

Storia breve della c.d. "somministrazione non assistita". Dalla nascita nel 2006 alla sentenza del Consiglio di Stato n. 2280 del 08/04/2019.

A cura del dott. Mario Maccantelli - 26/08/2019

Era il 2006 quando l'allora Ministro dello Sviluppo Economico, Pierluigi Bersani, dette l'impulso per l'approvazione di un decreto-legge in materia di liberalizzazioni con il quale, fra le altre cose, fu delineata la fattispecie della c.d. "somministrazione non assistita". Testualmente:

Art. 3, comma 1, lett. f-bis):

*1. Ai sensi delle disposizioni dell'ordinamento comunitario in materia di tutela della concorrenza e libera circolazione delle merci e dei servizi ed al fine di garantire la libertà di concorrenza secondo condizioni di pari opportunità ed il corretto ed uniforme funzionamento del mercato, nonché di assicurare ai consumatori finali un livello minimo ed uniforme di condizioni di accessibilità all'acquisto di prodotti e servizi sul territorio nazionale, ai sensi dell'articolo 117, comma secondo, lettere e) ed m), della Costituzione, **le attività commerciali, come individuate dal decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114, e di somministrazione di alimenti e bevande sono svolte senza i seguenti limiti e prescrizioni:***

[...]

f-bis) il divieto o l'ottenimento di autorizzazioni preventive per il consumo immediato dei prodotti di gastronomia presso l'esercizio di vicinato, utilizzando i locali e gli arredi dell'azienda con l'esclusione del servizio assistito di somministrazione e con l'osservanza delle prescrizioni igienico-sanitarie.

In pratica, la norma introdusse una nuova tipologia di esercizio commerciale che stava a metà strada fra un bar/ristorante e una classica bottega di generi alimentari. Nel 2006 le prassi amministrative erano ancora molto ancorate a quelle vecchie consuetudini per le quali un esercente doveva ottenere un assenso (nulla osta, licenza, parere, ecc.) al fine di poter svolgere qualsivoglia attività. Gli importanti e generali principi sanciti dalle norme del periodo 2010-2012 (recepimento Bolkestein e governo di emergenza presieduto da Mario Monti) in materia di libertà di esercizio delle attività economiche erano ancora lontani e la nuova fattispecie, sancita fin troppo disinvoltamente, così, senza condizioni, fu subito oggetto di una certa azione di compressione, quando più quando meno, da parte delle varie Amministrazioni competenti, anche sulla spinta (questa molto comprensibile) dell'azione ostativa da parte dei soggetti rappresentanti degli esercenti dei pubblici esercizi.

All'indomani della diposizione statale del 2006, tutte le Regioni o quasi si adeguarono introducendo nelle rispettive leggi in materia di commercio analoghe disposizioni. È utile rammentare che la normativa statale citata (come chiarito dalla giurisprudenza costituzionale) rappresentò all'epoca e continua a rappresentare oggi, un principio imprescindibile per ogni Regione data la sua riconducibilità alla materia della "tutela della concorrenza", come tale di esclusiva competenza statale.

Per esempio, la Regione Toscana, nel recepire il nuovo principio, sancì che la stessa disposizione si poteva applicare anche agli esercizi artigianali alimentari (pizzerie al taglio, gastronomie, ecc.). Nelle more dell'adeguamento normativo, la regione Toscana emanò una circolare (DGR n. 875/2006) con la quale, oltre a spiegare che la norma statale sarebbe stata applicabile anche in assenza di intervento regionale, cercò di dare delle, se pur minime, linee interpretative:

L'elemento dell'esclusione del servizio assistito consentirà di differenziare l'attività di vendita con consumo sul posto da quella di somministrazione che, in quanto prestazione di servizi, comporta sempre un livello, anche minimo, di assistenza al cliente.

Il riferimento della norma ai "locali dell'azienda" non esclude che si possano utilizzare anche gli spazi esterni all'esercizio, qualora facciano parte dei locali dichiarati nella comunicazione (di inizio attività commercio al dettaglio) in quanto il Comune ne abbia concesso l'uso al negozio o in quanto proprietà privata.

Per “prodotti di gastronomia”, superando le disquisizioni teoriche che si sono succedute negli anni, si ritiene si possano intendere, genericamente, tutti i prodotti, bevande comprese, che sono oggetto di vendita del negozio e che presentano caratteristiche tali da poter essere consumati immediatamente, nel rispetto dei gusti del consumatore, ma senza richiedere operazioni di trasformazione nell’esercizio.

Anche dal lato statale, con una circolare dell’epoca, la n. 3603/C-2006, proprio a firma Bersani, verrebbe da dire quasi pentito, si iniziò a introdurre delle condizioni limitative che, tuttavia, la norma di legge non aveva previsto:

... Per quanto concerne gli arredi, richiamati nella disposizione, è di tutta evidenza che i medesimi devono essere correlati all’attività consentita, che nel caso di specie è la vendita per asporto dei prodotti alimentari e il consumo sul posto dei prodotti di gastronomia.

In ogni caso, però, la norma che consente negli esercizi di vicinato il consumo sul posto non prevede una modalità analoga a quella consentita negli esercizi di somministrazione di alimenti e bevande di cui alla legge 25 agosto 1991, n. 287.

Detta legge, infatti, nel disciplinare l’attività di somministrazione, stabilisce, all’art. 1, comma 1, che “per somministrazione si intende la vendita per il consumo sul posto” che si esplicita in “tutti i casi in cui gli acquirenti consumano i prodotti nei locali dell’esercizio o in una superficie aperta al pubblico, all’uopo attrezzati”.

Nei locali degli esercizi di vicinato, quindi, gli arredi richiamati dalla disposizione non possono coincidere con le attrezzature tradizionalmente utilizzate negli esercizi di somministrazione, né può essere ammesso, in quanto espressamente vietato dalla norma, il servizio assistito.

Fermo restando quanto sopra, si ritiene ammissibile, per consentire l’effettiva applicazione della disposizione e per garantire le condizioni minime di fruizione, l’utilizzo negli esercizi di vicinato di piani di appoggio di dimensioni congrue all’ampiezza ed alla capacità ricettiva del locale, nonché la fornitura di stoviglie e posate a perdere.

A quella sono seguite molte altre circolari, soprattutto del MiSE, che, di volta in volta, hanno cercato di circoscrivere le potenzialità della fattispecie con elementi del tutto arbitrari (non supportati da indicazioni normative) come gli sgabelli al posto delle sedie, le posate e i piatti di plastica al posto delle stoviglie lavabili, le panchine non abbinabili ai piani di appoggio, i piani d’appoggio ma solo da usare in piedi, ecc. Per non parlare del caffè e della miscita delle bevande in tazza.

Anche dopo il periodo 2010/2012 e, quindi, dopo il recepimento della Direttiva “Bolkestein” con il d.lgs. n. 59/2010 e i vari decreti-legge recanti i principi di liberismo economico che ancora permeano l’attuale ordinamento giuridico, il MiSE non ha cambiato registro, come, invece, ha fatto in altri casi. Ricordiamo quanto introdotto dal DL n. 138/2011 e dal DL n. 1/2012:

[...] l’iniziativa e l’attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge [...]

[...] le disposizioni vigenti che regolano l’accesso e l’esercizio delle attività economiche devono garantire il principio di libertà di impresa e di garanzia della concorrenza. Le disposizioni relative all’introduzione di restrizioni all’accesso e all’esercizio delle attività economiche devono essere oggetto di interpretazione restrittiva [...]

[...] le disposizioni recanti divieti, restrizioni, oneri o condizioni all’accesso ed all’esercizio delle attività economiche sono in ogni caso interpretate ed applicate in senso tassativo, restrittivo e ragionevolmente proporzionato alle perseguite finalità di interesse pubblico generale, alla stregua dei principi costituzionali per i quali l’iniziativa economica privata è libera secondo condizioni di piena concorrenza e pari opportunità tra tutti i soggetti, presenti e futuri, ed ammette solo i limiti, i programmi e i controlli necessari ad evitare possibili danni alla salute, all’ambiente, al paesaggio, al patrimonio artistico e culturale, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e possibili contrasti con l’utilità sociale, con l’ordine pubblico, con il sistema tributario e con gli obblighi comunitari ed internazionali della Repubblica.

In sintesi, solo la legge può prevedere condizioni o restrizioni e lo deve fare in modo tassativo e puntuale. In ogni caso, le restrizioni devono essere giustificate da motivazioni afferenti a beni primari come la salute, l'ambiente, l'ordine pubblico, ecc.

Nel 2016, dopo ben 10 anni, è intervenuta l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato con nota n. AS1316 del 27/10/2016 "distorsioni concorrenziali nel settore della vendita di alimenti e bevande con consumo sul posto", bollettino n. 43 del 05/12/2016.

L'AGCM, nell'esercizio dei poteri ad essa conferiti dall'articolo 21 della legge n. 287 del 10 ottobre 1990, ha formulato alcune osservazioni in merito alle distorsioni concorrenziali derivanti dalle Risoluzioni del Ministero dello Sviluppo Economico in materia di consumo di alimenti e bevande sul posto. Tali Risoluzioni, afferma l'AGCM, rese in risposta a precisi quesiti sollevati da Enti locali, risulterebbero ingiustificatamente restrittive rispetto agli esercizi di vicinato, ai quali vengono poste significative limitazioni all'esercizio della propria attività, con particolare riferimento al consumo sul posto di quanto acquistato. In sintesi, l'AGCM:

- passa in rassegna la ratio delle molte risoluzioni del MiSE e premette come i decreti del periodo 2010/2012 abbiano reso impossibili interpretazioni restrittive non motivate su motivi imperativi di interesse generale. Ne deriva un approccio che risulta in palese contrasto nel suo complesso con i principi posti dal legislatore.
- lungi da voler apparire troppo "liberalizzante" cita una sentenza del C.d.S. (n. 3857/2016) che vede soccombere la parte privata a fronte della legittimità di un regolamento comunale inibitorio di attività commerciali e NON violativo dei canoni di adeguatezza, ragionevolezza e proporzionalità.
- evidenzia come le richiamate Risoluzioni non tengono conto del fatto che già il DL n. 223/2006 aveva inteso superare o quantomeno coordinare con i principi di concorrenza tutte le attività di consumo sul posto di alimenti e bevande, individuando il *discrimen* tra l'attività di somministrazione e quella di vendita da parte degli esercizi di vicinato unicamente nella presenza o meno del servizio assistito. Aggiunge come tali atti non basino l'interpretazione offerta su quanto strettamente necessario a tutelare le esigenze di interesse generale tipizzate dal citato D.L. n. 201/2011, quali la "tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano, e dei beni culturali". Le Risoluzioni in esame, pertanto, risulterebbero idonee a favorire l'adozione di regolazioni a livello locale ingiustificatamente restrittive e discriminatorie, quali ad esempio il Regolamento per la disciplina delle occupazioni di spazi ed aree pubbliche

La risposta del MiSE non si è fatta attendere. Si veda la risoluzione n. 372321 del 28 novembre 2016 - Quesito in materia di consumo sul posto di prodotti di gastronomia all'interno degli esercizi di vicinato (data antecedente a quella del bollettino dell'AGCM).

- Il MiSE, per quanto diplomaticamente, fa marcia indietro:
*[...] in via preliminare va precisato che i chiarimenti contenuti nelle richiamate risoluzioni ministeriali hanno il senso di individuare tutte quelle attività che appaiono correttamente riconducibili alle disposizioni di liberalizzazione sopra richiamate e, quindi, tutte quelle modalità di svolgimento delle attività certamente consentite, offrendo un quadro di certezza giuridica almeno alla maggior parte delle attività in questione, **ma che tali risoluzioni ministeriali non dovrebbero al contrario essere considerate fonte di divieto aggiuntivo rispetto alle prescrizioni di legge in questione, non potendo desumersene che ogni diversa ipotesi di svolgimento di tali attività sia automaticamente non consentita, senza alcuna specifica valutazione [...]***
- Il MiSE ritorna sui vari concetti perorati negli ultimi anni:
 - stoviglie di ceramica, bicchieri di vetro e posate in metallo;
 - occupazione del suolo pubblico con gli stessi arredi utilizzati nel locale: In altre parole, l'uso del suolo pubblico va valutato dalle autorità locali, caso per caso o sulla base dei propri regolamenti e degli interessi rilevanti da salvaguardare nelle diverse zone, non con automatismi collegati alla tipologia di attività (non può essere cioè immotivatamente consentito alle attività di ristorazione e vietato invece a quelle di consumo sul posto).
- Il MiSE NON fa una marcia indietro totale (in questo caso puntualizzazione condivisibile):

Quanto invece al principale oggetto del quesito, si ritiene al momento di dover confermare le considerazioni svolte al fine di distinguere le attività di vendita con consumo sul posto rispetto a quelle di somministrazione anche dal punto di vista degli arredi utilizzati, nella misura in cui tali arredi e le relative modalità di utilizzo consentano consumazioni seduti al tavolo con caratteristiche di richiamo quantitativo della clientela e di permanenza nel luogo di consumo tali da rendere l'impatto delle relative attività del tutto assimilabile all'attività di ristorazione o degli altri pubblici esercizi. [...] Esempificando ed estremizzando, dove non è consentita l'apertura di un ristorante con venti tavoli ed una potenziale numerosa clientela che permanga per lungo tempo in modo più o meno rumoroso nella relativa area di riferimento, non può essere consentita una analoga situazione per il solo fatto che l'esercizio in questione abbia scelto di presentare SCIA come esercizio di vicinato di vendita di prodotti alimentari e senza richiedere specifica autorizzazione, che gli sarebbe stata negata, come pubblico esercizio di somministrazione.

A porre fine all'ideale duello fra MiSE e AGCM, è intervenuto il Consiglio di Stato con sentenza n. 2280/2019, cogliendo l'occasione dell'appello sulla sentenza del TAR Roma n. 2147/2018. Il Consiglio di Stato ribalta la sentenza di primo grado e si allinea, esplicitamente, ai principi già espressi dall'ACGM.

In primo grado, il TAR Roma, in aderenza ai ragionamenti portati avanti più volte dal MiSE, aveva fatto propria la presunzione dell'esercizio della somministrazione assistita basandosi sulla mera presenza di tavoli e sedie all'interno di un esercizio per la vendita al dettaglio con laboratorio per la preparazione di alimenti. Testualmente:

[...] un contesto nel quale la disposizione delle sedute e la condizione di apparecchiatura dei tavoli lascia evincere, secondo comune esperienza, che l'organizzazione del servizio nel locale è finalizzato alla somministrazione e non si pone in rapporto di strumentalità solo eventuale al mero consumo sul posto. [Ciò in ragione della] disposizione degli arredi che costituisce un elemento fisico ed oggettivo caratteristico della somministrazione assistita (occupando l'intera superficie del locale in maniera ordinata); requisito qualificante (ben percepibile dal corredo fotografico) è che i piani di appoggio risultano tutti ordinatamente apparecchiati per il consumo dei pasti con stoviglie e sottopiatte, il che implica che l'avventore usufruisce di un sia pur minimo servizio preparato dal locale [...]

Per contro, il Consiglio di Stato afferma:

*[...] Deve pertanto concludersi – alla luce della testuale previsione normativa – che in assenza di un vero e proprio servizio al tavolo da parte di personale impiegato nel locale, il mero consumo in loco del prodotto acquistato, sia pure servendosi materialmente di suppellettili ed arredi – anche dedicati – presenti nell'esercizio commerciale (ossia, in primis, tavoli e sedie, ma a rigore anche tovaglioli o stoviglie, la cui generale messa a disposizione per un uso autonomo e diretto di per sé non integra un servizio di assistenza al tavolo, ben potendo essere utilizzati anche dagli acquirenti che decidano di non fermarsi nel locale), **non comporta un superamento dei limiti di esercizio dell'attività di vicinato.***

*Del resto, l'art. 3, comma f-bis) del d.l. 4 aprile 2006, n. 223, sopra riportato, inequivocabilmente precisa che l'attività di vicinato può porsi in essere "utilizzando i locali e gli arredi dell'azienda", ossia innanzitutto – ed intuitivamente – tavoli e sedie, a prescindere dal fatto che queste siano collegate o meno ai primi. **Non trova quindi fondamento normativo né logico la pretesa, tra l'altro, di precludere l'abbinamento tra arredi, sedie e tavoli, posto da alcune circolari e risoluzioni del Ministero dello sviluppo economico richiamate dall'appellante.***

Il CdS prosegue argomentando ancora come la semplice disposizione degli arredi non possa definirsi, in quanto tale e di per sé sola, una condizione sufficiente per presumere il concretizzarsi di un esercizio di somministrazione. Conclude citando in modo completo ed esauriente la segnalazione dell'AGCM sopra citata e, quindi, sposando l'interpretazione di legge per la quale si può individuare il *discrimen* tra l'attività di somministrazione e quella di vendita da parte degli esercizi commerciali unicamente nella presenza o meno del servizio assistito.

In conclusione, con la sentenza del CdS n. 2280/2019, è possibile mettere la parola fine all'applicazione di tutte quelle condizioni arbitrarie che la prassi ha imposto sull'esercizio effettivo della fattispecie "somministrazione non assistita" in funzione della tipologia e della disposizione di arredi e attrezzature. La differenza fra un esercizio di vicinato e un ristorante deve essere cercata esclusivamente nel servizio erogato direttamente al cliente.

A completamento della dissertazione si può richiamare la sentenza del TAR Toscana n. 1284/2016 con la quale è stata riconosciuta legittima l'attività di vendita al dettaglio della cioccolata in tazza esercitata senza abilitazione per esercizio di somministrazione. Afferma il tribunale:

[...] nei due esercizi di vicinato si svolge pertanto solo quel "minimo" di attività esecutiva (consegna al cliente in recipiente "usa e getta" della bevanda previamente preparata a inizio giornata; si veda, al proposito, la nota procedimentale 6 novembre 2015 della ricorrente, doc. 2 del deposito di parte ricorrente) che è comune ad altri prodotti alimentari liberamente in vendita in molti esercizi di vicinato (come le gelaterie industriali, considerate nel rapporto 12 aprile 2016 prot. n. 113411 del Settore attività produttive del Comune come soggette alla sola "notifica igiene degli alimenti").

In effetti, come è capitato più volte di evidenziare, nell'attitudine applicativa della norma vi è sempre stata una tendenza a vedere lo "sporzionamento" delle bevande in modo diverso dalla stessa attività relativa agli alimenti solidi. In altre parole, se preparare al momento un gelato su cono o in coppetta, così come realizzare un panino, non ha mai visto la necessità di acquisire un'abilitazione per pubblico esercizio, la stessa cosa non si realizzava per la miscela di una bevanda in bicchiere o in tazza.

Note finali

Per un quadro più esaustivo si vedano, almeno, oltre alle molte risoluzioni ministeriali disponibili su <https://www.mise.gov.it/index.php/it/mercato-e-consumatori/concorrenza-e-commercio/risposte-ai-quesiti>; un primo intervento dell'AGCM – bollettino n. 51/2012 n. AS 900; sentenza del CdS n. 2287/2015; sentenza del TAR Parma n. 273/2013.

Si richiamo, infine, quelle norme che hanno esteso lo stesso concetto anche all'esercizio della panificazione e alla vendita diretta agricola, rispettivamente l'art. 4 del DL n. 223/2006 e l'art. 4 del d.lgs. n. 228/2001 e le altre, regionali, sugli esercizi artigianali di gastronomia.