

## L'art. 62 dopo le ultime decisioni\*

Luca Petrelli

### 1.- Introduzione

La nuova disciplina quadro delle relazioni commerciali in materia di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari è stata introdotta in Italia nel 2012 al fine di assicurare trasparenza e correttezza nei rapporti B2B all'interno della filiera agroalimentare, caratterizzata da una asimmetrica distribuzione di potere negoziale. Le disposizioni prevengono e contrastano l'abuso del maggiore potere contrattuale a danno delle controparti più deboli tra le quali generalmente rientrano gli agricoltori, il cui reddito è in continua diminuzione<sup>1</sup>. La disparità di forza negoziale ed una mancata trasparenza del contenuto complessivo dell'accordo possono indurre il contraente più forte a porre in essere pratiche commerciali sleali.<sup>2</sup> Tale situazione può innescare fattori di decrescita della filiera ed entrare in contrasto con una sostenibilità dei rapporti economici nei mercati intermedi considerata responsabile a livello nazionale e/o europeo, dunque con un assetto concorrenziale valutato come ottimale. In virtù di tali considerazioni si può ritenere che la normativa italiana è improntata al rispetto dell'interesse pubblico al corretto funzionamento del mercato<sup>3</sup>.

A livello UE la filiera alimentare, caratterizzata da una rilevante crescita della concentrazione della GDO e da un contestuale aumento del potere di acquisto dal lato della domanda, è stata sottoposta ad una approfondita analisi dalle Istituzioni europee e da parte della dottrina<sup>4</sup> a fronte del fenomeno, verificatosi negli anni 2007/2008, di un rilevante aumento dei prezzi al consumo unitamente a grandi fluttuazioni degli stessi. La Commissione in alcuni importanti documenti elaborati nel 2009 e nel 2013<sup>5</sup> ha cercato di individuare le soluzioni strategiche più opportune per superare il malfunzionamento della filiera reso evidente dalla registrata riduzione del *welfare* dei consumatori in termini di prodotti disponibili e di prezzi, nonché da una riscontrata asimmetria nella distribuzione del valore aggiunto nell'ambito della catena di fornitura a vantaggio di operatori che dispongono di un forte potere negoziale rispetto ad altri, più deboli, normalmente piccole e medie imprese (sia distributori che fornitori), con una tendenza alla compressione dei margini degli operatori agricoli a vantaggio dei distributori e/o dei trasformatori alimentari.

Tra le priorità fondamentali per risolvere le riscontrate distorsioni ed aumentare la competitività della filiera alimentare la Commissione<sup>6</sup> ha individuato la necessità, oltre che di migliorare la trasparenza di mercato, di incentivare un'azione di contrasto sia delle pratiche anticoncorrenziali, riconducibili al classico diritto antitrust, sia delle pratiche commerciali sleali tra imprenditori (B2B)<sup>7</sup>.

Le principali Istituzioni europee<sup>8</sup> si sono mosse rapidamente per elaborare una definizione ed un inquadramento cor-

(\*) Il presente contributo è destinato agli studi in onore di Luigi Costato.

(<sup>1</sup>) Dati statistici dimostrano che il reddito degli agricoltori in Italia ed in Europa è in netta diminuzione (-11,6% dal 2009) mentre i costi totali dei fattori di produzione a carico degli agricoltori sono saliti in media di quasi il 40% tra il 2000 e il 2010; v. la Risoluzione del Parlamento Europeo del 19 gennaio 2012 sugli squilibri della catena di distribuzione alimentare P7-TA (2012)0012, in GU n. C 227 E del 06/08/2013, p. 11 ss., punto 4.

(<sup>2</sup>) La problematicità dei rapporti tra fornitori e grande distribuzione organizzata, in conseguenza anche del progressivo rafforzamento del potere di quest'ultima dal lato della domanda nella filiera agroalimentare italiana, nonché gli effetti incerti, comunque non sempre benefici, che tale stato di fatto determina nei confronti dei consumatori, sono stati evidenziati dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Indagine conoscitiva sul settore della GDO*, 24 luglio 2013.

(<sup>3</sup>) Per una tale valutazione v. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Indagine conoscitiva sul settore della GDO*, cit., p. 192.

(<sup>4</sup>) V. la Dichiarazione del Parlamento Europeo su uno studio e soluzioni all'abuso di potere dei grandi supermercati operanti nell'Unione europea, 19 febbraio 2008, Strasburgo P6-TA (2008) 0054; da ultimo cfr. la Risoluzione del Parlamento Europeo del 19 gennaio 2012 sugli squilibri della catena di distribuzione alimentare, cit. Cfr., altresì, Commissione delle Comunità Europee, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle regioni, *Migliore funzionamento della filiera alimentare in Europa*, Bruxelles, 28.10.2009, COM (2009) 591 definitivo; Commissione Europea, Libro Verde sulle pratiche commerciali sleali nella catena di fornitura alimentare e non alimentare tra imprese in Europa, Bruxelles, 31.1.2013, COM (2013) 37 final. Per la dottrina italiana cfr. lo studio in prospettiva comparativa di F. Gencarelli, *Relazioni contrattuali tra industria alimentare e grande distribuzione nei principali paesi europei*, in q. Riv. [www.rivistadirittoalimentare.it](http://www.rivistadirittoalimentare.it), n.2-2008.

(<sup>5</sup>) Commissione delle Comunità Europee, Comunicazione, *Migliore funzionamento della filiera alimentare in Europa*, cit.; Commissione Europea, *Libro Verde sulle pratiche commerciali sleali nella catena di fornitura alimentare e non alimentare tra imprese in Europa*, cit.

(<sup>6</sup>) Commissione delle Comunità Europee, Comunicazione, *Migliore funzionamento della filiera alimentare*, cit.

(<sup>7</sup>) La Commissione distingue chiaramente tra diritto della concorrenza e normativa finalizzata ad impedire pratiche sleali tra imprenditori: "le norme in materia di pratiche commerciali sleali perseguono per lo più finalità diverse rispetto agli obiettivi perseguiti dal diritto della concorrenza, in quanto disciplinano i rapporti contrattuali tra le imprese stabilendo i termini e le condizioni che, ad esempio, i fornitori devono offrire ai distributori, a prescindere dagli effetti reali o presunti sulla concorrenza nel mercato"; cfr. Commissione Europea, *Libro Verde sulle pratiche commerciali*, cit. p. 11.

(<sup>8</sup>) Risoluzione del Parlamento Europeo del 5 luglio 2011 su un commercio al dettaglio più efficace e più equo - 2010/2109 (INI); Commissione Europea, *Libro Verde sulle pratiche commerciali*, cit.; *L'atto per il mercato unico. Dodici leve per stimolare la crescita e raffor-*

retti delle pratiche commerciali sleali tra imprenditori e delle possibili misure di contrasto nei vari settori della distribuzione al dettaglio non limitandosi, peraltro, nell'ultimo periodo, alla sola filiera alimentare, a ciò confortate anche da indicazioni, provenienti dal mondo dell'impresa, confermatrice dell'importanza della problematica in ogni rapporto commerciale<sup>9</sup>. Le pratiche commerciali sleali, in particolare, secondo quanto affermato dalla Commissione nel libro verde del 2013<sup>10</sup>, si discostano dalla buona condotta commerciale incentrata sui principi di buona fede e correttezza e sono ricollegabili al fenomeno di una tendenziale distribuzione asimmetrica del potere negoziale tra gli operatori della filiera. Lo squilibrio nelle posizioni di forza tra gli operatori consente, infatti, ad alcuni imprenditori di abusare di un maggiore potere negoziale (*buyer power*) per imporre unilateralmente condizioni contrattuali a loro esclusivo vantaggio, o comunque clausole nettamente sproporzionate, non giustificate, o irragionevoli, che permettono di spuntare prezzi o condizioni migliori alterando, in tal modo, il corretto meccanismo di trasmissione dei prezzi lungo la filiera e riducendo la capacità di innovazione e di investimento di tutto l'indotto. Tuttavia è proprio nella filiera alimentare che la problematica delle pratiche commerciali sleali B2B ha raggiunto il livello di massimo approfondimento: degno di nota, anche al fine di verificare le più utili soluzioni per l'elaborazione di efficaci meccanismi di controllo e di *enforcement*, è stato il lavoro svolto dalla piattaforma di esperti sulle pratiche contrattuali chiamati ad operare, sin dal 2010, in seno al Forum di alto livello per un migliore funzionamento della filiera alimentare istituito dalla Commissione europea<sup>11</sup>. Come primo risultato la piattaforma di esperti ha

messo a punto nel 2011 un documento che contiene un elenco di principi e di esempi di pratiche sleali e corrette richiamate, tra l'altro, dalla normativa italiana. Nei prossimi mesi la Commissione Europea sarà tenuta ad effettuare una valutazione d'impatto delle diverse opzioni ipotizzabili per trovare una soluzione equa ed efficace a tutta la problematica: in particolare si tratterà di verificare se per la migliore azione di contrasto nei confronti delle pratiche sleali B2B sarà più opportuna una soluzione a livello locale o a livello UE prendendo in considerazione ogni ipotesi: dall'autoregolamentazione all'emanazione di una specifica normativa imperativa<sup>12</sup>.

## 2.- La disciplina italiana: l'art. 62 del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1

In assenza di disposizioni europee specifiche sulle pratiche commerciali scorrette B2B l'Italia, come si è già detto, si è dotata di una disciplina quadro delle relazioni commerciali in materia di cessioni dei prodotti agricoli e agroalimentari escludendo quelle che hanno come controparte il consumatore. Introdotta nel nostro ordinamento con l'art. 62 del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1 (c.d. Decreto liberalizzazioni o "cresci Italia"), convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, la nuova disciplina ha visto, dapprima, definire le sue modalità applicative con l'emanazione del D.M. 19 ottobre 2012 n. 199, successivamente, modificare sostanzialmente alcune sue importanti disposizioni per gli effetti dell'entrata in vigore della legge 17 dicembre 2012, n. 221 di conversione, con modificazioni, del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, che ha introdotto gli artt. 36 e 36 bis<sup>13</sup>.

zare la fiducia. "Insieme per una nuova crescita", COM (2011) 206 del 13 aprile 2011; relazione della Commissione sull'esercizio di sorveglianza del mercato nel settore del commercio e della distribuzione, *Verso un mercato interno del commercio e della distribuzione più efficace e più equo all'orizzonte 2020*, COM (2010) 355 del 5 luglio 2010.

<sup>(9)</sup> Recentissime analisi (v. ad es. Commissione Europea, Libro Verde sulle pratiche commerciali sleali nella catena di fornitura alimentare e non alimentare tra imprese in Europa, cit) dimostrano che la catena di fornitura alimentare e non alimentare nell'Unione europea, composta di operatori che a vario titolo partecipano al processo che convoglia prodotti e servizi dai fornitori ai consumatori, è stata interessata nell'ultimo periodo dall'emersione di pratiche sleali e di comportamenti anticoncorrenziali posti in essere nell'ambito di rapporti commerciali intercorrenti tra gli stessi imprenditori incidendo sul corretto funzionamento del mercato con effetti potenzialmente negativi sulla competitività.

<sup>(10)</sup> Commissione Europea, *Libro Verde sulle pratiche commerciali sleali*, cit.

<sup>(11)</sup> V. la Decisione della Commissione del 30 luglio 2010 che istituisce il Forum di alto livello per un migliore funzionamento della filiera alimentare in GU C 210 del 3.8.2010, pag. 4. V. altresì la decisione della Commissione del 19 dicembre 2012 che modifica la decisione del 30 luglio 2010 per quanto riguarda la sua applicabilità e la composizione del Forum di alto livello per un migliore funzionamento della filiera alimentare (2012/C396/06), in GU del 21.12.2012, p. 17 prorogando, tra l'altro, il mandato del Forum al 31 dicembre 2014.

<sup>(12)</sup> Commissione Europea, *Libro Verde sulle pratiche commerciali sleali*, cit., p. 4.

<sup>(13)</sup> La disciplina dell'articolo 62 è stata sottoposta a rigorosa analisi in alcune relazioni ed interventi al Convegno organizzato dall'Università degli Studi di Messina e dall'AIDA-Associazione Italiana di Diritto Alimentare, nei giorni 28-29 settembre 2012 i cui atti sono pubblicati in F. Albisinni, M. Giuffrida, R. Saija, A. Tommasini (a cura di), *I contratti del mercato agroalimentare*, Edizioni scientifiche italiane, 2013; cfr., tra le altre, le relazioni di M. Giuffrida, *I contratti di filiera nel mercato agroalimentare*, p. 11 ss.; G. Sepe, *Il controllo del potere di mercato nella filiera agroalimentare: profili concorrenziali e ruolo dell'AGCM*, p. 107 ss.; R. Tommasini, *La nuova disciplina dei contratti per i prodotti agricoli e alimentari*, p. 119 ss.; P. Borghi, *Nuove forme di azionabilità dei contratti del settore alimentare*, p. 171 ss.; A. Germanò, *L'inibitoria e l'azione per danni in caso di violazione dell'art. 62 del D.L. 1/2012*, p. 187 ss.; v. altresì gli interventi di A. Sciaudone, p. 195 ss.; L. Russo, *Le violazioni dell'art. 62, d.l. n. 1 del 2012 tra responsabilità civile e sanzioni amministrative*, p. 209 ss. Altre interessanti notazioni critiche sono contenute nella relazione di sintesi di A. Jannarelli, p. 343 ss.

Per quanto concerne i contributi pubblicati in riviste cfr., inoltre, F. Albisinni, *Cessione di prodotti agricoli e agroalimentari (o alimentari?): ancora un indefinito movimento*, in q. Riv. [www.rivistadirittoalimentare.it](http://www.rivistadirittoalimentare.it), n. 2-2012, p. 1 ss.; Id., *Prodotti alimentari o agroali-*

Le nuove disposizioni in particolare hanno:

- introdotta norme di trasparenza all'interno della filiera sia imponendo un rigido formalismo dei contratti che hanno ad oggetto la cessione di prodotti agricoli e agroalimentari (ad esclusione dei contratti conclusi tra imprenditori agricoli) - in parte mitigato dal DM n. 199/2012 - sia tempi di pagamento certi per le merci. I contratti, d'altra parte, debbono essere improntati al rispetto di precisati principi (trasparenza, correttezza, proporzionalità e reciproca corrispettività);
- tipizzato alcune pratiche commerciali sleali che, tuttavia, costituiscono una categoria generale aperta;
- predisposto un meccanismo originale di *public and private enforcement* delle disposizioni di cui all'art. 62. Tale meccanismo, pur riconoscendo la competenza del giudice ordinario ad intervenire a difesa di interessi privati su istanza di parte, attribuisce un ruolo centrale all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), la quale è tenuta ad esercitare, d'ufficio o su segnalazione, poteri di vigilanza e di intervento per reprimere o conformare verso assetti corretti ed equi le relazioni commerciali, generalmente di natura verticale (tuttavia non qualificabili quali intese verticali o come abusi di posizione dominante), che rappresentano un esercizio illecito del potere contrattuale, normalmente dal lato della domanda ed a detrimento del fornitore. Apposite sanzioni amministrative sono statuite nel caso di inadempimento del formalismo negoziale, di riscontro di pratiche commerciali sleali e di ritardo di pagamento di merci.

La velocità con la quale si è consumata la prima vicenda modificativa/applicativa dell'art. 62, già formulato (a parere unanime della dottrina giusagrarista<sup>14</sup>) in modo tecnicamente scadente nella versione originale dell'atto-fonte di emanazione governativa, non ha evidentemente giovato

alla chiarezza del quadro normativo nel suo complesso<sup>15</sup>. In alcuni casi causa di incertezze è una inescusabile sciattezza del legislatore: si pensi ad esempio alla "distonia lessicale" tra l'epigrafe dell'art. 62, - che limita l'ambito di applicazione della disciplina alle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari - e il contenuto dispositivo dello stesso articolo che, nel suo primo comma, menziona la cessione dei prodotti agricoli e alimentari: l'utilizzazione di espressioni di significati affatto differenti (prodotti agroalimentari da un lato; prodotti alimentari dall'altro) per la "perimetrazione" dell'area operativa della norma non poteva non determinare una prevedibile confusione, prontamente evidenziata dalla migliore dottrina<sup>16</sup>. In altri casi un non esemplare coordinamento normativo ha fatto sorgere dubbi sulla stessa vigenza dell'art. 62 (seppure limitatamente a quanto concerne i termini di pagamento delle merci), dubbi sfociati in una querelle interpretativa tra Ministero dello Sviluppo Economico (MISE) - che ha ritenuto la norma tacitamente abrogata per effetto dell'entrata in vigore del d.lgs 9 novembre 2012 n. 192 in attuazione della direttiva 2011/7/UE (recante una disciplina generale in materia di termini di pagamento per tutte le transazioni commerciali) o, comunque, da disapplicare per contrasto con il sopravvenuto diritto europeo<sup>17</sup> - e Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali (MIPAAF), che si è espresso a favore della piena vigenza dell'art. 62 in quanto la norma si pone in rapporto di evidente specialità rispetto alla previsione di carattere generale della normativa di cui al D.lgs. n. 192/2012 e rientra nella deroga prevista e consentita dal legislatore sia nazionale sia europeo in ordine alla possibile predisposizione di strumenti maggiormente favorevoli a determinate categorie di creditori<sup>18</sup>. Tuttavia va evidenziato che neanche laddove il legi-

*mentari? Il TAR del Lazio, giudice del mercato e law maker, smentisce il MIPAAF e l'AGCM*, in q. Riv. [www.rivistadirittoalimentare.it](http://www.rivistadirittoalimentare.it), n. 3-2013, p. 33 ss.; A. Germanò, *Sul contratto di cessione di prodotti agricoli e alimentari*, in *Dir.giur.agr.alim.amb.*, 2012, p. 379 ss.; Id., *Ancora sul contratto di cessione di prodotti agricoli e alimentari: il decreto ministeriale applicativo dell'art. 62 del d.l. 1/2012*, in *Dir.giur.agr.alim.amb.*, 2012, p. 517; A. Jannarelli, *La strutturazione giuridica dei mercati nel sistema agroalimentare e l'art. 62 della legge 24 marzo 2012, n. 27; un pasticcio italiano in salsa francese*, in *Rivista di diritto agrario*, 2012, I, p. 545 ss.; M. Tamponi, *Cessione dei prodotti agricoli e agro-alimentari: forma ed incertezze legislative*, in *Riv.dir.agr.*, 2013, I, p. 449 ss.; A. Artom, *Disciplina delle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari*, in q. Riv. [www.rivistadirittoalimentare.it](http://www.rivistadirittoalimentare.it), n. 2-2012, p. 1 ss.; G. Biscontini, *Contratti agroindustriali ed art. 62 D.L. n. 1 del 2012: luci ed ombre*, in *Comparazione e diritto civile*, 2012, I, p. 1 ss.; G. Biscontini, *Art. 62 d.l. n. 1 del 2012 e direttiva n. 7 del 2011: il problema della disciplina dei termini di pagamento tra inderogabilità e determinazione pattizia*, in *Comparazione e diritto civile*, 2012, I, p. 1 ss.; A. Argentati, *La disciplina speciale delle relazioni commerciali nel settore agroalimentare. Riflessioni sull'art. 62 l. n. 27 del 2012*, in *Giustizia civile*, 2012, II, p. 441 ss.; C. Giacomini, *L'articolo 62 del decreto "Cresci Italia"*, in *Agriregionieuropa*, 2012, 30, p. 1 ss.; S. Zorretto, *La nuova disciplina delle relazioni commerciali e dei contratti di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari. Note a prima lettura*, in *Ricerche giuridiche*, 2013, v. 1, n. 2, p. 9 ss.

<sup>(14)</sup> V. da ultimo A. Jannarelli, *La strutturazione giuridica dei mercati nel sistema agroalimentare e l'art. 62 della legge 24 marzo 2012, n. 27: un pasticcio italiano in salsa francese*, cit., p. 553.

<sup>(15)</sup> La prospettiva di analisi del presente contributo non ci consente di dare conto approfonditamente di tutte le ambiguità del nuovo testo normativo, d'altra parte, bene evidenziate dalla dottrina che si è precedentemente richiamata, cui si rinvia. Ci limiteremo, pertanto, a segnalare soltanto le problematiche che hanno poi trovato una soluzione interpretativa in prese di posizione istituzionali o, comunque in recenti sentenze.

<sup>(16)</sup> F. Albisinni, *Cessione di prodotti agricoli e agroalimentari (o alimentari?): ancora un indefinito movimento*, cit., pp. 2-5.

<sup>(17)</sup> Nota redatta il 27 marzo dall'Ufficio legislativo del MISE in risposta ad un quesito posto dal Direttore Generale di Confindustria relativamente all'applicazione del disposto di cui all'articolo 62 del decreto legge n. 1 del 2012.

<sup>(18)</sup> Nota redatta il 2 aprile 2013 dall'Ufficio legislativo del MIPAAF.

slatore è ricorso all'abrogazione espressa di alcune disposizioni - come ad esempio allorché ha "cancellato" la nullità prevista nel testo originario dell'art. 62 quale conseguenza del mancato rispetto del formalismo negoziale, nonché la previsione della sua rilevabilità anche di ufficio da parte del giudice - il testo normativo ha acquisito una auspicabile sicurezza interpretativa tanto che parte autorevole della dottrina non esclude l'applicabilità di una "nullità virtuale di protezione" invocabile dall'imprenditore parte debole del rapporto commerciale<sup>19</sup>.

### 3.- La sentenza del TAR del Lazio

Un importante apporto alla ricostruzione di un coerente quadro legislativo si è avuto con la sentenza del Tar Lazio n. 7195/2013 sul ricorso per l'annullamento dell'art. 2 del DM 19 ottobre 2012 n. 199, depositata il 17 luglio 2013. La decisione, connotata da una portata interpretativa di rigetto, che, a parere di autorevole dottrina, fa sì che i giudici operino come *law maker* nei rapporti di impresa<sup>20</sup>, sancisce "la piena - e perdurante - vigenza dell'art. 62" ritenuta norma di carattere speciale rispetto a quella generale contenuta nel D.lgs n. 192/2012<sup>21</sup>; ricostruisce, inoltre, in esito ad un'analisi logico-sistematica, l'ambito oggettivo dell'applicazione delle norme contenute nell'art. 62 che restringe ai soli prodotti agricoli e agroalimentari, intesi questi ultimi quali prodotti alimentari derivanti dalla produzione agricola. In tal modo viene superata, riducendola ad una imprecisione lessicale, la non conformità tra l'epigrafe dell'art. 62 ed il contenuto dispositivo della norma; sono, altresì, disattese le statuizioni del MIPAAF e dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che, rispettivamente, nel suo regolamento di esecuzione (adottato con il DM n. 199/2012), e nel regolamento sulle procedure istruttorie in materia di disciplina delle relazioni commerciali concernenti la cessione di prodotti agricoli e alimentari (varato con delibera dell'AGCM del 6 febbraio 2013, n. 24220), avevano ritenuto

applicabili le nuove disposizioni a tutti i prodotti alimentari, categoria quest'ultima di cui i prodotti agroalimentari costituiscono, per il TAR del Lazio, un sottoinsieme.

Le ragioni addotte dal TAR a conferma della piena vigenza dell'art. 62 sono convincenti anche se, per avere maggiori certezze, occorrerà attendere la risposta del Consiglio di Stato, interpellato sul punto dall'AGCM<sup>22</sup>.

Per quanto concerne l'individuazione dell'ambito di applicazione dell'art. 62 la sentenza del TAR, se può risolvere alcuni profili di incertezza ricollegabili ai prodotti, non li elimina del tutto permanendo difficoltà (evidenziate dalla quasi totalità della dottrina che ha proposto, in taluni casi, soluzioni non sempre omogenee), ad esempio, in merito alla individuazione della esatta tipologia contrattuale corrispondente al termine "cessione" dei prodotti agricoli e agroalimentari, indicato in rubrica. Quanto alla limitazione della disciplina in oggetto ai soli prodotti alimentari di origine agricola, la soluzione prospettata dal TAR potrebbe trovare ulteriore giustificazione individuando tra le finalità della normativa in oggetto la tutela della posizione di endemica debolezza che segna i rapporti tra fornitori imprenditori agricoli e l'impresa alimentare di trasformazione e di distribuzione. Le dichiarazioni dell'allora ministro dell'agricoltura Catania sui principali media, d'altra parte, sembrano confermare che la protezione degli imprenditori agricoli rientri tra gli scopi perseguiti dall'art. 62. In ogni caso, se questa è stata una delle finalità della nuova disciplina in esame, l'art. 62, così come strutturato, delude le aspettative. Infatti, come evidenziato da autorevole dottrina in un approfondito studio<sup>23</sup>, considerata la complessità del mercato presenti nel c.d. sistema agroalimentare, sarebbe stato legittimo attendersi che il legislatore (stante l'interesse sopra individuato) avesse adottato una disciplina articolata distinguendo (almeno) tra i mercati intermedi, i mercati dei prodotti agricoli di base, in cui il rapporto è tra produttori agricoli e imprese alimentari della trasformazione e della distribuzione, dagli altri segmenti del mercato in cui sono protagonisti le imprese di trasformazione e di distribuzione nel corso del pro-

<sup>(19)</sup> V. da ultimo, M. Tamponi, *Cessione dei prodotti agricoli e agro-alimentari: forma ed incertezze legislative*, cit., p. 453.

<sup>(20)</sup> F. Albinini, *Prodotti alimentari o agroalimentari? Il TAR del Lazio, giudice del mercato e law maker smentisce il MIPAAF e L'AGCM*, cit., spec. p. 39 ss.

<sup>(21)</sup> Secondo il TAR Lazio, che mostra di condividere interamente sul punto la nota dell'Ufficio legislativo del MIPAAF, l'art. 62 non è in contrasto con il diritto dell'Unione europea, dal momento che il legislatore europeo nel disciplinare la materia relativa alle lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali con Direttiva 2011/7/UE ha espressamente fatto "salva la possibilità che il legislatore interno mantenga, ovvero, adotti disposizioni di maggior favore per i creditori"; omogeneamente l'art. 11, comma 2 del D.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 (non modificato sul punto dal D.lgs. n. 192/2012) ha fatto "salve le vigenti disposizioni del codice civile e delle leggi speciali che contengono una disciplina più favorevole per il creditore". La tesi della persistente vigenza dell'art. 62 è inoltre confermata dalle modificazioni ad esso apportate dal D.L. n. 179/2002 (legge di conversione 17 dicembre 2012, n. 221, dunque successiva rispetto al D.lgs. n. 192/2012).

<sup>(22)</sup> Il TAR del Lazio, tuttavia, ha ritenuto che le proprie conclusioni sono omogenee rispetto a quelle ritraibili dal parere espresso dal Consiglio di Stato (2012) sullo schema di DM, di concerto MIPAAF-MISE, attuativo dell'art. 62. Va, inoltre, aggiunto che, in data 31 luglio 2013, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento degli affari giuridici e legislativi, ha indirizzato una lettera al MISE ed al MIPAAF con la quale ha manifestato di aderire alla interpretazione del MIPAAF sulla prevalenza dei termini di pagamento inderogabili di cui all'art. 62, comma 3, rispetto a quelli previsti nella direttiva 2011/7/UE e nel D.lgs. n. 1/2012.

<sup>(23)</sup> A. Jannarelli, *La strutturazione giuridica dei mercati nel sistema agroalimentare e l'art. 62 della legge 24 marzo 2012, n. 27: un patto italiano in salsa francese*, cit., p. 555.

cesso di costruzione dell'alimento. Inescusabile nella prospettiva indicata è il mancato riferimento alle qualifiche soggettive degli operatori coinvolti nei mercati intermedi; tra l'altro la stessa dottrina da ultimo richiamata confuta la tesi secondo cui la protezione indistinta che l'art. 62 offrirebbe al fornitore di piccole e medie dimensioni gioverebbe sempre all'operatore agricolo facendo notare che di alcuni prodotti agroalimentari gli imprenditori agricoli sono acquirenti<sup>24</sup>.

#### 4.- Originalità della nuova disciplina e problematiche ancora aperte

Tra le problematiche interpretative di carattere generale e di maggiore spessore che restano ancora "aperte" è la questione della contestualizzazione del meccanismo di *enforcement* dell'art. 62 nell'ambito delle relazioni economiche tra gli operatori della filiera caratterizzate da un significativo squilibrio nelle rispettive posizioni di forza commerciale, contestualizzazione introdotta in via sub legislativa dall'art. 1 del suo regolamento applicativo (D.M. n. 199/2012) e ripetuta, con altra perentorietà, dall'art. 2 del regolamento dell'AGCM sulle procedure istruttorie (delibera del 6 febbraio 2013, n. 24220) che quell'art. 1 richiama. La norma del decreto applicativo non suscita particolari problemi di legittimità nella misura in cui il riferimento "alle relazioni economiche tra gli operatori della filiera connotate da un significativo squilibrio nelle rispettive posizioni di forza commerciale" sia interpretato quale mera indicazione di priorità volta ad indirizzare la valutazione discrezionale delle Autorità preposte al controllo ed all'applicazione della normativa di cui all'art. 62 piuttosto che come presupposto necessario condizionante l'illiceità della condotta<sup>25</sup>. Al contrario, forti perplessità derivano dalla formulazione dell'art. 2 del regolamento sulle procedure istruttorie dell'AGCM che esclude radicalmente dall'ambito applicativo della nuova disciplina i rapporti non connotati da significativo squilibrio di potere commerciale, fino ad ancorare il disvalore giuridico della condotta alla prova dell'abuso consapevole della posizione di dominanza in cui verte la parte forte del rapporto commerciale. In tal modo, secondo l'interpretazione autentica che

dell'articolo fa l'AGCM, il significativo squilibrio assurge a presupposto di applicazione che "circoscrive la portata della disciplina introdotta alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione a tutela del principio di libera iniziativa economica e dell'autonomia contrattuale"<sup>26</sup>. La correttezza di tale interpretazione è stata esclusa da parte autorevole della dottrina<sup>27</sup> che, già in un precedente scritto<sup>28</sup>, aveva ravvisato quale elemento di originalità della disposizione introdotta dal comma 2 dell'art. 62 rispetto agli illeciti commerciali collocati nell'ambito dell'abuso di posizione dominante e di dipendenza economica proprio il fatto che l'art. 62 consente una "tipizzazione di pratiche commerciali, che vengono comunque qualificate come illecite senza necessità di dimostrare la sussistenza di ulteriori presupposti". Ed in effetti non si può sottacere che l'adozione di tali linee guida da parte dell'Autorità, oltre ad introdurre elementi di grave incertezza ricollegabili alla difficoltà di individuare in modo incontrovertibile il requisito del significativo squilibrio<sup>29</sup>, riduce, e di non poco, l'ambito di applicazione dell'art. 62 (come dimostrano recenti documenti emanati dalla Confcommercio<sup>30</sup>), senza che vi sia traccia di tale finalità nella fonte legislativa; infine, quale ulteriore conseguenza dell'adozione di tali linee guida (che fa dubitare ancor più della legittimità dell'attuale formulazione dell'articolo 2 del regolamento sulle procedure istruttorie emanato dall'AGCM) è la subordinazione dell'irrogazione di sanzioni per il mancato rispetto del formalismo negoziale alla verifica di condizioni palesemente estranee al precetto sanzionatorio così come configurato dalla legge: una delle finalità del ricorso al formalismo negoziale, infatti, è l'imposizione della trasparenza anche contro pratiche negoziali diffuse che prevedono la conclusione orale dei contratti e non necessariamente imposte dalla parte forte del rapporto B2B quale esercizio di abuso consapevole della parte imprenditoriale in posizione di forza.

Un'ultima osservazione sia consentita nei confronti del meccanismo di *public and private enforcement* delle disposizioni introdotte dall'art. 62. La dottrina che fino ad oggi si è occupata dell'art. 62 ha generalmente preferito indagare la via dei rimedi civilistici approfondendo problematiche quali l'invalidità, l'esercizio dell'azione inibitoria, i profili risarcitori e la legittimazione all'azione estesa alle associa-

<sup>(24)</sup> A. Jannarelli, *La strutturazione giuridica dei mercati nel sistema agroalimentare e l'art. 62 della legge 24 marzo 2012, n. 27: un pasticcio italiano in salsa francese*, cit., p. 557.

<sup>(25)</sup> Tale interpretazione sembra consentita dall'espressione "con particolare riferimento" utilizzata nel testo dell'articolo 1 per "legare" al resto della disposizione l'accertamento del significativo squilibrio.

<sup>(26)</sup> Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Indagine conoscitiva sul settore della GDO, cit., p. 192.

<sup>(27)</sup> F. Albisinni, *Prodotti alimentari o agroalimentari? Il TAR del Lazio, giudice del mercato e law maker smentisce il MIPAAF e L'AGCM*, cit., spec. p. 34.

<sup>(28)</sup> F. Albisinni, *Cessione di prodotti agricoli e agroalimentari (o alimentari?): ancora un indefinito movimento*, cit., p. 11.

<sup>(29)</sup> Il riferimento è ancora a F. Albisinni, *Prodotti alimentari o agroalimentari? Il TAR del Lazio, giudice del mercato e law maker smentisce il MIPAAF e L'AGCM*, cit., p. 34.

<sup>(30)</sup> Cfr. *Autorità garante della concorrenza e del mercato "consultazione pubblica sulle procedure istruttorie in materia di disciplina delle relazioni commerciali concernenti la cessione di prodotti agricoli e alimentari"*, Osservazioni Confcommercio – imprese per l'Italia, 18 gennaio 2012.

zioni dei consumatori ed ha mostrato un certo scetticismo sulla stessa utilità di una indagine conoscitiva di competenza dell'AGCM e sull'azione di deterrenza esercitata dalla previsione di sanzioni amministrative pecuniarie erogabili dalla stessa Autorità. E' stata, ad esempio, preconizzata la sostanziale inefficacia dell'apparato sanzionatorio previsto a tutela del formalismo negoziale dal momento che, sulla base delle regole vigenti, e sia pure con l'eccezione di quanto previsto per il settore del latte e dei prodotti lattiero caseari (ove deve essere il primo acquirente del latte a presentare un'offerta scritta all'agricoltore in vista della stipula del contratto), anche la parte debole con il suo comportamento ha la responsabilità dell'eventuale inadempimento di regole formali se, per ipotesi, non ne chiede l'applicazione al momento della stipula del contratto. La parte debole, d'altronde, se dovesse chiedere il rispetto delle regole di forma potrebbe rischiare effettivamente la mancata conclusione del contratto. Va tuttavia ricordato che - per gli effetti del richiamo ai principi di buone prassi e alle pratiche sleali identificate dalla Commissione Europea e dai rappresentanti europei della filiera agro-alimentare nell'ambito del Forum di alto livello per un funzionamento della filiera alimentare, contenuto nell'art. 4 DM n. 199/2012 allegato A - sembra consentito all'operatore far valere, anche in sede di trattative, la slealtà della pratica della controparte che rifiuta o evita di mettere alcuni termini per iscritto (fatto, quest'ultimo, che rende oggettivamente più difficile stabilire l'intento delle parti ed identificare i loro diritti ed obblighi secondo il contratto). Dunque spiragli di *enforcement* anche delle disposizioni a difesa del formalismo negoziale sembrano esserci. Per altro verso dall'analisi conoscitiva che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha svolto nel 2012 del settore della GDO risulta che molte delle condizioni e delle clausole contrattuali praticate dalla GDO rientrano, *prima facie*, nelle fattispecie esemplificative di pratiche scorrette descritte dall'articolo 62. Va tuttavia registrato che a tutt'oggi non risultano ancora incardinati davanti all'AGCM procedimenti ex art. 62. L'intervento dell'Autorità garante è indubbiamente giustificato dalla tutela dell'interesse pubblico al corretto funzionamento del mercato cui, come si è già detto, sono improntate le disposizioni dell'art. 62. Molto opportunamente, dunque, il legislatore ha ideato un meccanismo imperniato sulla centralità dell'azione pubblica di contrasto di un utilizzo illecito del potere contrattuale da parte delle imprese che operano nella filiera agroalimentare nonché del mancato rispetto del formalismo negoziale. L'attribuzione del compito di vigilanza all'Autorità dotata di potere di intervento d'ufficio è poi particolarmente indicato laddove è stata ampiamente dimostrata in un recente libro verde della Commissione l'impor-

tanza del "fattore paura" che colpisce la parte debole imprenditoriale e la scoraggia a rivolgersi alle Autorità preposte per la tutela dei propri diritti; paura di perdere il contratto, di rischiare il *de-listing*, ecc.; ciò senza considerare che, in molti casi, la complessità dell'accordo, la non perfetta conoscenza della normativa applicabile da parte degli imprenditori di piccole e medie dimensioni, unitamente ai costi del giudizio civile, rende in alcuni casi oggettivamente difficile o troppo oneroso l'esercizio di un'azione della parte debole volta a tutelare i propri interessi privati. Al contrario, inopportuna è l'attribuzione all'AGCM della competenza a conoscere delle inadempienze legate ai ritardi di pagamento; infatti, anche in considerazione delle regole generali che disciplinano le modalità di intervento dell'Autorità trasfuse nel regolamento sulle procedure istruttorie in materia di disciplina delle relazioni commerciali concernenti la cessione di prodotti agricoli e alimentari, è facile prevedere che una tale competenza rischia di essere oltremodo assorbita con il rischio di "paralizzare" strutture ed organizzazione dell'Ente. L'attività di *public enforcement* cui sarà tenuta l'AGCM nell'esercizio delle nuove competenze sembra, peraltro, doversi "ricostruire" più utilmente sul modello di "amministrazione di risultato" piuttosto che su quello di tipo "giudiziario/punitivo"<sup>31</sup>. Infatti, nel contesto normativo vigente, risulta particolarmente efficace lo svolgimento di un'attività regolatoria, lato sensu intesa, dei rapporti contrattuali di filiera realizzata attraverso il ricorso ai rimedi specifici (*diffida*, *moral suasion*) se il fine della disciplina in esame è anche quello di favorire l'adeguamento (seppure ex post) dei comportamenti delle imprese interessate al modello ritenuto virtuoso dalla legge; ciò, ovviamente senza pregiudicare in assoluto l'applicabilità delle previste sanzioni amministrative pecuniarie. In altre parole l'aumento di efficienza del settore agroalimentare non sembra possa realizzarsi senza lo svolgimento di "una intensa ed attiva attività amministrativa"<sup>32</sup> oltretutto normativa e paragiurisdizionale quale quella, ad esempio, di regolazione del mercato realizzata dall'AGCM. In tale prospettiva il ruolo svolto dai rimedi civilistici previsti dall'art. 62 è di tipo complementare ed è tutto da costruire: la proposizione di azioni, soprattutto risarcitorie, avrà il risultato di rafforzare l'efficacia deterrente delle sanzioni amministrative.

## ABSTRACT

*The matter under consideration is the new framework for commercial relations relating to the sale of agricultural and agro-food products introduced by article 62 of Legislative Decree No. 1/2012, converted by Law No. 27/2012 and*

(31) Il modello di "public enforcement" del diritto antitrust europeo è stato approfondito da M. Libertini, *Il ruolo necessariamente complementare di "private" e "public enforcement" in materia antitrust*, in M. Maugeri, A. Zoppini (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Il Mulino, 2009, p. 177 ss.

(32) L. Costato, *Dai prodotti agricoli primari ai consumatori: i percorsi della storia*, in q. Riv. [www.rivistadirittoalimentare.it](http://www.rivistadirittoalimentare.it), n. 3-2013, p. 10.

*modified shortly afterwards by Law No.221/2012.*

*The new regulations ensure transparency and consistency in B2B (business to business) relationships within the food supply chain, which is characterised by unequal bargaining positions, through the original use of public and private enforcement.*

*In particular, article 62 prevents and prohibits unfair practices in bargaining power, to the detriment of weaker parties generally including farmers.*

*Differences in interpretation regarding the new regulations have been highlighted by legal doctrine and officially recognised by some Italian Ministries.*

*An important contribution to the reconstruction of a coherent legislative framework was supplied by the recent judgement No. 7195/2013 of the TAR (Regional Administrative Court), Lazio Region, which clarified the sphere of application of article 62 and recognised it as being fully effective. In this case, the judges are widely understood as having acted as law makers in the field of business relationships.*

*Some important issues still remain unresolved, such as those relating to the enforcement of the provisions of article 62 and the validity of any legal acts subsequent to an infringement of protocols of negotiation.*

□

## L'accreditamento degli importatori di prodotti alimentari in USA

Francesco Bruno

### 1.- Introduzione

«Le esportazioni del settore [alimentare] risultano particolarmente penalizzate dai costi dovuti alle divergenze normative. Il campo dei controlli sanitari e fitosanitari è quello di cui UE e US presentano le difformità più marcate nell'applicazione degli standard internazionali, nella tracciabilità dei prodotti o rispetto ai sistemi di valutazione dei rischi. Norme più restrittive di quelle previste a livello internazionale e procedure complicate, spesso poco trasparenti, comportano aggravii in termini di tempi e costi per le aziende UE che lamentano un quadro scoraggiante per l'export anche di prodotti di base, come frutta, verdura o latte». Si tratta dell'incipit del paragrafo 7.1 (intitolato "Settore Alimentare") del documento di Confindustria *Accordo di libero scambio UE-USA. Transatlantic Trade and Investment Partnership-TTIP. Analisi e Osservazioni*, maggio, 2013.

Certamente la procedura di accreditamento e di registrazione degli stabilimenti italiani (ed europei) presso gli organi amministrativi statunitensi può essere inclusa in quelle che Confindustria definisce "procedure complicate", ma altresì sussistono altre barriere tariffarie e non tariffarie nel settore alimentare per i prodotti italiani esportati negli USA<sup>1</sup>. Tra queste ultime assai rilevante è l'obbligo per le imprese che intendono esportare prodotti a base di carne (e di cui presumo si parlerà più tardi in altra relazione) di effettuare una apposita notifica all'USDA, la quale dovrà specificamente approvare gli standard sanitari degli stabili-

menti dove tali alimenti sono trasformati, attraverso l'attività dell'APHIS (*Animal and Plant Health Inspection Service*) e dell'*US Department of Agriculture (USDA)*.

Al contempo, deve però evidenziarsi - alla luce delle recenti modifiche della *food law statunitense* - una evidente nuova centralità del ruolo del diritto (seppur in prevalenza attraverso l'attribuzione di poteri amministrativi e regolamentari ad organi di governo e di controllo) nelle dinamiche economiche e di circolazione dei prodotti alimentari intra ed extra nazionali, che certamente non è correlato come in Europa al suo «*crescente rilievo ...nel processo di costruzione di un mercato interno, in significativa corrispondenza con il rilevante aumento del numero degli Stati membri*»<sup>2</sup>, ma sembrerebbe nascere da una significativa riconsiderazione della protezione e tutela della salute dei cittadini<sup>3</sup>, seppur - come si dirà - con logiche talvolta non chiarissime e non perfettamente speculari con quelle europee.

Tradizionalmente la *food law statunitense*, particolarmente in riferimento alla circolazione dei prodotti GM o contenenti GM, è stata letta come sistema puramente *market oriented*, in cui la gestione del rischio alimentare ricadrebbe esclusivamente sui privati (operatori e consumatori), protagonisti assoluti (in via esclusiva) della loro relazione<sup>4</sup>. Tale prospettiva deve oggi forse considerare il fatto che emergono differenti segnali del legislatore US, il quale sembrerebbe avvicinarsi a quello europeo nel porre al centro la salubrità del prodotto alimentare (seppur non ancora il suo rapporto con il territorio di "origine" e l'ambiente). Il ruolo delle agenzie governative (FDA innanzitutto) sembra non più (o meglio, non solo) quello di effettuare attività di supervisione e di vigilanza "esterna" e poco invasiva sulla circolazione degli alimenti, lasciando ai rapporti tra cittadini e imprenditori la regolazione della circolazione del bene; la nuova norma di riferimento sulla sicurezza alimentare attribuisce ora alla FDA funzioni che contemplan esercizio di potestà pubblicistiche sanzionatorie e di intervento inibitorio - che rendono interessante un eventuale parallelismo con i compiti e le funzioni proprie dell'EFSA<sup>5</sup>.

(<sup>1</sup>) Tutte elencate nel citato documento di Confindustria a pagg. 22- 26.

(<sup>2</sup>) Albinini, *Prodotti alimentari e tutela transfrontaliera*, in q. Riv. [www.rivistadirittoalimentare.it](http://www.rivistadirittoalimentare.it), n. 2-2009, il quale individua i processi normativi in corso nel diritto alimentare europeo.

(<sup>3</sup>) Negli stessi documenti divulgati dalla FDA subito dopo l'introduzione del FSMA si enfatizzava tale profilo. Ad esempio nel sito dell'Agenzia ([www.fda.gov/Food/GuidanceRegulation/FSMA](http://www.fda.gov/Food/GuidanceRegulation/FSMA)) è precisato: «*About 48 million people (1 in 6 Americans) get sick, 128,000 are hospitalized, and 3,000 die each year from foodborne diseases, according to recent data from the Centers for Disease Control and Prevention. This is a significant public health burden that is largely preventable*».

(<sup>4</sup>) Cfr. Germanò, *Gli aspetti giuridici dell'agricoltura biotecnologica*, in (cura di) Germanò, *La disciplina giuridica dell'agricoltura biotecnologica*, Milano, 2002, 355: «*La logica del mercato - quella logica che attenua la possibilità di tenere conto di interessi non negoziabili come la natura - finisce, quindi, anche per sorreggere le decisioni pubbliche in tema di ingegneria genetica. E se è vero che allo Stato - nella realtà statunitense, alle agenzie federali e soprattutto alla FDA - spetta sempre una valutazione del rischio ovvero il c.d. risk assessment, tuttavia in ultima analisi la gestione del rischio degli effetti perversi delle modificazioni genetiche delle piante sull'ambiente e sulla salute degli uomini (il risk management) sembra essere posto o sui produttori o sui consumatori*». V. inoltre, Benozzo, *La disciplina statunitense delle biotecnologie in agricoltura*, in (a cura di) Germanò, *op cit.*, 213, e la bibliografia e la giurisprudenza citata.

(<sup>5</sup>) Sulla quale v. Adornato, *Sicurezza alimentare e Autorità indipendenti*, in *Agricoltura, Istituzioni, Mercati*, n. 3, 2004, e Id., *L'autorità europea della sicurezza alimentare*, in *Diritto alimentare, Mercato e Sicurezza*, BD on line dir. da Albinini, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2009. Senza poter qui approfondire l'argomento, l'EFSA è considerata una agenzia di tipo scientifico, che dunque ha il solo ruolo di valutare il rischio, mentre l'FDA - volendo fare una attività di riconduzione al nostro modello ordinamentale (con tutti i limiti di una operazione

## 2.- La normativa US di riferimento: dal Bioterrorism Act del 2002 al FSMA del 2011

Il sistema della sicurezza alimentare negli Stati Uniti, inclusi i profili correlati alle regole dell'importazione di alimenti, sono disciplinati dal *Federal Food, Drug and Cosmetic Act* del 1938 (FDCA), come modificato dal *Food Safety Modernization Act* del 2011 (FSMA), norma la cui introduzione è stata accompagnata da grande clamore mediatico in quanto sembrerebbe impostare l'approccio statunitense alla *food safety* (ma anche alla *food security*), in particolare in riferimento alle importazioni, su un approccio "preventivo" (e, forse, a spingersi fino ad un approccio precauzionale "moderato").

Il *Food Safety Modernization Act* va a sostituire ed integrare in molte parti il *Public Health Security and Bioterrorism Preparedness Response Act* del 2 giugno 2002 (c.d. *Bioterrorism Act*). Questa norma è suddivisa in cinque parti, dalla cui lettura dei titoli appare già subito evidente la centralità del sistema di distribuzione degli alimenti e il ruolo centrale dell'azione di controllo amministrativo (dei due organi fondamentali nel sistema alimentare statunitense: USDA e FDA): i) La preparazione nazionale contro il bioterrorismo e altre emergenze di salute pubblica; ii) Aumento dei controlli per agenti biologici pericolosi e tossici; iii) sicurezza e sorveglianza delle riserve alimentari (*food supply*) e farmaceutiche; iv) Sicurezza e sorveglianza dell'acqua potabile; v) altre prescrizioni.

In particolare, di nostro interesse è l'art. 304(e) del *Bioterrorism Act*, che ha novellato l'art. 801 del *Federal Food, Drug and Cosmetic Act*, il quale ha introdotto un obbligo di registrazione degli stabilimenti per le imprese ("*Food Facility Registration*") che intendono importare alimenti nel territorio statunitense. Registrazione che deve essere effettuata solo una volta e che diviene obbligatoria non solo quando si spediscono materialmente gli alimenti verso i porti doganali degli USA ma altresì quando si "offrono" prodotti alimentari per il mercato americano, come nel caso di fiere e manifestazioni o di inserimento nei cataloghi, anche via internet o spediti per e mail a destinatari interni ai confini americani.

Inoltre, già con il *Bioterrorism Act* del 2002, sono stati introdotti strumenti di controllo del rischio (mantenuti, seppur in parte modificati, dal FSMA) che avvicinano le regole USA e quelle UE in tema di tutela della salute pubblica nella circolazione degli alimenti, seppur con finalità correlate non alla creazione di un unico mercato di riferimento per gli alimenti in cui far convivere parità di condizioni alle imprese (europee ed extraeuropee) e tutela del consumatore, ma alla tu-

tela dei cittadini americani dal terrorismo. Si pensi, ad esempio, alla c.d. "*Prior Notice*", ossia all'obbligo di avvisare formalmente l'amministrazione americana dell'arrivo presso un determinato porto di importazione di un carico di alimenti, trasformati o non; la detenzione amministrativa delle merci ("*Administrative Detention*") e di *recall* da parte della FDA che ricorda in parte il potere della EFSA di ritiro delle merci dal mercato in caso di allarme alla salute dei consumatori; il c.d. "*Establishment and Maintenance of Records*", ossia l'obbligo per le imprese alimentari (e gli importatori) di conservare tutti i documenti sulla provenienza delle materie prime e tutte le sostanze utilizzate nella trasformazione dell'alimento, che ovviamente ricorda l'obbligo di tracciabilità interna sancito dall'art. 18 del reg. 178 del 2001 (obbligo oggi espressamente introdotto dal *Food Safety Modern Act*).

Con l'*FSMA* la registrazione diviene periodica (ogni due anni), a prescindere di eventuali mutamenti negli assetti dell'impresa o di modifiche negli stabilimenti; inoltre, le imprese alimentari devono effettuare una attenta valutazione dei rischi alla salute umana collegati ai processi di trasformazione, manipolazione e conservazione degli alimenti che devono essere immessi nel mercato, attraverso piani di monitoraggio interni, sistema HACCP; la FDA ha strumenti di controllo e di ispezioni più efficaci, lungo tutta la filiera, con possibilità di intervenire per verificare direttamente negli impianti la documentazione interna sui piani di controllo e monitoraggio, nonché – se necessario ai fini della tutela salute pubblica - ritirare i prodotti<sup>6</sup>. In particolare, ora sono disposti, sulla base del livello del rischio, una frequenza obbligatoria delle ispezioni per gli impianti alimentari (dentro e fuori del territorio statunitense), e tra questi quelli ad "*high risk*" (precisati alla section 350j(a)(1) del FDCA) devono essere tutti esaminati entro un periodo di tempo determinato (cinque anni). Durante tali ispezioni la FDA deve aver accesso a tutta la documentazione sulla valutazione del rischio nei vari stabilimenti, pena la sospensione della "*Food Facility Registration*".

## 3.- Il nuovo canone di "prevenzione" (o "moderata" precauzione) nel sistema statunitense di food law: la "reasonable probability"

Segnali di innovativi approcci culturali, indirizzati a cambiare probabilmente nel futuro radicalmente i rapporti tra il controllore pubblico (FDA, innanzitutto) e le imprese si scorgono nell'*FSMA*. La locuzione, sovente ripetuta dal legislatore statunitense, per descrivere l'attività (che noi

di tal genere) - sembrerebbe avere contemporaneamente i connotati di una autorità indipendente, di una autorità regolatoria e di una agenzia di tipo scientifico, come evidenziato nel caso Chevron/Natural Resource Defense Council US 837 (1984), nel quale si è altresì precisato che il sindacato delle Corti nel diritto statunitense è limitato esclusivamente ai casi di illegittimo e irragionevole provvedimento.

<sup>(6)</sup> Il FDCA specifica alla section 341 le modalità con cui devono essere approvati gli standard tecnici per gli alimenti e le eccezioni. La FDA indica come standard di qualità nel *food processing* le *Current Good Manufacturing Practices (CGPM)*, disciplinate nel settore alimentare.

chiameremmo) discrezionale della amministrazione nel decidere sulla possibilità che un alimento possa circolare (ed essere importato) nel mercato US, è la *“reasonable probability”* della sua nocività per la salute umana.

Per quanto di nostro interesse, ad esempio, la section 206 dell’FSMA, sostituendo la section 423 (a) dell’FDCA, precisa che *«if the Secretary determines, based on information gathered through the reportable food registry under section 417 or through any other means, that there is a reasonable probability that an article of food ...is adulterated under section 402 or misbranded under section 403(w) and the use of or exposure to such article will cause serious adverse health consequences or death to humans or animals, the secretary shall provide the responsible party ... with an opportunity to cease distribution and recall such article»*. Peraltro, nel caso in cui il responsabile non provveda volontariamente alla sospensione della circolazione ed al ritiro dal mercato della merce indicata dall’amministrazione, quest’ultimo può intimare il ritiro urgente con ordine scritto sia al responsabile, sia a tutti coloro che abbiano *«(i) manufacturing, processing, packing, transporting, distributing, receiving, holding, or importing and sellingsuch article; and (ii) to which such article has been distributed, transported, or sold»*. Il potere di *“recall”* della FDA è dunque oggi collegato ad una mera *“ragionevole probabilità”* di un danno alla salute, che può anche essere futuro, quindi solo ipotetico<sup>7</sup>. Si noti che a differenza della c.d. *general food law* europea, in cui i requisiti di sicurezza degli alimenti sono indicati con due formule generiche (dannosità alla salute e inadattabilità al consumo umano) di difficile lettura<sup>8</sup>, l’art. 402 specifica esattamente quando un alimento è *“adulterated”*, lasciando così poco spazio ad interpretazioni. Ciò non toglie, tuttavia, che la formula *“reasonable probability”* consenta alla FDA di vagliare e gestire il rischio in via *“preventiva”*, in tutti i *“profili”* di rischio degli alimenti previsti dalla norma: *«(a) Poisonous, insanitary etc ingredients; (b) Absence, substitution, or addition of constituents; (c) Color additives; (d) Confectionery containing alcohol or non-nutritive substance; (e) Oleomargarine containing filthy, putrid, etc., matter; (f) Dietary supplement or ingredient: safety; (g) Dietary supplement: manufacturing practices; (h) Reoffer of food previously denied admission»*.

In secondo luogo, la section 102 dell’FSMA novella le regole della *“Registration of Food Facilities”*, rendendo obbligatorio un rinnovo biennale della registrazione, seppur – nel caso in cui non ci siano novità soggettive (sugli assetti dell’impresa) ed oggettive (sulle attività produttive dello

stabilimento) con un *“abbreviated registration renewal process”*. Rilevante ai nostri fini è la possibilità che la registrazione sia sospesa nel caso in cui vi sia *«a reasonable probability of causing serious adverse health consequences or death to humans or animals»*. Precisamente, vi è la sospensione della registrazione al soggetto *«(A) that created, caused, or was otherwise responsible for such reasonable probability; or (B)(i) that knew of, or had reason to know of, such reasonable probability; and (ii) packed, received, or held such food»*

Inoltre, sempre in riferimento alla *“Registration of Food Facilities”*, la section 415 paragraph 1, lett. c) prevede che entro due giorni lavorativi dall’ordine di sospensione si svolga una udienza nella quale il *“registrant”* può proporre *“the actions required for reinstatement of registration and why the registration that is subject to suspension should be reinstated”*. Ma il passaggio fondamentale, che evidenzia come la section 415 dell’FDCA riformata dall’FSMA si ponga sullo stesso piano dell’art. 7 del reg. 178/2002 sull’applicazione del principio di precauzione, è quello in cui si specifica che il *Secretary* può interrompere la sospensione, e il divieto di importare alimenti nel territorio US dall’impianto registrato<sup>9</sup>, se valuta che *«...based on evidence presented, that adequate grounds do not exist to continue the suspension of the registration»*. Le prove del fatto che il prodotto non sia nocivo alla salute dell’uomo, dunque, spettano al *“registrant”*, sia esso produttore o importatore di quel determinato alimento per il mercato statunitense.

Infine, seppur la locuzione utilizzata è diversa, analogo collegamento ad una *“ragionevole probabilità”* di nocività dell’alimento (con anticipazione della tutela per il consumatore in via preventiva) sembrerebbe effettuare, in riferimento al potere di *“Administrative Detention of Food”*, la section 207 dell’FSMA dove tra le condizioni preliminari dell’intervento cautelativo della FDA sostituisce la *«credible evidence or information indicating»* la nocività dell’alimento, con la *«reason to believe»* che il prodotto possa nuocere alla salute dell’uomo. Sicuramente la formula *“ragione di credere”* che un prodotto sia insalubre, rispetto alla *“specifica e credibile evidenza o notizia”* sulla nocività dell’alimento, attribuisce maggiori poteri di intervento alla FDA, la quale peraltro sembrerebbe avere l’obbligo di intervenire con il *“recall”* anche dinanzi a prove scientifiche incerte che possano portare ad una mera *“probabilità”* di un danno ai consumatori.

Infine, l’FSMA ha introdotto lo strumento della *“tracciabilità”* altresì nella food law statunitense. Invero, la norma dispone che l’FDA stabilisca *«a product tracing system to receive in-*

(<sup>7</sup>) Sul punto v. Brew and Roberts, *Food Safety at the Crossroads: How FSMA is Changing the Landscape, Managing Outbreaks and Recalls*, che abbiamo potuto leggere per cortese gentilezza degli autori.

(<sup>8</sup>) E’ l’art. 14 del Reg. n. 178/2002, sul quale v. Germanò, *Il mercato alimentare e la sicurezza dei prodotti*, in *Riv. dir. agrario*, 2008, I, 99 e ss. Sia consentito inoltre rinviare a Bruno, *Commento all’art. 14*, in IDAIC (a cura di), *Commentario “La sicurezza alimentare nell’Unione Europea, in Le nuove leggi civ. comm.”*, 2003, 114 e ss.

(<sup>9</sup>) La section 415 (4) precisa quali sono gli effetti della sospensione della registrazione: *«If the registration of a facility is suspended under this subsection, no person shall import or export food into the United States from such facility, offer to import or export food into the United States from such facilities into interstate or intrastate commerce in the United States»*.

formation that improves the capacity to effectively and rapidly track and trace food that is in the United States or offered for import into the United States». Quindi obbligo che si riferisce non solo agli operatori interni, ma altresì agli importatori.

#### 4.- Il titolo III dell'FSMA: Improving the Safety of Imported Food

In riferimento alla importazione di alimenti, la section 301 dell'FSMA (che modifica la section 805 del FDCA) precisa chiaramente che tutti i requisiti di sicurezza degli alimenti e i piani HACCP di autocontrollo e monitoraggio negli stabilimenti che si applicano per la circolazione degli alimenti all'interno del mercato statunitense trovano altresì applicazione per gli alimenti importati e quindi agli stabilimenti esteri. Il soggetto destinatario di tutti i provvedimenti emessi dalla FDA non è direttamente l'esportatore straniero, bensì l'importatore, definito come «(A) the United States owner or consignee of the article of food at the time of entry of such article into the United States; or (B) in the case when there is no United States owner or consignee as describe in subparagraph (A), the United States agent or representative of a foreign owner or consignee of the article of food at the time of entry of such article into United States». Si tratta, a ben vedere, di formula analoga a quella utilizzata in UE nella direttiva sulla responsabilità del prodotto difettoso per individuare il soggetto destinatario della responsabilità, il quale chiaramente deve essere presente sul territorio dello Stato ove avviene il danno.

Invero, per quanto riguarda la registrazione, la section 415(a) del FDCA precisa che «any facility engaged in manufacturing, processing, packing, or holding food for consumption in the United States be registered» e suddivide tra i «domestic facility» e i «foreign facility», questi ultimi registrati da «the owner, operator, or agent in charge of the facility shall submit a registration to the Secretary and shall include with the registration the name of the United States agent for the facility». Ed è altresì interessante la definizione di «facility» (stabilimento), che include «any factory, warehouse, or establishment (including a factory, warehouse, or establishment of an importer) that manufactures, processes, packs, or holds food. Such term does not include farms; restaurants; other retail food establishments; nonprofit food establishments in which food is prepared for or served directly to the consumer; or fishing vessels». E mentre la locuzione «domestic facility» «means a facility located in any of the States or Territories», quella «foreign facility» «means a facility that manufacturers, processes, packs, or holds food, but only if food from such facility is exported to the United States without further processing or packaging outside the United States». In altre parole, nel caso in cui ci dovesse essere un ulteriore imballaggio o trasformazione al di fuori dello stabilimento, non sarebbe que-

sto a dover essere registrato, ma l'ultimo facility prima dell'esportazione, anche se tutta la filiera a monte dell'ultimo impianto da cui viene spedito l'alimento ovviamente dovrà essere in compliance con la food law statunitense. Appare rilevante segnalare come la registrazione dell'importatore e dei facility attribuisca una vera e propria funzione esclusiva in capo ai soggetti che la detengono. E in tal senso si possono effettuare tre diverse riflessioni: una in riferimento alla differenza tra il sistema di allarme rapido europeo, dove non esiste una attività di selezione preventiva dei soggetti che possono importare alimenti all'interno dei confini comunitari; la seconda in riferimento alla ultraterritorialità delle disposizioni USA, che vanno ad incidere su stabilimenti situati in altri stati (anche se si consideri che, ad esempio, l'Agenzia unica alimentare cinese richiede il preventivo accreditamento dello Stato esportatore; l'ultima, e forse la più rilevante, in riferimento alla natura di tale registrazione, che attribuisce a soggetti privati una funzione di tipo pubblicistico e che quindi ricorda gli organismi di certificazione nel diritto europeo (ai sensi del reg. n. 765/2008).

#### 5.- Conclusioni

La promulgazione dell'FSMA ha plurimi significati e conseguenze, anche (e soprattutto) per gli esportatori di alimenti europei verso il mercato statunitense. Vi è stato difatti un avvicinamento delle regole US a quelle europee sui requisiti di sicurezza degli alimenti, sugli obblighi di processo nelle fasi di trasformazione e manipolazione dei prodotti, sull'obbligo di tracciabilità su tutta la filiera, nonché –soprattutto- nella possibilità della amministrazione di intervenire in via preventiva, in caso di «ragionevole probabilità», per tutelare la salute pubblica. Intervento che è potenzialmente assai esteso, sino a creare una sorta di extra-territorialità dei poteri di controllo e di ispezione della FDA, finalizzati alla verifica preventiva delle condizioni di accesso degli alimenti nel mercato US.

In questo senso, si potrebbe parlare di un principio di precauzione «moderato» che trova riconoscimento nel sistema di food law statunitense. Non vi è un riconoscimento della mera incertezza scientifica per sospendere gli effetti della «Food Facility Registration» o per effettuare il ritiro dei prodotti dal mercato, ma la locuzione utilizzata dal legislatore US, la «reasonable probability» anticipa considerevolmente la tutela sotto il profilo temporale.

Non solo. Prevedendo la section 415 del FDCA (come novellata dal FSMA) che sia il «registrant» a dover fornire le prove del fatto che il prodotto non sia nocivo alla salute dell'uomo per poter annullare gli effetti della sospensione, si ha la analoga questione dell'onere di un prova di un fatto negativo (la probabile mancanza di nocività dell'alimento per la salute dell'uomo) che il combinato disposto degli artt. 14, 17 e 19 del reg. 178/2002 pone in Europa, particolarmente gravosa per l'operatore alimentare trattandosi di

un fatto negativo indeterminato nelle sue coordinate spazio-temporali<sup>10</sup>.

Certamente l'introduzione dell'FSMA ha avuto come conseguenza fondamentale di complicare sotto il profilo operativo-procedurale le attività degli importatori, creando ulteriori costi, oltre quelli già esistenti per l'asimmetria regolamentare, in capo alle imprese alimentari. Tuttavia, si potrebbe ritenere l'occasione dell'accordo di libero scambio tra US e UE come una occasione irripetibile di armonizzazione delle regole, con standard comuni – oltre che sanitari – altresì procedurali.

Un'ultima considerazione. L'FSMA nulla dice in riferimento al riconoscimento dell'origine come canone obbligatorio nella comunicazione al consumatore dell'alimento. Si tratta di un provvedimento legislativo sulla *food safety*, quindi probabilmente esterno al perimetro del riconoscimento delle indicazioni geografiche. Certo è che il dibattito sul loro riconoscimento è aperto anche tra la dottrina di *food law* nordamericana<sup>11</sup> (il cui insegnamento peraltro si sta diffondendo velocemente in molte delle più autorevoli *School of Law*), ma – anche considerando la difficoltosa evoluzione della esperienza europea, dove sembrerebbero riemergere barriere intracomunitarie<sup>12</sup> - non sarà facile nel prossimo accordo di libero scambio trovare un punto di incontro virtuoso per le imprese alimentari italiane, particolarmente vocate all'export di alimenti di qualità e tradizionali. Ma questa è un'altra storia.

## ABSTRACT

*Italian exports of the food products to the US Market, as it is clear from the data collected during the planning of the negotiation of the EU-US Free Trade Agreement (Transatlantic Trade and Investment Partnership - TTIP), are particularly affected by costs due to regulatory divergences. The process of validation and registration of importers and Italian facilities (and European ones) requested by U.S. Administrative Authorities may be included in this "regulatory asymmetry".*

*At the same time it is now evident - in the light of recent changes in U.S. Food Law - a clear new centrality of the role of law that would seem to invert the traditional reading of the U.S. system as a purely market-oriented, in which the consumers have the total control of health risks.*

*Indeed, the Food Safety Modernization Act of 2011 (FSMA), replacing and supplementing in many parts the Public Health Security and Bioterrorism Preparedness Response Act of June 2, 2002 (known as "Bioterrorism Act"), has changed the Federal Food, Drug and Cosmetic Act of 1938 (FDCA), setting a new approach to food safety, also in relation to imports, on a "preventative approach" (and, perhaps, until to an "moderate precautionary principle"), based on the criterion of "reasonable probability", in place of the one of "credible evidence", in the detection and control of health risks. In this new context, the role of the "Food Facility Registration" for importers and foreign facilities is key.*

□

<sup>(10)</sup> Sul punto ci permettiamo di rinviare a Bruno, *Commento art. 14 cit.*, 243.

<sup>(11)</sup> Per tutti, v. Roberts and Alsbrock, *United States Food Law Update*, in *Journal's Food Law and Policy*, 187, 2005.

<sup>(12)</sup> Sulla quale v. , per tutti, Costato – Borghi - Rizzoli, *Compendio di diritto alimentare*, VI edizione, Cedam, 2013, e Albisinni, *Strumentario di diritto alimentare europeo*, Torino, 2009.