

Sul Consiglio Nazionale Forense

Consiglio di Stato, sez. VI, Caringella Pres., Lopilato est., 22 marzo 2016 n. 1164, Consiglio Nazionale Forense (avv. Allorio, Amorosino, Colavitti, Mastroianni, Morbidelli, Nascimbene, Greco, Sanino, Berruti) c. Autorità Garante della concorrenza e mercato (Avv. Stato) c. Nethuns srl - Cassa Nazionale Previdenza e Assistenza forense (Avv. Stato).

Esercizio di professione intellettuale – è attività di impresa secondo la nozione europea d'impresa.

Consiglio Nazionale Forense - natura giuridica - è associazione d'impresе.

Il CFN, a seconda degli ambiti in cui interviene, può svolgere "attività amministrativa", "giurisdizionale" e "di impresa". A tale ultimo proposito, la giurisprudenza europea e nazionale ha affermato che la nozione europea di impresa include anche l'esercente di una professione intellettuale, con la conseguenza che il relativo Ordine professionale può essere qualificato alla stregua di un'associazione di imprese ai sensi dell'art. 101 TFUE. In particolare, si è rilevato che un'organizzazione professionale, quando adotta un atto come il codice deontologico, non esercita né una funzione sociale fondata sui principi di solidarietà né prerogative tipiche dei pubblici poteri. Essa appare come l'organo di regolamentazione di una professione il cui esercizio costituisce, peraltro, un'attività economica.

CNF associazione d'impresе?

La massima isola un'affermazione che suscita gravi perplessità, frutto -a quanto è dato desumere dallo storico della sentenza annotata- d'una forse maldestra appercezione della *quaestio* di causa.

1. La sentenza, al par. 6.1, dichiara di dare risposta al quesito che enuncia posto dai primi tre motivi di ricorso: "se il CNF sia una 'amministrazione pubblica' che ha adottato un 'atto amministrativo' lesivo della concorrenza ovvero una 'associazione di imprese' che ha adottato una decisione lesiva della concorrenza", enuncia la tesi riportata in massima.

L'affermazione che l'Avvocato in quanto tale è necessariamente un imprenditore (studio legale = impresa) è uno dei tipici casi dell'argomentare per assiomi, che un tempo -quando il dibattito giuridico era confronto aperto senza steccati precostituiti, ivi ovviamente compresi i tabù giurisprudenziali- veniva qualificato *falsum in adjectum*: presupposto non identificato o non verificato e quindi in sé, riferito al caso *de quo*, falso.

La sentenza dichiara di fondare la sua statuizione sull'"applicazione degli articolo 101, primo par., TFUE, ovvero dell'art. 21 *bis* dalla L. 287 del 1990" e già quest'enunciato lascia semplicemente basiti, sotto due profili: sia perché si ferma al primo paragrafo dell'art. 101 TFUE - letteralmente ripetitivo dell'art. 81 del Trattato- senz'avventurarsi ad andare oltre per giungere al terzo paragrafo, che, introducendo delle deroghe al primo, dà al CNF un sicuro salvagente, mettendolo al riparo -ed è il secondo profilo- dal fiscalismo dell'art. 2 della L. 287/1990, che si limita a ripetere *pedetemptim* solo il primo paragrafo dell'art. 101 TFUE, affatto omettendo le deroghe del terzo paragrafo.

Quel che particolarmente intriga nella sentenza è la seconda parte della massima, secondo cui *“quando adotta un atto come il codice deontologico (il CNF), non esercita né una funzione sociale fondata sui principi di solidarietà né prerogative tipiche dei pubblici poteri. Esso appare come l'organo di regolamentazione di una professione il cui esercizio costituisce, peraltro, un'attività economica”*, con ciò travisando la disposizione europea, che, con la terza deroga del terzo paragrafo, esenta dai limiti del primo paragrafo *“categorie di pratiche (idest di prestazioni professionali) che contribuiscono a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico”*; fini a cui unicamente tende il codice deontologico con annessa tariffazione.

Il regime europeo della concorrenza

A fronte del ben consolidato indirizzo giurisprudenziale “interno” ben risalente -frutto per vero più di consolidata giurisprudenza che della normativa del 1933- saldamente arroccato nel considerare vincolante il rispetto dei minimi di tariffa ritenuto presupposto del decoro sociale della professione -ora consacrato nell'art. 3 della nuova legge professionale forense 247/2012- la giurisprudenza europea della Corte di Giustizia è tornata, per quanto consta, tre volte sul tema della concorrenza nelle professioni, e per due volte con riferimento a fattispecie dell'ordinamento italiano. La sentenza del Consiglio di Stato qui di riferimento costituisce paradigmatico esempio di radicale travisamento dei precedenti giurisprudenziali di cui dichiara di voler fare applicazione e che, se correttamente letti, portano univocamente a conclusioni esattamente contrarie: vero *qui pro quo* giurisdizionale.

Il *clou* del *decisum* è l'allegazione della sentenza della Corte di Giustizia 18.7.2013, C-136/12, sulla tariffazione dell'Ordine dei Geologi, a cui s'è prontamente adeguato Cons. Stato, VI, 238/2015 (ch'era stato il remittente alla Corte) sull'enunciato isolato in massima. In effetti, la sentenza europea citata (C-136/12) contiene bensì (ai par. 42 e 44) le affermazioni riportate, ma richiama espressamente come limite della statuizione di merito la propria precedente sentenza 19.9.2002, Wouters, C-309/99, relativa al regime dell'Avvocatura Olandese, della quale pare decisiva del punto qui in esame la seguente affermazione: 68 - *“Nell'attribuire poteri normativi ad un'associazione professionale, uno Stato membro può aver cura di definire i criteri di interesse generale e i principi essenziali ai quali la normativa dell'Ordine deve conformarsi nonché di conservare il proprio potere di decisione in ultima istanza. In questo, caso, le norme emanate dall'associazione professionale conservano un carattere pubblico e sfuggono alle norme del Trattato applicabili alle imprese”*, rimettendo al giudice interno la verifica se la legge di materia consentisse o meno la tariffazione vincolante.

L'affermazione ha un precedente specifico, relativo ancora ad una fattispecie dell'ordinamento italiano (la disciplina degli Spedizionieri Doganali, posta dalla L. 1612/1960), che -sia pure *a contrariis*- illumina e corrobora il “principio olandese” enunciato. La sentenza della Corte di Giustizia, sez. V, 18 giugno 1998 n. C-35/96, Commissione UE c. Italia, statuendo sulla legittimità europea della concorrenza imprenditoriale, ha statuito che la tariffa delle prestazioni professionali degli Spedizionieri Doganali costituisce bensì violazione degli articoli 5 e 85 del Trattato, peraltro sull'unico presupposto, enunciato al par. 43, che *“nessuna norma della legislazione nazionale di cui trattasi obbliga e neanche induce a tener conto di criteri d'interesse pubblico”*: le disposizioni sulla tariffa delle prestazioni degli Spedizionieri Doganali sono solo relative alla normale concorrenza d'impresa, restando acclarato che solo perché la legge “interna” non prevede la vincolatività della tariffa si applicano le norme europee alla concorrenza professionale. Con la conseguenza che, ove l'ordinamento dello Stato membro attribuisca *“criteri d'interesse pubblico”* alla previsione/fissazione per legge della tariffa delle prestazioni

imprenditorial-professionali, queste vincolano *pleno jure*, prevalendo sulla vincolatività delle norme europee sulla concorrenza d'impresa.

Il punto emerge chiaramente dalla precisazione del par. 38 della motivazione della sentenza Wouters-Savelbergh contro Ordine Avvocati d'Olanda, secondo cui la natura di impresa degli atelier professionali degli Avvocati olandesi deriva dal fatto che il loro Ordine (art. 26 della loro legge) "tutela i diritti e gli interessi degli Avvocati in quanto tali", con specifico riferimento alla collaborazione dell'Avvocato (definita addirittura "parzialità") con esercenti altre professioni, regolata a sua volta -la *parzialità*- dalle specifiche disposizioni esaminate al par. 44, sempre della motivazione della sentenza. A marcare la differenza d'ordinamento della professione in Olanda rispetto a quella italiana valga -oltre al dovere inderogabile della solidarietà posto dall'art. 2 della nostra Costituzione- anche la disciplina della collaborazione tra professionisti, in Olanda favorita anche tra professioni diverse (per la quale regola la *parzialità* dell'Avvocato); in Italia assoggettata alle limitazioni dell'art. 5 della L. 247/2012.

Il che impone qualche precisazione della nozione di concorrenza nell'ambito delle professioni.

La nozione istituzionale di concorrenza nelle professioni

Essa consta istituzionalmente di due componenti strettamente interfaccianti: (a) nel rapporto fornitore-cliente; (b) nel rapporto tra fornitore/concorrenti nell'offerta dello stesso "prodotto" (bene o servizio).

a) Nella prima accezione essa può configurarsi solo quando d'un prodotto (oggetto o servizio) esista pluralità d'offerta, essendo istituzionalmente l'esatto contrario del monopolio. Le regole dell'offerta sono fissate negli articoli 1336 e 1337 cod. civ., secondo cui, nelle trattative prodromiche al contratto, le parti "devono comportarsi secondo buona fede". Per le prestazioni professionali l'art. 2233.2 cod. civ. stabilisce che, pur nella libertà della pattuizione, "in ogni caso la misura del compenso dev'essere adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione": due parametri legali ugualmente cogenti e vincolanti. Del primo, unici arbitri sono le parti contraenti, libere di determinarsi secondo parametri soggettivi; mentre nella determinazione del secondo, per le prestazioni professionali riservate dalla legge a professioni protette (tipica quella dell'assistenza giudiziale dell'Avvocato), le parti contraenti non hanno nessun potere dispositivo, dal momento che la "tutela del decoro della professione" è funzione che spetta esclusivamente ai rappresentanti istituzionali della professione; come tale essa esula affatto dalla stessa legittimazione dispositiva delle parti del contratto d'opera.

b) Ben più rilevante agli effetti della tutela del "decoro della professione" è la disciplina della concorrenza nel rapporto con gli altri "concorrenti sul mercato", per i quali il contratto "sotto tariffa" concluso dal "collega" col suo cliente (aa) mette fuori gioco il professionista onesto, rispettoso della tariffa e quindi del decoro professionale, ledendone la stessa onorabilità professionale con la nomea di esosità che ne consegue; (bb) espone il cliente che ha concluso un contratto sotto-tariffa al rischio che il discostamento dalla tariffa-tipo non dipenda dall'eccezionale genialità del professionista, ma da altri motivi condizionanti la qualità della prestazione pattuita (non escluso quello che al "poco richiesto" corrisponda la pochezza della prestazione fornita).

L'applicazione all'Avvocatura italiana

La sentenza del Consiglio di Stato in commento raggiunge l'acme dello "sviamento giurisprudenziale" al punto 7 della motivazione dell'accoglimento dell'appello dell'AGCM, laddove si riferisce al seguente passaggio della circolare del CNF in quella sede impugnata: "nel

caso in cui l'Avvocato concluda patti che prevedano un compenso inferiore al minimo tariffario, pur essendo il patto legittimo civilisticamente, esso può risultare in contrasto con gli articoli 5 e 43.2 del codice deontologico, in quanto il compenso irrisorio, non adeguato, al di sotto della soglia ritenuta minima, lede la dignità dell'Avvocato e si discosta dall'art. 36 Cost.". L'affermazione viene dalla sentenza ritenuta illegittima in quanto avente "un chiaro contenuto anticoncorrenziale"; il che si può ritenere ed affermare solo ove manchi affatto la stessa cognizione dell'istituto della concorrenza nelle professioni.

L'analisi dell'affermazione assolutamente inaccettabile parte dal rilievo, largamente sconfinante nell'ovvietà, che la tariffa professionale delle prestazioni giudiziali risponde a delle valutazioni mediali dei costi (in termini di tempi di studio e di redazione degli atti) delle singole prestazioni tipiche di ogni paradigma di processo. Tempi medi per operatori di media capacità di apprendimento e di percezione. Valutazione che sarebbe incongrua in caso d'eccezionalità delle capacità del genio, la cui valutazione peraltro non potrebbe sottrarsi al principio che *sunt denique fines, quos ultra citraque nequit consistere virtus!* Quando il sotto-tariffa supera quei *fines* e non è più "coperto" (giustificato) dall'eccezionalità della genialità dell'operatore, il negativo esito della prestazione professionale non può non intaccare anche il decoro della professione.

I limiti del divieto di concorrenza

Alla luce di tali pur elementari rilievi, appare in tutta la sua sconcertante superficialità la sentenza segnalata. Degli elementi della concorrenza si sofferma solo sul primo, la tutela del "cliente" nella determinazione del prezzo della prestazione concordata, ma trascura affatto -non solo non prende nemmeno in considerazione ma esclude anche che possa interessarsene l'Ordine in sede disciplinare- la tutela del cliente per quanto attiene alla qualità della prestazione stessa.

Eppure -e questo lascia veramente basiti- s'è riportato sopra il par. 68 della sentenza della Corte di Giustizia Wouters, C-309/99, secondo cui "*le norme emanate dall'associazione professionale conservano un carattere pubblico e sfuggono alle norme del Trattato applicabili alle imprese*", ponendo un principio ben chiaro, che esclude dalla disciplina europea la tariffazione "interna", ove coperta da disposizioni di legge che valorizzino anche "il decoro della professione", come fa l'art. 2233 c.c.. Principio che la sentenza della Corte di Giustizia C-136/12 sui geologi fa espressamente salvo, senza peraltro che la sentenza del Consiglio di Stato VI, 2660/2015, che ne ha fatto applicazione, se ne sia accorta. Questo è semplicemente stupefacente, a fronte delle sentenze Spedizionieri Doganali C-35/98 e Wouters C-2309/99, che, come rilevato, fanno salve le "*norme emanate dall'associazione professionale, che conservano un carattere pubblico e sfuggono alle norme del Trattato applicabili alle imprese*".

Non è ammissibile che sia immesso nell'ordinamento, addirittura a livello del Consiglio di Stato, un automatismo applicativo della giurisprudenza europea, assumendo a scatola chiusa enunciazioni di sentenze europee senza adeguato coordinamento dei rispettivi passaggi motivazionali o rinvii anche ricettizi

Impresa professionale

A tal punto risulta in tutta la sua inconferenza l'affermazione della sentenza sulla natura giuridica di *impresa* dello studio d'Avvocato e di quella del CNF addirittura di consorzio di imprese. L'affermazione è frutto d'un'incredibile superficialità del ritenere la piena identità di natura giuridica tra *impresa del nostro codice civile* e *impresa europea*.

La disciplina codicistica "Del lavoro" (Libro V) individua tre grandi categorie di prestatori d'opera: titolo II, *Del lavoro nell'impresa* (artt. 2081-2221); titolo III, *Del lavoro autonomo* (artt. 2222- 2238); titolo IV, *Del lavoro subordinato in particolari rapporti* (artt. 2239.2246), passando poi a trattare delle società. Pur essendo stata la disciplina codicistica del lavoro impostata sul

sistema corporativo, poi espunto dall'ordinamento, le "disposizioni generali" del titolo I del Libro V conservano la loro validità sistematica: sia nell'art. 2061, con la riserva di legge per l'ordinamento delle "categorie professionali", sia nell'art. 2062, per l'individuazione delle "professioni economiche" a corrispettivo, per distinguerle da quelle volontarie.

Nell'ambito del lavoro autonomo, lasciato dal titolo III alla libera determinazione del singolo operatore, il capo II pone una disciplina particolare per il lavoro autonomo esercitato nel paradigma delle professioni intellettuali, con un rinvio generale alle leggi di materia per l'individuazione di quelle, per le quali "è necessaria l'iscrizione in appositi albi o elenchi", creando così delle privative legali per l'esercizio in forma professionale delle attività intellettuali ritenute di maggior rilevanza sociale. È in buona sostanza un ritorno al sistema economico medievale fondato sulle rigide privative delle Arti o Scuole, che limitavano drasticamente la libertà d'intrapresa, dovendosi (ora come e forse più d'allora) distinguere nettamente tra *libertà d'intrapresa*, suscettibile, se incontra il mercato, di diventare impresa, e *libertà d'impresa* come capacità di operare in condizione/regime di concorrenza di mercato. Questo è un primo tratto differenziante tra lavoro autonomo generico e lavoro autonomo professionale: per il primo vale il principio della completa libertà d'intrapresa - e solo a questa si riferisce il principio di "libertà" garantito dall'art 16 della "Carta di Nizza" - mentre per il secondo vigono le eventuali privative d'esercizio previste dall'ordinamento interno. Ne consegue che le obbligazioni di comportamento, tra cui la correttezza della concorrenza, scattano solo se l'intrapresa abbia successo nel mercato; mentre per l'impresa professionale le obbligazioni di comportamento sono insite nello stesso esercizio dell'attività.

La differenziazione di regime giuridico risulta evidenziata dalla L. 180/2011, *Norme per la tutela della libertà d'impresa - Statuto delle imprese*, che completa la disciplina del codice con disposizioni relative alle sole imprese commerciali, industriali e agricole.

Con riferimento all'analisi del concetto giuridico di concorrenza sopra svolto, mentre i divieti del primo comma dell'art. 101 TFUE (art. 81 del Trattato) attengono al primo elemento relativo al rapporto fornitore/cliente; la limitazione del divieto del terzo comma attiene invece al rapporto tra i professionisti di materia e si pone per essi sullo stesso piano del precetto posto dall'art. 2233.2 c. c., il quale esige che la retribuzione della prestazione professionale sia "adeguata all'importanza della prestazione e al decoro della professione"; decoro che può essere garantito solo dalla vincolatività della tariffa legale.

Donde l'assoluta inaccettabilità della sentenza e certo malcelato risentimento degli Avvocati veri.

Ivone Cacciavillani



