010<sup>1</sup> a introduit dans le droit français des dispositions spécifiques à la cession de produits agricoles codifiées dans le Code rural et de la pêche<sup>2</sup> (articles L 631-24 à L631-26) dans une section intitulée «les contrats de vente de produits agricoles». Ces dispositions relatives à la contractualisation des relations commerciales agricoles, principale innovation de la loi LMA<sup>3</sup>, ont notamment pour objectifs affichés de remédier au déséquilibre structurel qui caractérise la chaîne alimentaire au détriment des agriculteurs et de rendre l'agriculture française plus compétitive. Il s'agit de renforcer la position des agriculteurs face à leurs acheteurs, industriels et distributeurs, et ainsi tenter de mieux partager la création de valeur et les profits entre l'aval et l'amont de la chaîne alimentaire.

En effet, la loi LMA intervient dans un contexte économique et juridique national et communautaire sur lequel il convient de s'attarder quelque peu pour mieux mesurer les enjeux et les perspectives de cette contractualisation.

La loi s'inscrit dans le cadre de la mondialisation des échanges agricoles, de la transformation de la PAC à l'horizon 2013, et de la grande volatilité des prix agricoles. Alors que les cours des matières premières agricoles et les prix

des denrées alimentaires augmentent, le revenu des agriculteurs ne cesse de baisser; deux filières, la filière laitière et la filière des fruits et légumes, sont plus particulièrement touchées. La disparition progressive des mécanismes de soutiens communautaires des prix a accru la faiblesse des agriculteurs dans la négociation et la cession de leurs productions. Dans sa communication «Une chaîne d'approvisionnement plus performante en Europe»<sup>4</sup>, la Commission européenne a mis en évidence le très fort déséquilibre qui caractérise la chaîne alimentaire en Europe. Ce déséquilibre structurel favorise les acteurs les plus puissants sur le marché: l'agro-industrie et/ou la distribution qui constituent pour les producteurs d'incorruptibles portes d'entrée sur le marché. En France, la distribution est particulièrement concentrée et constitue un oligopole disposant d'une importante puissance de négociation et d'achat face à un secteur agricole atomistique dont l'offre est fort peu concentrée et les filières insuffisamment structurées<sup>5</sup>. Quant à l'industrie de transformation, elle est aussi en situation de force face aux producteurs. De plus, en raison de la puissance d'achat et de la pression sur les prix exercée par la distribution, l'industrie exerce à son tour une pression sur les prix et les conditions commerciales consenties aux producteurs agricoles.

Les producteurs agricoles français sont donc des «*price takers*» ne disposant pas d'une capacité de négociation permettant de rééquilibrer la relation commerciale et de contrebalancer la puissance des acheteurs: l'agriculteur est le «maillon faible des filières agricoles et agroalimentaires»<sup>6</sup>. Souvent intégrés en amont, les agriculteurs sont aussi en situation de domination économique dans la relation commerciale vers l'aval. Ce déséquilibre produit sur le marché nombre de conséquences négatives maintes fois relevées par des économistes et les autorités de concurrence nationale et communautaire<sup>7</sup>: faible rémunération des producteurs, disparition des petites exploitations, standardisation des productions et des produits transformés, augmentation des prix pour le consommateur final<sup>8</sup>. La concen-

(<sup>1</sup>) Loi n° 2010-874 du 27 juillet 2010 de modernisation de l'agriculture et de la pêche, (désignée ci-après loi LMA).

(<sup>2</sup>) Désigné ci-après Code rural.

(<sup>3</sup>) Ces dispositions ont fait l'objet de nombreuses et vives discussions lors des débats parlementaires, voir le Rapport du Sénat n°436 de C. Revet et G. César, au nom de la commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire sur le projet de loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche (procédure accélérée engagée), mai 2010.

(<sup>4</sup>) Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Une chaîne d'approvisionnement alimentaire plus performante en Europe Com(2009) 591 final.

(<sup>5</sup>) Voir l'analyse de l'Autorité française de la concurrence sur le secteur de la distribution jugeant le niveau de concentration de la distribution alimentaire inquiétant pour la concurrence, Avis n° 10-A-26 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire et Avis n° 10-A-25 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats de «management catégoriel» entre les opérateurs de la grande distribution à dominante alimentaire et certains de leurs fournisseurs. Voir également l'avis n° 08-A-07 du 7 mai 2008 relatif à l'organisation économique de la filière fruits et légumes, et l'avis n° 09-A-48 du 2 octobre 2009 relatif au fonctionnement du secteur laitier.

(<sup>6</sup>) L'expression a été utilisée dans le rapport du Sénat sur la loi LMAP, rapport précité.

(<sup>7</sup>) Voir les avis et rapports précités ainsi que le récent rapport de l'ECN (European competition network), ECN Activities in the food sector, Report on competition law enforcement and market monitoring activities by European competition authorities in the food sector, mai 2012, [http://ec.europa.eu/competition/ecn/food\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecn/food_report_en.pdf).

(<sup>8</sup>) «Le déséquilibre dans les relations commerciales entre producteurs et distributeurs soulève deux problèmes: un problème de partage de profits entre amont et aval d'une part, un problème d'efficacité économique d'autre part», avis n° 08-A-07 du 7 mai 2008 relatif à l'organisation économique de la filière fruits et légumes précité.

tration de l'aval de la chaîne alimentaire et l'asymétrie des opérateurs économiques empêchent une juste répartition de la valeur le long de la chaîne alimentaire et ne permettent donc pas aux agriculteurs d'obtenir des prix rémunérateurs pour les productions. Comme l'a souligné le Parlement européen dans une résolution relative aux revenus des agriculteurs, l'objectif de la PAC le plus difficile à atteindre désormais est sans doute d'assurer un revenu équitable aux agriculteurs<sup>9</sup>.

Le déséquilibre entre producteurs et acheteurs de produits agricoles se cristallise dans le contrat de cession. Le contrat, support de l'échange économique, peut aussi être l'instrument de la domination économique qui se traduit principalement par une absence de transparence dans la détermination du prix et une précarité de la relation commerciale<sup>10</sup>. Pour tenter de rééquilibrer (ou de limiter le déséquilibre) et instaurer davantage de transparence entre l'amont et l'aval de la relation commerciale, le droit français dispose de règles spécifiques encadrant la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs mais celles-ci ne s'appliquent qu'aux opérateurs ayant la qualité juridique de commerçants<sup>11</sup>. La relation aval entre l'agriculteur et son acheteur relevait jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du droit commun de la vente. Il fallait donc un instrument juridique applicable à la relation commerciale agricole garantissant une sécurité juridique et économique aux producteurs. Aussi en 2009, le groupe de travail sur la compétitivité de l'agriculture mis en place dans le cadre de la préparation de la loi LMA a-t-il proposé la contractualisation comme instrument de régulation et de rééquilibrage des relations commerciales agricoles, suivant en cela les préconisations de l'Autorité de la concurrence. Dans son avis sur la crise de la filière lai-

tière, elle énonce qu'il existe des instruments comme «la concertation ou la contractualisation, qui contribuent à orienter les prix, en modifiant le rapport de force entre les producteurs et les transformateurs et en limitant la volatilité, sans méconnaître les règles de concurrence»<sup>12</sup>.

C'est cette voie de la contractualisation qui a été suivie dans la loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche. La loi LMA dessine un cadre juridique nouveau pour la vente de produits agricoles destinés à la revente ou à la transformation sur le territoire français. Aux termes de l'article 12 de la loi (art. L631-24 du Code rural), la conclusion de contrats écrits comportant notamment des clauses relatives à la durée du contrat, aux critères et modalités de détermination du prix, aux modalités de paiement, peut être rendue obligatoire par voie de décret ou d'accord interprofessionnel étendu<sup>13</sup>.

Les objectifs de la loi, dont la contractualisation est le «dispositif essentiel»<sup>14</sup>, sont multiples et ambitieux. Le recours au contrat écrit vise tout d'abord à introduire de la transparence et de la stabilité dans la relation producteur-acheteur; comme cela a été affirmé à de nombreuses reprises lors des travaux préparatoires, la volonté du législateur est de garantir de la sécurité juridique et économique à la partie la plus faible à la relation commerciale, le producteur. L'objectif premier affiché est donc d'assurer un meilleur revenu et des conditions commerciales loyales au producteur. Il s'agit de tirer les conséquences sur le terrain juridique de la crise des filières fruits et légumes et laitière et des avis émis par l'autorité de concurrence sur la régulation de ces secteurs. Ainsi que l'a rappelé l'Autorité de la Concurrence, la loi LMA «a notamment pour objectif de renforcer la compétitivité de l'agriculture française. Dans un

(<sup>9</sup>) Résolution du Parlement européen du 7 septembre 2010 sur des revenus équitables pour les agriculteurs: une chaîne d'approvisionnement alimentaire plus performante en Europe (2009/2237(INI)) P7\_TA(2010)0302, spéc. point 18.

(<sup>10</sup>) Voir notamment l'avis de l'ALDC précité sur le secteur laitier.

(<sup>11</sup>) Il s'agit des règles relatives à la transparence et aux pratiques restrictives de concurrence (Code de commerce L440-1 à L443-3) modifiée en 2008 par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie. Ces dispositions d'ordre public et particulièrement les articles L441-6 et L441-7 imposent que tout vendeur dispose de conditions générales de vente, «socle de la négociation commerciale», et que la convention récapitulative de la négociation contienne impérativement «les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services telles qu'elles résultent de la négociation commerciale... ; les conditions dans lesquelles le distributeur ou le prestataire de services s'oblige à rendre au fournisseur, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs ou en vue de leur revente aux professionnels, tout service propre à favoriser leur commercialisation ne relevant pas des obligations d'achat et de vente, en précisant l'objet, la date prévue, les modalités d'exécution, la rémunération des obligations ainsi que les produits ou services auxquels elles se rapportent ; les autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services, en précisant pour chacune l'objet, la date prévue et les modalités d'exécution.»

(<sup>12</sup>) Voir avis précité point 61.

(<sup>13</sup>) Article L 631-24 I: «La conclusion de contrats de vente écrits entre producteurs et acheteurs, ou entre opérateurs économiques mentionnés au premier alinéa de l'article L.551-1, propriétaires de la marchandise, et acheteurs, peut être rendue obligatoire pour les produits agricoles destinés à la revente ou à la transformation. Ces contrats écrits comportent des clauses relatives à la durée du contrat, aux volumes et aux caractéristiques des produits à livrer, aux modalités de collecte ou de livraison des produits, aux critères et modalités de détermination du prix, aux modalités de paiement et aux modalités de révision et de résiliation du contrat ou au préavis de rupture. Ces clauses prévoient l'interdiction, pour les acheteurs, de retourner aux producteurs ou aux opérateurs économiques mentionnés au premier alinéa les produits qu'ils ont acceptés lors de la livraison ; cette interdiction ne s'applique pas en cas de non-conformité des produits à des normes légales ou réglementaires. Sauf stipulations contraires, ces contrats sont renouvelables par tacite reconduction pour une période équivalente à celle pour laquelle ils ont été conclus.»

(<sup>14</sup>) L'expression a été utilisée par B. Lemaire, alors ministre de l'Agriculture, lors de la présentation du texte en avril 2010 à l'assemblée générale des producteurs de lait.

contexte de volatilité des prix, il est apparu nécessaire de mettre en œuvre des outils de stabilisation des marchés. Le renforcement du dispositif contractuel dans le secteur agricole a été considéré comme un élément indispensable pour favoriser la stabilisation des prix et permettre au producteur d'avoir une meilleure visibilité sur ses débouchés et d'obtenir des prix de cession davantage rémunérateurs<sup>15</sup>. La contractualisation est ainsi conçue comme un outil au service de la compétitivité d'un secteur économique en mutation, l'agriculture, qui avec l'agroalimentaire constitue un «actif stratégique en France et en Europe»<sup>16</sup>.

La loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche n'est donc nullement une loi conjoncturelle. Il s'agit aussi et surtout de « proposer une politique agricole renouvelée »<sup>17</sup> préparant le monde agricole français aux réformes à venir de la PAC (disparition des quotas laitiers, des soutiens aux prix...) et à une éventuelle conclusion du cycle de Doha. Il s'agit, en d'autres termes, de mettre en place un instrument de régulation du secteur agricole accompagnant le passage d'une agriculture «administrée» à une agriculture de marché compatible avec les règles de concurrence.

## 2.- La formalisation de la relation commerciale dans un contrat écrit

Aux termes de l'article 12 de la loi (article L631-24 du Code rural), «La conclusion de contrats de vente écrits entre producteurs et acheteurs, ou entre opérateurs économiques mentionnés au premier alinéa de l'article L. 551-1, propriétaires de la marchandise, et acheteurs, peut être rendue obligatoire pour les produits agricoles destinés à la revente ou à la transformation».

L'obligation de conclure des contrats écrits n'est donc pas a priori générale. Le contrat écrit n'est obligatoire pour la cession de produits agricoles que lorsqu'un accord interprofessionnel a été homologué ou étendu, ou qu'un décret en Conseil d'état est venu rendre obligatoire la contractualisation<sup>18</sup>. L'obligation de contracter par écrit et selon les modalités prévues par l'article L631-24 ne devient donc impérative que s'il existe un texte d'application, accord interprofes-

sionnel ou décret. En d'autres termes, dès lors qu'un décret est adopté ou un qu'un accord interprofessionnel est homologué ou étendu, la cession de produits agricoles doit être formalisée dans un contrat écrit répondant aux exigences de l'article L631-24 I al. 2 du Code rural et contenir des clauses «relatives à la durée du contrat, aux volumes et aux caractéristiques des produits à livrer, aux modalités de collecte ou de livraison des produits, aux critères et modalités de détermination du prix, aux modalités de paiement et aux modalités de révision et de résiliation du contrat ou au préavis de rupture». Le contrat écrit obligatoire doit alors être conforme au contrat-type de filière rendu obligatoire par décret ou par extension ou homologation d'un accord interprofessionnel.

### 2.1. Un contrat écrit comportant des clauses obligatoires

Les clauses obligatoires visent toutes à sécuriser la relation commerciale entre le producteur et son acheteur. Ce sont des clauses qui normalement doivent être présentes dans tous les contrats de vente régis par le droit commun des contrats<sup>19</sup> ou le droit des relations commerciales industrie-commerce. Le rappel du caractère obligatoire peut dès lors paraître inutile. Mais il n'en est rien, il s'agit de tirer les leçons de la pratique et notamment des pratiques relevées dans le secteur du lait et de fruits et légumes. Dans ces 2 secteurs, la relation contractuelle n'était pas écrite et les producteurs ne connaissaient, lors de la livraison, ni le prix de cession de leurs produits, ni les conditions commerciales<sup>20</sup>. La formalisation du contrat de cession a pour but de faire cesser ces pratiques. Elle doit permettre aux agriculteurs de sécuriser leurs revenus et de pérenniser leur activité; c'est pourquoi la loi impose l'insertion de clauses relatives à la déterminabilité et/ou de détermination du prix, aux conditions commerciales et à la durée de la relation commerciale<sup>21</sup>. Elle doit également donner aux acheteurs une plus grande prévisibilité de leurs approvisionnements et de leurs coûts. Pour donner aux agents économiques une visibilité de la formation des prix, un observatoire de la formation des prix et des marges des produits alimentaires<sup>22</sup>. Sa mission est d'étudier les coûts de la production, de transformation et les coûts de distribution dans l'ensemble de la commercialisation de la chaîne de commercialisation des

<sup>(15)</sup> Avis n° 10-A-28 du 13 décembre 2010 relatif à deux projets de décret imposant la contractualisation dans des secteurs agricoles, point 1.

<sup>(16)</sup> Ministère de l'agriculture, de l'agroalimentaire et de la forêt, page d'accueil, <http://agriculture.gouv.fr/industries-agroalimentaires>.

<sup>(17)</sup> Ibid.

<sup>(18)</sup> Article L631-24 I a) et b).

<sup>(19)</sup> Notamment l'article 1591 du Code civil.

<sup>(20)</sup> Voir les avis précités de l'Autorité française de concurrence sur le secteur du lait et des fruits et légumes.

<sup>(21)</sup> Pour un détail de ces clauses, voir infra «la mise en oeuvre de la contractualisation».

<sup>(22)</sup> Article 19 de la loi codifiée articles L692-1 et L621-8; Cet observatoire publie chaque mois les résultats de ses enquêtes; on notera qu'il s'est concentré sur des filières en crise comme le lait, le porc et les fruits et légumes. <https://observatoire-prixmarges.franceagrimer.fr/Pages/default.aspx>. Un tel observatoire avait déjà été institué par la loi Châtel en 2008 afin de constituer un outil d'information des professionnels et des consommateurs quant à l'évolution des prix des produits alimentaires mais aussi quant à la formation du prix tout au long de son parcours commercial. Il faut également noter qu'il existe déjà dans le Code rural un observatoire des produits agricoles (D611-9 à D 611-13), mais cette structure n'a jamais fait l'unanimité ni quant à sa composition ni quant à ses méthodes d'analyses.

produits agricoles. Ce nouvel observatoire est un outil au service de la transparence et du rééquilibrage de la relation entre vendeurs et acheteurs. Il devrait permettre une meilleure connaissance des relations contractuelles et surtout du parcours contractuel effectué par les produits agricoles. Il est donc un instrument d'information quant à la formation des prix dont les destinataires sont les consommateurs et surtout les professionnels: il évalue les «marges brutes» des stades successifs de transformation et de commercialisation produits et l'évolution des principaux coûts de production agricoles. En d'autres termes, il n'a pas vocation à diffuser des indicateurs de prix ou de tendances pour le futur; une telle démarche ne serait nullement compatible avec les règles internes et européennes du droit de la concurrence relatives aux ententes (article L420-1 du Code de commerce et 101 du TFUE).

## 2.2. Un contrat écrit à l'initiative de l'acheteur

La formalisation du contrat dépend de l'acheteur; sont visées par le texte toutes les catégories d'acheteurs, qu'ils soient grossistes, transformateurs, distributeurs, ou bien encore coopératives et organisations de producteurs<sup>23</sup>. C'est en à l'acheteur qu'il appartient de faire au producteur vendeur une proposition de contrat écrit conforme au contrat type de la filière rendu obligatoire par décret ou homologation, ou extension, d'un accord interprofessionnel; l'article L. 631-24-II énonce en effet que «la conclusion de contrats soumis aux dispositions du I doit être précédée d'une proposition écrite de l'acheteur». Les coopératives sont elles aussi soumises à l'obligation de proposer un contrat écrit au vendeur. Toutefois, elles sont réputées avoir satisfait à cette obligation «dès lors qu'elles ont remis à leurs associés coopérateurs un exemplaire des statuts ou du règlement intérieur intégrant les clauses contractuelles mentionnées au deuxième alinéa du I». Cette application de la contractualisation aux coopératives n'est pas sans soulever de difficultés pratiques; certains producteurs, notamment en matière laitière, considèrent que leur double qualité de coopérateur et d'associé les place en posi-

tion de dépendance économique à l'égard de la coopérative, et ce d'autant plus que la contractualisation s'opère par simple modification du règlement intérieur ou des statuts. Saisi en 2012 pour avis sur la compatibilité du statut coopératif avec les dispositions relatives à la contractualisation, le Haut Conseil pour la Coopération Agricole a considéré que le statut des coopératives agricoles est compatible avec les exigences de la loi de modernisation agricole<sup>24</sup>.

L'initiative de la contractualisation repose donc sur l'acheteur, c'est-à-dire sur la partie économiquement la plus puissante, contrairement au schéma retenu dans le droit des relations commerciales de «droit commun». Le Code de commerce fait en effet des conditions générales de vente proposées par le vendeur, généralement partie la plus faible au contrat, le socle de la négociation commerciale (article L441-6 du Code de commerce)<sup>25</sup>. Une telle disposition peut surprendre car elle n'est pas sans comporter le risque de voir l'industriel ou le distributeur faire de sa proposition de contracter «le socle de la négociation commerciale». Face à la puissance de négociation (rappelée et démontrée par les autorités de concurrence), les producteurs pourraient être contraints à accepter des conditions commerciales déséquilibrées dans les droits et les obligations des parties. En cas de refus de contracter, le producteur se retrouverait dans une situation de précarité et/ou d'exclusion du marché à l'opposé de l'objectif de sécurisation économique et juridique que le texte entend mettre en œuvre. Dans le secteur laitier, les propositions de contrat faites par les industriels transformateurs ont suscité de nombreux conflits avec les producteurs qui ont parfois refusé de signer les contrats proposés car jugés manifestement abusifs et déséquilibrés; d'autres ont signé des contrats car ils ne disposaient pas de solution alternative de collecte pour leur lait.

Les avis rendus par le médiateur des relations commerciales agricoles sur ces propositions de contrat litigieuses confirment que l'initiative de la proposition de contracter conférée à l'acheteur conforte sa position de force face au producteur-vendeur<sup>26</sup>.

<sup>(23)</sup> J.J. Barbieri, *Négoce Agricole et Filières*, in *Revue de droit rural*, Octobre 2010, Etudes n° 17, p.36.

<sup>(24)</sup> Le Haut Conseil a seulement formulé une recommandation relative aux clauses de détermination du prix: «Le HCCA recommande aux coopératives agricoles de détailler dans le règlement intérieur ces modalités de détermination du prix et de communiquer de manière précise selon des modalités définies par le statut ou le règlement intérieur, ces informations aux associés coopérateurs. Cette information doit faire l'objet d'une information individuelle, par tout moyen, auprès de chaque associé coopérateur»; HCCA, Avis n° 2-2012-2 du 26 Juin 2012, <http://www.hcca.coop/WD160AWP/WD160Awp.exe/CONNECT/AgreementCoop>.

<sup>(25)</sup> Les conditions générales de vente proposées par le vendeur sont le point de départ de la négociation entre le vendeur et l'acheteur; elles comprennent les conditions de vente, le barème de prix, les conditions de règlement applicables à tous les acheteurs ou à une catégorie d'acheteurs et les réductions de prix. Il en résulte que «le fait d'imposer des conditions d'achat en ce qu'elles impliquent une renonciation par le fournisseur à ses conditions générales de vente peut être considéré comme la manifestation d'un abus de puissance d'achat ou d'une discrimination abusive au sens de l'article L 442-6 du code de commerce», circulaire du 8 décembre 2005 relative aux relations commerciales, reprenant l'avis de la CEPC n° 04-04, 7 juillet 2004.

<sup>(26)</sup> La loi prévoit la possibilité pour les cocontractants de saisir un médiateur sur tout litige né à l'occasion de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat. Cette possibilité concerne pour le moment les contrats passés dans les secteurs du lait, des fruits et légumes et de la viande ovine. Le décret n°2011-2007 du 28 décembre 2011 élargit les compétences du médiateur en l'autorisant à émettre des avis sur toute question relative aux relations contractuelles, notamment à la demande des organisations interprofessionnelles, des organisations professionnelles et syndicales ou des chambres consulaires. Ce décret précise également les conditions dans lesquelles le médiateur peut être assisté dans sa mission. Les avis sont restés confidentiels mais des communiqués de presse résumant les avis sont consultables sur le site du Ministère de l'agriculture, <http://agriculture.gouv.fr/mediateur-contrat-agricoles>.

L'article L631-24 est d'ordre public, ordre public dont la nature peut être discutée. S'agit-il d'un ordre public de protection de la partie la plus faible ou bien d'un ordre public général ou de direction? La réponse doit être recherchée dans les objectifs assignés à la norme par le législateur. Concernant la contractualisation, la réponse est difficile à apporter avec certitude car les objectifs de la loi sont nombreux et procèdent tout à la fois de la volonté de protéger la partie faible au contrat -ordre public de protection-, et de la volonté d'organiser et d'encadrer les relations commerciales agricoles, ordre public de direction. La nature des sanctions prévues ne permet non plus de trancher clairement la question.

La sanction de la violation de ces dispositions n'est pas la nullité du contrat ou des clauses illicites. L'article L631-25 sanctionne d'une amende administrative de 75000 euros maximum par producteur et par an, «le fait pour un acheteur de ne pas remettre au vendeur une proposition de contrat écrit, ou de ne pas inclure dans la proposition de contrat écrit une ou plusieurs clauses obligatoires ; ou de rédiger ces clauses en méconnaissance de l'article L.631-24»<sup>27</sup>. En cas de récidive dans un délai de deux ans, le montant de l'amende peut être doublé. L'amende peut aussi s'appliquer aux coopératives qui ne respecteraient pas les conditions de la contractualisation. Le législateur a donc écarté la nullité de droit commun comme sanction de la violation de conditions de l'article L631-24. Un tel choix se comprend aisément car la nullité est une sanction lourde, difficile à mettre en œuvre et qui crée de l'insécurité juridique et économique pour les opérateurs économiques. De plus, dans des rapports marqués par le déséquilibre économique, il est rare que la partie la plus faible au contrat soulève la nullité de la relation contractuelle. En revanche, on peut s'interroger d'une part sur les raisons qui ont conduit le législateur à instaurer une amende administrative et non civile<sup>28</sup>, et d'autre part à limiter la sanction à cette seule amende. L'amende aurait pu être assortie de la possibilité pour une autorité publique ou toute personne

y ayant intérêt de demander la cessation du contrat illicite et/ou de la nullité du contrat ou des clauses illicites (comme pour les relations industrie-commerce<sup>29</sup>). Un mécanisme de sanction de ce type inspiré du droit des relations commerciales aurait le mérite de mieux garantir l'effectivité de l'obligation de conclure des contrats écrits conformes à l'article L631-24 et d'affirmer une véritable volonté de protéger la partie faible au contrat, le vendeur, face à un acheteur en situation de puissance de négociation et d'achat.

La loi LMA, complétée par le décret 2011-2007 du 28 décembre 2011<sup>30</sup>, a également institué un mécanisme de médiation inspiré du Mediation Program américain<sup>31</sup>. En cas de conflit relatif à la conclusion ou à l'exécution des contrats, les contractants ont la possibilité de saisir le médiateur des relations commerciales agricoles. Entre son installation en décembre 2011 et juillet 2012, il a fait l'objet de 292 saisines et rendu 196 réponses<sup>32</sup>. Ses interventions ont surtout porté sur les propositions de contrats formulées par les grands industriels transformateurs laitiers contestées par les producteurs. Il a exercé une fonction de pacification des conflits portant principalement sur les clauses de détermination de prix. Le nombre de saisines confirme, si besoin en était, que la formalisation de la relation commerciale ne peut à elle seule garantir une négociation et relation commerciale équilibrée entre partenaires de puissance économique très inégale; la contractualisation ne permet pas de corriger le déséquilibre structurel entre amont et aval de la chaîne alimentaire qui se manifeste dans la puissance de négociation et d'achat des industriels et des distributeurs.

Le médiateur peut également être saisi pour avis par les organisations professionnelles, interprofessionnelles ou syndicales sur toute question relative aux relations contractuelles dans les quelques secteurs où la contractualisation a été rendue obligatoire et accompagner les organisations professionnelles dans l'élaboration et la mise en œuvre de la contractualisation.

(27) On notera toutefois que l'article L 632-25 du Code rural instaure une nullité civile spécifique à la violation des accords interprofessionnels étendus : «Tout contrat de fourniture de produits, passé entre personnes physiques ou morales ressortissant à un accord étendu, et qui n'est pas conforme aux dispositions de cet accord, est nul de plein droit. L'organisation interprofessionnelle dans le cadre de laquelle a été conclu l'accord, ainsi que chacune des organisations professionnelles qui la constituent, sont recevables à demander la reconnaissance de cette nullité au juge du contrat».

(28) Dans le domaine des relations commerciales fournisseurs-distributeurs, l'une des sanctions prévues est une amende civile de 2 millions d'euros maximum, article L442-6-III du Code de commerce.

(29) Article L442-6 II du Code de commerce.

(30) Décret n° 2011-2007 du 28 décembre 2011 relatif au médiateur des contrats agricoles, JORF n° 0301 du 29 décembre 2011, codifié à l'article D 631-2 du Code rural «Le médiateur peut prendre toutes initiatives de nature à favoriser la conciliation des positions des parties aux contrats mentionnés à l'article L. 631-24».

(31) Aux Etats-Unis, l'USDA Mediation Program a été institutionnalisé par l'Agricultural Credit Act de 1987, voir sur cette question L. Bobot, *Agriculture and Mediation. The USDA Mediation Program Case Study, Revue d'Economie rurale*, 2011, p. 4 à 16.

(32) Les secteurs concernés par la médiation sont le lait de vache, les fruits et légumes à l'exception de la banane et de la pomme de terre, et le secteur des ovins de 12 mois destinés à l'engraissement. Pour un premier bilan de l'action du médiateur, voir Rapport sur la contractualisation dans le secteur agricole (Article L631-24 du Code rural et de la pêche maritime), CGAAER n° 12100, juillet 2012, [http://agriculture.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport-Contractualisation-Vdef-2\\_cle8169a5.pdf](http://agriculture.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport-Contractualisation-Vdef-2_cle8169a5.pdf).

### 3.- La mise en œuvre de la contractualisation

La contractualisation n'est pas obligatoire de plein droit; elle doit faire l'objet d'une mise en œuvre par produit ou par filière selon la procédure prévue à l'article L631-24 du Code rural.

#### 3.1. La procédure de mise en œuvre

La conclusion de contrat écrit ne concerne pas tous les produits<sup>33</sup>. Elle peut être rendue obligatoire, aux termes de l'article L631-24 que par extension ou homologation d'un accord interprofessionnel ou, à défaut d'accord interprofessionnel, par un décret pris en Conseil d'Etat. Le texte invite ainsi les opérateurs à élaborer des *contrats-types* et à mettre en œuvre de manière volontaire la contractualisation. La contractualisation par décret est donc supplétive de la volonté des opérateurs de contractualiser les relations commerciales au sein des filières. Le législateur a entendu inciter les opérateurs économiques à s'approprier la contractualisation considérant qu'ils sont les mieux informés des besoins et des pratiques propres à chaque filière et que l'efficacité du dispositif dépend en grande partie de l'adhésion des opérateurs. Il s'agit davantage de créer un contexte favorable à la contractualisation par filières que d'imposer des contrats écrits pour toutes les cessions de produits. La loi opère un renforcement du rôle normatif et organisationnel des organisations professionnelles. L'article L632-1 du Code rural modifié par la loi LMA énonce que: «Les organisations interprofessionnelles reconnues peuvent être consultées sur les orientations et les mesures des politiques de filière les concernant. Elles peuvent définir, dans le cadre d'accords interprofessionnels, *des contrats types*, dont elles peuvent demander l'extension à l'autorité administrative, intégrant des clauses types relatives aux modalités de détermination des prix, aux calendriers de livraison, aux durées de contrat, au principe de prix plancher, aux modalités de révision des conditions de vente en situation de fortes variations des cours des matières premières agricoles, ainsi qu'à des mesures de régulation des volumes dans le but d'adapter l'offre à la demande. Elles peuvent également,

dans le cadre de ces accords, prévoir les modalités de suivi des contrats exécutés en application des contrats types et établir des guides de bonnes pratiques contractuelles»<sup>34</sup>. Mais quelle que soit la modalité de mise en œuvre choisie, l'Autorité de la Concurrence doit nécessairement être consultée pour avis sur tout projet d'accord interprofessionnel étendu ou homologué ou décret. L'autorité peut formuler des observations, proposer des aménagements, valider l'accord ou émettre un refus motivé.

Lorsque la contractualisation est rendue obligatoire par les pouvoirs publics, le projet de décret doit être transmis à l'Autorité en application des articles L462-1 et 2 du Code de commerce. En effet, l'Autorité doit être consultée lorsqu'un projet de texte législatif ou réglementaire envisage de régler les prix ou de restreindre la concurrence; elle peut être saisie pour avis facultatif par les autorités publiques, les collectivités territoriales, les juridictions, ou encore des organisations syndicales, professionnelles ou de consommateurs, pour toute question susceptible d'affecter la concurrence.

Quant aux accords interprofessionnels, l'article L632-4 du Code rural (issu de la loi LMA) rend obligatoire la consultation de l'Autorité de la concurrence sur des projets d'accords conclus dans le cadre d'une organisation interprofessionnelle définissant des contrats types intégrant des clauses relatives aux modalités de détermination des prix, aux calendriers de livraison, aux durées de contrat et aux modalités de révision des conditions de vente. Il appartient à l'Autorité administrative sollicitée pour l'extension ou l'homologation d'un accord professionnel en application du 4<sup>ème</sup> alinéa de l'article L.632-4 du Code rural de saisir l'Autorité de la concurrence pour avis<sup>35</sup>. L'obligation de soumettre des accords interprofessionnels verticaux à l'autorité de concurrence n'est nullement surprenante; comportant des risques de concertation sur les prix et les conditions commerciales, leur compatibilité avec les règles de concurrence est examinée par l'autorité compétente. Une telle procédure n'est pas propre au droit français, elle est directement transposée du droit européen: les accords interprofessionnels verticaux doivent faire l'objet, selon les règles de l'OCM unique, d'une notification préalable à la Commission européenne<sup>36</sup>.

<sup>(33)</sup> Il convient de noter que le projet initial rendait obligatoire la conclusion d'un contrat écrit; ces sont les professionnels des fruits et légumes qui se sont opposés à l'obligation de contracter. L'article 3 du projet prévoyait une liste de produits concernés par l'obligation de contracter et une liste de clauses obligatoires, sur cette question voir le rapport au Sénat précité sur le projet de loi.

<sup>(34)</sup> L'alinéa 2 de l'article L632-2-1 renforce également la mission d'information et de connaissance des marchés confiée aux organisations professionnelles: «A fin d'améliorer la connaissance des marchés, les organisations interprofessionnelles peuvent élaborer et diffuser des indices de tendance des marchés concernés, ainsi que tout élément de nature à éclairer la situation de la filière». Il s'agit d'informations sur les productions, l'état des stocks, et les prix qui doivent avoir pour finalité d'informer tous les professionnels sur la situation des marchés afin de leur donner une plus grande visibilité à long terme et leur permettre éventuellement d'orienter leur production.

<sup>(35)</sup> «Lorsque l'accord inclut un contrat type mentionné au deuxième alinéa de l'article L.632-2-1, l'autorité administrative le soumet à l'Autorité de la concurrence. Celle-ci rend son avis dans le délai de deux mois; si l'autorité n'a pas rendu son avis à l'expiration de ce délai, l'autorité compétente peut étendre l'accord.

L'autorité compétente dispose d'un délai de deux mois à compter de la réception de la demande présentée par l'organisation interprofessionnelle pour statuer sur l'extension sollicitée. Lorsque l'Autorité de la concurrence est saisie, ce délai est de trois mois. Si, au terme de ce délai, elle n'a pas notifié sa décision, la demande est réputée acceptée».

<sup>(36)</sup> Règlement OCM unique(CE) N° 1234/2007 (consolidé par le document COM (2010) 799); procédure de notification qui demeure inchangée dans la proposition de règlement modifiant le règlement OCM unique, article 145 du COM (2011) 626/final 3 destiné à remplacer le règlement (CE) N° 1234/2007 (consolidé par le document COM (2010) 799).

## 3.2. Les secteurs concernés par la contractualisation

Plus de 2 ans après l'entrée en vigueur de la loi de modernisation de l'agriculture, la contractualisation n'a été mise en place que dans un nombre très restreint de filières.

### 3.2.1. La mise en œuvre par voie réglementaire

À l'hiver 2010 aucun accord de contractualisation n'ayant été conclu, les pouvoirs publics ont alors décidé de rendre la contractualisation obligatoire par décret dans les deux filières en crise, la filière fruits et légumes et la filière laitière. En l'absence d'accord interprofessionnel dans ces secteurs pour lesquels l'autorité de concurrence avait préconisé la contractualisation comme remède à l'absence de concentration de l'offre et à la volatilité des prix<sup>37</sup>, c'est la voie réglementaire qui a été choisie ; deux décrets du 30 décembre 2010 rendent obligatoire la formation de contrats écrits conformément à l'article L632-24 du Code rural<sup>38</sup>.

Ces deux décrets rendent obligatoire la conclusion de contrats écrits contenant des clauses relatives à :

- la durée (cinq ans minimum pour le lait; trois ans minimum pour les fruits et légumes);
- les volumes et caractéristiques des produits;
- les modalités de collecte (ou de livraison);
- les modalités (ou critères) de détermination du prix;
- les modalités de facturation ou de paiement;
- les modalités de révision;
- les modalités de résiliation.

La filière fruits et légumes malgré le décret n'a pas mis en application la contractualisation. Il n'existe pas à ce jour de

contrat-type dans le secteur; toutefois, la grande majorité des acheteurs de fruits et légumes proposent aujourd'hui des contrats de cession écrits comportant des clauses énoncées par le texte. Les professionnels, qui ont pourtant été des promoteurs de la contractualisation de la relation commerciale du secteur, ont argué de l'inadaptation du texte à la spécificité de la filière des fruits et légumes. La durée imposée par le décret est l'une des principales difficultés soulevées. Le décret impose en effet une durée des contrats de 3 ans<sup>39</sup> qui paraît incompatible avec la saisonnalité de la majorité des productions et les modalités de commercialisation des fruits et légumes<sup>40</sup>. Comme le relèvent les acteurs de la filière et l'Autorité de la concurrence dans son avis sur le décret, le marché fonctionne essentiellement sur des logiques annuelles, appelées campagnes. Par ailleurs nombre de détaillants ou d'expéditeurs ne sont pas liés à des vendeurs mais choisissent les vendeurs chaque semaine en fonction de la demande ou de la concurrence internationale; les contraindre à des contrats d'une telle durée pourraient les conduire à ne plus acheter sur le territoire national. Pour l'Autorité, une telle «durée minimale de trois ans pourrait sembler, *prima facie*, de nature à verrouiller un certain nombre de marchés, en imposant un passage quasi obligé par des intermédiaires et une structuration de la filière»<sup>41</sup>. La mise en œuvre en l'état de la contractualisation serait contreproductive et aboutirait à des résultats inverses de ceux recherchés par le législateur.

Les difficultés de fonctionnement de l'interprofession, les spécificités (saisonnalité des productions et des consommations) des productions conjuguées à la multiplicité des opérateurs et à l'importance de la grande distribution appel-

(37) Voir les 2 avis précités sur le secteur laitier du 2 octobre 2009 et le secteur des fruits et légumes du 7 mai 2008.

(38) Décret n° 2010-1753 du 30 décembre 2010 pris pour l'application de l'article L. 631-24 du code rural et de la pêche maritime dans le secteur laitier aux articles R.631-7 et suivants du Code rural; décret n° 2010-1754 du 30 décembre 2010 pris pour l'application de l'article L. 631-24 du code rural et de la pêche maritime dans le secteur des fruits et légumes, JORF n° 0303 du 31 décembre 2010 codifié aux articles R.631-11 et suivants du Code rural.

(39) «1° La mention de la durée du contrat, qui ne peut être inférieure à trois ans, et, le cas échéant, les conditions de son renouvellement; 2° Les volumes et caractéristiques des produits à livrer. Le contrat précise à cette fin:

a) Le volume de fruits et légumes qui engage les parties, le cas échéant décliné par sous-périodes; b) Les conditions dans lesquelles ce volume peut être ajusté, le cas échéant par sous-périodes, à la hausse ou à la baisse en précisant les marges d'évolution tolérées ou prévues; c) Les caractéristiques des produits faisant l'objet du contrat de vente; d) Le cas échéant, les modes de valorisation mentionnés aux articles L. 640-1 et suivants applicables aux produits fournis; e) Les règles applicables lorsque le producteur dépasse ou n'atteint pas le volume défini ou lorsque les produits livrés ne répondent pas aux caractéristiques définies et lorsque l'acheteur ne respecte pas ses engagements. Ces règles peuvent prévoir les cas de force majeure, notamment les situations d'aléa climatique; 3° Les modalités de collecte ou de livraison des produits. Le contrat précise à cette fin les obligations du vendeur et de l'acheteur, notamment les conditions d'accès à la marchandise, les conditions d'expédition et d'enlèvement ou de livraison de la marchandise; 4° Les modalités et critères de détermination du prix par produit, compte tenu, le cas échéant, des dispositions de l'article L. 441-6 du code de commerce; 5° Les modalités de facturation par le producteur et de paiement par l'acheteur des produits vendus, conformes aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur, ainsi que les informations figurant sur la facture que les parties ne peuvent transmettre à des tiers et, le cas échéant, les conditions dans lesquelles le versement d'acomptes est prévu, leur montant déterminé et les conditions dans lesquelles le solde est versé; 6° Les modalités de leur révision, y compris la fixation d'un délai de préavis; cette révision fait l'objet d'un avenant écrit signé des deux parties; 7° Les modalités de résiliation du contrat et le préavis de rupture, dont la durée ne peut être inférieure à quatre mois».

(40) Même si un nouveau texte est venu réduire la durée des contrats pour certaines productions, décret n° 2011-1108 du 15 septembre 2011 modifiant le décret n° 2010-1754 du 30 décembre 2010 pris pour l'application de l'article L. 631-24 du code rural et de la pêche maritime dans le secteur des fruits et légumes.

(41) Voir avis précité de l'Autorité de la concurrence sur les 2 décrets, point 24.

lent une contractualisation non par filière mais par type de production. L'Autorité de la concurrence comme le rapport sur la contractualisation préconisent des accords du type de ceux mis en place par la section interprofessionnelle de première mise en marché<sup>42</sup>. Les organisations de producteurs communautaires du secteur<sup>43</sup> devraient être des moteurs de la contractualisation cependant ces organisations sont encore peu nombreuses<sup>44</sup> et ne répondent pas aux attentes des acteurs économiques. Il faut souligner en outre qu'une clarification de la licéité des accords et pratiques des OP (organisations de producteurs) et AOP (association d'organisations de producteurs) au regard du droit interne et communautaire de la concurrence permettraient aux acteurs de la filière de mieux appréhender l'intérêt et l'utilité de leur regroupement au sein de ces structures pour la négociation de leur production<sup>45</sup>.

Dans le cadre de la préparation de la future loi agricole (dite loi d'avenir pour l'agriculture) qui devrait être présentée au Parlement en juin 2013, les consultations et des groupes de travail associant les différents acteurs des filières seront mis en place afin de proposer des améliorations à la contractualisation.

Dans la filière laitière, la contractualisation a en toute logique été mise en application très rapidement; l'objectif étant tout à la fois d'apporter une réponse à la crise laitière en cours et, à l'horizon de la disparition des quotas, de servir de « modèle » de régulation pour un futur cadre réglementaire européen<sup>46</sup>.

En juin 2010, le Groupe de haut niveau sur le lait avait formulé sept recommandations pour le secteur des produits laitiers de l'UE au premier rang desquelles se trouvait la contractualisation<sup>47</sup>. La France a voulu mettre en oeuvre une contractualisation anticipant la réforme du règlement CE 1234/2007.

Le décret entré en vigueur au 1<sup>er</sup> avril 2011 concerne « le lait de vache provenant d'une ou plusieurs traites d'une ou plusieurs vaches, refroidi, auquel rien n'a été ajouté ni soustrait et qui n'a subi aucun traitement ». Les contrats de cession doivent comporter au minimum selon le texte:

- la mention de la durée du contrat, qui ne peut être inférieure à cinq ans, et, le cas échéant, les conditions de son renouvellement;
- les volumes et les caractéristiques du lait à livrer<sup>48</sup>;
- les modalités de collecte<sup>49</sup>;
- les modalités de détermination du prix du lait, conformes aux dispositions des articles L. 654-30 et D. 654-29 à D. 654-31 ainsi que, le cas échéant, aux dispositions de l'article L. 441-6 du code de commerce<sup>50</sup>;
- les modalités de facturation et de paiement du lait<sup>51</sup>;
- les modalités de révision du contrat. Toute modification du contrat est faite par avenant écrit et signé des deux parties en respectant les préavis définis dans le contrat;
- les modalités de résiliation du contrat par l'une ou l'autre des parties, et notamment la durée du préavis de rupture qui ne peut être inférieure à douze mois, sans préjudice, le cas échéant, des dispositions de l'article R. 522-8.

<sup>(42)</sup> Précités.

<sup>(43)</sup> Au sens de l'article 125 bis du règlement CE 1234/2007.

<sup>(44)</sup> Pourtant encouragées par le règlement CE n° 1182/2007.

<sup>(45)</sup> Sur cette question voir notamment l'avis n° 08-A-07 du 7 mai 2008 relatif à l'organisation économique de la filière fruits et légumes précité, point 14 et 51 et s.

<sup>(46)</sup> La France ayant été à l'initiative de la demande de création du groupe de haut niveau sur le lait en 2009.

<sup>(47)</sup> [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-10-742\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-742_fr.htm).

<sup>(48)</sup> «Le contrat précise à cette fin: a) - le volume de lait à livrer par le producteur pour chacune des périodes de douze mois du contrat ainsi que, le cas échéant, les volumes par sous-périodes d'une durée minimale d'un mois, et les marges à l'intérieur desquelles le volume livré peut varier; - les conditions dans lesquelles le volume prévu par période de douze mois peut être ajusté à la hausse ou à la baisse et, le cas échéant, les conditions dans lesquelles le volume prévu par sous-périodes est, en conséquence, ajusté. Jusqu'à la fin du régime de quotas laitiers prévu par le règlement (CE) n° 1234/2007 du Conseil mentionné à l'article R. 631-7, le volume prévu par période de douze mois est établi par référence au quota individuel du producteur; b) Les caractéristiques du lait à livrer; c) Les règles applicables lorsque le producteur dépasse ou n'atteint pas, en tenant compte des marges prévues au a, le volume défini ou lorsque le lait livré ne répond pas aux caractéristiques définies en application du b; d) Les règles applicables lorsque l'acheteur ne respecte pas, en tenant compte des marges prévues au a, ses engagements d'achat».

<sup>(49)</sup> «Le lait, objet du contrat, est mis à disposition de l'acheteur selon des conditions fixées par ce contrat. Le contrat précise, à cette fin, les obligations qui incombent, sauf circonstances exceptionnelles prévues dans le contrat, au vendeur et à l'acheteur, notamment les conditions d'accès à la marchandise, la fréquence et les plages horaires de collecte, les conditions d'enlèvement de la marchandise et la procédure mise en place pour l'échantillonnage et la mesure de la qualité et de la composition du lait. A chaque enlèvement de marchandise, la quantité collectée est notifiée par l'acheteur au producteur sous la forme d'un bon de livraison».

<sup>(50)</sup> «Le contrat fixe les critères et les références pris en compte pour la détermination du prix de base du lait. Il peut faire référence aux dispositions de l'article L. 632-14 du présent code, ou à tout autre indicateur ou référence pertinent, sous réserve que les modalités de détermination du prix fassent l'objet d'une description détaillée. Le contrat précise également les modalités selon lesquelles ce prix prend en compte les caractéristiques particulières du lait ou de l'exploitation. Il prévoit les modalités selon lesquelles le producteur est informé, avant le début de chaque mois, du prix de base qui sera appliqué pour les livraisons du mois considéré».

<sup>(51)</sup> Le contrat prévoit à cette fin: - les modalités de facturation par le producteur et de paiement par l'acheteur du lait collecté, conformes aux dispositions législatives et réglementaires, le cas échéant, l'existence d'un mandat de facturation et les délais de paiement; - les informations figurant sur la facture que les parties ne peuvent transmettre à des tiers; - si des acomptes sont prévus, les conditions dans lesquelles ceux-ci sont déterminés et les conditions dans lesquelles le solde est versé».

Le législateur entend ainsi sécuriser la relation avec le collecteur de lait et en cela garantir la collecte et rendre prévisible le prix payé pour le lait; les contrats écrits doivent permettre de mettre fin aux difficultés et incertitudes liés à la détermination du prix payé aux producteurs pour la collecte de leur lait et la pratique de la «paie de lait»<sup>52</sup>. Le prix définitif du lait vendu, aux termes du décret, dépend principalement des caractéristiques qualitatives du lait, de la teneur du lait en matière grasse et en matière azotée, et des ses caractéristiques hygiéniques et sanitaires.

Le décret prévoit en outre des dispositions transitoires: les contrats en cours ont pu être modifiés par un avenant proposé par l'acheteur afin de mettre le contrat en conformité avec le nouveau régime de contractualisation.

C'est ce schéma de contractualisation écrite obligatoire pour chaque livraison qui a en été retenue dans le «mini paquet» lait européen de mars 2012. En effet, le règlement relatif à la contractualisation du secteur laitier dans l'Union européenne reprend le principe de la contractualisation écrite obligatoire ainsi que l'essentiel des clauses obligatoires<sup>53</sup>. Le texte européen prévoit que les Etats membres peuvent rendre obligatoire la conclusion de contrats écrits de sorte à ce que le prix soit fixé avant la livraison. Comme en droit français, les coopératives sont exonérées de l'obligation de conclure des contrats écrits dès lors qu'elles disposent dans leurs statuts ou dans leur règlement intérieur des dispositions similaires<sup>54</sup>.

L'offre de contracter peut également résulter de l'initiative de l'acheteur qui fera alors une proposition écrite de contracter au producteur. Le contractant en situation de force demeure l'initiateur, et en pratique le rédacteur, de l'offre de contracter lui ouvrant la possibilité d'imposer son modèle contractuel et des conditions unilatérales. Il faut toutefois noter que le règlement renforce le rôle des organisations professionnelles et partant les possibilités de concentration de l'offre. En effet, l'article 126 quater du

règlement ouvre la voie à la négociation collective de contrats par les organisations de producteurs: «Une organisation de producteurs du secteur du lait et des produits laitiers reconnue en vertu de l'article 122 peut négocier au nom des agriculteurs qui en sont membres, pour tout ou partie de leur production conjointe, des contrats de livraison de lait cru d'un agriculteur à un transformateur de lait cru ou à un collecteur au sens de l'article 185 septies, paragraphe 1, deuxième alinéa».

Il convient de souligner que les organisations de producteurs peuvent négocier au nom de leurs membres, pour tout ou partie de leur production, «qu'il y ait ou non transfert de propriété». Jusqu'alors les organisations ne pouvaient négocier au nom de leurs membres -et donc concentrer l'offre- que s'il y avait eu un transfert préalable de propriété des productions<sup>55</sup> comme l'avait rappelé l'avis du 2 octobre 2009 relatif au fonctionnement du secteur laitier de l'Autorité française de concurrence. La compatibilité de cette solution posait problème au regard des règles de concurrence et notamment du droit des ententes. L'Autorité relevait également qu'en l'état du droit de la concurrence le prix de cession devait être individualisé et que seul un assouplissement du règlement OCM permettrait aux organisations professionnelles de négocier un prix de cession unique<sup>56</sup>. Le règlement lait a fait tomber le «*tabou des prix*» en matière agricole, pour reprendre l'expression du professeur Jannarelli<sup>57</sup>. Sur ce point, le règlement apporte une sécurité juridique plus grande aux opérateurs quant à l'application du droit de la concurrence. Les contrats français mis en œuvre en application de la loi LMA, mais aussi les pratiques commerciales, doivent donc être modifiés pour tenir compte de cette innovation; la France ayant choisi la contractualisation, elle doit respecter les règles en la matière édictées par ce règlement. Des modifications ont déjà eu lieu et 9 organisations de producteurs sont en cours de reconnaissance<sup>58</sup>; nombre de producteurs se refusent

(52) Voir avis précité n° 09-A-48 du 2 octobre 2009 relatif au fonctionnement du secteur laitier de l'Autorité de la concurrence.

(53) Règlement (UE) n° 261/2012 du Parlement européen et du Conseil du 14 mars 2012 portant modification du règlement (CE) N° 1234/2007 du Conseil en ce qui concerne les relations contractuelles dans le secteur du lait et des produits laitiers. Pour une étude exhaustive de ce règlement, voir le remarquable article d'A. Jannarelli, *L'associazionismo dei produttori agricoli ed il "tabù" dei prezzi agricoli nella disciplina europea della concorrenza. considerazioni critiche sul Reg. n. 261 del 2012 in materia di latte e prodotti lattiero-caseari*, in *Riv.dir.agr.*, 2012, I, p. 179.

(54) Article 185 septies du règlement.

(55) Pour une étude détaillée et critique du texte, voir l'article d'A. Jannarelli précité.

(56) Point 119: «La compatibilité de la seconde solution avec les règles de concurrence soulève plus de questions. En effet, lorsque les producteurs ne transfèrent pas la propriété de leur production à l'OP, ils restent en prise avec le marché mais via l'OP. En effet, dans ce cas l'OP commercialise la production pour le compte des producteurs en fonction d'un mandat de commercialisation. La vente est réalisée par la structure associative, les volumes sont donc regroupés par rapport à des producteurs indépendants, mais le prix de cession est bien un prix individualisé entre chaque producteur et l'aval. En l'état du droit, la nature du mandat devrait alors être examinée pour s'assurer qu'il ne peut être considéré comme un mécanisme permettant à des producteurs autonomes de s'entendre pour restreindre la concurrence. L'assouplissement de l'OCM régissant le secteur laitier dans le sens mentionné au paragraphe 103 pourrait permettre de sécuriser juridiquement cette option.»

(57) Pour une étude sur la question des prix agricoles et du droit de la concurrence, voir l'article précité d'A. Jannarelli et les nombreuses références citées ainsi que «EU Competition Framework: Specific Rules for the Food Chain in the New Cap», [www.europarl.europa.eu/studies](http://www.europarl.europa.eu/studies).

(58) Décret no 2012-512 du 19 avril 2012 relatif à l'organisation économique dans le secteur du lait de vache.

d'entrer dans la contractualisation avant la constitution des OP afin d'éviter une négociation individuelle par trop déséquilibrée.

### 3.2.2. La mise en œuvre volontaire par voie d'accord interprofessionnel homologué ou étendu

Peu de filières sont entrées dans la contractualisation par démarche volontaire. Un accord interprofessionnel a été conclu dans le secteur ovin par des organisations nationales membres de l'interprofession et homologué par arrêté du 15 février 2011<sup>59</sup>. Selon l'accord, l'équilibre entre acheteur et producteur est au cœur du dispositif. La contractualisation a pour objet de renforcer le pouvoir de négociation des agriculteurs afin de garantir la commercialisation d'une partie plus importante de la production, le maintien d'un niveau raisonnable de prix et faciliter des opérations de promotion des acheteurs auprès des consommateurs. L'accord ne concerne que les agneaux destinés à la boucherie ou à l'engraissement (ovins de moins de 12 mois) et les transactions passées entre éleveurs et acheteurs de 1<sup>er</sup> niveau. Le contrat-type impose notamment une durée minimale de 12 mois pour les contrats, et précise les modalités de collecte et de livraison, et surtout les modalités de détermination du prix. L'article 5 de l'accord interprofessionnel prévoit que les contrats pris en application de cet accord doivent préciser les clauses de détermination et de révision des prix des produits concernés par lesdits contrats. Ces clauses de détermination et de révision des prix doivent être définies de sorte à permettre aux éleveurs signataires d'estimer le «niveau de prix» qu'ils pourront obtenir pour les produits commercialisés. Ce même article 5 énonce que «ces clauses pourront en particulier s'appuyer sur des indicateurs élaborés ou diffusés par Interbev Ovins (en application de l'article L632-2-1 de la LMA) ou sur tout autre indicateur librement choisi par les parties signataires, afin de permettre, le cas échéant une révision ou une actualisation des prix des produits commercialisés durant la période d'application des contrats». L'Autorité de la concurrence, dans son avis sur l'accord, a relevé le risque d'atteinte au droit de la concurrence de telles stipulations. Elle a en effet mis en garde les opérateurs sur le caractère anticoncurrentiel de prix minima garantis par l'interprofession<sup>60</sup>. Elle rappelle, suivant en cela les avis et décisions rendus en matière agricole, que «la diffusion d'indicateurs de référence ne doit pas s'assimiler à des recommandations de prix» et que «chaque opérateur économique doit être libre

d'individualiser ses prix compte tenu de ses charges, de ses coûts divers à partir d'informations relatives au passé et en utilisant, le cas échéant des indicateurs de tendance, dès lors qu'ils ne présentent aucun caractère normatif émis par l'interprofession»<sup>61</sup>.

L'objectif de l'accord est de structurer une filière dont la production est déficitaire et peu rémunératrice. Il est également -voire surtout selon certaines organisations professionnelles- de permettre une majoration des aides à production conformément à l'article 68 du règlement n° 73/2009<sup>62</sup>; l'octroi de la majoration étant conditionnée à la mise en œuvre de la contractualisation entre l'éleveur et un ou plusieurs opérateurs de l'aval ou bien à la justification d'une adhésion à une organisation de producteurs commerciale dans le secteur ovin, reconnue par le ministère de l'agriculture, ou d'une association de producteurs, non commerciale<sup>63</sup>.

La contractualisation a également été mise en œuvre dans le secteur de la dinde par accord interprofessionnel étendu par arrêté du 19 août 2011<sup>64</sup>. Cet accord reprend presque sans modification un accord antérieur signé le 28 janvier 2004 et mis en application à partir du 19 juillet 2005 mais dont l'interprofession prétend qu'il a une finalité distincte. Contrairement à l'accord ovin, il ne s'agit pas de structurer la filière ou d'instaurer des quantités minimum d'achat. L'objectif affiché par l'interprofession (Cidef) est, d'une part, de sécuriser les débouchés des producteurs et de «moraliiser les pratiques vis-à-vis des éleveurs»; d'autre part, d'inciter les éleveurs à améliorer leurs techniques de production et à produire des types d'animaux conformes à la demande. L'accord ne concerne que les relations commerciales entre les éleveurs et les transformateurs et n'a pas vocation à être étendu à l'aval de la chaîne. Il porte essentiellement sur «les procédures de commande, de mise en production et d'enlèvement des dindes» et ne contient aucune clause relative à des volumes minimaux, une durée d'engagement minimale ou la fixation de prix de vente. Il contient en revanche des clauses relatives au prix d'achat des volailles à l'organisation de producteurs. L'article 3 (a) du contrat cadre prévoit que toute commande passée par le transformateur au producteur doit préciser: «Le prix et les modalités de son évolution : en cas de litige au moment de l'enlèvement, le prix payé est le prix négocié de la semaine de commande avec application de la variation d'un des indices matières premières ou aliment connu à la date de la commande et à la date de l'abattage». Seule cette clause a appelé un certain nombre d'observations de la part de

<sup>(59)</sup> Arrêté du 15 février 2011 portant extension de l'accord interprofessionnel du 1er décembre 2010 définissant les clauses obligatoires devant figurer dans les contrats de vente applicables pour le secteur ovin, JORF du 19 décembre 2011. Voir également l'avis sur l'accord de l'Autorité de concurrence, Avis n° 11-A-03 du 15 février 2011 relatif à un accord interprofessionnel dans le secteur ovin.

<sup>(60)</sup> Point 84.

<sup>(61)</sup> Points 85 et 87.

<sup>(62)</sup> Point 11.

<sup>(63)</sup> A ce jour, 80% des opérateurs ont contractualisés leurs relations commerciales.

<sup>(64)</sup> Arrêté du 19 août 2011 portant extension de l'accord interprofessionnel triennal conclu dans le cadre du comité interprofessionnel de la dinde française.

l'Autorité de la Concurrence<sup>65</sup>. Elle relève que la clause d'indexation prix d'achat par les transformateurs et de variation des prix des matières premières présente «un risque effectif pour l'exercice de la concurrence» et rappelle que « ce type de clause ne doit pas devenir le support de pratiques anticoncurrentielles en matière de prix »<sup>66</sup>. Les informations utilisées pour l'indexation du prix de vente ne doivent pas provenir d'indices de référence diffusés par l'organisme interprofessionnel à ses membres<sup>67</sup>.

Comme pour la filière ovine, ce sont les clauses relatives à la détermination du prix et donc à la sécurisation des revenus des producteurs qui semblent poser des problèmes au regard des règles de concurrence. Ces difficultés introduisent un risque juridique source d'insécurité pour les opérateurs de nature à freiner l'essor de la contractualisation. Cela explique sans doute, au moins pour partie à en croire les organisations et syndicats professionnels, le faible nombre de filières entrées dans le processus de contractualisation.

#### 4.- Conclusion

La contractualisation n'est obligatoire que dans très peu de filières et de plus elle n'est pas appliquée dans tous les secteurs où le contrat écrit a été rendu obligatoire; rappelons que le décret relatif à la filière fruits et légumes n'a pas été mis en œuvre pour les raisons évoquées plus haut. En dépit du faible nombre de filières concernées, il est néanmoins possible de dresser un premier bilan de la contractualisation issue de la loi du 27 juillet 2010.

Force est de constater tout d'abord que la contractualisation a une effectivité plus grande que son obligatorité. En d'autres mots, l'effet normatif du dispositif dépasse son champ d'application formel. En premier lieu, la contractualisation française a non seulement anticipé le règlement européen 261/2012 mais a servi de modèle à son élaboration. Il faut en second lieu relever que le dispositif contractuel proposé par la loi conduit nombre d'opérateurs, dans

des secteurs non couverts par la contractualisation obligatoire, à établir des contrats écrits pour leurs relations commerciales en s'inspirant, au moins formellement, de l'article L631-24 du Code rural. Enfin, notons que la contractualisation est à l'étude dans certaines filières<sup>68</sup>, mais il est fort probable que les demandes d'homologation ou d'extension d'accords interprofessionnels ne seront faites qu'après la loi agricole de juin 2013, celle-ci devant modifier et/ou compléter les textes actuels<sup>69</sup>.

En réalité, le dispositif -récent il est vrai- n'a pas rencontré une adhésion des opérateurs à la hauteur des espérances du législateur. Le texte, pensé principalement pour les filières lait et fruit et légumes, ne semble pas adapté à la diversité des filières agricoles. Même dans la filière lait, la contractualisation a suscité et suscite encore de nombreuses critiques de la part de producteurs et les négociations avec les industriels sont pour le moins conflictuelles comme en témoignent les saisines du médiateur de relations commerciales agricoles. Le rapport remis au ministre de l'agriculture en juillet 2012, bien que très favorable à la contractualisation, fait état d'un certain nombre de difficultés et de points à éclaircir et améliorer<sup>70</sup>.

Dans la filière laitière, deux questions (parmi beaucoup d'autres) sont particulièrement discutées. Il s'agit tout d'abord de la régulation des volumes après la fin des quotas en 2015. Les contrats conclus à ce jour ont retenu comme volume livrable jusqu'à la fin 2015 les quotas individuels. Ils prévoient pour la plupart qu'à l'issue de cette période les volumes feront l'objet de fixation annuelle. Comme l'a souligné le rapport, «le texte réglementaire devrait préciser les conditions équilibrées de détermination des quantités achetées, une fois disparues les références aux quotas»<sup>71</sup>. La seconde difficulté a trait aux coopératives et plus précisément au manque de transparence de la relation entre la coopérative et le producteur associé coopérateur<sup>72</sup>. Les coopératives, contrairement aux autres acheteurs, sont réputées avoir conclu des contrats avec les producteurs dès lors qu'elles ont remis aux associés coopéra-

<sup>(65)</sup> Avis n° 11-A-12 du 27 juillet 2011 relatif à un accord interprofessionnel dans le secteur de la dinde, voir particulièrement les points 56 à 63.

<sup>(66)</sup> Point 57.

<sup>(67)</sup> Enfin, l'Autorité rappelle que l'organisme doit pas avoir connaissance des prix pratiqués par les opérateurs car cela pourrait conduire à un alignement des prix de vente et voire déboucher sur des pratiques d'entente pour faire respecter un prix commun prohibées par l'article L. 420-1 du code de commerce, point 62 de l'avis précité.

<sup>(68)</sup> Par exemple, la filière viticole étudie actuellement «comment s'approprier la contractualisation», <http://www.viti-net.com/actualite/france/article/lma-loi-modernisation-agriculture-vin-contractualisation-ecrite-11-69325.html>.

<sup>(69)</sup> Des groupes de travail composés de représentants des filières ont été mis en place à partir de janvier 2013 dans le cadre de la préparation de la future loi agricole dite «loi d'avenir de l'agriculture» qui devrait être présentée au Parlement en juin 2013. En novembre 2012, le ministre de l'Agriculture a installé le comité national de pilotage des assises de l'agriculture dont la mission est d'organiser ces groupes de travail et d'en faire remonter les propositions aux pouvoirs publics en vue de l'élaboration de la future loi, <http://agriculture.gouv.fr/Assises-de-l-installation>.

<sup>(70)</sup> Rapport sur la contractualisation précité, spécialement p. 7 et 23.

<sup>(71)</sup> Ibid. p.27.

<sup>(72)</sup> Le secteur français de la transformation du lait est assuré à 50% par le secteur coopératif, secteur qui au cours de ces 2 dernières années s'est fortement concentré. Il faut souligner que l'Autorité française de concurrence a validé toutes les concentrations du secteur,

teurs un exemplaire des statuts ou du règlement intérieur intégrant les clauses contractuelles obligatoires. Par souci de transparence et de meilleure gouvernance, les coopératives devraient contractualiser leurs relations avec les associés coopérateurs selon les mêmes modalités que les autres acheteurs<sup>73</sup>. Cela est d'autant plus nécessaire que le mouvement actuel de concentration des coopératives ne permet plus de communication directe avec les coopérateurs.

La contractualisation devrait également être améliorée s'agissant de la résiliation et de la sanction du non respect du contrat type. La résiliation est envisagée dans les textes mais le législateur s'est limité à fixer la durée de préavis<sup>74</sup>. Il conviendrait d'inclure dans les contrats, d'une part, les causes de résiliation à l'issue du contrat permettant de ne pas procéder à son renouvellement et, d'autre part, les motifs de résiliation en cours d'exécution du contrat sanctionnant une inexécution de ses obligations par l'une des parties. Quant à la sanction, l'amende administrative, elle pourrait utilement être complétée par des mécanismes de sanctions similaires à ceux relatifs aux relations industrie-commerce; on songe notamment à la sanction de l'enrichissement sans cause et du déséquilibre significatif de l'article L442-6 du Code de commerce<sup>75</sup>.

De manière plus générale, on peut légitimement s'interroger sur le point de savoir si la contractualisation est de nature à répondre aux attentes des producteurs agricoles et d'atteindre les objectifs -ambitieux- fixés par le législateur, sécuriser les débouchés et les revenus des producteurs. Il paraît illusoire de penser que la contractualisation permette de remédier à un déséquilibre structurel qui affecte la chaîne alimentaire et ne cesse de s'accroître. L'expérience montre que la contractualisation à elle seule ne modifie pas la situation de faiblesse et de domination économique des agriculteurs; dans la filière porcine la contractualisation (volontaire et antérieure à la loi LMA) des relations commerciales avec les abattoirs n'a nullement accru le pouvoir de négociation des producteurs ni sécurisé leurs revenus.

Le renforcement du rôle des organisations professionnelles est certes un outil de concentration de l'offre et d'accroissement du pouvoir de négociation des producteurs. Néanmoins, dans un contexte de concurrence intra et extra-européenne, il n'est pas invraisemblable de penser que certaines filières pourraient être tentées de privilégier la compétitivité externe et, en conséquence, de consentir des «efforts» sur les prix ou les conditions commerciales au détriment des revenus de producteurs. Il n'est pas certain que, dans les secteurs les plus exposés à la concurrence européenne et/ou internationale, les interprofessions aient la possibilité ou la volonté d'opérer un réel rééquilibrage au profit des producteurs<sup>76</sup>.

Plus encore, c'est la compatibilité de la contractualisation avec les règles de concurrence internes et européennes qui pose question<sup>77</sup>. En effet, l'Autorité de concurrence rappelle clairement dans tous ses avis que toute contractualisation doit être compatible avec les règles internes et européennes de concurrence et que la concentration de l'offre et le renforcement du pouvoir de négociation ne doivent pas conduire à des pratiques anticoncurrentielles constitutives d'ententes<sup>78</sup>. En l'état actuel du droit de la concurrence, les clauses de détermination de prix plancher, la diffusion d'indices d'indexation des prix par les organisations professionnelles ou de limitation des volumes mis sur le marché comportent des « risques effectifs » d'atteinte à la concurrence. Déjà dans l'avis n° 09-A-48 du 2 octobre 2009 relatif au fonctionnement du secteur laitier, l'Autorité soulignait que la fixation de prix de vente commun ainsi que la diffusion d'indicateurs constituaient des ententes illicites<sup>79</sup>. Cela est en tout point conforme au droit et à la politique de concurrence. La fixation de prix minimum comme les échanges d'informations ou encore la limitation concertée des quantités mises sur le marché sont considérés comme des ententes illicites au sens des articles L420-1 du Code de commerce et 101 du TFUE; les récentes affaires «Farines» et «Endives» le confirment<sup>80</sup>.

<sup>(73)</sup> Rapport précité, p.32.

<sup>(74)</sup> Par exemple, 12 mois minimum pour les contrats laitiers et 4 mois minimum pour les fruits et légumes.

<sup>(75)</sup> Voir notamment, M. Behar-Touchais, *Que penser de l'introduction d'une protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce?*, in *Revue des Contrats*, 2009, p. 1259.

<sup>(76)</sup> Le secteur laitier français en est une illustration: les grandes coopératives qui sont aussi des industriels transformateurs (50% du marché) jouent avant tout la carte de la compétitivité et peuvent parfois se trouver en conflit d'intérêt avec leurs associés. Le mouvement actuel de concentration des coopératives s'inscrit dans ce mouvement de renforcement de la compétitivité externe mais n'est pas de nature à résoudre les difficultés relationnelles avec les associés coopérateurs et de gouvernance.

<sup>(77)</sup> Sur l'application des règles de concurrence à l'agriculture, voir A.Jannarelli, *La concorrenza e l'agricoltura nell'attuale esperienza europea: una relazione "speciale"*, in *Riv. dir. agr.*, 2011, I, p. 515 s, et p. 551 s.; également, A.Jannarelli, *Profili giuridici del sistema agro-alimentare tra ascesa e crisi della globalizzazione*, Bari, 2011, p. 11 et s et 33 s. et «EU Competition Framework: Specific Rules for the Food Chain in the New Cap», [www.europarl.europa.eu/studies](http://www.europarl.europa.eu/studies).

<sup>(78)</sup> Qu'il s'agisse d'avis antérieurs à la loi LMAP ou de ceux relatifs à la mise en oeuvre de la loi LMAP, avis précités et particulièrement les avis sur la filière fruits et légumes et sur le secteur laitier.

<sup>(79)</sup> Avis précité, spéc. point 119.

<sup>(80)</sup> Décision n° 12-D-09 du 13 mars 2012 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur des farines alimentaires, et décision n° 12-D-08 du 6 mars 2012 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la production et de la commercialisation des endives, <http://www.autoritedelaconcorrence.fr/pdf/avis/12d09.pdf> et <http://www.autoritedelaconcorrence.fr/pdf/avis/12d08.pdf>.

Contrairement au droit antitrust américain, qui consacre un principe de faveur pour les associations agricoles et autorise la fixation de prix communs de cession afin de contrebalancer le pouvoir économique de leurs acheteurs<sup>81</sup>, le droit de l'Union européenne sanctionne, sur le fondement de l'article 101 du TFUE, les accords d'exploitants agricoles ou d'associations d'exploitants agricoles incluant de telles clauses de «price fixing»; ces accords ne peuvent bénéficier du régime d'exception prévu par le règlement le règlement 26/62, repris dans le règlement 1184/2006 et le règlement 1234/2007 «OCM unique»<sup>82</sup>. La fixation de prix de cession identiques n'est désormais admise que pour le secteur laitier depuis le règlement 261/2012 (art. 126 quater) et devrait rester limitée à ce secteur. En effet, le projet de règlement COM (2011) 626 final/3 portant réforme du règlement 1234/2007 «OCM unique» n'apporte pas de modification substantielle aux règles de concurrence applicables à l'agriculture<sup>83</sup>.

Le droit de la concurrence apparaît donc comme l'un des principaux obstacles à l'efficacité de la contractualisation comme vecteur de rééquilibrage de la relation commerciale et de sécurisation des revenus des agriculteurs<sup>84</sup>. Appréhender la problématique de la concurrence et des marchés agricoles à travers des paradigmes élaborés et adoptés pour d'autres secteurs productifs aboutit à nier la

spécificité des marchés agricoles et la concentration toujours croissante des acheteurs, industriels et distributeurs.

## ABSTRACT

*The regulation «Modernization of agriculture and fishery», n° 2010-874 of the 27 July 2010 inserted in the Rural code Art. L631-24, provides that written contract of supply of agricultural products can be obligatory. This obligation can be implemented by the public authorities through a special regulation (décret) or by extension or homologation of an inter-professional agreement. The obligation to conclude written contracts is intended to ensure greater transparency between producers and their business partners, to rebalance the contractual relationship and to strengthen the bargaining power of farmers.*

*This study analyses the new legal framework for contracts of supply of agricultural products and examines the written contracts in force in the sectors in which the obligation to conclude such contracts has been implemented. It also try to appreciate if the new legal framework is in order to attain the objective stated by the legislator: to ensure a fair standard of living for producers and a fairer distribution of value-added along the supply chain.*



(81) Jesse, Johnson, Marion, and Manchester, *Interpreting and Enforcing Section of the Capper-Volstead Act*, in *Amer. J. Agr. Econ.*, 1982, p. 431; Odec and Clair, *Justice Department and Private plaintiffs take aim at Capper-Volstead Act's protection for agriculture*, in *Antitrust and Trade Regulation Report*, 11 June 2009 (<http://www.bna.com>).

(82) L'article 2 §2 du règlement CE 1184/2006 du 24 juillet 2006 portant application de certaines règles de concurrence à la production et au commerce des produits agricoles dispose: «Il ne s'applique pas en particulier aux accords, décisions et pratiques d'exploitants agricoles, d'associations d'exploitants agricoles ou d'associations de ces associations ressortissant à un seul État membre, dans la mesure où, sans comporter l'obligation de pratiquer un prix déterminé, ils concernent la production ou la vente de produits agricoles ou l'utilisation d'installations communes de stockage, de traitement ou de transformation de produits agricoles, à moins que la Commission ne constate qu'ainsi la concurrence est exclue ou que les objectifs de l'article 33 du traité sont mis en péril». L'article 176 de l'actuel règlement 1234/2007 prohibe également les accords comportant des clauses de prix.

(83) Pour une analyse du projet de règlement COM (2011) 626 final/3, voir *EU Competition Framework: Specific Rules for the Food Chain in the New Cap*, C. Del Cont, A. Jannarelli, L. Bodiguel, [www.europarl.europa.eu/studies](http://www.europarl.europa.eu/studies).

(84) Lors de la préparation de la loi, le Ministre de l'Agriculture, conscient de cette limite, avait souhaité un assouplissement des règles de concurrence pour permettre aux agriculteurs de supporter les réformes de la PAC en cours et à venir, voir les travaux préparatoires et les actes du colloque « Agriculture et concurrence » du 26 septembre 2011, Paris DGCCRF publié sur le site de la DGCCRF, <http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/manifestations/atelier-dgccrf-agriculture-et-concurrence>. Le Commissaire à l'Agriculture D. Ciolos, favorable au développement de la contractualisation pour l'agriculture européenne, s'est lui aussi à de nombreuses reprises exprimé en ce sens. Les résolutions du Parlement européen du 8 juillet 2010 sur l'avenir de la politique agricole commune après 2013 ((2009/2236(INI)) P7\_TA(2010)0286) et du 7 septembre 2010 sur des revenus équitables pour les agriculteurs: une chaîne d'approvisionnement alimentaire plus performante en Europe, ((2009/2237(INI)) P7\_TA(2010)0302) se sont également prononcées pour une adaptation des règles de concurrence, et particulièrement du droit des ententes, au secteur agricole afin de permettre une véritable concentration de l'offre et d'assurer des prix rémunérateurs aux producteurs.

## Le violazioni all'art. 62, d.l. n. 1 del 2012 tra responsabilità civile e sanzioni amministrative

Luigi Russo

Questo mio intervento trova il suo presupposto nell'avvenuta assegnazione al sottoscritto di un commento all'art. 2137 c.c., dedicato alla responsabilità dell'imprenditore agricolo, destinato alla pubblicazione nel nuovo Commentario al c.c. diretto da Gabrielli. Nell'attività di studio per la predisposizione di quel lavoro mi sono imbattuto in uno scritto di Marianna Giuffrida, pubblicato sulla «Rivista di diritto agrario» del 2007, intitolato «Dalla responsabilità dell'imprenditore all'imprenditore responsabile»<sup>1</sup>, dove sono contenuti degli spunti molto interessanti in ordine al diverso ruolo che nella più recente normativa concernente la posizione del produttore agricolo sta assumendo l'istituto della responsabilità civile.

Non è certo mia intenzione spingermi in questa sede nella lettura dell'art. 62, intendendo più semplicemente metterne in evidenza un profilo che, mi pare, sino ad ora è rimasto sostanzialmente in ombra.

Com'è noto, l'art. 62, d.l. n. 1 del 2012, come modificato dalla legge di conversione 24 marzo 2012, n. 27, prescrive per i contratti ivi considerati l'obbligo di conclusione per iscritto, oltre che il necessario rispetto di un determinato contenuto minimo<sup>2</sup>; essi, inoltre, devono risultare improntati ai «principi di trasparenza, correttezza, proporzionalità e reciproca corresponsabilità delle prestazioni».

Orbene, a prescindere dalle evidenti difficoltà applicative dell'assunto normativo, la disposizione in commento assiste gli obblighi ora rammentati oltre che con le ordinarie azioni risarcitorie<sup>3</sup>, con la previsione di una sanzione amministrativa pecuniaria<sup>4</sup>. La sanzione amministrativa è prevista, inoltre, anche in caso di accertata violazione dei divieti posti dal comma 2, tra cui quello di imporre condizioni di acquisto o di vendita «particolarmente gravose» o di «conseguire indebite prestazioni unilaterali» od «adottare ogni ulteriore condotta commerciale sleale», per le quali il comma 6 prevede l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria<sup>5</sup>, nonché in caso di mancato rispetto, da parte del debitore, dei termini di pagamento stabiliti nel comma 3, il quale risulta assistito dalla previsione di una sanzione pecuniaria fino ad euro 500.000<sup>6</sup>.

Come già accennato, non è certo questa la sede per un compiuto esame delle disposizioni ora ricordate, anche se occorre senz'altro rilevare che la indeterminatezza delle fattispecie rispettivamente imposte e vietate di cui ai commi 1 e 2 fa sorgere qualche dubbio sul rispetto del principio *nulla poena sine lege*, applicabile anche alle sanzioni amministrative stante la loro natura afflittiva. Sanzioni la cui irrogazione viene demandata all'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato, e destinate ad essere assegnate al Fondo derivante dalle sanzioni amministrative irrogate dall'AGCOM per essere poi destinate al finanziamento di iniziative di informazione in materia alimentare a vantaggio dei consumatori, nonché per finanziare attività di ricerca, studio e analisi in ambito alimentare.

Come può osservarsi dalla pur sintetica illustrazione dell'impianto della norma di legge, la quale interviene nel settore delle transazioni commerciali aventi ad oggetto la cessione di prodotti agroalimentari che non siano conclusi con un «consumatore finale», allo scopo di cercare di tutelare la posizione contrattuale del soggetto debole del rapporto, apportando – almeno formalmente – non irrilevanti limitazioni all'autonomia contrattuale delle parti, il ruolo assegnato alla responsabilità civile appare secondario rispetto a quello attribuito alla deterrenza dell'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie, che talora possono giungere ad importi assai pesanti per il trasgressore. E', così, interessante rilevare che, stante la natura sostanzialmente «seriale» della maggior parte delle transazioni commerciali oggetto della disposizione, è verosimilmente apparsa di maggiore efficacia l'introduzione di sanzioni pecuniarie, irrogate da un soggetto terzo, rispetto all'ordinario ricorso allo strumento della responsabilità civile, finalizzato all'ottenimento del ristoro dei danni subiti (la cui entità spesso risulterà non particolarmente ingente per il soggetto chiamato a risarcirli), con tutti i conseguenti costi e tempi processuali, ed i relativi oneri probatori.

Ed invero, la responsabilità civile, con la sua natura meramente compensativa di un danno già prodottosi, risulta, all'evidenza, priva del sufficiente carattere dissuasivo richiesto dalla norma in esame, non foss'altro per la ordinaria copertura dei potenziali rischi ad essa connessi da parte dei produttori cedenti attraverso il ricorso ad assicurazioni del rischio, così che essa sembra perdere, in alcuni settori (tra cui, appunto, quello in esame), il suo ruolo originariamente centrale all'interno del sistema.

Ancora una volta, dunque, e a prescindere dalla infelice formulazione del testo di legge, destinato probabilmente a creare numerosi dubbi e problemi interpretativi ed applicativi, il settore agroalimentare sembra aprire nuove strade per il perseguimento delle finalità del legislatore in un setto-

(1) Cfr. M. Giuffrida, *Dalla responsabilità dell'imprenditore all'imprenditore responsabile*, in *Riv. dir. agr.*, 2007, I, 545 ss.

(2) I contratti disciplinati dall'art. 62, 1° comma, infatti, devono indicare, «a pena di nullità, la durata, le quantità e le caratteristiche del prodotto venduto, il prezzo, le modalità di consegna e di pagamento» (così il 1° comma dell'art. 62, d.l. cit.).

(3) Il comma 10 dell'art. 62 si preoccupa – peraltro inutilmente – di far, infatti, salve le azioni in giudizio per il risarcimento dei danni subiti a seguito delle eventuali violazioni della disposizione stessa.

(4) Prevista dal comma 5, «salvo che il fatto costituisca reato», in una misura da euro 516 ad euro 20.000.

(5) Sempre «salvo che il fatto costituisca reato», in una misura da euro 516 ad euro 3.000.

(6) Ancora una volta, «salvo che il fatto costituisca reato»; l'ammontare concreto della sanzione viene ancorato dalla legge al fatturato dell'azienda, alla frequenza e misura dei ritardi accertati: cfr. il comma 7.

re di assai difficile intervento come quello dei rapporti contrattuali tra imprenditori operanti nella filiera agroalimentare dotati di peso specifico assai diverso e tale da comportare significativi squilibri nell'assetto complessivo delle prestazioni contrattuali<sup>7</sup>.

Questo nuovo approccio del legislatore non rappresenta, infatti, una novità in assoluto, dal momento che simili problematiche si presentano anche nel distinto settore della sicurezza alimentare, in cui, oltre al verosimile carattere diffuso degli eventuali danni conseguenti al consumo di alimenti o di mangimi a rischio, occorre – nel caso di danno procurato ad uno o più consumatori – monetizzare un danno di carattere personale ed esistenziale e, prima ancora, individuare i soggetti danneggiati a seguito del consumo di quel determinato alimento. Dimostrazione, spesso, tutt'altro che agevole, essendo comunque sempre a carico del danneggiato innanzitutto la prova dell'avvenuto consumo di quel determinato alimento e, successivamente, la prova del nesso di causalità tra il danno subito ed il consumo di quel prodotto alimentare: onere reso particolarmente difficoltoso dall'avvenuta ingestione del bene e, dunque, del prodotto che si assume difettoso, e senza considerare le difficoltà di individuare il produttore, pur dopo l'introduzione degli obblighi di rintracciabilità, con riguardo ai prodotti alimentari industriali e frutto della commistione di una molteplicità di ingredienti<sup>8</sup>. A ciò si aggiunga che non di rado il danno alla salute del consumatore si verifica o si manifesta non nell'immediatezza o quasi dall'assunzione dell'alimento ma solo a distanza di anni, per effetto dell'accumulo di determinate sostanze contenute nell'alimento nell'organismo del consumatore, con le conseguenti difficoltà non solo probatorie ma, anche, collegate alla inevitabile presenza di termini di prescrizione o di decadenza dell'azione risarcitoria.

Come già la dottrina più avvertita ha evidenziato<sup>9</sup>, a ben vedere il reg. CE n. 178/02, recante i principi della legislazione alimentare europea, si distacca – pur prevedendola e stabilendo obblighi comportamentali – dalla sola logica della responsabilità, intesa come conseguenza negativa per colui

che non abbia rispettato i precetti normativi, privilegiando un approccio diverso, fondato principalmente sulla necessità di intervenire non tanto *a posteriori* – quando, cioè, un danno si è già verificato – ma in via preventiva, imponendo all'impresa alimentare una serie di comportamenti volti a scongiurare nella misura maggiormente possibile il verificarsi di eventi dannosi<sup>10</sup>. Eloquenti, al riguardo, sono le previsioni di cui all'art. 8 del regolamento 178/02, secondo cui la legislazione alimentare mira a prevenire pratiche fraudolente, adulterazione degli alimenti e ogni altra pratica che possa indurre in errore il consumatore; o gli artt. 14 e 15 (dettati rispettivamente per gli alimenti ed i mangimi) che vietano l'immissione sul mercato di alimenti e di mangimi a rischio; l'art. 19, che prevede l'obbligo di ritiro di un prodotto già immesso sul mercato qualora si abbia motivo di ritenere che il prodotto non sia conforme ai requisiti di sicurezza.

Più che di responsabilità dell'operatore alimentare si è parlato, giustamente, di responsabilizzazione del medesimo, attraverso l'imposizione a suo carico di una serie di obblighi positivi di condotta volti a scongiurare la possibilità di un evento dannoso<sup>11</sup>: tale approccio, peraltro, non riguarda solamente il reg. 178/02, ma tutta la normativa in tema di alimenti, basti pensare a quella sull'igiene dei prodotti alimentari<sup>12</sup>, a quella relativa all'informazione sugli alimenti ai consumatori<sup>13</sup>, a quella sui *novel foods*<sup>14</sup>, e così via.

In questo contesto la responsabilità civile non scompare, ma viene relativizzata, nella consapevolezza di una sua inadeguatezza di fondo per far fronte all'obiettivo di godere di alimenti sicuri, tanto che nel regolamento comunitario vi è il già ricordato collegamento con la concorrente disciplina della responsabilità da prodotto difettoso. Ma il «nocciolo duro» della disciplina in tema di sicurezza alimentare lo si ritrova nei menzionati profili, funzionali alla massima riduzione del rischio: ecco che, allora, le sanzioni a carico degli operatori del settore alimentare da stabilirsi ad opera degli Stati membri, e da applicarsi in caso di violazione della normativa su alimenti e mangimi, hanno carattere non risarcitorio ma afflittivo, come confermato dal riferimento, di cui

(7) A ben vedere, l'allontanamento dalla sola logica risarcitoria si è verificato – con originalità di soluzioni – anche nel settore dei tradizionali contratti agrari di concessione di fondo rustico, la cui disciplina è stata (e lo è ancora, seppure in misura assai minore, stante la possibilità del ricorso agli accordi derogatori di cui all'art. 45, legge n. 203 del 1982) improntata al perseguimento di una tutela per il soggetto debole del rapporto (pur se imprenditore), con strumenti sostanzialmente di carattere preventivo, quali la tipizzazione dei contratti agrari atipici, la sostituzione automatica delle clausole nulle con conseguente salvezza del rapporto contrattuale, la riconduzione all'affitto di eventuali diversi contratti conclusi dalle parti.

(8) In argomento, cfr. Simonini, *La responsabilità del produttore: l'onere probatorio a carico delle parti*, in *Dir. comun. e degli scambi internaz.*, 2012, 285 ss.

(9) Cfr. M. Giuffrida, *Dalla responsabilità dell'imprenditore all'imprenditore responsabile*, cit.; D'Addezio, *La responsabilità civile dell'impresa agroalimentare*, in *Riv. dir. agr.*, 2011, I, 41-77

(10) Con la sola eccezione della produzione primaria destinata all'uso domestico privato, e della preparazione, manipolazione e conservazione domestica di alimenti destinati al consumo domestico privato: così l'art. 1, ult. co., reg. 178/02.

(11) Così Palmieri, *La responsabilità dell'impresa alimentare*, in *Alimenti, danno e responsabilità*, a cura di Paoloni, Milano, 2008, 94; M. Giuffrida, *Dalla responsabilità dell'imprenditore all'imprenditore responsabile*, cit., 560 ss.

(12) Il c.d. «pacchetto igiene», costituito dai regg. CE n. 852, 853, 854, 882/2004, su cui Costato-Borghetti-Rizzoli, *Compendio di diritto alimentare*, V ed., Padova, 2011, v. 387 ss.

(13) Su cui, ora, v. il recente reg. n. 1169/2011/UE, e i saggi (di Jannarelli, Russo, Albisinni, M. Giuffrida, Forti, Canfora) a commento pubblicati in *Riv. dir. agr.*, 2012, I, 37 ss., nonché Costato, *Le etichette alimentari nel nuovo regolamento (UE) n. 1169/2011*, in *Riv. dir. agr.*, 2011, I, 658 ss.

(14) Cfr. il reg. CE n. 258/97 del Parlamento europeo e del Consiglio, e segnatamente l'art. 3, in forza del quale i prodotti cui il regolamento è applicabile (i c.d. *novel foods*) non devono: a) presentare rischi per il consumatore, b) indurre quest'ultimo in errore o c) differire dagli altri prodotti o ingredienti alimentari alla cui sostituzione essi sono destinati, al punto che il loro consumo normale possa comportare svantaggi per il consumatore sotto il profilo nutrizionale.

all'ultimo comma dell'art. 17 del regolamento, alla necessità che le medesime risultino «effettive, proporzionate e dissuasive»: espressione che usualmente sottintende il richiamo a sanzioni di carattere amministrativo e/o penale. Sanzioni previste, per l'appunto, dal d. lgs. n. 190 del 2006 che ha attuato nel nostro ordinamento il regolamento, recando la disciplina sanzionatoria per alcune violazioni al medesimo<sup>15</sup>.

Va precisato, in ogni caso, che la ritenuta relativizzazione dello strumento risarcitorio in favore di misure diverse non equivale certo a decretarne la irrilevanza, intendendosi semplicemente rilevare come, soprattutto in determinati settori, esso risulti non più in grado di svolgere la funzione di assicurare un adeguato effetto dissuasivo-deterrente per la commissione di atti o fatti ingeneranti responsabilità civile.

Peraltro, l'ordinamento conosce già un mezzo che può svolgere efficacemente una funzione di rivitalizzazione dell'istituto, comportando effetti deterrenti non irrilevanti è dato svolgere – come già rilevato in dottrina<sup>16</sup> – dallo strumento processuale della *class action*<sup>17</sup> (di cui all'art. 140-bis, codice del consumo<sup>18</sup>). E', peraltro, già stato evidenziato in dottrina come il settore alimentare, in particolare, sembra poter rappresentare uno dei campi di elezione della *class action*, stante il carattere molto spesso diffuso del «danno alimentare», dal momento che il frazionamento dei costi e dei rischi che conseguono al proponimento di siffatta azione consente una più ampia adesione alla medesima, tale da consentire l'ampliamento del danno risarcibile a carico dell'impresa che ha cagionato il danno rispetto a quello che di fatto si avrebbe in sua assenza<sup>19</sup>. Altro strumento concretamente utilizzabile dalle associazioni di consumatori è dato dalle azioni collettive di cui all'art. 140 codice del consumo, esperibili indipendentemente dal verificarsi di un danno, ma per inibire determinati comportamenti che risultino comunque in contrasto con gli obblighi di azione preventiva previsti dalla legislazione alimentare o per ottenere l'adozione forzosa delle misure idonee a correggere o ad eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate<sup>20</sup>. In quest'ottica il comma 10 dell'art. 62 prevede espressamente, in tema di azioni risarcitorie, la possibilità che esse (unitamente ad azioni inibitorie) siano promosse da associazioni di consumatori e delle categorie imprenditoriali coinvolte, presenti nel CNEL o comunque rappresentative a livello nazionale. In questo modo il legislatore ha inteso assicurare la più ampia effettività al concreto esercizio di azioni giudiziali di carattere risarcitorio, dal momento che difficil-

mente la singola impresa danneggiata sarà spinta ad attivarsi a tutela dei propri diritti, e ciò proprio a causa della sua posizione di subordinazione economica rispetto alla controparte contrattuale, così che, spostando il baricentro delle azioni a livello collettivo, si ottiene quella «spersonalizzazione» che consente all'impresa danneggiata di chiedere tutela senza dover esporsi in prima persona e riducendo al minimo la possibilità di comportamenti *lato sensu* ritorsivi ad opera dell'impresa in posizione di supremazia economica che si trovi convenuta in giudizio da una associazione di categoria.

Una nuova linfa per la responsabilità civile potrebbe, infine, giungere da una rivisitazione dell'istituto, quanto meno in alcuni settori dell'ordinamento, valicando i confini storici e consolidati dell'istituto se e in quanto si prevedesse la possibilità di introdurre, anche nell'ordinamento degli Stati appartenenti all'Unione europea, una determinazione dell'ammontare del risarcimento che sia non più meramente compensativo del danno subito dal consumatore, ma anche di carattere «punitivo» per l'impresa che ha violato il principio generale del *neminem laedere*<sup>21</sup>. In questo modo, uno strumento «vecchio» come la responsabilità civile potrebbe trovare nuovo vigore, e risultare fondamentale anche per la tutela degli interessi coinvolti nel settore agroalimentare.

## ABSTRACT

*Article 62 of the Italian D.L. 24 January 2012, no. 1 – as amended by the affirmative law 24 March 2012, no. 27 – gives provisions for the sale of agro food products between food chain operators, in a situation characterized by imbalance of bargaining powers. To protect the weak contractual part, in addition to the ordinary civil action, it introduces an administrative monetary sanction. After focusing on the greater effectiveness of this second tool, the paper evaluates how the EU legislator faced a similar issue in the field of food safety. Where the possibility of identifying the damaged people, quantifying the suffered loss and sustaining the burden of the proof is made difficult by the nature of food products and by the passing of time, the General Food Law adopts an “a priori approach”, to prevent the occurrence of damages, extending the consideration from the level of liability to the plane of anticipation. Though civil liability has therefore lost its deterrent to unlawful conducts, it is not destined to be permanently shelved, as the implementation of consumer class action lawsuits will demonstrate.*

□

<sup>(15)</sup> Cfr. il d. lgs. 5 aprile 2006, n. 190, che stabilisce sanzioni amministrative a carico degli operatori del settore alimentare in caso di violazione degli articoli 18, 19 e 20 del reg. CE n. 178/2002, con salvezza dell'applicazione di eventuali norme di carattere penale. Sui non irrilevanti problemi di rispetto dei canoni di legalità e determinatezza che si pongono nell'adozione di misure sanzionatorie amministrative sulla scorta di quanto previsto dal regolamento comunitario, cfr. Borghi, *Diritto alimentare italiano e integrazione europea*, in *Riv. dir. agr.*, 2012, I, 26 ss.

<sup>(16)</sup> Cfr. D'Addezio, *op. cit.* 72 ss.

<sup>(17)</sup> V. Palmieri, *op. cit.*, 95.

<sup>(18)</sup> Modificato, da ultimo, dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 1.

<sup>(19)</sup> Sull'azione collettiva nel settore alimentare, v. Borghi, *Azioni collettive, responsabilità e contratti delle imprese alimentari*, in q. *Riv.*, [www.rivistadirittoalimentare.it](http://www.rivistadirittoalimentare.it), 2-2008, 55 ss.; Id., *Le azioni di classe nel settore alimentare*, q. *Riv.*, [www.rivistadirittoalimentare.it](http://www.rivistadirittoalimentare.it), 1-2012, 39 ss.

<sup>(20)</sup> Cfr. D'Addezio, *op. cit.* 72 ss.

<sup>(21)</sup> Cfr. ancora Palmieri, *op. cit.*, 96.

## Ricerche

### The legal protection of Geographical Indications in the EU's Bilateral Trade Agreements: moving beyond TRIPS

Bernard O'Connor - Laura Richardson

#### 1.- Background

A GI is an indication, most commonly the name of a place, which identifies goods as originating from that place and possessing qualities and a reputation essentially attributable to it. At the international level, GIs are legally provided for by the WTO Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), which defines them as "*indications which identify a good as originating in the territory of a Member, or a region or locality in that territory, where a given quality, reputation or other characteristic of the good is essentially attributable to its geographical origin*"<sup>(1)</sup> and establishes a two-tier system for their protection. While Article 22 provides a basic level of protection for all GIs, whereby "*evidence must be provided that the consumers are misled*", Article 23 provides an enhanced level of protection specifically for wines and spirits, whereby, regardless of deception, the use of a GI is not permitted when the true origin of the good is indicated or when the GI is used in translation or is accompanied by expressions such as "kind", "style" or "type".

This two level system of protection has been under negotiation within the WTO's Doha Development Round (DDR). A number of WTO members led by the European Union (EU)

and including among others Thailand, Kenya, Sri Lanka, Switzerland and Turkey<sup>(2)</sup>, demand that Article 23 TRIPS protection be extended from wines and spirits to, at a minimum, agricultural and foodstuff products. The EU has also been calling for the inclusion of an annex to the TRIPS Agreement establishing a multilateral system of notification and registration of GIs<sup>(3)</sup>. However, such initiatives have not made much progress at the international level due to strong opposition, notably from the USA, Australia and Chile<sup>(4)</sup>, and the fact that the DDR remains stalled on wider issues. In light of this, the EU has sought to pursue its objective of better protection for GIs through a variety of international agreements. These include: stand-alone agreements on GIs such as the "10 plus 10 project" with China; bilateral "old generation" agreements on wines and spirits; commitments to GI cooperation in Economic Partnership Agreement (EPA) negotiations with African and Caribbean Countries (ACP); GI specific agreements with neighbouring countries; but most notably, through the negotiation of Free Trade Agreements (FTAs) with key trading partners as part of its *Global Europe*<sup>(5)</sup> strategy launched in 2006. These trade agreements are "comprehensive and ambitious in coverage"<sup>(6)</sup>, seeking to establish, in the field of intellectual property, "TRIPS+" provisions including wider GI protection. As stated by DG Agriculture, "*As long as TRIPS does not offer a satisfactory level of protection for EU GIs, it is crucial to achieve a good outcome on GIs in bilateral FTAs.*"<sup>(7)</sup>

#### 2.- From the "Old Generation" Agreements to Bilateral 'FTAs'

From 1994 onwards, the EU started to conclude specific agreements on the protection of GIs for wines and spirits with other key wine and spirit producing countries, begin-

(1) Article 22(1) "Protection of Geographical Indications" of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, [http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/27-trips\\_03\\_e.htm](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_03_e.htm), viewed on 13 November 2012 (*TRIPS Agreement*).

(2) P. Covarrubia, "The EU and Colombia/Peru Free Trade Agreement on GIs: adjusting Colombian and Peruvian national laws?" *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2011, Vol. 6, No. 5, p. 331.

(3) World Trade Organisation, Geographical Indications, *Communication from the European Communities*, 14 June 2005, [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/trips\\_e/gi\\_background\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/gi_background_e.htm), viewed 14 November 2012.

(4) Covarrubia, *op.cit.*, p. 331.

(5) European Commission, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Region, *Global Europe: Competing in the World. A Contribution to the EU's Growth and Jobs Strategy*, COM(2006) 567, Brussels, 4 October 2006 (*Global Europe*).

(6) *Ibid.*, p. 9.

(7) DG AGRI Working Document on international protection of GIs: objectives, outcomes and challenges, 25 June 2012: [http://ec.europa.eu/agriculture/consultations/advisory-groups/international/2012-06-25/agri-working-doc\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/agriculture/consultations/advisory-groups/international/2012-06-25/agri-working-doc_en.pdf), viewed on 20 September 2012.

ning with Australia<sup>8</sup> (wine, 1994, renewed 2008<sup>9</sup>), Mexico<sup>10</sup> (spirits, 1997), Chile<sup>11</sup> (wine and spirits, 2002), South Africa (wine<sup>12</sup> and spirits<sup>13</sup>, 2002), Canada<sup>14</sup> (wine and spirits, 2003) and the USA<sup>15</sup> (wine, 2006, updated 2011). The primary purpose of these “old generation” agreements was to provide for the mutual recognition of specific GIs as well as phase-out the use of specific wine and spirit terms of European origin, which had acquired ‘generic’ status in the partner countries<sup>16</sup>, in particular Canada and the USA<sup>17</sup>.

Within the context of the Cotonou Agreement with the African, Caribbean and Pacific (ACP) group of 63 countries, the EU has also proposed to protect GIs on a regional basis. Since 2002, it is concluded or is negotiating a series of pluri-lateral Economic Partnership Agreements (EPA) within the wider framework of their trade and development partnership. EPAs have been concluded with the Caribbean (CARIFORUM), the Pacific (only Papua New Guinea) and East & South Africa (ESA) regions. Only the Caribbean agreement contains a chapter on GIs. Negotiations with the SADC group are in their final phase and the EU has proposed reciprocal protection of a short list of (most likely agricultural and foodstuffs) GIs focused on South Africa, the

results of which are yet to be seen. The EU has proposed to offer assistance to the EAC, West Africa and the Pacific regions in developing GI systems in the future. No specific undertakings have been made in the field of GIs in EPA negotiations with the Central, East & South African regions. In parallel to EPA negotiations, the EU has formed a partnership with the African Union Commission to promote GIs throughout Africa. At the regional level, 16 countries in West and Central Africa are members of the *African Intellectual Property Organisation* (OAPI), which has in place a system of GI protection and hopes to register its first African GIs soon. 18 Sub-Saharan countries are also members of the *African Regional Intellectual Property Office* (ARIPO), which adopted a decision in December 2011 to develop a system of GI protection. On 26 November 2012, DG AGRI signed a non-legally binding Memorandum of Understanding with ARIPO<sup>18</sup> to improve the protection of GIs in Africa, in particular through building an adequate legal framework. Interestingly, the Commission press release on the matter contains a number of agricultural and foodstuff products proposed as “candidates for GI protection”<sup>19</sup> however the agreement does not provide these named products with any form of legal protection.

<sup>(8)</sup> European Community, “Agreement between the European Community and Australia on Trade in Wine”, *Official Journal of the European Union*, L86/3, 31 March 1994, [http://ec.europa.eu/agriculture/markets/wine/third/austr\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/agriculture/markets/wine/third/austr_en.pdf); viewed on 9 November 2012.

<sup>(9)</sup> European Community, “Agreement between the European Community and Australia on Trade in Wine”, *Official Journal of the European Union*, L28/3, 30 January 2009, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:028:0003:0087:EN:PDF>; viewed 9 November 2012.

<sup>(10)</sup> European Community, “Agreement between the European Community and the United Mexican States on the mutual recognition and protection of designation of spirit drinks”, *Official Journal of the European Communities*, L152/16, 11 June 1997, <http://ec.europa.eu/world/agreements/prepareCreateTreatiesWorkspace/treatiesGeneralData.do?step=0&redirect=true&treatyId=430>; viewed 9 November 2012.

<sup>(11)</sup> European Community, “Agreement between the European Community and its Member States, of the one part, and the Republic of Chile, of the other part”, *Official Journal of the European Communities*, 30 December 2002, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:352:0003:1439:EN:PDF>; viewed 9 November 2012.

<sup>(12)</sup> European Community, “Agreement between the European Community and the Republic of South Africa on Trade in Wine”, *Official Journal of the European Communities*, L28/4, 30 January 2002, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:028:0004:0105:EN:PDF>; viewed 9 November 2012.

<sup>(13)</sup> European Community, “Agreement between the European Community and the Republic of South Africa on Trade in Spirits”, *Official Journal of the European Communities*, L28/113, 30 January 2002, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:028:0113:0125:EN:PDF>; viewed on 9 November 2012.

<sup>(14)</sup> European Community, “Agreement between the European Community and Canada on trade in wines and spirit drinks”, *Official Journal of the European Union*, L35/3, 6 February 2004, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:035:0003:0093:EN:PDF>; viewed 9 November 2012.

<sup>(15)</sup> European Community, “Agreement in the Form of an Exchange of Letters between the European Community and the United States of America on matters related to Trade in Wine”, *Official Journal of the European Union*, L301/16, 18 November 2005, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:301:0016:0019:EN:PDF>; viewed 9 November 2012.

<sup>(16)</sup> M. Santa Cruz S., “Intellectual Property Provisions in European Union Trade Agreements”, *International Centre for Trade and Sustainable Development Studies (ICTSD) Intellectual Property and Sustainable Development Series*, Issue Paper No. 20, June 2007, p. 13.

<sup>(17)</sup> In the EU-US Wine Agreement, the concerned EU GIs were namely Burgundy, Chablis, Champagne, Chianti, Claret, Haut Sauterne, Hock, Madeira, Malaga, Marsala, Moselle, Port, Retsina, Rhine, Sauterne, Sherry and Today (Annex II); the EU-Canada agreement provided for an end to the generic classification in Canada of 21 European GIs for wines, namely Bordeaux, Chianti, Claret, Madeira, Malaga, Marsala, Medoc, and Mosel upon entry into force of the agreement; Burgundy, Rhine. Sauternes, by 31 December 2008 and Chablis, Champagne, Porto and Sherry by 31 December 2013; and the following European spirits within 2 years of its entry into force: Grappa, Ouzo, Jagertee, Kornbrand & Pacharan.

<sup>(18)</sup> European Commission, “Commission supports protection of food and agricultural products’ names in Africa”, 26 November 2012, [http://ec.europa.eu/agriculture/developing-countries/gi/memorandum-aripo/ip\\_en.htm](http://ec.europa.eu/agriculture/developing-countries/gi/memorandum-aripo/ip_en.htm), viewed on 27 November 2012.

<sup>(19)</sup> The listed products are: Zanzibar cloves (clous de girofles) & Rift Valley Coffee from Tanzania, Sidamo coffee from Ethiopia, Rooibos tea and Karoo lamb from South Africa, Beur de karité du plateau massif from Burkina Faso, Miel blanc d’Oku and Poivre blanc de

The EU has also sought to push its agenda for greater international GI protection for agricultural products and foodstuffs through the agreements it has concluded with its neighbours as part of a wider European “integration” process. These agreements require the partners to align their GI systems/national legislation with the European *acquis*. Agreements include the Stabilisation and Association Agreements with the Western Balkans, namely Serbia<sup>20</sup>, Montenegro<sup>21</sup>, Bosnia-Herzegovina<sup>22</sup> and Albania<sup>23</sup> in the context of the EU’s Enlargement Process. The EU is also pushing its bilateral GI policy through the negotiation of specific agreements for the protection of GIs for agricultural products and foodstuffs signed between the EU and Switzerland<sup>24</sup>, Moldova<sup>25</sup> and Georgia<sup>26</sup>, the latter two in the context of the EU’s European Neighbourhood Policy (ENP) and wider Association Agreements with both partners. In early 2012 the EU launched negotiations for Deep and Comprehensive Free Trade Areas as part of these Association Agreements with Georgia, Moldova and Armenia. Thus, following the Georgian and Moldovan

precedents, it is likely that negotiations with Armenia will also tackle GIs. Negotiations launched in March 2007 for a Deep and Comprehensive FTA between the EU and the Ukraine were concluded in December 2011 however next steps have been frozen for political reasons. A critical issue within DCFTA negotiations was that the EU demanded the Ukraine to commit to refrain from using approximately 3,000 names of EU products, including 15 currently used by Ukrainian producers (such as Cognac, Champagne, Feta, Roquefort...). The EU has agreed to provide technical and financial support to Ukrainian producers who would suffer from such GI clauses and transition periods in order for the Ukraine to implement its GI commitments<sup>27</sup>.

In the absence of progress within the DDA, the EU is pursuing the development of FTAs with many of its key trading partners. These FTA include a chapter on the protection of GIs. The first such FTA was signed with South Korea<sup>28</sup> in October 2010, followed by the EU Peru-Columbia FTA<sup>29</sup> and EU-Central America FTA<sup>30</sup> (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panama) in June 2012<sup>31</sup>.

Penja from Cameroon, Shama shea butter and Fine Flavour Cocoa from Ghana, Café Diama from Guinea, Rwanda Mountain Coffee, Mount Kenya Roses and Ngoro Ngoro Mountain Coffee from Kenya, Rodrigues Lime from Mauritius, Karakoel pelt from Namibia, Senegal Yett, West Nile District cotton & West Nile Honey from Uganda.

<sup>(20)</sup> European Communities, “Stabilisation and Association Agreement Between the European Communities and their Member States of the one part, and the Republic of Serbia, of the other part”, [http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/serbia/key\\_document/saa\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/serbia/key_document/saa_en.pdf), viewed on 20 September 2012.

<sup>(21)</sup> European Communities “Council and Commission Decision of 29 March 2010 on the conclusion of the Stabilisation and Association Agreement between the European Communities and their Member States, of the one part, and the Republic of Montenegro, of the other part”, *Official Journal of the European Union*, L108/1, 29 April 2010, <http://ec.europa.eu/world/agreements/prepareCreateTreatiesWorkspace/treatiesGeneralData.do?step=0&redirect=true&treatyId=7281>.

<sup>(22)</sup> SAA not available online; see: European Communities, “Interim Agreement on trade and trade-related matters between the European Community of the one part, and Bosnia and Herzegovina, of the other part”, *Official Journal of the European Union*, L233/6, 30 August 2008, <http://ec.europa.eu/world/agreements/prepareCreateTreatiesWorkspace/treatiesGeneralData.do?step=0&redirect=true&treatyId=7061&back=7201>.

<sup>(23)</sup> Council of the European Union, “Stabilisation and Association Agreement between the European Communities and their Member States of the one part, and the Republic of Albania, of the other part”, 8164/06, 22 May 2006, [http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/albania/st08164.06\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/albania/st08164.06_en.pdf).

<sup>(24)</sup> European Union, “Agreement between the European Union and the Swiss Confederation on the protection of designations of origin and geographical indications for agricultural products and foodstuffs, amending the Agreement between the European Community and the Swiss Confederation on trade in agricultural products”, *Official Journal of the European Union*, L297/3, 16 November 2011, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:297:0003:0047:EN:PDF>; viewed 9 November 2012.

<sup>(25)</sup> Council of the European Union, “Agreement between the European Union and the Republic of Moldova on the Protection of Geographical Indications of Agricultural Products and Foodstuffs”, 8742/12, 15 May 2012, <http://ec.europa.eu/world/agreements/prepareCreateTreatiesWorkspace/treatiesGeneralData.do?step=0&redirect=true&treatyId=9342>; viewed 9 November 2012.

<sup>(26)</sup> European Union, “Agreement between the European Union and Georgia on protection of geographical indications of agricultural products and foodstuffs”, *Official Journal of the European Union*, L93/3, 30 March 2012, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:093:0003:0140:EN:PDF>; viewed 9 November 2012.

<sup>(27)</sup> V. Movchan & V. Shportyuk, “EU-Ukraine DCFTA: The Model for Eastern Partnership Regional Trade Cooperation”, *Case Network Studies & Analyses*, No. 445/2012, p. 15.

<sup>(28)</sup> European Union, “Free Trade Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and the Republic of Korea, of the other part”, *Official Journal of the European Union*, L127/62, 14 May 2011, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:127:0006:1343:EN:PDF>; viewed 9 November 2012 (*EU-Korea FTA*).

<sup>(29)</sup> “Trade Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Colombia and Peru, of the other part”, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/march/tradoc\\_147704.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/march/tradoc_147704.pdf), viewed 9 November 2012 (*EU-Peru-Colombia FTA*).

<sup>(30)</sup> “Part VI of the EU-Central America Association Agreement”, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/march/tradoc\\_147664.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/march/tradoc_147664.pdf); viewed 9 November 2012 (*EU-Central America AA*).

<sup>(31)</sup> Still awaiting publication in the *Official Journal* (OJ) of the EU.

On 16 December 2012, the EU also concluded its FTA with Singapore and press indicates that GIs proved to be a “key sticking point”<sup>32</sup> in the negotiation of the IP chapter. Indeed, the EU succeeded in having Singapore concede to the establishment of a GI register in order to guarantee “a high level of protection to the EU’s most valuable geographical indications on the Singaporean market, such as Bordeaux wine or *Parma ham*”<sup>33</sup>, thus including agricultural GIs. The EU-Korea FTA provides protection for a number of EU and Korean GIs, including a list of 226 commercially important agricultural products that qualify for a high level of protection, of which 162 are from the EU and 64 from Korea. The EU-Peru-Colombia FTA establishes a set of disciplines allowing in particular for the protection of over 100 EU GIs on the Colombian and Peruvian markets and the EU-Central America FTA, which has not yet entered into force, may mutually recognise 224 EU and 89 Central American GIs<sup>34</sup>.

Negotiations for deep and comprehensive FTAs are also underway between the EU and India since 2007, Mercosur since 1999 but stalled in 2004 and re-launched in 2009, the Gulf Cooperation Council (GCC) since the 1990s but suspended by the latter in 2008, Malaysia since May 2010, Vietnam since June 2012, Japan since November 2012 and Canada since May 2009. The Canada negotiations are in their final (and most difficult) phase due to the different nature of GI protection systems in both blocs (*sui generis* vs. trademark). Negotiations for a EU-USA FTA are expected to begin sometime in 2013. There is already lobbying in Washington against the inclusion of GIs in the negotiations, let alone in a final agreement.

### 3.- From the GIs in the CARIFORUM EPA to the GI chapters in the EU’s recently concluded FTAs

The first bilateral GI protection initiative of the EU was in October 2008, when the EU successfully signed with all Caribbean countries bar Haiti the EC-CARIFORUM Economic Partnership Agreement<sup>35</sup>, as part of the EU’s policy to promote and increase trade with the ACP. The novel IP section of this agreement contains one article providing for GIs.<sup>36</sup> The more recent draft FTAs each contain a whole section, with a number of articles, devoted to GIs. Thus, it is

clear that the importance of GI protection has been stepped up since the EU’s first bilateral GI deliberations in 2008. Yet, at the same time, it seems that in particular areas, such as the ambit of the definition of a GI or the use of GIs on the Internet, the EU may not have been able to secure as robust GI protection in its bilateral FTAs as it has with the Caribbean states. These anomalies may correspond, in large part, to the extent of GI knowledge and legal protection in the EU’s negotiating partner and thus the level of inherent opposition during the negotiations.

#### 3.1. Progression

Prior to their conclusion (and even today in many countries) neither the Caribbean or Central American countries parties to the trade agreements with the EU had an effective, established and functioning GI system in place before the negotiation of the agreements. Both agreements require the EU’s partners to establish systems of GI protection. Because CARIFORUM countries face even higher challenges in terms of setting up such a system, a deadline of no longer than 1 January 2014 has been set in the EPA, extended to 21 January 2021 for Least Developed Countries<sup>37</sup> (LDCs). In the EU-Central America FTA, the requirements are stricter in the sense that the systems of protection must be established by the entry into force of the agreement (which is still pending).

The text of the EPA does not set out how GI must be protected in CARIFORUM states and in particular whether it should be a *sui generis* or trademark system. Article 145.A (2) simply stipulates that “the signatory CARIFORUM states shall establish a system of protection of GIs in their respective territories...” with no further details. Article 145.B (2) refers to production in accordance with the “product specifications” of the EU or signatory CARIFORUM states, which seems to suggest that a registration system and not a passive common law system, must be established in the laws of the parties.

The EU-Central America FTA on the other hand sets out<sup>38</sup> detailed provisions outlining the elements that must be present in the newly established or existing systems of GI protection in the Central American states. These elements are, namely, (a) a register, (b) an administrative process, (d)

<sup>(32)</sup> N. Brereton-Fukui, “EU, Singapore Agree on FTA”, *The Wall Street Journal*, 16 December 2012, <http://online.wsj.com/article/SB10001424127887324407504578184061043113852.html>, viewed on 17 December.

<sup>(33)</sup> “Facts and Figures: EU trade agreement with Singapore”, *Europa Press Releases*, MEMO/12/993, 16 December 2013, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-12-993\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-993_en.htm?locale=en), viewed on 17 December 2012.

<sup>(34)</sup> Interestingly, the Peru-Colombia FTA will protect one non-agricultural Peruvian GI and one non-agricultural Colombian GI in the EU.

<sup>(35)</sup> European Union, “Economic Partnership Agreement between the CARIFORUM States, of the one part, and the European Community and its Member States, of the other part”, *Official Journal of the European Union*, L289/I/4, 30 October 2008, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2008/february/tradoc\\_137971.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2008/february/tradoc_137971.pdf); viewed 9 November 2012.

<sup>(36)</sup> *Ibid.*, Article 145.

<sup>(37)</sup> *Ibid.*, Article 140.

<sup>(38)</sup> EU-Central America AA, *op.cit.*, Article 244.

control provisions and (f) a procedure involving publication. More generally, and not only in relation to the FTA with Central America, the FTAs with Korea and Peru-Colombia are more flexible and their protection more extensive than the CARIFORUM EPA in the sense that all three agreements<sup>39</sup> provide for the addition of further GIs onto the lists of protected GIs set out in annexes to the agreements. The EPA with CARIFORUM does not provide for this possibility. In the case of Korea, the Working Group is responsible for managing additions as well as *removals* of GIs onto its annexes;<sup>40</sup> in the case of the EU-Central America FTA, competent national or regional authorities examine whether GIs can be added and in the case of the EU-Peru-Colombia FTA, additions are subject to an objection procedure and take place in the framework of the Sub-Committee on Intellectual Property.

The extension of Article 23 TRIPS protection to agriculture and foodstuffs, which the EU succeeded in guaranteeing bilaterally for the first time in the 2008 Cariforum EPA, has also been included in the EU-Korea and EU-Central America FTAs. While the EPA refers to “goods in the same class of product”, article 10.21.1 of the EU-Korea FTA speaks of “like goods” and article 246(1)(b) of the EU-Central America FTA refers to the “same products.” As European GIs in Korea must be transcribed into a new alphabet, the relevant provision covers transcription as well as translation. Disappointingly, the EU did not manage to secure such a provision in the EU-Peru-Colombia FTA, the reasons of which will be analysed in section (2) below.

Progression in terms of GI protection from the EPA to the FTAs is also notable with regard the provisions concerning trademarks. In the EPA, “*from the date of entry into force of this agreement, the registration of a trademark which is identical with, similar to or containing a geographical indication protected respectively in the EC Party or in the Signatory CARIFORUM States...and relating to the same class of product shall be refused respectively in the EC Party or in the signatory CARIFORUM states...if the application for the registration of the trademark was submitted after the date of application for protection of the GI.*” Provisions with the same effect are included in the EU-Korea FTA concerning a “*protected GI for like goods*”; in the EU-Peru-Colombia FTA for GIs for “*identical or like products*”; and in the EU-Central America FTA for “*like products*”, including “*goods or services*” according to Article 246(4).

### 3.2. Regression

The EPA provides for the coexistence of GIs and prior trademarks: “*a trade mark ...which has been applied for, registered or established by use ... in good faith ... before*

*the date of application of the WTO obligations in the EC Party or a signatory CARIFORUM state, or before the date of application of protection of a GI in the respective territories, may continue to be used notwithstanding the registration of the GI.*” The provisions in the EU-Korea FTA are the same, except for the “*good faith*” requirement. Coexistence does not seem to be permitted in the EU-Peru-Colombia and EU-Central America FTAs, which provide that “*no Party shall have the obligation to protect a geographical indication where, in the light of a reputed or well-known trademark, protection is liable to mislead the consumers as to the true identity of the product.*” Thus where a trademark with a sufficiently strong reputation exists (which implies application, registration and establishment by use), a GI should not be granted protection if this may mislead the consumer.

The scope of the protection in the EPA is wide. Article 145.B (3)(a) of the Cariforum Agreement provides that protection of GIs will be granted “*regardless of the class of product on which it is used, the use in the territory of any means in the designation or presentation of a good that indicates or suggests that the good in question originates in a geographical area other than the true place of origin in a manner which misleads the public as to the true geographical origin of the good.*” However, the FTAs between the EU and Central America as well as Korea contain a more limited provision, providing that GIs shall be protected against “*the use of any means in the designation or presentation of a good that indicates or suggests that the good in question originates in a geographical area other than the true place of origin in a manner which misleads the public as to the geographical origin of the good.*” The wider ambit of the CARIFORUM EPA provision, particularly the phrase which is underlined, implies for example, that the use of the word *Parma* in relation to some sort of consultancy services could be considered to be misleading the public as to the true origin of these services. The GI definitions in the FTAs do not provide for such a sweeping GI protection. The GI definition provided for in the EU-Peru-Colombia FTA is not mentioned here because it is completely different due to the specificities of the particular negotiations and GI protection system in place in these Andean community members, which again shall be subject to examination in section (2). Finally, a provision, which arises only in the EPA and not the FTAs concerns the use of GIs on the Internet. The EPA provision reads: “*The EC Party and the Signatory CARIFORUM States accept the need for a clear legal framework for geographical indications owners who wish to use their geographical indications on the Internet and to participate in the development of electronic commerce which includes provisions addressing whether the use of a sign on the Internet has contributed to the usurpation, evocation, acquisition in bad faith or infringement of a geographical indication...*”

<sup>(39)</sup> EU-Peru-Colombia FTA, *op.cit.*, Article 209; EU-Central America AA, *op.cit.*, Article 247; EU-Korea FTA, *op.cit.*, Article 10.24.

<sup>(40)</sup> EU-Korea FTA, *ibid.*, Article 10.2;

While this provision does not establish any sort of legal obligation but rather simply a willingness to cooperate on the issue of GIs on the Internet, it is not provided for in the text of the FTAs. The only negotiations in which it seems this clause has reappeared (however this is difficult to know as negotiations are kept confidential) is in the case of the EU-India FTA, whereby a leaked draft of the consolidated IPR Text<sup>41</sup> prepared for discussions in 2010 contained an identical, yet crossed out, provision.

#### 4.- From Korea to the Americas: discrepancies in FTA GI protection

The EU-Korea FTA was the first in a series “deep integration, i.e. WTO-plus in terms of width and depth”<sup>42</sup> FTAs to be signed between the EU and strategic partners. It is the benchmark for future FTAs. For this reason, it was extremely important for the EU to ensure that a maximum of its negotiating objectives appeared in the final text of the agreement. Negotiations on GI protection were facilitated by the fact that Korea, like the EU, protects GIs via a registration system. In terms of GI protection, the EU managed to guarantee mutual recognition of over 226 GIs from both the EU and Korea; extension of Article 23 TRIPS protection to agricultural products and foodstuffs; the possibility of future addition or removal of GIs from the lists provided for in the agreement’s annexes and the creation of a specialised Working Group on Geographical Indications to manage, in particular, this latter task. Furthermore, Article 10.23 outlining the relationship between GIs and trademarks requires Korea to slightly amend its national GI legislation. The Korean Trademark Act of 1949, which also governs GIs, has a provision for refusing or invalidating a trademark identical or similar to another party’s GI, which was filed earlier, provided that the trademark is filed for identical goods. According to the FTA, this Korean provision must be slightly expanded in order to also cover trademarks filed for “like goods”. This amendment of Korean legislation is certainly a win for EU negotiators seeking to extend GI protection abroad.

Many of the EU-Korea FTA provisions have been replicated in the EU-Central America FTA. As the Central American community has a weak and underdeveloped GI protection system, the EU was essentially able to propose its own model. In Central America, GIs are governed by Articles 70 to 80 of Title VII of the 1994 Protocol for the Amendment of

the Central American Convention for the Protection of Industrial Property of 1968, which predates TRIPS<sup>43</sup>. The EU was able to secure the inclusion of a GI definition corresponding to Article 22 TRIPS and of a provision extending Article 23 TRIPS protection to agricultural products and foodstuffs in the text of the FTA (articles 242 and 246(1) respectively). However, while in the EU-Korea and Peru-Colombia FTA, this higher level of protection was extended to the use of “like products” as well as identical products, the scope of this provision in the FTA with Central America is narrower, covering only the “use of a protected GI for the same products”.

Interestingly, while there is a degree of consistency among the GI specific agreements with Switzerland, Georgia and Moldova and the EU’s FTAs with Korea and Central America, some provisions of the EU-Peru-Colombia FTA are radically different. This seems to be the result of the fact that there is a strong and quite different GI system of protection already established in their countries. Thus, the EU had a smaller margin of manoeuvre in the FTA negotiation process, which is reflected in the text of the agreement. The definition provided for a GI in the FTA is more similar to that of an Appellation of Origin (AO) and the agreement contains an awkward provision with regard the extension of Article 23 TRIPS. The source of inspiration of these provisions is Title XII of Decision 486 of the Andean Community.

With regard to levels of GI protection, Decision 486 does not go beyond TRIPS and only grants the higher level of protection to wines and spirits. Hence, Article 210 of the FTA establishes that GIs listed in Annex XIII shall be protected at least against:

- Any other non-authorized use of geographical indications other than those identifying wines, aromatized wines or spirits drinks that creates confusion, including even in cases where the name is accompanied by indications such as style, type, imitation and other similar that creates confusion to the consumer;

- Without prejudice to this subparagraph, if a Party amends its legislation in order to protect geographical indications other than those identifying wines, aromatised wines and spirit drinks at a higher level than the protection provided for in this Agreement, that Party shall extend such protection to the geographical indications listed in Appendix 1 of Annex XIII.

The first paragraph of this provision suggests that, “protection is granted to products other than wines and spirits to a certain level, certainly more than a basic level but not as high as the EU wishes for”<sup>44</sup>. The fact that GIs other than

<sup>(41)</sup> Doc Restricted: EU-India FTA Negotiations: Consolidated IPR Text, “Draft consolidated version of the IPR text in preparation for IPR discussions during the week of 12<sup>th</sup> July 2010 in Delhi”, available on [www.bilaterals.org](http://www.bilaterals.org), <http://www.bilaterals.org/spip.php?article18843&lang=en>, viewed on 13 November 2012.

<sup>(42)</sup> *Global Europe*, *op.cit.*, p. 19.

<sup>(43)</sup> E. Hungary, “Symposium on the international protection of GIs in the worldwide context,” *World Intellectual Property Organisation Publications*, October 24 & 25 1997, p. 213.

<sup>(44)</sup> Covarrubia, *op.cit.*, p. 336.

those identifying wines, aromatised wines or spirit drinks must create *confusion* implies that the FTA does not grant a higher level of protection to agricultural products and foodstuffs. This limited protection is mitigated by the second paragraph, which states that if Andean Community law is amended in the future in order to extend the higher level of protection beyond wines and spirits, EU agricultural products benefiting from this higher protection in the EU will also benefit from it in Peru and Colombia.

Turning to the definition of a GI in the EU-Peru-Colombia FTA, we note that it is different from any other bilateral agreement definition and resembles the least Article 22 TRIPS. It is closer to the definition of an AO in the Lisbon Agreement of 1958. Accordingly, article 207(a) of the EU-Peru-Colombia FTA provides:

*“Indications consisting of the name of a particular country, region or locality or a name which, without being that of a particular country, region or locality, refers to a particular geographical area, and which identify a product as originating therein where a given quality, reputation or other characteristic of the product is exclusively or essentially due to the geographical environment in which it is produced, with its inherent natural and human factors.”*

The reason for this is to be found in Andean law. Decision 486 provides for the protection of “Indications of Source” (IS) and “Denominations of Origin” (DO), the definition of the latter corresponding exactly to Article 207(a) of the FTA, and is most similar in EU legal terms to the definition of a Protected Designation of Origin (PDO) in Regulation 510/2006 on the protection of GIs and for agricultural products and foodstuffs. Pursuant to the said Regulation, a PDO refers to the name of a product whose quality or characteristics are essentially or exclusively due to a particular geographical environment with its inherent natural and human factors, while a PGI refers to the name of a product possessing a specific quality, *reputation* or other characteristic attributable to particular geographical origin.<sup>45</sup> In this sense, it is easier to register a product in the EU as a PGI than a PDO because the criteria for the former are less strict. Hence, in the Andean Community, the definition and scope of a GI is more limited than in the EU.

Under the EU-Peru-Colombia FTA, the parties acknowledge that the GIs listed in the annexes are protected as such in their country of origin and thus the FTA provides for their mutual recognition. However, the protected EU GIs for agricultural products and foodstuffs listed in Annex XIII, Appendix 1, include PDOs as well as PGIs, such as *Ceskobudejovické pivo* from the Czech Republic, *Canard à Foie Gras du Sud-Ouest*, *Huitres Marennes Oléron*, *Jambon de Bayonne* and *Pruneaux d’Agen* from France,

*Bayerisches Bier* and *Munchener Bier* from Germany, *Zampone Modena* from Italy and *Danablu* from Denmark. However, according to the GI definition provided for in the agreement, these products do not fall within the scope of the FTA, which only provides for Andean DOs and European PDOs. Thus, it seems that the EU is introducing PGIs into the text of the FTA through the back door. When Peru and Colombia come to realize that their national GI regimes are more prohibitive than that of the EU PGIs they are protecting, if they have not already, “they will certainly see this as a restriction on their products”<sup>46</sup>.

This raises some questions. Article 3(1) TRIPS requires that each WTO “Member shall accord to nationals from other Members treatment no less favourable than that it accords to its own nationals with regard to the protection of intellectual property.”<sup>47</sup> However, it appears that as a result of the EU-Peru-Colombia FTA, Peru and Colombia are actually according to their nationals less favourable treatment than that granted by the FTA to EU members whose products (which may only be PGIs) benefit from mutual recognition. It is difficult to understand why the Andean Community members allowed for the existence of this legal loophole. It could be either the result of lack of GI expertise and insufficient knowledge of the EU GI protection system, or the result of a carefully crafted compromise in negotiations, whereby the Commission agreed in return to grant GI protection in the EU to Colombian “handicrafts” and Peruvian “pottery” (listed in Appendix 2, Annex XIII of the FTA). Indeed, these GIs were only added onto the text of the agreement at the end of the negotiations and there is no legal GI protection mechanism bar the registration of Community Trademarks available in the EU for the protection of these non-agricultural GIs.

## 5.- GI Discrimination? The GIs listed in the Annexes to the EU’s Bilateral Agreements

Not only do there seem to be discrepancies in terms of the level or type of protection provided to GIs under the various FTAs recently concluded by the EU, it appears that there is also little uniformity and consistency with regard the specific GIs being granted protection under the agreements.

Starting with the specific GI agreements concluded between the EU and Switzerland, Georgia and Moldova, a detailed analysis of the content of their annexes reveals a number of interesting discrepancies with regard the protection of specific GIs [see table in Annex 1 to this paper]. The agricultural and foodstuff GIs originating from Austria, Cyprus, Greece, Finland, Ireland, Luxemburg, the Netherlands,

<sup>(45)</sup> European Union, Regulation (EC) of the European Parliament and of the Council No 510/2006 of 20 March 2006 on the protection of geographical indications and designations of origin for agricultural products and foodstuffs, *Official Journal of the European Union*, L93/12, 31.3.2006, Article 2 “Definitions” (*Regulation 510/2006*).

<sup>(46)</sup> Covarrubia, *op.cit.*, p. 336.

<sup>(47)</sup> Article 3 “National Treatment”, *TRIPS Agreement*, *op.cit.*

Sweden, Slovenia and Slovakia are the same in all three agreements. However, the protection of GIs originating from Germany, Belgium, the Czech Republic, Denmark, Spain, France, Italy, Poland, Portugal and the UK is not uniform across all three agreements. In particular, the GI list in Annex III of the EU-Moldova Agreement contains a much longer list of GIs originating from these member states than the EU-Georgia and EU-Switzerland Agreements. This, however, may be due to the fact that the Moldova Agreement is still awaiting publication in the Official Journal (OJ) of the EU. The objection procedure to the GIs listed in the provisional agreement, lasting two months, was opened by the European Commission through an "Information Notice – Public Consultation" published in the OJ on 7 April 2011<sup>48</sup> and thus closed on 7 June 2011. It is possible that the results of this objection procedure will be reflected in the publication of a shorter version Annex III and it will be interesting to see which, if any, GIs come off the list.

Looking at the specific content of the agricultural products and foodstuffs GI lists in the agreements, it is noted for example that German GI *Allgauer Emmentaler* cheese or Czech *Vsestarska cibule* onion are only protected in Georgia and (provisionally) in Moldova and are absent from Appendix 1 of the EU-Switzerland Agreement. *Goegginger bier* and *Rieser Weizenbier* GIs from Germany are only protected in Switzerland. Furthermore, Denmark, Spain, Italy and Portugal have a number of GIs which are granted protection in Switzerland and (provisionally) in Moldova but do not appear in Annex III of the EU-Georgia Agreement. These include, for example, GIs for *Danablu* cheese from Denmark, *Pan de Cruz de Ciudad Real* bread from Spain, *Ciauscolo* meat from Italy and *Batata Doce de Aljezur* potatoes from Portugal.

Discrepancies also appear with regard the specific GIs protected in the FTAs with Korea, Peru, Colombia, and Central America [see both tables in Annex 2 of this paper]. However, it should first be noted that the lists of GIs protected under these agreements are much shorter than those in the GI specific agreements. As the GI agreement with Moldova, the EU-Central America Association Agreement is still awaiting publication in the OJ, therefore the GIs listed in its Annex XVII remain provisional, until successful examination by the parties' competent national or regional authorities is completed. The procedures in the EU was opened on 20 July 2012 and closed on 20 September 2012, which may affect the content of the final version of the agreement.

Many inconsistencies with regard the protection of specific GIs appear in the finer print of the FTAs. France is the only member state, whose protected GIs are the same in all agreements. Danish *Danablu* cheese is, again, only protected in the EU-Peru-Colombia FTA and provisionally in the EU-Central America FTA, and does not appear in Annex 10-A of the EU-

Korea FTA. This is also the case with regard Greek *Sitia Lasithiou*, Portuguese *Queijo Serra da Estrela* and Spanish *Idiazabal*. The famous Italian *Aceto Balsamico tradizionale di Modena*, *Mozarella di Bufala Campana* and *Parmigiano Reggiano* (non-exhaustive list) are protected in Korea and provisionally in Central America but not Peru and Colombia. The same applies, as a means of example and not an exhaustive list, to Austrian *Tiroler Speck*, Czech *Ceskobudejovické Pivo*, Hungarian *Szegedi Szalami*, Portuguese *Queijo de Sao Jorge*, and Spanish *Jamon de Huelva*.

Furthermore, a number of additional GIs are currently listed in Annex XVII of the EU-Central America FTA and it is still to be seen whether some of them, such as, for example, Austrian *Steirisches Kurbiskernol*, Italian *Grappa*, Spanish *Dehesa de Extremadura* or Danish *Esrom*, will continue to benefit from this unique protection when the final version of the FTA is published in the OJ. Some specific GIs have, however, succeeded in guaranteeing themselves stand-alone protection in the EU-Korea FTA, without reappearing in the annexes of the agreements with South and Central American countries. These are, notably, *Cotechino Modena* from Italy and *Oli del Baix Ebre-Montsia*, *Citrics Valencians* and *Llonganissa de Vic* from Spain. Very similar uneven protection patterns also arise with regard the GIs for wines and spirits covered in the FTAs.

It is not clear why particular EU bilateral trade agreements should protect specific GIs and not others. This product-by-product approach, while comprehensible on the basis of the commercial interest particular GIs have in different export markets, is not good theory. In theory and in law all GIs should receive the same protection. The EU does not discriminate among trademarks or other forms of intellectual property. Why discriminate for GIs?

An explanation can be found in the EU's complex decision-making processes. The inclusion of GIs in FTAs is based on a dialogue between the negotiating authority, the European Commission, and Member States as well as GI producers. It appears that the DG TRADE and DG AGRI criteria for selection are tactical, economic and geographical. In terms of tactics, it is possible that the Commission selects certain GIs on the basis that it does not want to arrive at the negotiating table with a large amount of GIs in hand as this may scare off the opposite party. Economic concerns are also at issue: the Commission could consider that business-wise, it makes sense to only protect those GIs which have a market in the country at issue. Finally, the Commission could take the view that the value of granting cross-border protection to GIs, which only have a market in the area in which they are produced, is excessive. The EC did state in its *Green Paper on Agricultural Product Quality*, "with many of the 3,000 geographical indications now protected in the EU being for products sold mainly at local or regional level, the

<sup>(48)</sup> European Commission, Other Acts, "Information Notice – Public Consultation – Geographical Indications from Moldova", *Official Journal of the European Union*, C108/11, 7 April 2011.

question arises on the pursuit of international protection of all these names.<sup>149</sup>

## 6.- Some concluding remarks

The EU undermines the concept of GIs as a form of Intellectual Property by its willingness to negotiate bilateral agreements on the basis of individual GIs rather than all GIs. Whatever reservations some WTO Members may have, GIs have been recognised as a form of Intellectual Property in the TRIPS Agreement. The only issue remaining to be addressed is not whether they are Intellectual Property Rights, but rather how they should be protected. These are two clear and distinct issues. By appearing to confuse them, the EU continues to muddy the waters. GIs are a form of intellectual property and as such, like all IPs must be protected. Would the EU accept that only some trade marks be protected or that normal rules of conflict where there are overlapping rights not apply? Would any country accept this? The EU must face up to the incoherence of its approach. It must impose the WTO endorsed system for dealing with conflicts. This might result in hard cases where one or another party might feel aggrieved. But it would see the protection of the vast vast majority of GIs and the long term working out of the problem. The justification for the Commission's approach, cited in its public materials, that many GIs only have a local market is irrelevant. The vast majority of registered trademarks are unknown outside a very limited geographical area.

Third country GIs protected in the EU within the terms of bilateral agreements are not yet included in the EU's databases of protected GIs. Council Regulation (EU) No 1151/2012 on quality schemes for agricultural products and foodstuffs<sup>50</sup> (hereafter Regulation 1151/2012), which entered into force on the 3<sup>rd</sup> January 2013, addresses this deficiency. Article 11(2) provides that "*Geographical indications pertaining to products of third countries that are protected in the Union under an international agreement to which the Union is a contracting party may be entered onto the register.*" No further details are provided on the procedure to be followed in order to register such third country GIs, however it is assumed that it will reflect the informal procedures currently in place.

The current informal system for objections to the protection in the EU of third country GIs is legally incoherent. The Commission, on the basis of informal practice, publishes an act in the Official Journal containing a list of the GIs, which have been included in the annexes of a concluded international agreement, and gives objectors two months to make

the case as to why they should not be protected in the EU. Up to now there has been no legal basis for this objection procedure. And, under the new formal procedures there are no criteria limiting the grounds for objection, as there are for objections to GIs under the EU's domestic law. The new framework for quality schemes in agriculture established by Regulation 1151/2012 streamlines the objection procedure to the registration of GIs (also originating from third countries) in the EU, Article 51 reducing the previous 6-month objection period established by Regulation 510/2006 to one of 3 months. However, this new objection procedure only applies to the registration of GIs, and thus only provides clearer criteria and guidelines in the case whereby GIs listed in an EU FTA with a third country are entered into the EU Register. The risk is that this new development further increases incoherence of third country GI objection procedures, if some GIs listed in international agreements are registered in the EU but not all. Thus, further clarification is needed from the Commission on this issue.

More importantly, however, it remains unclear what happens where an objection is upheld but the relevant international agreement has been concluded prior to the successful objection. This is particularly problematic when the agreement does not contain provisions allowing for the exclusion (or inclusion) of GIs on the lists of those protected third country GIs.

The EU registration system for the protection of GIs only applies to agricultural products and foodstuffs, wines and spirits. It does not extend to non-agricultural GIs. The EU's obligations under TRIPS Article 22 extend to these products. Presumably this protection in the EU is provided by virtue of EU trademark law. If this is the case how is the EU to protect the non-agricultural GIs, namely Peruvian *Chulucanas* ceramics and Colombia *Guacamayas* baskets that have been included in the EU Colombia/Peru FTA? Does the international agreement itself provide the protection in EU law or is a secondary act to register the GI under some domestic law required?

Why has the EU played around with the definition of GIs and the level of protection in third countries? The TRIPS Agreement had finally introduced some stability and coherence in relation to definitions. The EU approach undermines this. The scope of GI protection in its international agreements goes from wide in the CARIFORUM EPA, to much narrower in the EU-Peru-Colombia FTA to expansive again for registered third country GIs in the EU as provided for in Article 13 of Regulation 1151/2012, which extends to products when used as ingredients as well as services. In relation to the level of protection the EU is creating a distinctly un-level playing field rather than the opposite.

<sup>(49)</sup> European Commission, Green Paper on *Agricultural Product Quality: product standards, farming requirements and quality schemes*, COM (2008) 641, Brussels, 15 October 2008, p.14.

<sup>(50)</sup> European Union, Regulation (EU) No 1151/2012 of the European Parliament and of the Council of 21 November 2012 on quality schemes for agricultural products and foodstuffs, *Official Journal of the European Union*, L343/1, 14.12.2012.

The export value of EU GIs is significant (€0,7 billion for foodstuffs, €5,9 billion for wine and €5,7 billion for spirits in 2012)<sup>51</sup>. And it is growing. Almost all exported EU spirits are GIs and around 80% of total EU wines exports are GIs. Total exports of all EU agricultural products amount to €105 billion, of which €67 billion are final products. Quality products are at the core of the reform of the Common Agricultural Policy and the main focus of the new EU Quality scheme. And yet, on the international plane the EU has not developed or, being generous, has not implemented a coherent strategy. The developments introduced by the new framework for Quality schemes in agriculture are welcomed as highly necessary first steps. However much is still unclear and too many discrepancies remain in the EU's policy for GI protection. The issue of international protection of GI must be at the heart of the internal EU agricultural policy and in consequence at the heart of EU trade policy.

## Annex 1

### Specific GIs protected in the EU Agricultural GI Agreements with Switzerland, Moldova and Georgia

All agreements have a common base of protected GIs for agricultural products and foodstuffs. The following table serves to demonstrate the *additional* GIs protected in these agreements beyond their common base. Only agricultural products and foodstuffs GIs are analysed and not wine & spirit GIs as the number of the latter protected is simply too extensive for an interesting comparison.

The GIs originating from the following countries are the same in the three agreements: Austria; Cyprus; Greece; Finland; Ireland; Luxemburg; Netherlands; Sweden; Slovenia; Slovakia.

The countries that have insisted on protecting certain GIs in one or more of the three agreements are listed in the table. All the GIs in *italics* are the extra ones included in only one agreement.

Country of Origin	EU-Swiss Agreement	EU-Moldova Agreement	EU-Georgia Agreement
Germany	<i>Goegginger bier;</i> <i>Rieser Weizenbier.</i>	Allgauer Emmentaler; <i>Schwabische Maultaschen</i> <i>Schwabische Suppenmaultaschen;</i> <i>Hopfen aus der Hallertau.</i>	Allgauer Emmentaler.
Belgium		<i>Gentse azalea.</i>	
Czech Republic	Brnenske pivo/ Starobrnske pivo.	Vsestarska cibule; <i>Breznický lezak;</i> <i>Cerna Hora;</i> <i>Jihoceska Niva;</i> <i>Johiceska Zlata Niva;</i> Brnenske pivo/ starobrnske pivo.	Vsestarska cibule.
Denmark	Danablu; Esrom; Lammefjordsgulerod.	Danablu; Esrom; Lammefjordsgulerod.	
Spain	Pan de Cruz de Ciudad Real.	Pan de Cruz de Ciudad Real. <i>Arzua-Ulloa;</i> <i>Chorizo Riojano;</i> <i>Alubia de La Baneza-Leon;</i> <i>Chirimoya de la Costa tropical de Granada-Malaga;</i> <i>Faba de Lourenza;</i> <i>Pemento do Couto;</i> <i>Tarta de Santiago.</i>	
France		<i>Farine de Petit Epeautre de Haute Provence;</i> <i>Pommes des Alpes de Haute Durance;</i> <i>Ravioli du Dauphiné.</i>	
Hungary		<i>Hajdusagi toma.</i>	
Italy	Ciauscolo; Laghi Lombardi; Lametia; Lucca; Molise; Monte Etna; Monti Iblei; Penisola Sorrentina; Nocciola Romana.	Ciauscolo; Laghi Lombardi; Lametia; Lucca; Molise; Monte Etna; Monti Iblei; Penisola Sorrentina; Nocciola Romana; <i>Prosciutto di Sauris;</i> <i>Provolone del Monaco;</i> <i>Colline Pontine;</i> <i>Irpina – Colline dell'Ufita;</i> <i>Crudo di Cuneo;</i> <i>Marrone di Caprese Michelangelo;</i> <i>Mela di Valtellina;</i> <i>Patata di Bologna;</i> <i>Pesca di Verona;</i> <i>Pistacchio Verde di</i>	
		<i>Bronte;</i> <i>Pomodoro del Piennolo del Vesuvio;</i> <i>Sedano Bianco di Sperlonga;</i> <i>Ricciarelli di Siena.</i>	
Poland		<i>Wisnia nadwislanka.</i>	
Portugal	Batata Doce de Aljezur.	Batata Doce de Aljezur.	
UK		<i>Yorkshire Forced Rhubarb.</i>	

<sup>(51)</sup> J. A. Clarke, "International protection of EU Geographical Indications", *Advisory Group International Aspects of Agriculture*, 25 June 2012, p. 5, [http://ec.europa.eu/agriculture/consultations/advisory-groups/international/2012-06-25/slides-int-protect-eu-geo-indications\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/agriculture/consultations/advisory-groups/international/2012-06-25/slides-int-protect-eu-geo-indications_en.pdf), viewed on 21 December 2012.

## Annex 2

### GI Analysis of EU Free Trade Agreements with Korea, Colombia & Peru and Central America

In both tables, all the GIs in *italics* are the FIs only covered in one agreement:

#### A. Agricultural Products and Foodstuffs GIs

Country of Origin	EU-Korea FTA	EU-Peru-Colombia FTA	EU-Central America FTA
Austria	Tiroler Speck; Steirischer Kren.		Tiroler Speck; Steirischer Kren; <i>Steirisches Kurbiskernol.</i>
Czech Republic	Ceské pivo; Budejovický pivo; Budejovický mestansky var; Ceskobudejovický pivo zatecky chmel.	Ceskobudejovický pivo.	Ceské pivo; budejovický pivo; Budejovický mestansky var; Ceskobudejovický pivo zatecky chmel.
	Mortadella Bologna; Asiago; Fontina; Gorgonzola; Grana Padano; Mozarella di Bufala Campana; Parmigiano Reggiano; Pecorino Romano; Cotechino Modena.		Grana Padano; Mozarella di Bufala Campana; Parmigiano Reggiano; Pecorino Romano; Mortadella bologna; <i>Grappa;</i> <i>Pancetta Piacentina Toscano.</i>
Portugal	Queijo de Sao Jorge.	Queijo Serra da Estrela.	Queijo Sao Jorge; Queijo Serra da Estrela; <i>Pera Rocha do Oeste;</i> <i>Azeites de Tras-os-Montes;</i> <i>Azeite de Moura.</i>
Spain	Priego de Cordoba; Baena; Sierra Magina; Aceite del Baix-Ebre-Montsia; Aceite del Bajo Aragon; Antequera; Sierra de Cadiz; Sierra de Segura; Guijuelo; Jamon de Huelva; Jamon de Teruel; Salchichon de Vic; Mahon-Menorca; Queso Manchego; Citricos Valencianos; Jijina; Turrón de Alicante; Azafran de la Mancha; <i>Oil del Baix Ebre-Montsia,</i> <i>Citrics Valencians;</i> <i>Llonganissa de Vic.</i>	Priego de Cordoba; Idiazabal.	Priego de Cordoba; Baena; Sierra Magina; Aceite del Baix-Ebre-Montsia; Aceite del Bajo Aragon; Antequera; Sierra de Cadiz; Sierra de Segura; Guijuelo; Jamon de Huelva; Jamon de Teruel; Salchichon de Vic; Mahon-Menorca; Queso Manchego; Citricos Valencianos; Jijina; Turrón de Alicante; Azafran de la Mancha; <i>Los Pedroches;</i> <i>Dehesa de Extremadura;</i> <i>Cecina de Leon;</i> <i>Sobrasada de Mallorca;</i> <i>Les Garrigues;</i> <i>Estepa;</i> <i>Sierra de Carzoria;</i> <i>Siurana.</i>
Denmark		Danablu.	Danablu; <i>Esrom.</i>

#### B. Wine & Spirits GIs

Country of Origin	EU-Korea FTA	EU-Peru-Colombia FTA	EU-Central America FTA
Austria	Jaeger tee/ Jaeger tee/ Jagetee; Inlaenderrum; <i>Korn/ Kombrand.</i>	Jaeger tee/ Jaeger tee/ Jagetee; Inlaenderrum.	Jaeger tee/ Jaeger tee/ Jagetee; Inlaenderrum.
Belgium	<i>Korn/ Kombrand.</i>		

Cyprus	Ouzo.	Commandaria; Zivania; Ouzo.	Commandaria; Zivania; Ouzo; <i>Lemosos;</i> <i>Pafos.</i>
France	Alsace; Beaujolais; Bordeaux; Bourgogne; Chablis; Champagne; Graves; Medoc; Moselle; Saint-Emilion; Sauternes; Haut-Médoc; Cotes de Rhone; Languedoc; Cotes du Roussillon; Chateaufeuf du Pape; Cotes de Provence; Margaux; Touraine; Anjou; Val de Loire; Cognac; Armagnac; Calvados.	Alsace; Anjou; Beaujolais; Bordeaux; Bourgogne; Chablis; Champagne; Chateaufeuf-du-Pape; Cotes de Provence; Cotes du Rhone; Cotes du Roussillon; Graves; Haut-Médoc; Languedoc; Margaux; Médoc; Moselle; Saint-Emilion; Sauternes; Touraine; Val de Loire; Cadillac; Fronton; Maury; Pommard; Romanée Saint-Vivant; Saint-Julien; Armagnac; Calvados; Cognac; Rhum de Martinique.	Alsace; Beaujolais; Bordeaux; Bourgogne; Chablis; Champagne; Graves; Medoc; Moselle; Saint-Emilion; Sauternes; Haut-Médoc; Cotes de Rhone; Languedoc; Cotes du Roussillon; Chateaufeuf du Pape; Cotes de Provence; Margaux; Touraine; Anjou; Val de Loire; Cadillac; Fronton; Maury; Pommard; Romanée Saint-Vivant; Saint-Julien; Cognac; Armagnac; Calvados; Rhum de la Martinique.
Germany	Korn/Kornbrand; Mittelrhein; Rheinessen; Rheingau; Mosel.	Korn/Kornbrand.	Korn/Kornbrand; Mittelrhein; Rheinessen; Rheingau; Mosel; <i>Franken.</i>
Greece	Retsina; Samos; Ouzo.	Ouzo.	Retsina; Samos; <i>Nemea;</i> Ouzo.
Hungary	Tokaj; Torkolypalinka; Palinka.	Tokaj;	Tokaj; Torkolypalinka; Palinka.
Italy	Chianti; Asti; Bardolino; Brunello di Montalcino; Brunello di Montalcino; Vino Nobile di Montepulciano; Prosecco; Franciacorta; Lambrusco Grasparossa di Castelvetro; Montepulciano d'Abruzzo; Soave; Toscana; Conegliano Valdobbiadene; Lambrusco di Sorbara; Barolo; Brachetto d'Acqui; Campania; Sicilia; Veneto; Dolcetto d'Alba; Barbaresco; Marsala; <i>Bolgheri Sassicaia;</i> Grappa.	Asti; Bardolino; Brunello di Montalcino; Chianti; Conegliano – Valdobbiadene – Prosecco; Franciacorta; Lambrusco Grasparossa di Castelvetro; Montepulciano d'Abruzzo; Soave; Toscana/a; Vino nobile di Montepulciano; Vernaccia di San Gimignano; Gimignano; Lambrusco di Sorbara; Grappa.	Chianti; Asti; Bardolino; Brunello di Montalcino; Vino Nobile di Montepulciano; Franciacorta; Lambrusco Grasparossa di Castelvetro; Montepulciano d'Abruzzo; Soave; Toscana/a; Conegliano – Valdobbiadene – Prosecco; Vernaccia di San Gimignano; Campania; Marsala; Sicilia; Veneto; Dolcetto d'Alba; Barbaresco; Barolo; Brachetto d'Acqui; <i>Barbera d'Alba;</i> <i>Barbera d'Asti;</i> <i>Fiano di Avellino;</i> <i>Greco di Tufo;</i> <i>Valpolicella;</i> Grappa.
Ireland	Irish Whiskey/Irish Whisky.	Irish Whiskey/ Irish Whisky; Irish Cream.	Irish Whiskey/ Irish Whisky; Irish Cream.
Lithuania		Original Lithuanian Vodka.	Original Lithuanian Vodka.

Portugal	Madeira/Madère/ Madera; Porto, Port, Oporto; Douro; Dao; Bairrada; Vinho Verde; Alentejo.	Porto/Port/Oporto; Douro; Vinho Verde.	Madeira/Madère/Madera; Porto, Port, Oporto; Douro; Dao; Bairrada; Vinho Verde; Alentejo; Tejo; Lisboa.
Poland	Polska Wodka/Polish Vodka; Herbal vodka from the North Podlasie Lowland aromatised with an extract of bison grass; Polish Cherry.	Polska Wodka/Polish Vodka.	Polska Wodka/Polish Vodka; Herbal vodka from the North Podlasie Lowland aromatised with an extract of bison grass; Polish Cherry.
Spain	Malaga; Rioja; Jerez-Xeres-Sherry; La Mancha; Cava; Navarra; Valencia; Somontano; Ribera del Duero; Priorato or Priorat; Rueda; Rias Baixas; Valdepenas; Cataluna; Alicante; Penedes; Bierzo; Manzanilla – Sanlucar de Barrameda; Jumilla; Toro; Ampurdan – Costa Brava; Brandy de Jerez; Pacharan.	Alicante; Cataluna; Cava; Jerez-Xeres-Sherry; La Mancha; Malaga; Navarra; Priorat; Rias Baixas; Ribera del Duero; Rioja; Rueda; Somontano; Valdepenas; Valencia Utiel-Requenal; Emporda; Brandy de Jerez.	Alicante; Malaga; Rioja; Jerez-Xeres-Sherry; La Mancha; Cava; Navarra; Valencia; Somontano; Ribera del Duero; Priorat; Rueda; Rias Baixas; Valdepenas; Cataluna; Penedes; Bierzo; Manzanilla – Sanlucar de Barrameda; Jumilla; Toro; Emporda; Utiel-Requena; Campo de Borja; Carinena; Ribeira Sacra; Castilla; Castilla y Leon; Brandy de Jerez; Pacharan Navarro.
Denmark			Dansk Aquavit/Dans Akvavit
Romania	Dealu Mare; Murfatlar.		Dealu Mare; Murfatlar; Tarnave; Cotnari;Panciu; Odobesti; Cotesti; Recas .
Slovakia	Tokajska/ Tokajsky/ Tokajske.	Vinohradnicka oblast' Tokaj.	Vinohradnicka oblast' Tokaj.
Finland	Vodka of Finland; Finnish berry liqueur/ Finnish fruit liqueur.	Vodka of Finland; Finnish berry liqueur/ Finnish fruit liqueur.	Vodka of Finland; Finnish berry liqueur/ Finnish fruit liqueur.
Sweden	Svensk Vodka/Swedish Vodka; Svensk Aquavit/ Svensk Akvavit/ Swedish Aquavit; Svensk Punch/ Swedish Punch.	Svensk Vodka/Swedish Vodka.	Svensk Vodka/Swedish Vodka.
UK	Scotch Whisky.	Scotch Whisky.	Scotch Whisky.

## ABSTRACT

*The article examines the efforts of the European Union (EU) to improve the protection of EU Geographical Indications (GI) in third country markets outside the context of the Doha round of negotiations within the World Trade Organisation (WTO). It looks at the various means used and in particular looks at the GI provisions in the bilateral free trade agreements that the EU is currently concluding with a wide range of countries. The article concludes that the EU negotiating policy has evolved over time but has much further to go to be considered coherent and fair.*



## Direct sale of agricultural products in Poland - general regulations\*

Anna Kapala

### 1.- Introduction

Sale of agricultural products is a natural final stage of production in agriculture. It is merchandising goods and not producing them exclusively for self-supply which is the aim of agricultural activity and justification for supporting it. This aim is fulfilled by the Italian agricultural activity definition, including agricultural producer's relationship with the market, which is realized, inter alia, by commercialization of agricultural products<sup>1</sup> in the form of both wholesale and direct retail sale.

The subject matter of this study is the Polish legal regulation of the latter form of sale, which consists in organizing the sale of agricultural products by an agricultural producer themselves without the involvement of distributors. The selection of this study subject is justified by the role which direct sale of agricultural products plays within agricultural producer's activity. Its significance determines the need of setting precisely its place in agricultural activity definition as well as defining its criteria and limits which would qualify it as one of the activities conducted by an agricultural producer within their privileged status.

It was observed in the literature that activity of this kind is beneficial for both a producer and a consumer and what is more, it plays a positive role in several other spheres. It is an example of "a short chain" and a direct relationship of agricultural producers with consumers. It may have economic, social and environmental implications<sup>2</sup>.

It is worth emphasizing that the support "for developing direct sales and local markets" as well as improving the

functioning of food supply chain was defined as one of the aims of Common Agricultural Policy 2013-2020<sup>3</sup>. Fulfillment of this goal is necessary from the point of view of a considerable decrease of agriculture share in food supply chain (from 29% in 2000 to 24% in 2005) and an increase of food industry, wholesale sector and distribution sector share<sup>4</sup>. According to the economic literature, units producing agricultural materials have become more subordinated to transnational corporations which process and organize processing of these materials. From the point of view of agricultural producers such tendency is perceived as a negative effect of globalization of agriculture<sup>5</sup>.

Despite an essential connection between production and sale of agricultural products, the Polish legal definitions of agricultural activity, compared to the Italian law, do not include the notion of neither wholesale nor direct retail sale of agricultural products.

Direct sale is referred to in tax regulations (Art. 21 Paragraph 1 Subparagraph 71 and 72 of the Act on Personal Income Tax<sup>6</sup>) and detailed regulations (Decree of the Minister of Health of 6 June 2007 on the direct supply of foodstuffs<sup>7</sup>, Decree of the Minister of Agriculture and Rural Development of 29 December 2006 on veterinary requirements for the production of products of animal origin intended for direct sale, Decree of the Minister of Agriculture and Rural Development of 8 June 2010 on detailed conditions for the recognition of a marginal, localized and restricted activity<sup>8</sup>). However, there is no complex and uniform regulation which would specify the place of direct sale within agricultural development. The abovementioned regulations define limits as well as subject and object criteria which qualify it for a privileged regime concerning: income tax, registering business activity, hygienic and sanitary requirements and administrative procedure of commencing direct sale. However, they do not qualify sale as agricultural activity.

The purpose of the article is to make an attempt at assessing legal regulation of direct sale in regard to its systemic cohesion, object and subject criteria that determines its size

(\*)The article is a modified version of the article published in the Polish language under the title: "Direct sale of agricultural products - aspects of legal comparison" in *Agricultural Law Review* No. 1, 2012, p.151-178.

(<sup>1</sup>) A. Germanò, *Manuale di diritto agrario*, Torino 2006, p. 77.

(<sup>2</sup>) See F. Albisinni, *La vendita diretta dei prodotti agricoli*, in "Trattato di Diritto Agrario", vol. I "Il diritto agrario; circolazione e tutela dei diritti", a cura di L. Costato, A. Germanò, E. Rook Basile, Utet, 2011, p. 263; S. Masini, *I mercati degli imprenditori agricoli a vendita diretta*, in *Dir. Giur. Agr. Alim. Amb.*, 2007, n. 3, p. 292; M. R. Alabrese, *La vendita diretta dei prodotti agricoli*, in q. *Riv.*, [www.rivistadirittoalimentare.it](http://www.rivistadirittoalimentare.it), n. 3-2008, p. 3.

(<sup>3</sup>) Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions "The CAP towards the 2020: Meeting the food, natural resources and territorial challenges of the future", Brussels, 18.11.2010, COM(2010) 672 final.

(<sup>4</sup>) Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions "A better functioning food supply chain in Europe", Brussels, 28.10.2009, COM(2009) 591 final.

(<sup>5</sup>) S. Kowalczyk, R. Sobiecki, *Europejski model rolnictwa – uwarunkowania ewolucji*, in *Roczniki Nauk Rolniczych* 2011, vol. 98, n. 3, p. 10-20.

(<sup>6</sup>) Dz. U. 1991, n. 80, pos. 350 with further amendments.

(<sup>7</sup>) Dz. U. n. 112, pos. 774.

(<sup>8</sup>) Dz. U. n. 113, pos. 753.

and possibilities of conducting it. The dissertation concerns placing direct sale in general provisions of the Polish law (i.e. in the Act on Freedom of Business Activity<sup>9</sup> and in the Act on Personal Income Tax). Analysis of other facets of the Polish detailed legal regulations, such as those concerning direct sale of unprocessed crop products, unprocessed products of animal origin as well as marginal, localized and limited activity including direct sale of processed products of animal origin, and analysis of hygienic and sanitary aspects require a separate study<sup>10</sup>.

## 2.- Direct sale of agricultural products versus definitions of agricultural activity

As it was mentioned above, sale of agricultural products by a farmer is not included in the activities listed in the Polish definitions of agricultural activity.

Art.3 of the Act of 2 July 2004 on Freedom of Business Activity (hereinafter referred to as Act on FoBA) stipulates activities conducted by a farmer which are excluded from the provisions of this act. As a result of 2011 amendment to Art. 3, it was extended with wine production by farmers manufacturing less than 100 hectolitres of wine within one crop year<sup>11</sup>. It is assumed by implication that agricultural activity includes also sale of products which are the output of agricultural production, meaning unprocessed agricultural products and wine.

However, the draft amendment to the Art. 3 adopted by the Senate did not change the fact that sale of processed products (except wine) belongs to (like processing activity) non-agricultural business activity unless, according to Art. 2 of the Act on FoBA, it is not pursued continuously in an organized way<sup>12</sup>. It is worth emphasizing that the draft amendment, developed by the Senate, rightly assumes that the requirement of registering a business activity is not applied to "farmers' activity of selling to consumers plant or animal products which were processed in a non-industrial way by farmers themselves or by their household members and manufactured in their household if this is a sideline of production activity in agriculture"<sup>13</sup>.

On the one hand, the draft enables a farmer to sell processed products originating from a manufacturing activity pursued by them, on the other hand, by defining subject and object criteria, it sets the limits which justify including the sale in the agricultural legal regime. The abovementioned provision rightly applies the notion of "sideline of pro-

duction activity in agriculture", which is obviously missing in the Polish regulations. However, this notion is worth broadening so that, like the Italian concept of "related agricultural activity", it will include other activities conducted by a farmer within the agricultural regime (treatment and processing of agricultural products, agritourism, agricultural and environmental services).

Another law defining agricultural activity and referring directly to sale of agricultural products is the Act of 26 July 1991 on Personal Income Tax (hereinafter referred to as Act on PIT). Its provisions are not applied to revenues from agricultural activity, with the exception of special branches of agricultural production (Art.2 of Act on PIT). In view of the act, agricultural activity definition does not include sale of agricultural products; it mentions only production of plant or animal products in an unprocessed (natural) state from farmer's own cultivation, farming or breeding (Art. 2 Paragraph 2 of Act on PIT).

However, Art. 21 Paragraph 1 Subparagraph 71 of the abovementioned act introduces objective exemptions as regards the income gained from sale of plant and animal products processed in an industrial way if (1) they originate from farmer's own cultivation or farming; (2) they do not belong to special branches of agricultural production; (3) the processing consists in souring plant products, processing milk or slaughtering animals and post-mortem processing of these animals, including also meat cutting, division and classification. Another income tax exemption concerns sale of raw materials of herbal plants and wild growing herbs, forest berries, forest fruit and forest mushrooms if they are gathered personally or with the help of immediate family members (Art. 21 Paragraph 1 Subparagraph 72 of Act on PIT).

Functional interpretation of the above provisions allows to assume that if the act in express terms grants exemption from income tax to sale of selected processed plant and animal products as well as unprocessed products not originating from farmer's own cultivation, a fortiori sale of unprocessed products originating from farmer's own cultivation, farming or breeding should not be taxed. Thus a conclusion arises that the lack of an explicit tax exemption of the income from sale of unprocessed products indicates that it is recognized as agricultural activity which was entirely excluded from being subject to the act by Art. 2 of Act on PIT. Such interpretation leads to a conclusion that sale of unprocessed agricultural products from farmer's own cultivation, farming or breeding is included in agricultural activi-

<sup>(9)</sup> Consolidated act in Dz. U. 2010, n. 220, pos. 1447 with further amendments.

<sup>(10)</sup> See the analysis of the Polish detailed legal regulations concerning direct sale of unprocessed crop products, unprocessed products of animal origin as well as marginal, localized and limited activity including direct sale of processed products of animal origin in A. Kapala, *Direct sale of agricultural products - aspects of legal comparison* in *Agricultural Law Review* No. 1, 2012, p.151-178.

<sup>(11)</sup> Art. 3 was amended by the Act of 12 May 2011 on Producing and Bottling Wine Products, Their Turnover and Wine Market Organization, Dz. U. n. 120, pos. 690.

<sup>(12)</sup> Business activity, according to its definition given in Art. 2 of of the Act on FoBA, is pursued continuously and in an organized way.

<sup>(13)</sup> Art. 1 of the act draft amending the act on FoBA, on PIT. See motivation of the act draft in Sejm doc. n. 747S of 19 March 2010.

ty and it is not subject to personal income tax. However, sale of processed products and sale of unprocessed products not originating from farmer's own cultivation, farming or breeding are business activities taxed in view of the Act on Personal Income Tax. The exception is sale of products listed in Art. 21 Paragraph 1 Subparagraph 71 and 72 of Act on PIT as it is a business activity exempt from income tax. Production of wine, which the Act on Freedom of Business Activity excludes from being subject to its provisions, is recognized by the Act on Personal Income Tax as a production activity in agriculture and as a source of taxed revenue (Art. 20 Subparagraph 1a). Thus the indicated activity is coherently treated by both acts as a production activity in agriculture, whereas the revenue from it is subject to income tax. However, some inconsistency of the Act on Personal Income Tax provisions concerning agricultural activity definition should be pointed out. In view of Art. 20 Subparagraph 1a of Act on PIT quoted above, production of wine is a manufacturing activity in agriculture. On the other hand, it was omitted in the definition of agricultural activity in Art. 2 Paragraph 2 of Act on PIT, which explicitly includes only manufacturing of plant or animal products in an unprocessed state, among which wine cannot be numbered.

### 3.- *Objective scope of direct sale*

From the acts discussed above, it is possible to distinguish the objective scope of products, the sale of which was granted either tax or business activity registration exemption. Sale of unprocessed products from farmer's own cultivation, farming or breeding as well as sale of wine manufactured by a farmer producing less than 100 hectolitres of wine within a crop year are not business activities. The above activity except production of wine is not subject to income tax. Moreover, there are other exemptions from income tax: sale of sour plant products, processed milk products as well as slaughter animal meat, also after post-mortem processing, cutting, division and classification. On the other hand, product processing is not included in agricultural activity and that is why to sell them it is necessary to register a business activity. Similarly, the sale of undergrowth picked personally by a farmer or by members of their family is exempt from income tax, whereas in view of the Act on Freedom of Business Activity, it is not an agricultural activity because the products do not originate from farmer's own cultivation, farming or breeding.

Comparison of direct sale objective scope defined above with the scope set out in the Italian law shows several essential differences. Firstly, the broad and precise Italian definition qualifies sale of agricultural products directly as a related agricultural activity. And a detailed regulation, i.e. Art. 4 of Decree 228/2001, raises no interpretative doubts as regards the objective scope of this activity<sup>14</sup>. The Italian legislator allows an agricultural entrepreneur to sell directly not only products in a natural state produced predominantly on their own farm, but also derivative products obtained as a result of treatment or processing on their own farm as well as purchased products (in the amount not exceeding the amount of farmer's own products); the above sale is conducted within an agricultural regime.

Additionally, Art. 2135 of the Italian Civil Code requires that treatment and processing be done predominantly by means of farm equipment or resources normally used for conducting agricultural activity. Such a restriction is legally justifiable. A farm exercising agricultural regime privileges should not conduct a typical processing plant activity because this would cause unfair competition. That is why activities connected to a particular product must belong to a normal agricultural practice. Moreover, to avoid doubts which kinds of treatment qualify as related agricultural activities, the Italian regulation explicitly lists goods resulting from activities qualified as related agricultural activities<sup>15</sup>.

As can be seen, on the one hand, an accurate definition from Art. 2135 of the Italian Civil Code allows an agricultural entrepreneur to pursue many various activities within their agricultural status, on the other hand, it prevents them from gaining a scale which would make the support unjustified.

### 4.- *Subjective scope of direct sale*

As regards the subjective scope, the abovementioned provisions of Art. 3 of Act on FoBA and Art. 2 of Act on PIT use the notion "farmer" for a unit conducting agricultural activities. The Polish legislation does not contain agricultural entrepreneur category and what is more, neither the aforementioned definitions nor detailed regulations concerning direct sale stipulate explicitly that an association can conduct agricultural activity or direct sale. The Polish law does not provide a uniform definition of "farmer" to be used in all or the majority of acts. There are several independent binding "farmer" ("agricultural producer") definitions, which differ in scope as they were developed for the need of a particu-

<sup>(14)</sup> Legislative Decree 18 May 2001, n. 228, Orientation and modernization of agriculture pursuant to Art. 7 of Law 5 March 2001, n. 57, in Art. 4 sets rules concerning direct sales. The above mentioned Art. 4 of d. lgs 228/2001 was amended by the Art. 4 of Legislative Decree of 29 March 2004, n. 99. The administrative regulations referred to in Art. 4 of Legislative Decree 18 May 2001, n. 228, also apply to entities and associations wishing to sell agricultural products directly. A recent amendment was set by Art. 27 of decree-law 9 February 2012, n. 5.

<sup>(15)</sup> Decreto 11 Luglio 2007, "Individuazione dei beni che possono essere oggetto delle attività agricole connesse di cui all'articolo 32 del testo unico delle imposte sui redditi".

lar regulation and consist of elements essential only to a particular act. The Act on Social Insurance for Farmers defines farmer as an adult natural person, conducting an agricultural activity personally on their own account on a farm being in their possession, including as a member of agricultural producers' group, as well as a person who allocated the land of their farm to afforestation (Art. 6 Subparagraph 1)<sup>16</sup>. The remaining acts relating to agriculture define "farmer" as a natural person or legal entity or an unincorporated organizational unit.

## 5.- Conclusion

Systematization of direct sale regulations is not an easy task due to the lack of uniform and cohesive basic notions of agricultural law, such as farmer and agricultural activity. Moreover, the definitions discussed above do not include post-production phases of this activity, that is treatment, processing or sale, which gives rise to doubts whether sale is an agricultural activity at all and if it is, what is the objective scope of it. The assumption that sale of products in an unprocessed state is permissible within the agricultural regime does not give certainty whether and to what extent the products can be earlier treated (cleaning, cutting, packing, etc.). It is not clear if each kind of treatment is, like processing, a business activity. After all, those two activities cannot be equated with each other.

We may assume that the objective scope of agricultural product direct sale includes products, the sale of which does not qualify as a business activity. These are products in a natural state originating from cultivation, farming or breeding as well as wine (the sale of which is taxed though). Then it must be concluded that the objective scope is more limited than the Italian one. Such a limitation of sale lowers the possibility of diversifying income and deprives consumers of direct access to products processed with natural traditional methods and unenriched with industrial preservatives. What is more, it prevents agri-tourism farms from selling meals composed of products originating from farmer's own agricultural activity if they have been treated or processed. Thus agri-tourism is deprived of one of its primary attractions: acquainting people with agricultural products manufactured in a traditional and often ecological way<sup>17</sup>.

Here emerges another inconsistency of regulations, which, on the one hand, exempt agritourism and sale of meals from being subject to the provisions of Act on FoBA, on the other hand, they do not allow farmers to offer their own agricultural products in a processed state within the meals (Art. 3 of Act on FoBA). It is worth adding that the introduction, like in the Italian law, of an obligation to serve guests with meals

consisting of products originating from farmer's own farm, would link agri-tourism to the prime agricultural activity. The requirement of linking would eliminate situations in which agri-tourism is the only activity conducted by a farmer, unjustly taking an advantage of tax exemptions and privileges relating to registration of business activity. The lack of possibility to sell products in a processed state has also a negative impact on the development of traditional products. The obligation to register a business activity in case of sale of products in a processed state as well as granting a tax exemption only to sale of selected products (Art. 21 Paragraph 1 Subparagraph 71 and 72 of Act on PIT) raise the question whether such restrictions are right. If they are justified by excluding unfair competition which would be caused by support for the same kind of activity as the one conducted by business entities which are not subject to tax and business activity registration privileges, the Italian law that regulates this issue seems to be a model one. Placing of agricultural product processing within the legal framework of an agricultural practice limits the possibility of converting a farm into a plant working under the farm's name. What is more, the Italian legislator allows to sell purchased products, which enables farmers to extend their sales offer and increase its competitiveness. This is one of the reasons why Art. 4 of Decree 228/2001 explicitly enables conducting sale in the form of association, which not only increases the possibility of diversifying sales offer, but also creates favourable conditions for better organization of sale. With combined effort, it is possible to invest more funds and involve more people to create and conduct a shop. A farmer on their own can rely only on themselves and their family members.

## ABSTRACT

*The purpose of the article is to make an attempt at assessing legal regulation of direct sale in regard to its systemic cohesion, object and subject criteria that determines its size and possibilities of conducting it. The dissertation concerns placing direct sale in general provisions of the Polish law (i.e. in the Act on Freedom of Business Activity and in the Act on Personal Income Tax). The conclusion includes criticism of the Polish regulation, indication of legal barriers to conducting and developing direct sale, also within agri-tourism. The main impediments are the lack of possibility to produce and sell processed products within the agricultural regime and the inconsistent, diverse and scattered rules regulating the issue discussed.*

<sup>(16)</sup> Act of 20 December 1990 on Social Insurance for Farmers (Dz. U. 2008, n. 50, pos. 291 with further amendments).

<sup>(17)</sup> See analysis on Polish agri-tourism regulations in A. Kapala, *Disciplina dell'agriturismo in Polonia – cenni de lege ferenda*, in *Agricoltura Istituzioni Mercati* 2010, n. 3, p. 119-135.

## Alimentare & Globale

a cura di Laura Salvi

*Controversia US-COOL, avente ad oggetto la normativa statunitense sull'obbligo di indicazione dell'origine di carni bovine e suine. Panel Report United States – Certain Country of Origin Labeling (COOL) Requirements (WT/DS384/R, WT/DS386/R)*

*Appellate Body Report United States – Certain Country of Origin Labeling (COOL) Requirements (WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R)*

Il 18 Novembre 2011 era stato divulgato il report del Panel WTO nella controversia *United States – Certain Country of Origin Labeling (COOL) Requirements* instaurata nel dicembre 2008 a seguito delle richieste di consultazioni presentate da Canada (DS 384) e Messico (DS 386) nell'ambito del sistema di risoluzione delle controversie WTO. Agli Stati Uniti veniva contestato di venir meno agli obblighi ad essi imposti nel quadro normativo WTO attraverso la previsione, nell'*Agricultural Marketing Act* del 1946, come modificato nel 2008, dell'obbligo di indicare l'origine delle carni bovine e suine ("COOL measure"); l'indicazione della provenienza esclusiva delle carni dagli Stati Uniti era ammessa, secondo la legislazione nazionale, solo allorché si trattasse di animali nati, allevati e macellati nel territorio statunitense, con esclusione, dunque, della carne derivante da bestiame esportato negli Stati Uniti per essere qui solamente allevato o immediatamente macellato. Così facendo gli Stati Uniti, secondo i ricorrenti, avrebbero violato gli articoli III:4, IX:4 and X:3 del GATT, l'articolo 2 (e l'art. 12, secondo il Messico) dell'Accordo TBT o, alternativamente, gli articoli 2, 5 e 7 dell'Accordo SPS e, infine, l'articolo 2 dell'Accordo relativo alle regole in materia di origine. Il Panel, identificata la misura statunitense come regola tecnica ai sensi dell'Accordo TBT, aveva in effetti ravvisato una violazione, da parte di tale misura, delle suddette previsioni e, in particolare, dell'art. 2.1 TBT, per il fatto di determinare, una seppur indiretta diversità di trattamento delle carni e dei prodotti derivati in base all'origine degli stessi, con conseguenti costi più alti per i prodotti importati, e andando così a determinare, *de jure* e *de facto*, un trattamento meno favorevole per il bestiame importato dal Canada e dal Messico rispetto ai corrispondenti prodotti domestici; non rilevata, invece, la violazione dell'art. 2.2.TBT, in quanto, secondo il Panel, la COOL measure non risultava rispondere in pieno all'obiettivo – pur perseguito – di informare il consumatore circa l'origine dei prodotti previsto dalla norma.

Ad essere violato, secondo il Panel, sarebbe stato anche l'art. X:3(a) del GATT nella misura in cui la c.d "Vilsack letter" – ossia il provvedimento del segretario dell'Agricoltura statunitense in merito all'implementazione della "COOL measure" – suggeriva alle industrie l'adozione volontaria di determinate pratiche che andavano oltre le obbligazioni previste dalla stessa normativa (in particolare, nella c.d. Interim Final Rule (AMS)), determinando, dunque, una violazione dell'obbligazione di ciascun Paese membro del WTO di amministrare in modo "ragionevole" le proprie normative. Alla luce di tali statuizioni, il Panel non si è pronunciato circa l'asserita violazione da parte della "COOL measure" degli articoli III (e IX) e XXIII dell'Accordo GATT, così come circa la violazione degli articoli 2.4, 12.3 e 12.4 dell'Accordo TBT,

violazione di cui il Messico non avrebbe fornito prova.

Dopo l'estensione del termine di cui all'art. 16 del DSU, il 23 marzo 2012 gli Stati Uniti avevano dichiarato di voler ricorrere in appello contro la decisione del Panel notificando la relativa decisione al Dispute Settlement Body; analoga notifica è stata fatta da parte del Canada il 28 marzo 2012.

L'Appellate Body, nella relazione divulgata ai Paesi membri il 29 giugno 2012, ha confermato la conclusione del Panel circa la contrarietà della c.d COOL measure rispetto all'art. 2.1 dell'Accordo TBT per via della previsione di un trattamento meno favorevole per gli animali importati dal Canada e dal Messico rispetto ai corrispondenti prodotti domestici statunitensi. Nonostante ciò, è stato sottolineato come l'analisi del Panel sia stata incompleta, e perciò integrata dall'Appellate Body, il quale ha chiarito come la COOL measure comporti un onere sproporzionato in capo ai produttori e agli altri operatori della catena rispetto alla realizzazione dell'obiettivo di informazione dei consumatori e come una considerevole parte della carne venduta negli Stati Uniti non risulterebbe comunque sottoposta alle condizioni di etichettatura di cui alla COOL measure, che sarebbe perciò palesemente discriminatoria ex art. 2.1 dell'Accordo TBT. A diverse conclusioni è invece giunto l'Organo di appello in merito alla (mancata) violazione dell'art. 2.2 dell'Accordo TBT per la circostanza – sottolineata dal Panel – di non realizzare le misure statunitensi in questione il perseguito obiettivo di fornire informazioni significative ai consumatori circa l'origine della carne. Sulla base di tale conclusione, il Panel non si sarebbe poi spinto ad analizzare se la misura risultasse "more trade restrictive" rispetto ad altre alternative misure nella realizzazione del siffatto obiettivo, pervenendo dunque ad un'errata interpretazione e applicazione delle previsioni di cui all'art. 2.2. TBT. Di qui la diversa conclusione sul punto da parte dell'Appellate Body. Nessun rilievo, invece, da parte dell'Organo di appello con riferimento all'asserita violazione degli Articoli III:4 e XXIII:1(b) del GATT '94 fatta valere sia dal Canada che dal Messico, ritenendo che non fossero soddisfatte le condizioni su cui i relativi appelli si fondavano.

Dopo che il 23 luglio, il *Dispute Settlement Body* ha adottato i reports di primo e secondo grado, il 21 agosto 2012 gli USA hanno informato l'Organo di conciliazione di voler ottemperare alle raccomandazioni e alle decisioni dello stesso ma di necessitare a tal fine di un "periodo di tempo ragionevole" ex art. 21 dell'Intesa sulla Risoluzione delle Controversie. Facendo seguito ad una richiesta del Canada a che tale periodo venisse determinato tramite un arbitrato vincolante ex art. 21, par. 3, lett. c), il 5 Ottobre 2012 è stato in effetti nominato un arbitro (Giorgio Sacerdoti), il quale ha stabilito in 10 mesi dall'adozione dei reports il "reasonable period of time" entro il quale gli USA dovranno ottemperare alle decisioni (dunque entro il 23 maggio 2013).

*Instaurato un Panel in seguito alle richieste di consultazione nei confronti dell'Australia con riferimento alle normative nazionali sull'imballaggio standardizzato dei prodotti del tabacco.*

*Australia – Certain measures concerning trademark and other*

plain packaging requirements applicable to tobacco products and packaging - Request for consultation by Ukraine (WT/DS434/1)

È del 15 Marzo 2012 la richiesta di consultazioni presentata dall'Ucraina, nell'ambito del Sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC, nei confronti dell'Australia in merito alla normativa di quest'ultimo Paese che prescrive la predisposizione di un imballaggio standardizzato generico per i prodotti del tabacco. Sono sempre più numerose le normative nazionali che prevedono un imballaggio standardizzato per i prodotti del tabacco, in cui sia eliminato qualsiasi aspetto promozionale della confezione; previsioni, queste, la cui legittimità è fortemente discussa rispetto, in particolare, alle previsioni internazionali in materia di proprietà intellettuale, nonché alla normativa in materia di ostacoli tecnici al commercio.

Ad essere contestate dall'Ucraina sono le misure previste principalmente nel "The Tobacco Plain Packaging Act 2011" e nei suoi regolamenti di attuazione.

Le misure contestate, applicabili a tutti i prodotti di tabacco coltivato o lavorato per il consumo umano, prevedono sostanzialmente che nessun marchio diverso da quello ammesso dalla normativa possa essere apposto ai prodotti di tabacco e che nella confezione di vendita debba comparire nulla più che il marchio, il nome dell'azienda e gli altri requisiti di legge, con la possibilità di mantenere i messaggi grafici contenenti avvertenze per la salute; viene definito il carattere e il colore cui il marchio deve rispondere, nonché la tipologia e la dimensione standard dell'imballaggio da utilizzare. A fronte di qualsiasi azione che non rispetti le previsioni contenute nei suddetti atti è prevista l'applicazione di una sanzione.

Secondo l'Ucraina queste previsioni si porrebbero in contrasto con diverse previsioni dell'Accordo TRIPS (artt. 1.1, 2.1, 15, 16 e 20) e della Convenzione di Parigi sulla protezione della proprietà industriale (artt. 6 *quinquies*, 7 e 10 *bis*) nella misura in cui arriverebbero di fatto a discriminare i marchi dei prodotti del tabacco fondati sulla natura degli stessi, non rispettando i diritti dei proprietari degli stessi e non tutelando il marchio così come effettivamente si presenta, arrivando a costituire un intralcio ingiustificato all'uso dei marchi; una violazione si riscontrerebbe anche rispetto alle previsioni dell'accordo TBT (art. 2.2), traducendosi le suddette misure in un ostacolo ingiustificato al commercio e risultando più restrittive di quanto necessario al fine del raggiungimento dell'obiettivo della protezione della salute, nonché, infine, rispetto al principio del trattamento nazionale di cui all'art. III:4 dell'Accordo GATT, art. 2.1 dell'Accordo TBT e art. 3.1. dell'Accordo TRIPS.

Argomentazioni analoghe, e in parte coincidenti, quelle poste a fondamento delle richieste di consultazioni avanzate, a breve distanza di tempo, il 4 aprile 2012, dall'Honduras (DS435) (richiesta tuttavia respinta dall'Australia nell'incontro del *Dispute Settlement Body* del 18 novembre 2011) e il 18 luglio 2012, dalla Repubblica Dominicana (DS441). Tali Paesi, oltre a richiamare le disposizioni di cui sopra come oggetto di violazione da parte delle misure australiane relative all'imballaggio standardizzato dei prodotti di tabacco, hanno fatto valere altresì la violazione dell'art. 22.2(b) dell'Accordo TRIPS, ritenendo che le misure in questione si traducano in un atto di concorrenza sleale con riferimento all'uso delle indicazioni geografiche (ex art. 10 *bis* della Convenzione di Parigi), ad esempio, inducendo in errore i consumatori con riferimento all'origine dei prodotti e dell'art. 24.3 dello stesso Accordo, comportando tali misure una diminuzione

del livello di protezione delle indicazioni geografiche esistente prima dell'entrata in vigore dell'accordo OMC.

In seguito ad una seconda richiesta dell'Ucraina, il 28 settembre 2012 il *Dispute Settlement Body* ha deciso di instaurare un Panel. L'Ucraina ha riproposto le proprie argomentazioni: le misure australiane in questione comporterebbero un'erosione della tutela dei diritti di proprietà intellettuale e sarebbero evidentemente più restrittive di quanto necessario nel perseguire l'obiettivo della tutela della salute, traducendosi perciò in un "non necessario ostacolo al commercio".

L'Australia, da parte sua, ha affermato con forza l'obiettivo di tutela della salute alla base del *Tobacco Plain Packaging* e ha negato il carattere discriminatorio e sproporzionato della regolamentazione. A sostegno di tale posizione si sono schierati l'Uruguay, la Nuova Zelanda e la Norvegia, mentre Zimbabwe, Honduras, Repubblica Dominicana, Nicaragua e Indonesia hanno supportato le argomentazioni dell'Ucraina. Numerosi i Membri dell'OMC - tra cui l'Unione europea - che hanno manifestato un "interesse sostanziale" al fine di esercitare i loro diritti di "terzi" nella controversia.

Rinvitata, invece, al momento, la costituzione di un Panel a fronte della richiesta avanzata dall'Honduras nell'ottobre 2012.

*Divulgato il Report dell'Appellate Body nella controversia US – Tuna II United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products* WT/DS381/AB/R

Dopo che il 15 settembre 2011 era stata divulgata la relazione del Panel nella controversia *US-Tuna II*, gli Stati Uniti e il Messico, rispettivamente il 20 e il 25 Gennaio 2012, avevano notificato al DSB la loro decisione di appellare le conclusioni del Panel; il 16 maggio 2012 è stato distribuito ai Paesi membri il Report dell'Appellate Body.

Il Panel – ricordiamo – si era espresso nel senso della contrarietà delle misure statunitensi relative all'impiego dell'etichetta "dolphin-safe" per diversi prodotti a base di tonno rispetto all'art. 2.2 dell'Accordo TBT, ritenendo che si trattasse di misure non necessarie e sproporzionate rispetto alla realizzazione dell'obiettivo di una corretta informazione dei consumatori (in particolare, circa i metodi di pesca dei tonni).

La relazione dell'Appellate Body ha sostanzialmente ribaltato tale conclusione e riformato anche altri punti del report di primo grado. Pur confermando la classificazione delle misure in questione come "regole tecniche" ai sensi dell'Accordo TBT, l'Organo di appello ha infatti riformato la conclusione del Panel secondo cui tali misure non comporterebbero una violazione dell'art. 2.1. TBT, rilevando che, al contrario, escludendo di fatto la possibilità di etichettatura "dolphin-safe" per buona parte dei prodotti a base di tonno provenienti dal Messico e consentendola invece per gli analoghi prodotti statunitensi e di altri Paesi, tale misura modificherebbe le condizioni della concorrenza nel mercato USA, discriminando i prodotti messicani (l'Organo di Appello si è in particolare soffermato sull'esame delle diverse condizioni richieste per poter ricorrere all'etichettatura in questione e se esse siano "calibrate" ai rischi che i diversi metodi di pesca impiegati nelle diverse aree dell'oceano comportano per i delfini).

Non riscontrabile, invece, alcuna violazione dell'articolo 2.2 dell'Accordo TBT; secondo l'Appellate Body, l'analisi condotta in primo grado e la comparazione tra le misure oggetto di contesta-

zione e le alternative misure proposte dal Messico risulterebbero non adeguate.

Con riferimento, infine, all'art. 2.4. dell'Accordo TBT, l'Organo di appello si è allineato al report di primo grado nel negare la violazione di tale disposizione, pur contestando la qualificazione quale "standard rilevante a livello internazionale" ai fini dell'art. 2.4 TBT della certificazione "dolphin-safe" sviluppata nel quadro dell'Accordo sul Programma Internazionale per la Conservazione dei Delfini ("AIDCP").

Entrambi i *reports* sono stati adottati dal DSB nella riunione del 13 giugno 2012; gli Stati Uniti, alla luce della fissazione del "ragionevole periodo di tempo" in 13 mesi dalla data della loro adozione, dovranno ottemperarvi entro il 13 luglio 2013.

*Instaurate in sede WTO due controversie aventi ad oggetto alcune misure statunitensi applicate alle importazioni dall'Argentina, rispettivamente, di carne e altri prodotti derivati e di limoni freschi* United States - Measures Affecting the Importation of Animals, Meat and Other Animal Products from Argentina - Request for consultations by Argentina (WT/DS447/1)

United States - Measures Affecting the Importation of fresh lemons - Requests for Consultations by Argentina (WT/DS448/1)

Il 30 Agosto 2012 l'Argentina ha notificato al Segretariato WTO una richiesta di consultazioni nei confronti degli Stati Uniti relativamente alle misure da questi applicate alla carne e ad altri prodotti a base di carne animale provenienti dall'Argentina, misure, queste, fondate su motivazioni di protezione sanitaria ma che – secondo il reclamante – non troverebbero alcun riscontro sul piano scientifico.

Molteplici le disposizioni assertivamente violate dalle suddette misure, tra cui alcune previsioni di cui all'Accordo GATT 1994 (artt. I:1, III:4, XI:1), numerose disposizioni dell'Accordo SPS (articoli 1.1, 2.2, 2.3, 3.1, 3.3, 5.1, 5.2, 5.4, 5.6, 6.1, 6.2, 8, Allegato C.1 e art. 10.1), nonché, più in generale, l'art. XVI.4 dell'Accordo istitutivo dell'OMC.

Il 6 Dicembre 2012 l'Argentina ha chiesto l'instaurazione di un Panel, la cui costituzione è stata per ora rinviata.

Pressoché identici i termini della richiesta di consultazioni avanzata il 6 settembre 2012 dall'Argentina, sempre nei confronti degli USA, per quanto riguarda le misure statunitensi che attuebbero restrizioni alle importazioni di limoni freschi provenienti dal Paese Sudamericano; restrizioni, queste, che deriverebbero dal divieto di importazione di tale tipologia di frutti coltivati in alcune province dell'area nord-est dell'Argentina e operante da ben 11 anni in forza delle previsioni del *Code of Federal Regulations* e dell'*Animal and Plant Inspection Service* (APHIS). Anche con riferimento a tale vicenda si attende la costituzione di un Panel, sulla scorta della richiesta avanzata il 6 dicembre 2012 dall'Argentina, che ha ritenuto l'esito delle consultazioni insoddisfacente ai fini della risoluzione della controversia.

*Regimi di sostegno interno, restrizioni alle esportazioni, trasparenza nelle informazioni: questi i principali argomenti oggetto di costante discussione in materia agricola in sede WTO*

Riunioni del Comitato Agricoltura WTO del 31 Marzo, 20 Giugno, 20 Settembre e 4 Novembre 2012

Rilievo particolare nell'agenda del *WTO Agricultural Committee*

durante le riunioni tenutesi nel corso di tutto il 2012 è stato assunto dalle questioni relative ai regimi di sostegno interno attuati da diversi Paesi a livello mondiale e alla revisione della lista degli "esportatori significativi".

Fin dalla prima riunione del 31 Marzo 2012, con riferimento al primo dei profili problematici accennati, sono state ribadite le preoccupazioni di molti Membri dell'OMC circa il superamento da parte del Costa Rica del c.d. "*aggregate measurement support*", ossia il livello di supporto interno accordato mediante l'aumento dei prezzi al fine di incrementare la produzione interna ("Amber Box"), e l'incapacità del Paese di fornire informazioni aggiornate al riguardo. Peraltro, ad essere toccate nel corso della discussione sviluppatasi in seno al Comitato sono state anche le questioni relative alle restrizioni alle importazioni di taluni prodotti alimentari applicate dall'Indonesia e all'impiego da parte di diversi Membri WTO di politiche di supporto interno e di standards tecnici e relativi alla salute come barriera al commercio internazionale.

Relativamente alla revisione della lista dei "Significant Exporters" (Paesi esportatori importanti), il Presidente John Skey ha nuovamente dato conto dell'inconclusività delle consultazioni condotte fino al momento, ribadendo come l'attuale lista sia obsoleta; Cuba e lo Zimbabwe hanno chiesto di essere esclusi dalla lista con riferimento alle esportazioni, rispettivamente, di zucchero e di tabacco.

Nuovamente oggetto di attenzione, nella riunione del Giugno 2012, le politiche di sostegno interno all'agricoltura, con un *focus* sulla situazione del Costa Rica, accusata di continuare a non rispettare gli impegni assunti in relazione al rispetto dei limiti a tale supporto per via della previsione di un prezzo governativo garantito per i coltivatori di riso (il sostegno è stato di 104 milioni di dollari nel 2011, rispetto al tetto massimo di 16 che il Paese si era impegnato a rispettare).

Tra le altre questioni sul tavolo di discussione anche i timori dell'Argentina circa l'adozione di misure restrittive del commercio prive di giustificazione scientifica soprattutto da parte dei Paesi più avanzati, le preoccupazioni di USA, UE e Giappone in merito alle restrizioni alle esportazioni operate dall'India su una serie di prodotti, tra cui il cotone, nonché quelle espresse da altri membri WTO, tra cui USA, Canada, Giappone e Nuova Zelanda, in merito alla normativa indonesiana che potrebbe comportare restrizioni alle importazioni di bestiame, e di prodotti animali e ortofrutticoli.

Spazio è stato infine dedicato ai profili relativi al miglioramento della trasparenza e dell'accesso alle informazioni, nonché alla questione dell'aggiornamento della lista dei "Significant Exporters". In precedenza lo Zimbabwe aveva chiesto di essere escluso dalla lista per quanto riguarda le esportazioni di tabacco e il Costa Rica aveva avanzato analoga richiesta con riferimento allo zucchero, richiesta ribadita anche in questa riunione; alcuni Paesi hanno inoltre proposto di aggiungere l'alcool etilico alla lista di prodotti considerati ai fini della redazione della lista, che continua comunque, per il momento, a rimanere "obsoleta". Argomenti questi, oggetto di esame anche nei successivi incontri del Comitato Agricoltura del Settembre e del Novembre 2012, nel corso dei quali, in particolare, l'attenzione si è concentrata sulle attuali o potenziali violazioni di Costa Rica, Thailandia, Unione Europea e Indonesia rispetto agli impegni presi in relazione ai limiti al sostegno interno e all'accesso al mercato, con particolare riguardo a prodotti quali riso, zucchero e prodotti ortofrutticoli; l'UE, in particolare, è stata accusata di non aver

rispettato gli impegni assunti in relazione al sostegno alle esportazioni di zucchero, per le quali, in determinati anni, sarebbero state rilasciate licenze di esportazione in numero eccessivo.

L'UE nel mirino delle contestazioni anche della Cina, che, come già in precedenza era accaduto, ha criticato la posizione europea con riferimento agli impegni assunti in merito alle tariffe di importazione sul pollame, sottolineando, soprattutto, come la pianificata sostituzione di tali tariffe con un contingente tariffario (e la conseguente applicazione delle normali tasse doganali oltre la soglia di quantità fissata) comporterebbe significative restrizioni alle esportazioni operate dalla Cina; l'Unione, da parte sua, ha fatto valere come la Cina non abbia manifestato il suo interesse a negoziare i termini della suddetta operazione entro il termine fissato a tal fine.

Molti membri dell'OMC, tra cui Australia, UE, Giappone, USA e Corea hanno poi nuovamente sottolineato la possibilità che l'Ucraina attui restrizioni alle esportazioni di grano.

Sono peraltro continuate le discussioni sia formali che informali su come migliorare la trasparenza sulle modalità di trasmissione delle informazioni da parte dei Paesi membri, con gli USA che hanno avanzato proposte, supportate da altri Membri, in merito ad un possibile ammodernamento delle modalità di notifica delle misure di supporto interno.

#### *Fondamento scientifico di misure e di standards relativi alla sicurezza alimentare e alla salute di animali e piante*

Riunioni del Comitato SPS del 28-29 Marzo, 10-11 Luglio, 18-19 Ottobre 2012.

Tra le varie tematiche oggetto di dibattito nel corso del 2012 in seno al Comitato SPS vii è stata l'adozione sempre più frequente da parte degli Stati di misure relative alla sicurezza alimentare e alla salute degli animali e delle piante che di fatto arrivano a costituire un'ingiustificata restrizione agli scambi, perché non rispondenti agli standards internazionali e non fondate su dati di tipo scientifico. Molteplici Stati hanno dunque sottolineato l'esigenza di sviluppare a livello internazionali linee-guida, standards e raccomandazioni *science-based*, rafforzare la fiducia nei confronti degli organi internazionali di standardizzazione in materia di misure SPS e garantire il fondamento scientifico di qualsivoglia misura sanitaria e fitosanitaria che non sia eventualmente fondata sugli standards e le raccomandazioni internazionali.

Tra le altre questioni, particolare rilievo ha assunto – specie nel meeting del marzo 2012 – la questione relativa alla prospettata chiusura da parte dell'Indonesia di alcuni dei principali porti del Paese per quanto concerne le importazioni di prodotti vegetali e frutta.

Diversi Paesi hanno espresso preoccupazione per la suddetta misura, che comporterebbe un significativo aumento dei costi di trasporto e dei costi legati al rischio di deperimento dei prodotti; l'Indonesia ha addotto a giustificazione della sua decisione, fra le altre, motivazioni di tipo sanitario, senza però – si è osservato – effettuare alcuna notificazione al riguardo e nemmeno produrre riscontri scientifici. Riprendendo la discussione già avviata

in precedenti riunioni, inoltre, Paesi quali Perù, Cuba, Colombia, Brasile, Paraguay e Argentina hanno messo in rilievo l'inadeguatezza della normativa in vigore nell'UE con riferimento ai *novel foods*; normativa che porta a considerare come tali, con la conseguente applicazione dello specifico regime di commercializzazione per essi previsto, diversi prodotti tradizionali di questi Paesi rispetto ai quali non è riscontrabile una storia di significativo consumo nel mercato europeo. L'Unione europea ha dato conto di come dal 2008 sia in corso un processo per la modifica della normativa e di come si stia tentando di giungere ad un accordo in merito.

La regolamentazione UE protagonista delle discussioni in seno al Comitato SPS anche nella successiva riunione del luglio 2012, in cui diversi Membri hanno espresso preoccupazioni circa la recente decisione della Commissione europea di modificare il regolamento europeo sui livelli massimi residui di cadmio consentiti nei prodotti di cioccolato, modifica che andrebbe ad incidere negativamente sulle esportazioni e sul livello di sostentamento dei coltivatori di cacao di tali Paesi. L'UE, informando sugli ultimi sviluppi dei lavori, ha rassicurato circa il fatto che l'elaborazione della normativa passerà attraverso diverse fasi di consultazione, tenendo conto delle necessarie diversificazioni a seconda della tipologia di prodotti di cacao e dell'impatto di tale regolamentazione sui piccoli produttori.

La discussione su tali profili è continuata anche nella successiva riunione dell'Ottobre 2012. Ancora una volta, diversi Membri hanno espresso preoccupazioni e critiche al riguardo e nuovamente l'UE ha sottolineato che cercherà di ridurre al minimo l'impatto sul commercio derivante da tale regolamentazione. Parimenti ribadite le preoccupazioni di molti Membri circa la normativa UE in materia di novel foods, attualmente in fase di elaborazione e che si prospetta venga adottata nel corso del 2013.

#### *Ostacoli tecnici al commercio in materia di prodotti alcolici.*

Riunione del Comitato TBT del 13-15 Giugno 2012.

Nella riunione del Comitato TBT del Giugno 2012, al centro delle discussioni tra i Membri WTO si è posta la questione della compatibilità con le norme sul commercio internazionale di alcune regolamentazioni in vigore o in corso di adozione in alcuni Paesi con riguardo ai prodotti alcolici.

Diversi Membri – principalmente Paesi produttori di vino nell'emisfero sud del mondo – hanno contestato le previsioni di cui alla normativa dell'Unione (v. Regolamento (UE) n. 1266/2010 della Commissione che modifica la direttiva 2007/68/CE per quanto riguarda le prescrizioni relative all'etichettatura per i vini)<sup>1</sup> con cui si è di fatto fissato al 1° luglio 2012 il termine a partire dal quale scatta l'obbligo di indicare nell'etichetta di tutti i vini (prodotti e/o imbottigliati a partire da tale data) la presenza di allergeni di albumine e caseine ancora residui nel prodotto.

Sul tavolo della discussione anche talune regolamentazioni in materia di prodotti alcolici in corso di elaborazione da parte di USA, VietNam e Indonesia.

□

(<sup>1</sup>) In GUUE n. L 347 del 31.12.2010, pp. 27-28.

## AlimentarEuropeo

a cura di Laura Salvi

*Tutela dei marchi del Consorzio vino Chianti Classico*  
(Sentenza del Tribunale del 5 dicembre 2012, causa T-143/11, Consorzio vino Chianti Classico c. Ufficio per l'Armonizzazione del Mercato Interno – UAMI)

La vicenda alla base della pronuncia del 5 dicembre scorso, nella causa T-143/11, nasce dall'impugnazione da parte del Consorzio vino Chianti Classico della decisione dell'UAMI con cui questo aveva rigettato l'opposizione alla registrazione come marchio comunitario del segno caratterizzato dall'immagine di un animale costituito da un gallo di colore giallo posto di profilo su uno sfondo rosso e accompagnato dalla sigla "F.F.R.", registrazione che era stata richiesta dalla *Fédération française de rugby* (FFR) per le bevande alcoliche (classe 33 dell'Accordo di Nizza) dalla stessa sponsorizzate. Tale opposizione da parte del Consorzio vino Chianti Classico si fondava sull'esistenza di diversi precedenti marchi registrati su domanda dello stesso Consorzio a livello nazionale – di cui cinque in Italia e uno nel Regno Unito – per la medesima tipologia di prodotti, e di un similare marchio "notorio" in Germania e Francia, tutti costituiti, seppur con colorazioni diverse, dalla figura di un gallo posto di profilo accompagnato dalle parole «Chianti Classico» e da espressioni, a seconda del singolo marchio, quali «Consorzio Vino Chianti Classico», «Chianti Classico Consorzio», «Consorzio del marchio storico».

Dopo l'iniziale accoglimento della domanda di opposizione da parte dell'UAMI, la IV commissione di ricorso, alla quale la *Fédération française de rugby* (FFR) si era rivolta, aveva annullato la decisione presa in prima istanza affermando l'inesistenza di un rischio di confusione tra il marchio comunitario per cui era stata chiesta la registrazione (dalla stessa FFR) e i preesistenti marchi registrati a livello nazionale. Tale decisione è stata impugnata di fronte al Tribunale dal Consorzio vino Chianti Classico, il quale ha fatto valere la violazione dell'art. 8, par. 1, lett. b) del reg. 207/2009, asserendo l'esistenza di un rischio di confusione per la somiglianza del marchio di cui la FFR chiedeva la registrazione e i marchi anteriori e per l'identità dei prodotti o servizi per i quali i marchi sono stati richiesti, nonché la violazione dell'art. 8, par. 5 del medesimo regolamento, essendo il marchio comunitario di cui si chiedeva la registrazione identico ai marchi nazionali anteriori aventi notorietà nei rispettivi Stati membri e potendo l'uso senza giusto motivo di detto marchio trarre indebito vantaggio di tale notorietà e recare ai marchi nazionali un pregiudizio.

Il Tribunale dell'UE, quanto all'asserita esistenza di un rischio di confusione, ha sostanzialmente confermato la conclusione cui era pervenuta la IV commissione di ricorso dell'UAMI. Dopo aver ricordato che la valutazione circa l'esistenza di siffatto rischio di confusione deve essere condotta globalmente in relazione alla percezione dei consumatori, i Giudici hanno

rilevato che sebbene vi sia un certo grado di similarità dal punto di vista visivo (per via della presenza, al centro di ciascuno dei marchi, dell'animale rappresentato da un gallo), i consumatori sarebbero più inclini ad identificare i marchi in relazione all'elemento verbale degli stessi, nel caso di specie appartenenti a lingue differenti e perciò foneticamente e concettualmente non comparabili. Di qui l'affermazione per cui il marchio comunitario contestato e gli anteriori marchi nazionali presenterebbero un basso grado di somiglianza, con la conseguenza che il pubblico di riferimento (sia con riguardo ai marchi nazionali registrati in Italia e nel Regno Unito, che per il marchio notorio in Germania e Francia) non identificherebbero i prodotti oggetto di tale marchio come provenienti dalle stesse imprese.

Diversa invece la conclusione con riferimento al secondo motivo fatto valere dalla ricorrente, ritenendo i Giudici che erroneamente l'UAMI avesse escluso una violazione del par. 5 dell'art. 8 del reg. 207/2009 limitandosi a constatare che i marchi non erano del tutto simili, ma senza verificare che le altre condizioni richieste dalla norma fossero integrate; annullata, dunque, la decisione della commissione di ricorso dell'UAMI e conseguentemente negata la possibilità della FFR di registrare come marchio il segno figurativo sopra descritto.

Nulla da temere – per ora – per i marchi registrati dal Consorzio vino Chianti classico, ferma restando la possibilità che la sentenza del Tribunale (che di fatto si è pronunciato sulla forma e non sulla sostanza) venga al più presto impugnata.

*L'iscrizione nella banca dati E-Bacchus non costituisce atto suscettibile di controllo di legittimità da parte dei Giudici dell'Unione: rimane ferma la denominazione di origine protetta «Vinohradnícka oblast' Tokaj»*

(Sentenza del Tribunale dell'8 novembre 2012, causa T-194/10, Ungheria c. Commissione)

Una recente pronuncia dei Giudici europei richiama in qualche modo alla mente le tanto travagliate vicende relative alla denominazione "Tocai friulano" (così come le analoghe denominazioni "Tocai italico" e "Tokai Pinot gris"), che, come noto, è divenuta inutilizzabile a far data dal 31 marzo 2007 in forza di un accordo bilaterale intercorso nel 1993 tra la Comunità europea e la Repubblica dell'Ungheria (in seguito, con il reg. (CE) n. 832/2007 si è provveduto a disporre la soppressione di tale denominazioni dall'allegato II del reg. (CE) n. 753/2002). L'Ungheria aveva così "avuto la meglio" sull'Italia ottenendo la protezione esclusiva della denominazione "Tokaj" quale indicazione geografica relativa ad un tipo di vino prodotto in una specifica regione situata al confine tra Ungheria e Slovacchia, laddove, invece, il c.d. "Tocai friulano" non aveva mai ottenuto tale riconoscimento in quanto indicante semplicemente un vitigno coltivato in territorio friulano e tradizionalmente denominato Tocai.

Data la localizzazione della regione viticola di Tokaj sia nel

territorio dell'Ungheria, che in quello della Slovacchia, il termine "Tokaj" figura, per la verità, anche all'interno di una denominazione di origine protetta utilizzata dalla Slovacchia («*Vinohradnícka oblasť Tokaj*») e su richiesta di questa iscritta dalla Commissione negli elenchi dei vini di qualità prodotti in regioni determinate (v.q.p.r.d.); a questa iscrizione aveva fatto seguito una richiesta da parte della Slovacchia di modifica della suddetta denominazione in «*Tokajská/Tokajské/Tokajsky vinohradnícka oblasť*», con conseguente nuova iscrizione il 30 luglio 2009.

Tale denominazione di origine protetta è stata iscritta, con riferimento alla parte della regione viticola di Tokaj in Slovacchia, anche nel nuovo registro elettronico (banca dati *E-Bacchus*, creata ex art. 118 del reg. (CE) n. 1234/2007), che a partire dal 1° agosto 2009 ha sostituito gli elenchi dei v.q.p.r.d. precedentemente pubblicati dalla Commissione. A fronte di una richiesta della Slovacchia, nel novembre 2009, la Commissione procedeva a sostituire la suddetta denominazione con «*Vinohradnícka oblasť Tokaj*», quale denominazione effettivamente figurante nella normativa nazionale slovacca; tale modifica è stata però contestata dall'Ungheria, che ha fatto valere come la normativa nazionale in vigore dal 1° settembre 2009 figurasse in realtà la denominazione «*Tokajská/Tokajské/Tokajsky vinohradnícka oblasť*» e ha chiesto l'annullamento dell'ultima iscrizione effettuata dalla Commissione.

Nella sua pronuncia, che di fatto si sviluppa e si esaurisce nell'analisi dei profili di ricevibilità, il Tribunale ha rilevato come l'atto con cui la Commissione ha effettuato l'iscrizione contestata non sarebbe suscettibile di produrre autonomamente effetti giuridici obbligatori agli effetti dell'art. 263 TFUE. L'iscrizione in *E-Bacchus*, secondo i Giudici, non andrebbe cioè in alcun modo ad incidere sulla protezione accordata alle denominazioni di vini dalla normativa dell'Unione vigente anteriormente all'istituzione della banca dati e fondata, a sua volta, sulle denominazioni dei vini così come determinate dalla normativa degli Stati membri; poiché la normativa slovacca in vigore al 1° agosto 2009 – giorno dell'introduzione di *E-Bacchus* – sulla quale si fondava la tutela comunitaria delle denominazioni di vini quanto alla parte della regione viticola di Tokaj in Slovacchia conteneva soltanto la denominazione «*Vinohradnícka oblasť Tokaj*», era solo quest'ultima era l'unica a godere a quell'epoca, di protezione nell'Unione (in specie in forza del reg. 1439/1999); nessun rilievo avrebbe avuto l'erronea iscrizione della denominazione «*Tokajská/-Tokajské/Tokajsky vinohradnícka oblasť*» nella lista di v.q.p.r.d., così come irrilevante sarebbe stata l'introduzione di una nuova normativa nazionale a partire dal 1° settembre 2009.

Il Tribunale ha quindi respinto il ricorso proposto dall'Ungheria contro l'iscrizione in *E-Bacchus* della denominazione «*Vinohradnícka oblasť Tokaj*», non essendo tale iscrizione suscettibile di qualificazione come un atto dell'Unione europea destinato a produrre effetti giuridici.

*Denominazioni di vendita dei prodotti lattiero-caseari e operatività delle relative deroghe secondo il Regolamento unico OCM (Sentenza della Corte del 18 ottobre 2012, causa C-37/11, Commissione europea c. Repubblica Ceca).*

È del 18 ottobre scorso la sentenza della Corte di giustizia

resa nel procedimento C-37/11, instaurato a fronte del ricorso per inadempimento promosso dalla Commissione europea contro la Repubblica Ceca, alla quale è stato contestato di essere venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'art. 115 del regolamento (CE) n. 1234/2007 (regolamento unico OCM).

La vicenda nasce dalla previsione da parte della normativa ceca della possibilità di utilizzare la denominazione "burro da spalmare" per un prodotto lattiero-caseario a base di crema acidificata arricchito con latte in polvere o latticello in polvere e con un tenore, in peso, di grassi lattieri e di estratto secco uguale o superiore, rispettivamente, al 31% e al 42%.

Con questa denominazione viene commercializzato in detto Stato il «*pomazánkové máslo*», un prodotto simile al burro utilizzato come crema da spalmare, le cui caratteristiche, però, (tenore minimo, in peso, di grassi del 31% e di estratto secco del 42% e un tenore di acqua che può arrivare al 58%) non risultano conformi ai requisiti previsti nell'appendice all'allegato XV del regolamento n. 1234/2007 per poter utilizzare la denominazione "burro" per la vendita delle diverse tipologie di "grassi lattieri" indicati nell'art. 115 del medesimo regolamento; tali requisiti sono indicati in un tenore minimo di grassi lattieri dell'80% ma inferiore al 90%, tenori massimi di acqua del 16% e tenore di estratto secco non grasso del 2%. Per il «*pomazánkové máslo*», d'altronde, non trova neppure applicazione la deroga prevista all'allegato XV, al punto I, par. 2, lett. a), del regolamento unico OCM, ove si stabilisce che le denominazioni di vendita indicate nello stesso allegato – e tra questa quella di "burro" – non debbano necessariamente trovare applicazione per quei prodotti «la cui natura esatta è chiara per uso tradizionale e/o qualora le denominazioni siano chiaramente utilizzate per descrivere una qualità caratteristica del prodotto». In attuazione dell'art. 121, lett. c), del reg. 1234/2007, che prevede la competenza della Commissione a stabilire modalità di applicazione delle norme sulla commercializzazione e sulle condizioni di produzione di cui agli artt. da 113 a 121 del regolamento, è stato adottato il reg. (CE) n. 445/2007, il cui allegato I contiene l'elenco dei prodotti che beneficiano della deroga di cui sopra.

In tale allegato non figura il «*pomazánkové máslo*». La domanda presentata dalla Repubblica Ceca ai fini dell'iscrizione di tale prodotto nell'allegato, e ai fini dunque dell'applicazione rispetto ad esso della deroga prevista all'allegato XV del reg. 1234/2007, è stata infatti rigettata, dapprima nel 2005 e, a seguito di una nuova richiesta da parte dello Stato, nel 2007. Nel frattempo la Commissione aveva avviato un procedimento per infrazione nei confronti della Rep. Ceca che era culminato con l'invio, il 3 novembre 2009, di un parere motivato in cui si contestava che il prodotto in questione, tenuto conto delle sue caratteristiche, dovesse recare la denominazione «*mlé ná pomazánka X%*» («grasso lattiero da spalmare X%») e non «*máslo*» («burro») e si respingeva l'argomento dello Stato secondo cui la deroga di cui al punto I, par. 2 dell'allegato XV del regolamento unico OCM operasse automaticamente.

A fronte delle opposte posizioni di Commissione e Rep. Ceca, la Corte di giustizia si è trovata anzitutto a pronunciarsi sulla ricevibilità del ricorso, ricevibilità che veniva messa in dubbio dalla Rep. Ceca affermando che la Commissione, tramite il ricorso per inadempimento, avrebbe in realtà opposto allo Stato il proprio inadempimento, consistito nel-

l'adozione della decisione di rigetto alla richiesta di iscrizione nell'allegato I del reg. 445/2007 senza aver prima consultato il comitato di gestione nell'ambito della procedura comitologica all'uopo prevista. Tale argomento viene respinto. Secondo i Giudici, uno Stato non può contestare la legittimità di una decisione della Commissione come quella in questione e servirsene come argomento difensivo nell'ambito di un procedimento di inadempimento promosso contro lo Stato stesso; la Rep. Ceca avrebbe invece dovuto servirsi, a tal fine, di un ricorso per annullamento ex art. 263 TFUE, impugnando la decisione controversa<sup>1</sup>.

Passando ad analizzare il merito della vicenda, la Corte di giustizia ha anzitutto osservato come il «*pomazánkové máslo*» non risponda alle caratteristiche di cui al punto I, par. 2, dell'allegato XV del reg. n. 1234/2007 e come, coerentemente, tale prodotto non figuri nell'allegato I del reg. n. 445/2007 (per via del rigetto della relativa domanda di iscrizione da parte della Commissione). Partendo da questi dati di fatto, peraltro non contestati dalla Repubblica Ceca, i Giudici sono arrivati a respingere l'argomento della Rep. Ceca relativo all'asserita automaticità della deroga prevista al punto I, par. 2, dell'allegato XV del Regolamento unico OCM, sottolineando che è solo previa decisione della Commissione, su delega del Consiglio ex art. 121 del Regolamento n. 1234/2007, che un prodotto può beneficiare della suddetta deroga; ammettere il contrario, equivarrebbe a privare di effetto utile la normativa, e pregiudicare, perciò, la realizzazione dell'obiettivo da essa perseguito dell'uniformazione dell'uso delle denominazioni commerciali nel quadro dei più ampi obiettivi di tutela dei consumatori e della concorrenza.

In definitiva, i Giudici hanno sancito che la Repubblica Ceca, nell'autorizzare nella propria normativa la commercializzazione del prodotto in questione con la denominazione «*máslo*» (burro) pur non presentando esso i requisiti di cui all'allegato XV del reg. n. 1234/2007, è incorsa in un inadempimento rispetto agli obblighi ad essa incombenti in forza di tale normativa.

*Profili territoriali dell'uso dei marchi: ai fini della prova del «serio utilizzo» del marchio anteriore in uno Stato membro non rileva la normativa nazionale.*

(Sentenza del Tribunale del 12 luglio 2012, causa T-170/11, Rivella International AG c. Ufficio per l'Armonizzazione del Mercato Interno – UAMI)

L'ennesimo caso di "conflitto" tra marchi relativi a prodotti ali-

mentari ha fornito ai Giudici europei l'occasione per precisare quale sia la normativa pertinente laddove si tratti di individuare il territorio per il quale deve essere fornita la prova dell'uso del marchio anteriore ai fini dell'opposizione alla registrazione di un marchio comunitario ex art. 42, parr. 2 e 3, del reg. 207/2009.

La vicenda nasceva dall'opposizione alla registrazione di un marchio comunitario, per i prodotti di cui alle classi 29, 30 e 32 dell'Accordo di Nizza, avanzata dalla *Rivella International AG* in forza dell'esistenza di un anteriore marchio internazionale figurativo dalla stessa registrato per i prodotti di cui alla classe 32 e rispetto al quale veniva fatta valere l'esistenza di un rischio di confusione; l'opposizione veniva effettuata solo per la parte tedesca della registrazione, facendo valere - e provando - l'uso di tale marchio in Svizzera e invocando l'art. 5 della Convenzione tra Svizzera e Germania del 1982 in materia di protezione di brevetti, disegni, modelli e marchi (secondo cui la parte tedesca di una registrazione internazionale si considera «utilizzata» in Germania quando è «utilizzata» in Svizzera).

Dopo che sia in primo che in secondo grado l'UAMI aveva respinto il ricorso di opposizione della *Rivella International*, da ultimo con la motivazione che la prova del "serio utilizzo" del marchio era stata fornita solo con riguardo alla Svizzera, e non dunque in relazione allo Stato membro - la Germania - in cui detto marchio è tutelato, così come prescrive l'art. 42, parr. 2 e 3, del reg. 207/2009, la società si è rivolta al Tribunale dell'UE facendo valere la violazione di dette disposizioni.

Il Tribunale ha rigettato l'argomento della ricorrente diretto a far valere l'operatività del diritto nazionale tedesco ai fini della valutazione del marchio internazionale anteriore in questione - la cui tutela veniva appunto invocata con riferimento alla Germania; diritto nazionale che fa applicazione a sua volta della sopra richiamata Convenzione del 1982 relativa alla protezione dei marchi, perciò parte integrante del diritto tedesco, con la conseguenza che il "serio utilizzo" in Germania di siffatto marchio deriverebbe dalla prova fornita con riferimento alla Svizzera in forza dell'estensione operabile a norma della Convenzione.

I Giudici hanno anzitutto ricordato che, trattandosi nel caso di specie di un procedimento di opposizione, ad applicarsi sono le disposizioni del reg. 207/2009 (nonché quelle del reg. (CE) n. 2868/95, recante modalità di esecuzione del "vecchio" regolamento comunitario sui marchi) senza che occorra fare riferimento a una qualsiasi disposizione di diritto interno degli Stati membri. Il diritto nazionale - precisano i Giudici - serve da punto di riferimento in mancanza di disposizioni pertinenti

(<sup>1</sup>) Interessante notare come, a fronte dell'affermazione della Rep. Ceca secondo cui la suddetta decisione fosse da ritenersi addirittura "inesistente" per via del mancato rispetto della procedura, la Corte si sia limitata ad affermare che "anche volendo ritenere che la Commissione non abbia osservato la procedura prescritta (...) un siffatto vizio di procedura non può rimettere in discussione l'esistenza stessa di tale decisione"; si ritroverebbe qui, la questione (che però non viene affrontata dai Giudici) relativa all'incidenza di un vizio di procedura, consistente nella mancata esatta osservanza della procedura di "comitologia" da parte della Commissione, rispetto alla legittimità della decisione adottata dall'Istituzione, questione che è stata invece oggetto di un importante pronunciamento giurisprudenziale in passato (il riferimento è alla celebre sentenza resa nel caso C-3/00, Danimarca c. Commissione, in *Raccolta*, 2003, I, p. 2643, con cui sono state riconosciute legittime alcune disposizioni nazionali danesi con cui si vietava l'uso di determinati additivi in alcuni prodotti alimentari di origine animale, derogando alla normativa armonizzata a livello comunitario. Alla base della più restrittiva legislazione nazionale era stata posta la valutazione del rischio igienico-sanitario relativo all'uso degli additivi in questione compiuta dal Comitato scientifico per l'alimentazione umana, del cui parere non aveva però tenuto conto la Commissione europea, la cui decisione, con cui si era negato alla Danimarca il diritto di mantenere la suddetta legislazione, è stata annullata dalla Corte di giustizia proprio perché inficiata da tale vizio procedurale.

nella normativa dell'UE; non così per quanto concerne la determinazione del territorio sul quale deve essere dimostrato l'uso del marchio, profilo che il reg. 207/2009 disciplina in maniera esaustiva, richiedendo al par. 3 dell'art. 42 la prova dell'uso effettivo del marchio nello Stato membro interessato. La prova del "serio utilizzo" del marchio in questione doveva dunque essere fornita con riferimento al territorio tedesco, avendolo invece la ricorrente fornito solo con riguardo alla Svizzera.

Quanto poi al dubbio avanzato dalla ricorrente circa la necessità di fornire la prova dell'uso ex art. 42, par. 3, del reg. 207/2009, per un marchio internazionale, riferendosi tale disposizione solo ai "marchi nazionali anteriori di cui all'art. 8, paragrafo 2, lettera a)", si è precisato che il riferimento a quest'ultima disposizione deve essere inteso nel senso che i «marchi registrati in base ad accordi internazionali con effetto in uno Stato membro» devono essere assimilati ai «marchi nazionali».

*Gli Stati membri non possono opporsi alla coltivazione di OGM autorizzati nell'UE e iscritti nel "catalogo comune" nelle more dell'adozione di norme nazionali in materia di coesistenza tra colture transgeniche e tradizionali*  
(Sentenza della Corte del 6 settembre 2012, causa C-36/11, Pioneer Hi Bred Italia Srl c. Ministero delle Politiche agricole alimentari e forestali)

Ancora una volta gli OGM, e in particolare il mais transgenico MON 810, al centro di dibattiti a livello nazionale ed europeo. I Giudici dell'Unione sono stati chiamati da ultimo a pronunciarsi sull' "infuocata" tematica degli OGM a fronte del rinvio pregiudiziale operato dal Consiglio di Stato italiano nell'ambito di una controversia instaurata dalla società Pioneer Hi Bred Italia contro il Ministero delle Politiche Agricole, Alimentari e Forestali (Mipaaf); alla base del procedimento il provvedimento ministeriale con cui si era negata alla società, che produce e distribuisce a livello mondiale sementi convenzionali e Ogm, la possibilità di procedere all'istruttoria relativa all'autorizzazione della coltivazione del mais Gm MON 810 per via della mancata adozione, in Italia, delle norme regionali sulla coesistenza, così come prescritto dall'art. 26bis della direttiva 2001/18 (oltre che dalla raccomandazione della Commissione del 23 luglio 2003 – ora sostituita dalla raccomandazione del 13 luglio 2010).

Il Giudice nazionale ha perciò chiesto alla Corte di giustizia di stabilire come l'art. 26 bis della dir. 2001/18 debba essere interpretato a fronte di una situazione - come quella italiana - in cui l'autorizzazione alla coltivazione di OGM "autorizzati" a livello europeo, e perciò liberamente commercializzabili, risulta subordinata all'adozione di misure di carattere generale idonee a garantire la coesistenza con colture convenzionali o

biologiche, tuttavia non ancora adottate<sup>2</sup>, e se l'attuale quadro normativo previsto a livello europeo in materia, dunque, consenta o meno ad uno Stato membro di opporsi alla messa in coltura sul proprio territorio di tali OGM nelle more dell'adozione di misure nazionali di coesistenza dirette ad evitare la presenza accidentale di OGM in altre colture.

Dopo aver delineato il contesto normativo nell'ambito del quale la vicenda si è sviluppata, sottolineando, in particolare, la circostanza per cui il mais transgenico MON810 è autorizzato nell'UE sul duplice fondamento della sua iscrizione nel "catalogo comune" delle varietà delle specie di piante agricole autorizzate alla commercializzazione di cui alla direttiva 2002/53/CE e della sua "notifica" quale prodotto esistente ai sensi dell'art. 20 del reg. 1829/2003, in quanto già autorizzato sulla scorta del precedente regime regolamentare (in specie la dir. 90/220/CE), la Corte di giustizia ha affermato chiaramente che uno Stato membro non è libero di subordinare ad un'autorizzazione nazionale, fondata su considerazioni di tutela della salute o dell'ambiente, la coltivazione di OGM autorizzati in forza delle suddette normative, ad eccezione che nei casi espressamente previsti dal diritto dell'Unione, tra cui figura l'ipotesi dell'adozione di misure di coesistenza ex art. 26 bis della direttiva 2001/18.

Una disposizione questa – precisa la Corte – che prevede tuttavia solo una facoltà per gli Stati membri, cosicché essa non può certamente interpretarsi nel senso di consentire ad uno Stato di adottare un divieto di autorizzazione in attesa che vengano emanate le norme di coesistenza, potendo tale divieto protrarsi per un periodo di tempo illimitato se uno Stato membro si astenesse da qualsivoglia intervento nel settore.

Si attende ora, dunque, la sentenza che il Consiglio di Stato pronuncerà alla luce dell'interpretazione data dai Giudici europei.

*I Giudici europei confermano che il marchio rappresentato dal coniglietto di cioccolato Lindt è privo di carattere distintivo*  
(Sentenza della Corte del 24 maggio 2012, causa C-98/11, *Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG / Ufficio per l'armonizzazione del mercato interno - UAMI*)

Con la pronuncia della Corte di giustizia dello scorso 24 maggio 2012 sembra essersi conclusa la vicenda del "coniglietto di cioccolata Lindt", iniziata nel 2004, quando la società Lindt aveva presentato all'UAMI la richiesta di registrazione come marchio comunitario del segno tridimensionale raffigurante un coniglio di cioccolata con incarto dorato e un nastro rosso, ed approdata nel 2008 davanti al Tribunale di primo grado a fronte del ricorso da parte della stessa società avverso la decisione della quarta commissione di ricorso dell'UAMI con cui era stata negata la suddetta richiesta di registrazione.

Il Tribunale, con sentenza del 18 dicembre 2010, aveva con-

<sup>(2)</sup> In Italia, oltre al decreto legislativo n. 212, del 24 aprile 2001, che prevede la necessità di autorizzazione da parte del Ministro delle politiche agricole e forestali, di concerto con il Ministro dell'ambiente e del Ministro della sanità, per la messa in coltura dei prodotti sementieri al fine di evitare la commistione tra colture GM e colture tradizionali, ad assumere rilievo è il decreto legge n. 279, del 22 novembre 2004, diretto all'adozione di misure di coesistenza in attuazione della raccomandazione della Commissione del 23 luglio 2003. Accanto alla previsione, contenuta nell'art. 3, dell'emanazione di un decreto di natura non regolamentare per la definizione delle norme quadro per la coesistenza (sulla scorta delle quali le Regioni sarebbero chiamate ad approvare i piani di coesistenza), all'art. 8 detto d.l. stabilisce il divieto di coltivazione di colture transgeniche fino al momento in cui detti piani non siano adottati. Con sentenza n. 116 del

fermato la conclusione dell'UAMI: un marchio costituito dal coniglietto di cioccolato, con incarto dorato e con un nastro rosso pieghettato al quale è attaccato un campanellino è privo di carattere distintivo ex art. 7, par. 1, lett. b), del Regolamento n. 40/94, dunque, non ha la capacità di identificare il prodotto per cui si richiede la registrazione del marchio come proveniente da una determinata impresa.

La società *Lindt* ha impugnato detta sentenza di fronte alla Corte di giustizia argomentando, a sostegno della richiesta di annullamento, che i Giudici - così come prima di loro l'UAMI - avrebbero fondato la loro analisi su vaghe supposizioni; oggetto di contestazione da parte della ricorrente, in particolare, il fatto che il Tribunale avesse fatto leva sull'esistenza nel mercato di altri prodotti confezionati in modo eguale (solamente tre, secondo la ricorrente) e avesse desunto da ciò una corrispondenza del marchio alle norme o usi del settore tale, quindi, da escludere la suddetta capacità distintiva.

L'UAMI, da parte sua, ha contestato alla ricorrente di mirare, con tali argomentazioni, ad una nuova valutazione dei fatti - non possibile in sede di impugnazione - consistente, in specie, nella valutazione della percezione del consumatore con riferimento alla capacità distintiva della forma di coniglio in questione rispetto ad altre forme di coniglio di cioccolato; i Giudici di primo grado, comunque, secondo l'UAMI, si sarebbero correttamente allineati alla giurisprudenza secondo cui solo un marchio che si discosti in maniera significativa dalla norma o dagli usi del settore e che, di conseguenza, assolva la sua funzione essenziale d'indicatore d'origine, è dotato di carattere distintivo e avrebbero effettivamente accertato l'assenza di tale carattere in capo al segno in questione.

La Corte di giustizia ha condiviso quest'ultima posizione. Il Tribunale avrebbe infatti correttamente individuato e seguito i criteri stabiliti dalla giurisprudenza pertinente, compiendo un'analisi dettagliata di tutti gli elementi del marchio di cui si era chiesta la registrazione; in ogni caso - precisa la Corte - non sarebbe possibile rimettere in discussione la valutazione del Tribunale in merito al carattere distintivo del marchio, trattandosi di valutazione di ordine materiale. Respinto altresì l'argomento della ricorrente relativo alla possibilità di desumere un carattere distintivo intrinseco dalla circostanza della registrazione del marchio in ben 15 Paesi dell'Unione, costi-

tuendo tale circostanza solamente "un dato di fatto che può essere preso in considerazione nel contesto della registrazione di un marchio comunitario", ma non tale da integrare la prova dell'acquisizione in tali Stati, in base all'uso che è stato fatto del marchio, del suddetto carattere.

*Confermato il "no" al marchio "ALIXIR".*

(Sentenza del Tribunale del 23 marzo 2012, causa T-157/10, Barilla G. e R. Fratelli SpA c. Ufficio per l'Armonizzazione del Mercato Interno - UAMI).

Il Tribunale dell'UE, con la sentenza pronunciata il 23 marzo 2012 nella causa T-157/10, ha confermato la decisione della commissione di ricorso dell'Ufficio per l'Armonizzazione del mercato interno che, a sua volta, aveva confermato la decisione della divisione di annullamento con cui si era accolto il ricorso della Brauerei Schlösser GmbH volto ad ottenere l'annullamento della registrazione del marchio comunitario ALIXIR, ottenuta dall'azienda italiana Barilla G. e R. Fratelli SpA nel 2007.

Alla base della decisione dell'UAMI il rischio di confusione tra i prodotti commercializzati dalla Barilla con il marchio "ALIXIR", e consistenti in c.d. alimenti funzionali, e i similari prodotti (di cui alla classe 32 della Classificazione di Nizza) prodotti dalla società tedesca Brauerei Schlösser GmbH e identificati dal marchio nazionale "Elixer"; secondo l'UAMI, l'alto grado di somiglianza tra i due marchi sotto il profilo fonetico potrebbe portare il consumatore ad attribuire ai due marchi lo stesso contenuto concettuale, associando il marchio comunitario "ALIXIR" all'antecedente marchio nazionale "Elixer".

Una posizione questa, confermata a pieno dai Giudici di Lussemburgo, secondo i quali i due marchi in questione, nonostante l'effettiva diversità sotto il profilo visivo, risultano identici o altamente simili sotto il profilo fonetico, dando dunque luogo ad un rischio di confusione tale da impedire la registrazione del marchio comunitario ex art. 8, par. 1, lett. b) del reg. 207/2009. Nessun rilievo assumerebbe, ai fini della valutazione globale della sussistenza di tale rischio, lo scarso carattere distintivo del marchio anteriore, essendo questo solo uno dei fattori suscettibili di considerazione.

□

## Recensioni

**Daniele Bianchi**

*La politique agricole commune (PAC) – Toute la PAC, rien d'autre que la PAC !, Précis de droit agricole européen*  
Bruylant, Bruxelles, 2012, II ed., pp. 646, ISBN 978-2-8027-3434-5.

Con la prefazione del Commissario Europeo Dacian Cioloș si apre la seconda edizione del libro di Daniele Bianchi, che esce in un anno significativo per la politica agricola comune, ovvero nell'anniversario dei suoi cinquant'anni.

L'Autore ripercorre con perizia le riforme che hanno segnato la politica agricola comune definendola la "Prima Donna" delle politiche europee.

Il libro è suddiviso in fasi fondamentali, dalla Conferenza di Stresa sino alla riforma delle Organizzazioni Comuni di Mercato, confluite in più tappe in un unico regolamento, che con l'obbiettivo di semplificare le politiche dei mercati, ha sostanzialmente riformato il primo pilastro della PAC, al fine di creare un unico testo armonizzato dei classici strumenti della politica di mercato.

Rispetto alla prima edizione, suddivisa in tre parti, il Trattato, il diritto derivato e le regole comuni ai due pilastri, l'autore dedica ampio spazio nell'appendice al "Droit agro-alimentaire", che si afferma quale diritto multilivello, strettamente connesso alla PAC ed allo sviluppo rurale, ma che allo stesso tempo trova all'interno del diritto europeo uno spazio proprio oramai consolidato, ove si consideri che la dottrina, con cui concorda l'autore, colloca la nascita del diritto alimentare europeo nel 2002 con il regolamento 178, noto come "General Food Law".

Anche se non espressamente celebrato nel volume, vi è un secondo rilevante anniversario, se pur più giovane: il "Droit agro-alimentaire" europeo è già al suo decimo anno, e la sezione del libro dedicata a tale disciplina è una conferma della crescente attenzione delle istituzioni europee a tale diritto.

Il Libro di Daniele Bianchi affronta con chiarezza le importanti modifiche che la PAC ed il diritto agrario comunitario hanno subito dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Il nuovo Trattato ha ridisegnato in generale le funzioni ed i compiti delle istituzioni europee, in particolare nel settore agricolo; ciò nonostante le finalità della PAC risultano le medesime dell'originario Trattato di Roma.

Tali modifiche, ed in particolare la nuova procedura legislativa ordinaria, sono oggetto di un'attenta analisi, stante il radicale cambiamento in esito al rinnovato art. 43 del TFUE, che tra passato e futuro riconosce al Parlamento Europeo nuove ed importanti competenze in materia agricola.

Come osserva acutamente l'autore, le basi di tali competenze devono tuttavia rinvenirsi prima di Lisbona, ed in particolare in alcune importanti decisioni della Corte di Giustizia, che a più riprese ha affermato la necessità non solo formale di partecipazione del Parlamento in determinate procedure, aventi ad oggetto anche la PAC.

Specularmente grande attenzione è riservata ai nuovi poteri della Commissione ed all'evoluzione della comitatologia in materia agricola.

Nel nuovo assetto delineato dal Trattato di Lisbona e dal nuovo Regolamento (UE) n. 182/2011, che sostituisce la decisione del Consiglio 1999/468/CE del 28 giugno 1999, la comitatologia sembra concentrata esclusivamente sugli atti c.d. esecutivi (art. 291 TFUE).

Nella seconda parte del volume, dedicata al diritto derivato, trova ampio spazio l'esame della riforma di metà periodo e la conseguente istituzione del disaccoppiamento, dei pagamenti diretti e dell'introduzione dei diritti all'aiuto, dopo anni di politiche legate in buona parte alla sola produttività, lasciando allo sviluppo rurale il compito di incentivare politiche alternative al mercato.

L'attenzione in questa edizione è tuttavia maggiormente rivolta alla modifica sostanziale delle Organizzazioni Comuni di Mercato, che a partire dal 2007 sono confluite in un unico Regolamento, che costituisce un fondamentale pilastro della PAC, ovvero l'insieme degli interventi rivolti al mercato. L'Organizzazione Comune di Mercato, nel testo novellato del 2007, rappresenta oggi l'insieme delle norme fissate dagli atti comunitari che disciplinano la produzione ed il commercio dei prodotti agricoli di tutti gli Stati membri dell'Unione europea.

I prossimi impegni che attendono il legislatore europeo, secondo la risoluzione del Parlamento Europeo del 23 giugno 2012 sulla "PAC verso il 2020", dovrebbero consentire di rispondere alle future sfide in tema di alimentazione, di tutela e valorizzazione delle risorse naturali e del territorio, e meglio definire il contributo dell'agricoltura alla lotta contro i cambiamenti climatici.

Monica Minelli