ISSN 1826-3534

federalismi.it
RIVISTA DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO, COMPARATO, EUROPEO

4 NOVEMBRE 2020

Tutela della concorrenza e tutela della professione forense nell'ordinamento italiano: divergenza o coincidenza con il diritto europeo?

(a margine della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 aprile 2020 n. 2764)

di Daniele Granara
Ricercatore in Diritto costituzionale
Università degli Studi di Genova

Tutela della concorrenza e tutela della professione forense nell'ordinamento italiano: divergenza o coincidenza con il diritto europeo? (a margine della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 aprile 2020 n. 2764) *

di Daniele Granara
Ricercatore in Diritto costituzionale
Università degli Studi di Genova

Abstract [It]: Premessa la disamina dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale italiana ed europea sul rapporto tra concorrenza e professioni, la quale è giunta a qualificare quella professionale come attività di impresa, configurando quindi gli ordini professionali come associazioni di imprese sottoposte al controllo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, si è esaminato il caso deciso con due sentenze della Sesta Sezione del Consiglio di Stato, relativo alla sanzione della condotta del Consiglio Nazionale Forense, nel limitare l'autonomia dei professionisti in relazione alla richiesta di compensi inferiori ai minimi tariffari e all'utilizzo di un canale promozionale e informativo per veicolare anche la convenienza economica della prestazione professionale. Si è quindi riflettuto sulla funzione pubblicistica delle professioni e sulla necessità di un suo bilanciamento con la tutela della concorrenza e con il diritto di libera circolazione e stabilimento, secondo il principio di proporzionalità.

Abstract [En]: Introduction to the examination of the evolution of Italian and European legislation and jurisprudential on the relationship between competition and professions, which has come to qualify the professional one as a business activity, thus configuring professional associations as associations of companies subject to the control of the Competition Authority and of the Market, the case decided with two sentences of the Sixth Section of the Council of State, relating to the sanction of the conduct of the National Bar Council, in limiting the autonomy of professionals in relation to the request for remuneration lower than the minimum rates and the use of a promotional and information channel to convey also the economic convenience of the professional service. We therefore reflected on the publicistic function of the professions and on the need to balance it with the protection of competition and with the right of free movement and establishment, according to the principle of proportionality.

Sommario: **1.** Concorrenza e professioni: il diritto europeo e i poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato: la professione forense. **1.1.** La giurisprudenza della Corte UE. **1.2.** La precedente sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 marzo 2016 n. 1164. **1.3.** Comunicazione della Commissione UE 10 gennaio 2017 e Direttiva 2018/958 del 28 giugno 2018. **2.** Il caso all'esame del Consiglio di Stato e le questioni decise. **2.1.** Il principio del *ne bis in idem* e la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE. **2.2.** La natura "*intrinsecamente penale*" dell'illecito contestato dal Garante e le garanzie CEDU. **3.** Considerazioni conclusive.

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. Concorrenza e professioni: il diritto europeo e i poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato: la professione forense

La fattispecie esaminata dal Consiglio di Stato costituisce un ennesimo ed importante tassello nelle alterne vicende di una questione, che trova le sue origini negli anni Novanta, a seguito dell'introduzione, ad opera del Trattato di Maastricht del 1992[1], della libertà di stabilimento professionale nell'ambito eurounitario, con la conseguente ritenuta necessità di aprire alla concorrenza anche il settore delle libere professioni, revisionando la disciplina delle stesse.

Nell'aprile 1994, l'Italia ha sottoscritto, inoltre, il nuovo accordo sul libero mercato internazionale (c.d. nuovo accordo GATT), il quale prevede la liberalizzazione di molti servizi professionali, introducendo esplicitamente il principio di libera concorrenza nelle professioni intellettuali, nell'ottica della progressiva abolizione delle norme che ostacolano la concorrenza in questo settore.

Come si legge nella Delibera 1° dicembre 1994, con la quale l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) si è determinata per la prima volta a "procedere, ai sensi dell'articolo 12, comma 2, della legge n. 287/90, ad un'indagine conoscitiva di natura generale nel settore degli Ordini e Collegi professionali e delle relative professioni dagli stessi regolamentate", "l'assoggettabilità delle libere professioni alle regole di concorrenza deriva dalla nozione d'impresa adottata dall'Autorità, secondo cui "ai fini dell'applicazione della disciplina della concorrenza deve qualificarsi impresa qualsiasi entità che esercita un'attività economica a prescindere dal suo stato giuridico e dalle sue modalità di finanziamento" [provv. 18 novembre 1992 n. 788, nel caso A.I.C.I./FIV, sulla sottoposizione alla disciplina antitrust delle federazioni sportive]. L'Autorità ha infatti riconosciuto una nozione funzionale d'impresa, recependo, come richiede l'articolo 1, comma 4, della legge n. 287/90, i principi emergenti dalla giurisprudenza comunitaria in base ai quali "*nel contesto del diritto della concorrenza, la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento*" (Corte di Giustizia, sent. del 23 aprile 1991, caso *Hoefner, Elser/Macrotron*). Siffatta interpretazione peraltro non contrasta con le diverse qualificazioni che le attività professionali ricevono in altri ambiti dell'ordinamento, le quali risultano funzionali al perseguimento di fini diversi.

L'Autorità ritiene pertanto che l'attività svolta da chi esercita una professione intellettuale può essere qualificata come attività economica, proprio in quanto consiste nell'offerta di prestazioni riconducibili alla figura dei servizi forniti dietro corrispettivo.

Sulla base dei citati riferimenti giurisprudenziali e dell'effettivo esplicarsi della loro attività economica, i soggetti esercenti le professioni intellettuali possono essere qualificati come imprese e, di conseguenza, assoggettati alla normativa posta a tutela della concorrenza.

[1] Invero già preceduto da altre iniziative in materia, in particolare la Direttiva n. 89/48 del Consiglio del 21 dicembre 1988, sull'unificazione dei diversi sistemi professionali nazionali.

Da ciò discende inoltre che gli Ordini professionali possono essere qualificati come associazioni d'imprese e quindi sottoposti alla normativa a tutela della concorrenza"[2].

In forza della predetta qualifica, sono stati giustificati i poteri dell'AGCM nei confronti degli ordini professionali, l'esercizio dei quali ha determinato nel tempo lo svolgimento di due indagini conoscitive (nel 1994, conclusa nel 1997, e nel 2007, conclusa nel 2009) nonché, con specifico riguardo alla professione forense, alla notifica di atti di diffida ed irrogazione di sanzioni, come quella oggetto del giudizio deciso dal Consiglio di Stato, Sez. VI, con la sentenza 30 aprile 2020 n. 2764.

All'esito della prima indagine, l'Autorità ha rilevato "che la regolamentazione adottata nel nostro Paese, nel suo complesso, è particolarmente restrittiva rispetto a quella dei principali paesi europei. Solo recentemente, ad esempio, è stato rimosso, con la Legge 7 agosto 1997 n. 266, l'impedimento all'esercizio in forma societaria dell'attività professionale. Questa abrogazione e l'imminente emanazione del regolamento attuativo costituiscono, a giudizio dell'Autorità, la leva di cambiamento della forma di esercizio delle attività professionali, in quanto, se opportunamente interpretate, potranno consentire ai professionisti di scegliere tra le forme societarie attualmente disponibili quelle che ritengono più adatte per dare, all'erogazione delle attività intellettuali, le dimensioni di una vera e propria impresa di servizi.

L'indagine ha inoltre evidenziato che altri strumenti di regolamentazione dell'accesso e dell'esercizio delle attività professionali, adottati in Italia, risultano talvolta superflui e talvolta sproporzionati rispetto agli obiettivi prefissati; altri sono utilizzati in modo da determinare ingiustificate restrizioni concorrenziali. In generale, le restrizioni tuttora esistenti nel nostro paese rischiano di tradursi in un concreto svantaggio per i nostri professionisti rispetto ai colleghi stranieri"[3].

Sotto la lente di ingrandimento dell'Autorità sono stati esaminati, per quanto riguarda gli avvocati, le modalità di accesso e svolgimento del tirocinio e dell'esame di Stato in relazione con l'obbligo di iscrizione all'Albo, la fissazione di tariffe minime, la regolamentazione (e i corrispondenti divieti) di pubblicità.

L'Autorità ha poi concluso con un invito di riforma al Legislatore, soprattutto per quanto riguarda l'istituzione "ordine", che fatica ad adeguarsi al meccanismo concorrenziale.

Tuttavia, il *punctum dolens* dell'applicazione delle regole concorrenziali alle professioni è individuato dalla stessa Autorità, (pur aderendo alla nozione funzionale di impresa e ricomprendendovi così i

[2] Critica in proposito è M. CHIARELLI, *Concorrenza e professioni (Stato e mercato nella regolazione dei servizi professionali)*, *Istituto della Enciclopedia Italiana* (2018), secondo la quale l'impostazione per cui "l'esercizio della professione intellettuale sia assimilabile all'attività di "impresa" […] non trova, tuttavia, riscontro nel codice civile italiano, e conferisce al professionista intellettuale iscritto in un albo uno status diverso da quello dell'imprenditore, disciplina le professioni intellettuali in un capo distinto e mediante norme peculiari (artt. 2229-2238 c.c.), escludendo che l'attività professionale costituisca impresa e, conseguentemente, siano applicabili le norme previste per quest'ultima; a meno che l'esercizio della professione rappresenti un elemento di un'attività organizzata in forma d'impresa".

[3] Cfr. la Relazione conclusiva e il comunicato stampa 24 ottobre 1997, pubblicati sul sito istituzionale dell'AGCM, *https://www.agcm.it*.

professionisti e le associazioni di essi) nella funzione pubblicistica della professione, con la quale il meccanismo imprenditoriale stride inevitabilmente, costituendo la più tipica espressione dell'autonomia privata, che è libera, mentre lo svolgimento di una funzione di interesse pubblico condiziona la libertà, prevalendo su di essa il perseguimento dell'interesse della collettività, il quale è un interesse pubblico governato dalle regole della discrezionalità amministrativa[4].

Secondo l'Autorità, "la regolamentazione in esame, tuttavia, anche per il lungo tempo trascorso dalla sua origine ed i profondi mutamenti intervenuti nella realtà economica, non appare totalmente giustificata dall'esigenza di garantire la qualità del professionista e della prestazione e, tenendo anche conto della progressiva diffusione di modalità più avanzate dello svolgimento delle attività professionali, potrebbe talora rivelarsi superata, dal punto di vista di un efficiente svolgimento delle attività economiche ed anzi risultare idonea a restringere o addirittura ad impedire il libero svolgersi della concorrenza".

Nel senso dell'adeguamento della disciplina delle professioni alle regole concorrenziali, si sono mossi i successivi pareri e segnalazioni che l'Autorità ha formulato al Parlamento e al Governo.

È seguita poi una seconda indagine, che ha avuto ad oggetto "il settore dei servizi professionali, con particolare riferimento all'adeguamento dei codici deontologici delle professioni indicate ai principi di concorrenza" ed è stata determinata da "richieste di intervento pervenute nelle date 18 settembre 2006, 16 novembre 2006 e 28 dicembre 2006, in cui sono segnalati comportamenti di organismi rappresentanti di professionisti intesi a limitarne la concorrenza, sotto il profilo della promozione dei servizi professionali e della determinazione dei corrispettivi richiesti per i servizi medesimi" [5].

---

[4] Ed infatti, proprio nel primo considerando della Delibera del 1994, AGCM afferma che "le professioni liberali c.d. protette assumono motivatamente una posizione di significativa rilevanza e prestigio nella società tanto da beneficiare di una disciplina specifica rispetto ad altri settori dell'economia nazionale. Il legislatore ha infatti riconosciuto a dette professioni un particolare interesse pubblico, prevedendo, per la tutela dello stesso, l'istituzione di Ordini e Collegi professionali. Agli Ordini e Collegi sono attribuiti, da specifiche leggi differenziate per tipo di professione, poteri di autoregolamentazione e disciplinari - di cui sono espressione le norme di organizzazione e funzionamento degli organi dell'ente, quelle relative alle forme di esercizio della professione, alla libertà del professionista di accettare o rifiutare l'incarico e quelle riguardanti i doveri verso i colleghi - nonché altre funzioni di tipo consultivo conciliativo, rappresentativo e designativo.
Tale particolare disciplina di valorizzazione e tutela dell'attività riguarda esclusivamente le professioni intellettuali c.d. protette, quelle cioè per il cui esercizio è necessaria l'iscrizione ad un albo o elenco tenuto
dall'Ordine o Collegio". Si evidenzia, inoltre, "quale caratteristica propria del sistema italiano rispetto agli altri Paesi europei, quella di attribuire all'Ordine o Collegio il potere esclusivo di riconoscere e tutelare non solo il possesso di un certo titolo di studio, ma anche lo svolgimento delle relative attività professionali. In tale ambito si individua di conseguenza una particolare regolamentazione finalizzata alla disciplina delle modalità di esercizio dell'attività, il rispetto della quale viene ritenuto necessario per garantire la qualità e la competenza del professionista, nonché per mantenere un adeguato livello qualitativo delle prestazioni professionali".
Ancora: "La mancata informazione ai principi concorrenziali della regolamentazione delle professioni intellettuali trova probabilmente la sua origine nella convinzione per cui la concorrenza non garantirebbe i migliori risultati dal punto di vista sociale, e che solo la regolamentazione del settore avrebbe permesso di preservare l'integrità dei professionisti e la qualità dei loro servizi per la salvaguardia dell'interesse pubblico".

[5] Così la Delibera dell'AGCM 18 gennaio 2007.

Medio tempore, peraltro, con Legge 4 agosto 2006, n. 248, di conversione del d.l. 4 luglio 2006, n. 223 (c.d. decreto Bersani), sono state introdotte misure di promozione della concorrenza nel settore delle professioni, tra cui, per quanto interessa con riferimento al caso in esame, l'abrogazione dell'obbligo di tariffe fisse minime, l'abrogazione del "*divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti*" (cd. patto di quota lite) e del "*divieto, anche parziale, di svolgere pubblicità informativa circa i titoli e le specializzazioni professionali, le caratteristiche del servizio offerto, nonché il prezzo e i costi complessivi delle prestazioni*", statuendo che la pubblicità di attività professionali deve essere informata a "*criteri di trasparenza e veridicità del messaggio il cui rispetto è verificato dall'ordine*" (art. 2).

Conseguentemente, i codici deontologici avrebbero dovuto abrogare le seguenti restrizioni:

- obbligatorietà di tariffe fisse o tariffe minime;
- divieto dei c.d. patti di quota lite;
- divieto, anche parziale, di svolgere pubblicità informativa;
- divieto di costituire società interdisciplinari tra professionisti.

Il mancato adeguamento di alcuni ordini professionali ha determinato le segnalazioni che hanno condotto alla seconda indagine, che si è conclusa, nel marzo 2009[6], con il rilievo della "resistenza" degli ordini professionali ad adeguarsi al meccanismo concorrenziale e l'auspicio di un intervento del Legislatore volto ad emendare la Legge Bersani, prevedendo: l'abolizione delle tariffe minime o fisse, l'abrogazione del potere di verifica della trasparenza e veridicità della pubblicità esercitabile dagli ordini, l'istituzione di lauree abilitanti, lo svolgimento del tirocinio durante il corso di studio, la presenza di soggetti 'terzi' negli organi di governo degli ordini.

Con specifico riguardo agli Avvocati, si è evidenziato, quanto alle tariffe minime, come il codice deontologico operi "un rinvio formale all'art. 2233 del codice civile che sancisce il rispetto del decoro, ossia della tariffa, nella determinazione della misura del compenso […], senza rinviare tuttavia anche all'art. 2, comma 1, lettera a), della legge Bersani, con ciò omettendo di evidenziare l'abrogazione dell'obbligatorietà delle tariffe fisse e minime. Per l'Autorità, la nozione di decoro dovrebbe essere inserita, invece, nei codici di autoregolamentazione esclusivamente come elemento che incentivi la concorrenza tra professionisti e rafforzi i doveri di correttezza professionale nei confronti della clientela e non per guidare i comportamenti economici dei professionisti. Un compenso alto può essere decoroso per una prestazione di alto contenuto professionale ed economico, ma indecoroso per una prestazione poco complessa, resa in modo superficiale o di basso profilo economico".

[6] Cfr. la Relazione conclusiva e il comunicato stampa 21 marzo 2009, pubblicati sul sito istituzionale dell'AGCM, *https://www.agcm.it*.

Quello degli Avvocati è stato annoverato anche tra gli ordini "restii a introdurre i principi concorrenziali" in materia di pubblicità, avendo vietato la pubblicità dei compensi e assoggettato l'attività pubblicitaria a controllo autorizzatorio e preventivo.

Negli anni successivi, il contrasto tra Garante della concorrenza e Ordini professionali è proseguito[7] e, per quanto riguarda gli avvocati, si è concentrato sulle questioni relative alle tariffe e alla pubblicità, non potendo considerarsi completamente risolto neanche a seguito dell'approvazione della nuova Legge professionale forense, 31 dicembre 2012, n. 247.

1.1. La giurisprudenza della Corte UE

La qualificazione come impresa in senso lato (*rectius*, funzionale) delle professioni è fondata dall'AGM sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE, ma è opportuno precisare, innanzitutto, come non manchino decisioni, anche piuttosto recenti, che negano l'estensione indiscriminata della nozione.

Il riferimento va, ad esempio, alla sentenza 12 settembre 2013, *IVD*, resa in causa C-526/11, che ha escluso l'applicabilità delle norme in materia di appalti pubblici all'ordine dei medici di un *Land* tedesco (Ärztekammer Westfalen-Lippe), perché pur essendo organismo di diritto pubblico, bisogna avere riguardo non alla natura o definizione dell'ente, ma alle sue forme prevalenti di funzionamento e di finanziamento, e quindi alla sua autonomia organizzativa e finanziaria. Del resto, è il Regolamento n. 2223/1996 sul sistema europeo dei conti nazionali e regionali nella Comunità che esclude le organizzazioni professionali o di categoria dal settore delle pubbliche amministrazioni, qualificandole come organismi senza scopo di lucro dotati di personalità giuridica.

Per quanto riguarda, invece, la riconduzione dell'attività professionale all'impresa ed alla corrispondente disciplina, la stessa è fondata dalla giurisprudenza della Corte, massimamente in occasione della decisione di questioni in via pregiudiziale formulate dai giudici nazionali, da un lato, sul diritto di libera circolazione nel territorio dell'Unione (declinato nell'esercizio dello stabilimento e della prestazione di servizi, nel riconoscimento delle qualifiche professionali, nella disciplina sulla liberalizzazione dei servizi in genere) e, dall'altro, sulla libertà di concorrenza, (declinata nell'assenza di fissazione e obbligatorietà di tariffe e nella costituzione e partecipazione a società professionali): ciò in quanto il professionista

[7] Si veda, in proposito, la Segnalazione dell'Autorità, nella riunione del 20 aprile 2005, pubblicata sul bollettino, n. 16/2005, sui possibili effetti distorsivi della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato di alcune disposizioni contenute nell'art. 2 del disegno di legge di conversione del D.L. 14 marzo 2005, n. 35, recante "*Disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale*" (A.S. 3344), nella parte che riguarda le libere professioni ovvero i commi da 6 a 8.
Cfr. altresì la Delibera 23 aprile 2013, con la quale l'Autorità ha sanzionato i Consigli degli Ordini degli Avvocati di Civitavecchia, Latina, Tempio, Tivoli e Velletri per aver posto in essere intese restrittive della concorrenza finalizzate a ostacolare l'accesso degli avvocati comunitari al mercato italiano dei servizi di assistenza legale. Cfr. la delibera medesima e il relativo comunicato stampa del 16 maggio 2013, pubblicati sul sito istituzionale dell'AGCM, *https://www.agcm.it*.

che goda di tali diritti deve rispettare gli obblighi di diritto eurounitario, nell'ottica dell'integrazione europea in funzione della effettiva creazione del mercato unico[8].

Tale giurisprudenza è particolarmente rilevante nel nostro caso, poiché la maggior parte delle questioni pregiudiziali proposte riguardano la professione di avvocato.

Con specifico riguardo alle tariffe professionali, si ricordano i casi *Arduino*, *Cipolla* e *Macrino*[9], dove la fissazione delle stesse è stata ritenuta anticoncorrenziale dalla Corte, solo quando istituisca un divieto assoluto di deroga a detti limiti, non ostando diversamente un provvedimento normativo in tal senso dello Stato, non riconducibile ad un accordo tra imprese (ossia tra ordini professionali), a cui si applicano in senso stretto le disposizioni del trattato a tutela della concorrenza, ovvero imposto autoritativamente dallo Stato e per esso dal Ministero della Giustizia, che può non approvare il progetto del CNF o modificarlo[10], nonché le pronunce note come degli *Spedizionieri doganali* [11], dove anche il Consiglio Nazionale degli stessi (CNSD) è considerato associazione di imprese, che assume decisioni rilevanti per la tutela della concorrenza *ex* art. 101 TFUE, ma senza la limitazione (intervento autoritativo di una amministrazione statale) prevista per gli ordini professionali.

In tema di pubblicità, la Corte ha evidenziato la necessità che la stessa sia soggetta ai limiti di interesse generale e, dunque, ha vietato quella fuorviante e ingannevole, in ossequio ai principi e regole che tutelano il consumatore.

In proposito, la limitazione ad opera del Legislatore nazionale della pubblicità professionale è stata ritenuta legittima, allorquando la stessa non agevoli, rafforzi o codifichi un'intesa o una decisione di imprese, tutelando piuttosto motivi imperativi di interesse generale, quali la dignità della professione, mentre volativo della concorrenza è il divieto assoluto di pubblicità, che "*eccede quanto è necessario per realizzare gli obiettivi perseguiti dalle norme nazionali*"[12].

---

[8] Cfr., in proposito, B. NASCIMBENE, *Professionisti e ordini professionali nel diritto dell'Unione europea*, in *Eurojus*, n. 3/2019, p. 223.

[9] Cfr. Corte di Giustizia UE, 19 febbraio 2002, in causa C-35/99, 5 dicembre 2006 in cause C- 94/04 e C-202-04.

[10] In proposito, nella sentenza *Arduino*, la Corte ha precisato che "*il fatto che uno Stato membro prescriva ad un'organizzazione di categoria l'elaborazione di un progetto di tariffa per le prestazioni non priva automaticamente la tariffa infine redatta del suo carattere di normativa statale*" e pertanto "*si è in presenza di una violazione degli artt. 5 e 85 del Trattato quando uno Stato membro imponga o agevoli la conclusione di accordi in contrasto con l'art. 85, o rafforzi gli effetti di siffatti accordi, ovvero tolga alla propria normativa il suo carattere pubblico delegando ad operatori privati la responsabilità di adottare decisioni d'intervento in materia economica (v. precitate sentenze Van Eycke, punto 16, Reiff, punto 14, Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft, punto 14, Centro Servizi Spediporto, punto 21, e Commissione/Italia, punto 54)*".

[11] Cfr. la sentenza della Corte 18 giugno 1998, in causa c-35/96, *Commissione c. Italia*, e del Tribunale 30 marzo 2000, in causa T-513/1993, *CNSD c. Commissione*.

[12] Cfr., ancora, B. NASCIMBENE, *Professionisti e ordini professionali nel diritto dell'Unione europea*, cit., p. 227, che cita la sentenza della Corte 4 maggio 2017 in causa C-339/15, *Vanderborght*.

I limiti alla pubblicità sono dunque ammessi, ma solo se giustificati, al fine di evitare restrizioni all'esercizio di una professione[13].

L'ordine professionale è dunque un'associazione di imprese (i professionisti) e le caratteristiche tipiche che connotano le professioni (natura intellettuale del servizio, autorizzazione, rispetto di determinate condizioni, combinazione di elementi personali, materiali e immateriali) non sono sufficienti ad escluderne la natura di imprese soggette alle regole della concorrenza.

Tuttavia, dalla giurisprudenza della Corte UE emerge come la tutela della concorrenza non debba ritenersi assolutamente preminente, a fronte di un interesse pubblico perseguito e allora il problema è individuare l'interesse pubblico idoneo a derogare al meccanismo concorrenziale.

In proposito, la Corte ha ritenuto giustificazione idonea della limitazione della concorrenza il perseguimento dell'interesse pubblico, nel senso di interesse della collettività (utenti, consumatori)[14], ma non la tutela della professione[15], senza considerare che l'interesse della professione coincide o è semplicemente l'altra faccia della medaglia dell'interesse della collettività, poiché quest'ultima è tutelata solo se può usufruire di servizi (in questo caso legali) affidati a professionisti, la cui serietà e professionalità sia verificata ed ancorata al rispetto, quantomeno minimale, di precise regole comuni, che è compito degli ordini professionali stabilire.

Peraltro, la Corte non si è rivolta solo ai professionisti/imprese e alle loro associazioni (ordini professionali), ma anche agli Stati, come del resto emerge dalle citate delibere dell'AGCM, la quale si è mossa nel solco di tale orientamento della giurisprudenza europea.

---

[13] Cfr. le sentenze della Corte di Giustizia, Sentenza 18 luglio 2013, *Consiglio nazionale dei geologi*, in causa C-136/12, e 19.2.2002, *Wouters e a.*, in causa C-309/99, richiamate dalla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 marzo 2016 n. 1164, che ha definito la prima fase della vicenda che ci occupa.

[14] Cfr., in proposito, la già citata sentenza della Corte sugli *Spedizionieri doganali*.

[15] Cfr, ancora, le sentenze *Arduino*, *Cipolla* e *Macrino*, cit. In relazione a detta tutela della professione (ad esempio mediante la fissazione di tariffe professionali vincolanti o emanazione di disposizioni relative all'elezione dei membri della professione nei rispettivi organi rappresentativi, senza tener conto dell'interesse degli utenti o di imprese in altri settori) la Corte ha ritenuto irrilevante la qualifica di ente pubblico, per cui cfr. le sentenze 30 gennaio 1985, C-123/83, *BNIC c. Clair*; 17 ottobre 1995, C-140/94 e C-142/94, *DIP e altri*, dove si ricorda che "*gli artt. 85 e 86 del Trattato, di per sé stessi, riguardano esclusivamente la condotta delle imprese e non le disposizioni legislative o regolamentari emanate dagli Stati membri. Da una costante giurisprudenza emerge tuttavia che il combinato disposto degli artt. 85 e 86 con l' art. 5 del Trattato fa obbligo agli Stati membri di non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, anche di natura legislativa o regolamentare, che possano rendere praticamente inefficaci le norme sulla concorrenza applicabili alle imprese (v., sull' art. 85 del Trattato, le sentenze 21 settembre 1988, causa 267/86, Van Eycke, Racc. pag. 4769, punto 16; 17 novembre 1993, causa C-185/91, Reiff, Racc. pag. I-5801, punto 14, e 9 giugno 1994, causa C-153/93, Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft, Racc. pag. I-2517, punto 14; sull' art. 86 del Trattato, v. la sentenza 16 novembre 1977, causa 13/77, GB-Inno-BM, Racc. pag. 2115, punto 31)*".

Nella citata sentenza sugli *Spedizionieri doganali*, la Corte ha precisato che "*lo status di diritto pubblico di un organismo nazionale quale il CNSD non osta all'applicazione dell'art. 85 del Trattato. Questo articolo, stando alla sua lettera, si applica agli accordi fra imprese e alle decisioni di associazioni di imprese. Pertanto, l'ambito giuridico entro il quale ha luogo la conclusione di detti accordi e sono adottate dette decisioni nonché la definizione giuridica di tale ambito data dai vari ordinamenti giuridici nazionali sono irrilevanti ai fini dell'applicazione delle regole comunitarie di concorrenza e in particolare dell'art. 85 del Trattato (sentenza 30 gennaio 1985, causa 123/83, Clair, Racc. pag. 391, punto 17)*".

Gli Stati membri sono dunque "responsabili della violazione del combinato disposto degli artt. 101 TFUE e 4, par. 3 TUE (sulla leale cooperazione) se adottano o mantengono in vigore norme, disposizioni, prassi che possono rendere praticamente inefficaci le regole di concorrenza applicabili alle imprese, ma anche quando impongono o agevolano la conclusione di un accordo oppure demandano la responsabilità di adottare provvedimenti ad enti o associazioni, che assumono decisioni definitive in materia economica (e quindi anche nelle ipotesi in cui venga, sì, eseguito un controllo, ma meramente formale). Rileva, pertanto, sia un comportamento dello Stato che impone o favorisce la conclusione di un accordo, sia la delega ad altri della responsabilità di decisione in materia economica"[16].

1.2. La precedente sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 marzo 2016 n. 1164

Nel filone della sopra illustrata giurisprudenza della Corte di Giustizia si colloca la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 marzo 2016 n. 1164, intervenuta nella medesima vicenda decisa dalla sentenza in esame e facente stato tr le parti in causa.

La vicenda origina il 19 novembre 2012, quando l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), inviava al Consiglio Nazionale Forense (CNF) una richiesta di informazioni concernenti "il nuovo tariffario forense" e la circolare n. 22 – C/2006, pubblicati sul sito *web* del CNF e nella banca dati Ipsoa, raggiungibile dalla *homepage* del sito web del CNF attraverso un *link* denominato "Tariffe".

Il 27 dicembre il CNF riscontrava la richiesta dichiarando di aver provveduto alla rimozione del *link* e la collocazione di tali atti nella sezione relativa alla "Storia dell'avvocatura", precisando che la circolare era stata già rimossa dal sito in occasione della pubblicazione della circolare n. 23/2007 di rettifica della precedente, già oggetto dell'indagine conoscitiva IC-34 riguardante il settore degli ordini professionali, in cui l'AGCM aveva dato atto della revoca della circolare e della sua rimozione dal sito web. Il CNF declinava poi ogni responsabilità in ordine alla banca dati dell'Ipsoa, gestita da Società privata.

A seguito di altra segnalazione, da parte della società titolare del circuito "Amica Card" (carta sconti per acquisti di beni e servizi vari da operatori convenzionati), avverso l'adozione da parte del CNF in data 11 luglio 2012, del parere n. 48/2012, con il quale, su richiesta del Consiglio dell'Ordine di Verbania, aveva reso l'interpretazione restrittiva dell'art. 19 del Codice deontologico forense, relativo al denunciato accaparramento della clientela di cui all'art. 19 del codice deontologico forense (CDF) all'epoca vigente (in relazione all'offerta, da parte di un avvocato, di prestazioni professionali mediante la piattaforma "Amica Card"), l'AGCM apriva un procedimento istruttorio che si concludeva con il provvedimento n. 25124 del 22 ottobre 2014, a mezzo del quale "*il CNF veniva sanzionato dall'AGCM per violazione dell'art. 101 TFUE*", per avere assunto "*due decisioni [la circolare del 4 settembre 2006 in tema di tariffe*

[16] Così, B. NASCIMBENE, *Professionisti e ordini professionali nel diritto dell'Unione europea*, cit., p. 230, che cita le sentenze 21 novembre 1988, C-267/86, *Van Eicke*; 17 novembre 1993, C-185/91, *Reiff*,; 9 giugno 1994, C-153/93, *Delta*.

professionali e il parere rilasciato all'Ordine degli Avvocati di Verbania del 28 gennaio 2013] volte a limitare l'autonomia dei professionisti rispetto alla determinazione del proprio comportamento economico sul mercato, stigmatizzando quale illecito disciplinare la richiesta di compensi inferiori ai minimi tariffari e limitando l'utilizzo di un canale promozionale e informativo attraverso il quale si veicola anche la convenienza economica della prestazione professionale"[17].

Il predetto provvedimento, oltre all'accertamento dell'illecito, comminava una sanzione pecuniaria di € 912.536,40.

Avverso il predetto provvedimento, il CNF adiva il Giudice Amministrativo e il contenzioso si concludeva con la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 marzo 2016 n. 1164 nel senso – parzialmente difforme dalla sentenza di primo grado che aveva escluso l'illegittimità della pubblicazione della Circolare relativa alle tariffe - della illegittimità di entrambi gli atti compiuti dal CNF, con conseguente formazione del giudicato sul provvedimento sanzionatorio del 2014 e sugli atti presupposti.

La predetta pronuncia muove dai presupposti dell'esercizio del potere sanzionatorio da parte di AGCM, individuati nell'esistenza di un'"*associazione di imprese*" (soggettivo) che abbia adottato una "*decisione*" lesiva della concorrenza (oggettivo).

Secondo il Consiglio di Stato, in base alla disciplina legislativa ed alla giurisprudenza europea, entrambi i presupposti sussistono in capo al CNF.

Sotto il profilo soggettivo, in quanto "*l'ordinamento si è ormai orientato verso una nozione funzionale e cangiante di ente pubblico», con la conseguenza che «si ammette ormai senza difficoltà che uno stesso soggetto possa avere la natura di ente pubblico a certi fini e rispetto a certi istituti, e possa, invece, non averla ad altri fini, conservando rispetto ad altri istituti regimi normativi di natura privatistica»*". Ciò secondo una "*nozione "funzionale" di ente pubblico, secondo cui il "criterio da utilizzare per tracciare il perimetro del concetto di ente pubblico non è sempre uguale a se stesso, ma muta a seconda dell'istituto o del regime normativo che deve essere applicato e della ratio ad esso sottesa». La conseguenza che ne deriva è «che è del tutto normale, per così dire "fisiologico", che ciò che a certi fini costituisce un ente pubblico, possa non esserlo ad altri fini, rispetto all'applicazione di altri istituti che danno rilievo a diversi dati funzionali o sostanziali»*"[18].

L'analisi della disciplina del CNF[19], ha condotto il Consiglio di Stato a ritenere che lo stesso, "*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*

[17] Cfr. la sentenza del Consiglio di Stato in commento, n. 2764/2020.
[18] Si richiama Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660.
[19] Artt. 52 e segg. R.D.l. 27 novembre 1933, n. 1578 (recante "*Ordinamento delle professioni di avvocato e di procuratore*"), convertito, con modificazioni, nella Legge 22 gennaio 1934, n. 36, ed oggetto di una nuova disciplina ad opera della Nuova legge professionale forense, 31 dicembre 2012, n. 247.

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"[20].

Sul versante oggettivo, secondo il Consiglio di Stato, "*nella fattispecie concreta il CNF ha adottato atti che, per il loro contenuto, devono essere qualificati come "decisioni" di imprese in quanto idonee ad incidere sul comportamento economico dell'attività professionale svolta dagli avvocati. La negazione di un diritto alla diffusione di una peculiare forma di pubblicità rappresenta, infatti, una condotta in grado di limitare l'ambito di mercato da parte di chi esercita la professione di avvocato".*

Pertanto, secondo la sentenza n. 1164/2016, in ragione dell'attività svolta, il CNF non è un ente pubblico nell'esercizio di funzioni amministrative o sostanzialmente giurisdizionali ma "associazione di imprese" e, quindi, l'AGCM avrebbe *"correttamente applicato il procedimento contemplato dagli artt. 101 e ss. TFUE e 2 della legge n. 287 del 1990 e non quello previsto dall'art. 21-bis della legge n. 287 del 1990*"[21].

---

[20] In particolare, si è rilevato che un'organizzazione professionale, quando adotta un atto come il codice deontologico, «*non esercita né una funzione sociale fondata sul principio 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*». Il Consiglio di Stato richiama Corte di giustizia, 18 luglio 2013, C-136/12; Cons. Stato, sez. VI, 22 gennaio 2015, n. 238, che ha esaminato una questione analoga a quella in esame.

[21] Tale orientamento del Giudice Ammnistrativo, formatosi nel solco della giurisprudenza europea, è stato richiamato ed applicato dall'AGCM, pur se in modo attenuato rispetto all'Ordine degli Avvocati, anche in un caso analogo riguardante la professione notarile.

Si tratta del Provvedimento n. 27874 del 24 luglio 2019, con il quale l'Autorità ha censurato l'operato del Consiglio Notarile di Milano (CNM) ritenuto restrittivo della concorrenza, seppur non grave, con conseguente mancata applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie, invece irrogate in misura elevata al CNF nel caso in esame.

In particolare, l'Autorità ha affermato che, "ferma restando la centralità del potere/dovere del CNM di tutelare l'utenza e la fede pubblica nell'esercizio delle funzioni a tal fine attribuitegli dalla legge notarile, l'istruttoria svolta ha consentito di accertare che le iniziative poste in essere dal Consiglio e oggetto del presente accertamento non sono riconducibili all'esercizio della genuina attività di vigilanza".

Quanto alle condotte censurate, "in un contesto di crisi economica e di liberalizzazione del settore, il Consiglio, preoccupato dell'aumento della sperequazione tra repertori notarili, ha inteso acquisire dalla generalità dei notai vigilati dati concorrenzialmente sensibili, in quanto «conoscere i numeri, possedere il dato, è fondamentale per la difesa ed il consolidamento del notariato» e al fine di «capire quanto sia calato il rapporto tra fatturato e utile, quanto sia diminuita la redditività del singolo atto, quale sia il reale costo di produzione di un atto, quanto sia diminuito il numero di dipendenti, ed altro ancora».

La preoccupazione del CNM è stata quella che, nel citato contesto di liberalizzazione, i notai avrebbero potuto fare ricorso alle nuove leve concorrenziali disponibili per acquisire quote di mercato a scapito di altri, riconoscendo che «i notai … sono soggetti in forte competizione tra loro, che utilizzano le leve della concorrenza per cercare di ricavare dalla propria attività la maggior redditività possibile … sapendo che lo sviluppo della propria attività in un mercato tendenzialmente rigido provoca una contrazione dei volumi degli altri notai». In piena coerenza con l'obiettivo di controllare il comportamento economico di tutti i notai vigilati, il CNM ha utilizzato i dati concorrenzialmente sensibili acquisiti con il monitoraggio 2014 per le «brevi relazioni» e per le audizioni di singoli notai, in cui vengono messe in evidenza le politiche di prezzo praticate e la quantità di lavoro registrata.

La preoccupazione del Consiglio si è spinta fino all'approfondita valutazione del rapporto dei notai con le organizzazioni esterne al notariato, segnalando che tali «situazioni vengono monitorate, vengono guardate, vengono approfondite. (…). È una fatica mostruosa, ma ce la facciamo e quindi occhio a stare lontani da quelle organizzazioni. L'altro aspetto è quello della quantità smodata»".

AGCM si è dunque persuasa che le iniziative del CNM, concretizzatasi in una "richiesta a tappeto di dati economici concorrenzialmente sensibili, nella conseguente mappatura dei notai vigilati e nell'uso segnaletico delle iniziative assunte, configurino un'intesa unica e complessa, restrittiva della concorrenza, avente per oggetto la limitazione del

Con riferimento al parere 11 luglio 2012, n. 48, che ha interpretato restrittivamente l'art. 19 del Codice deontologico, in relazione alla pubblicità degli avvocati, lo stesso è stato ritenuto illegittimo, poiché "*l'attività oggetto di contestazione da parte del CNF si risolve in una modalità di pubblicità protetta dalla norma riportata* [l'art. 3, comma 5, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, recante "*Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo*", secondo cui «*gli ordinamenti professionali devono garantire che l'esercizio dell'attività risponda senza eccezioni ai principi di libera concorrenza, alla presenza diffusa dei professionisti su tutto il territorio nazionale, alla differenziazione e pluralità di offerta che garantisca l'effettiva possibilità di scelta degli utenti nell'ambito della più ampia informazione relativamente ai servizi offerti*», aggiungendosi che occorre, tra l'altro, assicurare che «*la pubblicità informativa, con ogni mezzo, avente ad oggetto l'attività professionale, le specializzazioni ed i titoli professionali posseduti, la struttura dello studio ed i compensi delle prestazioni*» *sia libera e che le informazioni siano trasparenti, veritiere, corrette, non equivoche, né ingannevoli o denigratorie*»] *e non in contrasto con i limiti da essa posta*".

Ciò in quanto il sistema "Amica Card" è finalizzato a mettere a disposizione dell'avvocato, in cambio di un corrispettivo, uno spazio *on line* nel quale questi può presentare l'attività professionale svolta e proporre uno sconto al cliente, che decide di avvalersi dei suoi servizi, non rilevando le modalità di accesso, delle quali non si è dimostrata l'illiceità rispetto alle norme deontologiche, né la mancata indicazione dello sconto e dell'attività svolta.

Si è inoltre precisato come "*l'intesa contestata è "per oggetto*", poichè il CNF ha, infatti, ritenuto non consentita una modalità di pubblicità che è finalizzata a tutelare la concorrenza tra professionisti. L' "oggetto" dell'intesa è stato, pertanto, quello di rendere più difficoltoso l'accesso al mercato delle professioni di avvocato.

In tali casi, non occorrono ulteriori accertamenti concreti dell'Autorità, non potendo comunque questa incidere su una qualificazione (quella dell'intesa) che compete all'Autorità giudiziaria, la quale, in ragione

---

confronto competitivo fra i notai del distretto, tanto in termini di prezzo e di quantità di lavoro gestita, quanto di offerta del servizio con modalità innovative, in violazione dell'articolo 2, comma 2, della legge n. 287/90".

La non gravità della violazione è stata però ritenuta in quanto "la portata restrittiva dell'intesa è risultata limitata in ragione della sua non completa attuazione, tenuto conto che al questionario 2016, il più ampio in termini di quantità di dati sensibili richiesti e di arco temporale interessato, non sono seguite azioni del CNM ulteriori rispetto all'elaborazione interna dei dati acquisiti, idonee a orientare il comportamento economico dei notai vigilati". Ciò nonostante si sia trattato di un'intesa anticoncorrenziale che l'Autorità ha fatto risalire al febbraio 2013, ossia all'adozione della Relazione sull'attività del Consiglio nel 2012.

Non vi è dubbio, peraltro, che si sia trattato di un'attività diffusamente invasiva, con obiettivi non perspicui, ma identificabili nell'intento di uniformare la concreta applicazione delle tariffe notarili. Pur trattandosi di un intento inespresso, non viene meno il suo significato nella logica di cui sopra e, come tale, entrando (fosse anche indirettamente) nella sfera concorrenziale, con effetti riduttivi del suo dinamismo, avrebbe richiesto una maggiore attenzione da parte dell'Autorità sia nella ricostruzione della vicenda si anella sua valutazione.

della certa qualificazione dell'intesa nei termini di cui sopra non ha ritenuto di rinviare la questione pregiudiziale formulata dall'appellante alla Corte di Giustizia UE[22].

Un ulteriore profilo dedotto, che rileva in quanto esaminato anche dalla sentenza n. 2764/2020, riguardava la violazione dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), dell'art. 47 della Carta europea dei diritti dell'uomo da parte del d.p.r. 30 aprile 1998 (*Regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*), che non garantirebbe il principio del giusto procedimento e quello di imparzialità dell'organo che infligge le sanzioni, secondo il quale deve essere assicurata la separazione tra funzione istruttoria/requirente e funzione decisoria.

Premessa l'applicabilità dell'art. 6 CEDU anche in presenza di sanzioni amministrative di natura afflittiva, alle quali deve essere riconosciuta natura sostanzialmente penale, secondo i criteri stabiliti dalla Corte di Strasburgo[23], il Consiglio di Stato ha ritenuto insussistente la violazione sia perchè si è ritenuto che il procedimento pare aver rispetto le garanzie previste dalla norma CEDU, sia perché i vizi dedotti non hanno precisato in che termini la stessa sarebbe stata perpetrata.

Del pari illegittima, in riforma della sentenza di primo grado, è stata ritenuta la ripubblicazione della circolare n. 22-C/2006[24], nel 2008, sul sito del CNF e successivamente nella banca dati gestita dall'Ipsoa, poiché qualificata, anche in questo caso, di intesa "per oggetto" di contenuto anticoncorrenziale, unita ad un comportamento illegittimo del CNF, integrante gli estremi dell'illecito contestato, ossia:

"*- a seguito di accertamenti dell'AGCM che hanno messo in rilievo la contrarietà della circolare alle nuove disposizioni, il CNF ha adottato una nuova circolare n. 23 del 2007 che ha "superato" la precedente;*

---

[22] La sentenza ricorda come, ai sensi dell'art. 101, primo paragrafo, TFUE, come interpretato dalla Corte di Giustizia, "*le intese "per oggetto" si caratterizzano per il fatto che «talune forme di coordinamento tra imprese possono essere considerate, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza». Si è, inoltre, chiarito che per accertare se si è in presenza di una intesa "per oggetto" occorre avere riguardo «al tenore delle disposizioni dell'intesa stessa, agli obiettivi che si intende raggiungere, al contesto economico e giuridico nel quale l'intesa stessa si colloca». Nella valutazione di tale contesto, «occorre prendere in considerazione anche la natura dei beni o dei servizi coinvolti e le condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato o dei mercati in questione» (sentenza 11 settembre 2014, in causa C-67/13 P).*

Le intese "per effetto" ricorrono quando non sussistono i presupposti per configurare la sussistenza di una intesa per "oggetto", con la conseguenza che occorre esaminare gli effetti e «dovranno sussistere tutti gli elementi comprovanti che il gioco della concorrenza è stato, di fatto, impedito, ristretto, o falsato in modo significativo»".

[23] Si tratta di "*tre criteri, costituiti: i) dalla qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, con la puntualizzazione che la stessa non è vincolante quando si accerta la valenza "intrinsecamente penale" della misura; ii) dalla natura dell'illecito, desunta dall'ambito di applicazione della norma che lo prevede e dallo scopo perseguito; iii) dal grado di severità della sanzione (sentenze 4 marzo 2014, r. n. 18640/10, resa nella causa* Grande Stevens e altri c. Italia*; 10 febbraio 2009, ric. n. 1439/03, resa nella causa* Zolotoukhine c. Russia*; si v. anche Corte di giustizia UE, grande sezione, 5 giugno 2012, n. 489, nella causa C-489/10), che è determinato con riguardo alla pena massima prevista dalla legge applicabile e non di quella concretamente applicata*".

[24] Secondo il Consiglio di Stato, "*contiene «osservazioni sulla interpretazione e applicazione» del predetto decreto n. 223 del 2006 e, in una sua parte, dispone che «il fatto che le tariffe minime non sia più "obbligatorie" non esclude che (…) le parti contraenti possano concludere un accordo con riferimento alle tariffe». Subito dopo si aggiunge che «tuttavia 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, comma 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.»*".

- da accertamenti svolti nel giugno del 2012 dall'Autorità è risultata la presenza sul sito istituzionale del CNF di un documento denominato «Nuovo tariffario forense» (d.m. n. 127 del 2004) unitamente alla circolare n. 22 del 2006;

- a seguito di questa ultima segnalazione il CNF ha comunicato all'Autorità di avere provveduto allo spostamento della circolare 2006 nella sezione dedicata alla «Storia dell'Avvocatura»;

- a seguito di accertamenti disposti in data 20 maggio e 15 luglio 2013, la circolare e il d.m. n. 127 del 2004 (unitamente al successivo decreto n. 140 del 2012) risultavano ancora presenti nella banca dati del CNF, essendo inserita nella sezione denominata «Tariffa/Tariffe professionali»;

- a seguito delle ultime rilevazioni effettuate in data 4 novembre 2013 e 7 luglio 2014 la circolare. non risultava più presente".

Non sono state ritenute rilevanti le circostanze della abrogazione della circolare, essendo dirimente il comportamento posto in essere a prescindere dalla vigenza dell'atto, la mancanza di elemento soggettivo e la gestione della banca dati in questione da parte di IPSOA, gravando sul CNF un onere di controllo, ritenuto invece inadempiuto.

1.3. Comunicazione della Commissione UE 10 gennaio 2017 e Direttiva 2018/958 del 28 giugno 2018

Nelle more della decisione del secondo ricorso relativo all'ulteriore sanzione di pari importo irrogata da AGCM al CNF per inadempimento del primo presupposto provvedimento, è intervenuta la comunicazione della Commissione europea del 10 gennaio 2017 "*relativa alle raccomandazioni di riforma per la regolamentazione dei servizi professionali*", la quale, pur riconoscendosi agli Stati membri il diritto di organizzare e disciplinare le professioni in funzione della tutela di interessi generali, ha significativamente evidenziato la necessità che la regolamentazione dei servizi professionali deve rispettare il principio di proporzionalità, che diviene pertanto il criterio per misurare l'interesse pubblico idoneo a derogare al meccanismo concorrenziale, di cui si diceva *supra*.

Ed infatti, la Commissione ha rilevato la necessità di misure nazionali "più proporzionate" ed ha richiamato le "conclusioni del Consiglio Competitività" del 29 febbraio 2016, che ha accolto con favore gli orientamenti periodici specifici per paese sulle professioni regolamentate, anche alla luce della loro capacità di garantire che la regolamentazione da parte di ciascuno Stato membro sia proporzionata, e che ha sottolineato la necessità di garantire un *follow-up* coerente ed efficace".

La Commissione ha precisato ulteriormente che "spetta a ciascuno Stato membro decidere se sia necessario intervenire e imporre norme e restrizioni all'accesso o all'esercizio di una professione, purché siano rispettati i principi di non discriminazione e di proporzionalità. Gli Stati membri stabiliscono l'obiettivo di interesse pubblico che intendono tutelare e scelgono il metodo più adeguato per raggiungere tale obiettivo.

I requisiti imposti ai servizi professionali sono stati oggetto della giurisprudenza della Corte di Giustizia. La Corte ha ripetutamente dichiarato che, anche se applicate senza alcuna discriminazione, le regolamentazioni nazionali delle professioni, compresi i requisiti concernenti le qualifiche, possono ostacolare o rendere meno attraente per i cittadini e le imprese dell'UE l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal trattato. La Corte ha inoltre affermato che il fatto che uno Stato membro imponga norme meno severe di quelle imposte da un altro Stato membro non significa che queste ultime siano sproporzionate e incompatibili con il diritto dell'UE. Spetta agli Stati membri valutare caso per caso se sia necessario imporre restrizioni alle attività professionali, tenendo conto dell'intero contesto normativo".

Ed ancora: "Gli orientamenti sulle raccomandazioni di riforma e il *test* di proporzionalità possono essere considerati complementari: mentre la presente comunicazione mira a sollecitare gli Stati membri affinché apportino adeguamenti concreti al quadro regolamentare esistente di specifiche professioni, il *test* di proporzionalità punta ad agire preventivamente fornendo un insieme di criteri generali che aiutano gli Stati membri a svolgere una valutazione approfondita delle motivazioni e delle esigenze di una futura regolamentazione delle professioni in tutti i settori prima di adottare nuove disposizioni legislative o apportare modifiche alla normativa in vigore. Sia le raccomandazioni di riforma che il test di proporzionalità si prefiggono lo scopo di perfezionare gli approcci degli Stati membri alla regolamentazione, non dettandoglieli, bensì assicurando migliori pratiche di regolamentazione per garantire che la regolamentazione sia proporzionata e che si evitino conseguenze economiche negative".

Con specifico riguardo alla professione di Avvocato, la Commissione rileva una certa uniformità nelle discipline degli Stati membri, "nel senso che la professione è regolamentata da riserve di attività e che il titolo è protetto in tutti gli Stati membri" e formula alcune raccomandazioni, nel senso del chiarimento e/o attenuazione delle restrizioni imposte, ma non le vieta, proprio perché sono ammissibili, se proporzionate.

In proposito, è stata approvata la direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2018/958 del 28 giugno 2018, "*relativa a un test della proporzionalità prima dell'adozione di una nuova regolamentazione delle professioni*", il cui recepimento deve avvenire entro il 30 luglio 2020, la quale ha rilevato la natura fondamentale della libertà professionale, la cui disciplina deve essere appunto improntata ai principi di non discriminazione e proporzionalità.

Rilevanti in proposito, sono i "*considerando*" da 12 a 15, dove si afferma che, *"prima di introdurre nuove disposizioni legislative, regolamentari o amministrative che limitano l'accesso alle professioni regolamentate, o il loro esercizio, o di modificare quelle esistenti, gli Stati membri dovrebbero valutare la proporzionalità di tali disposizioni. La portata della valutazione dovrebbe essere proporzionata alla natura, al contenuto e all'impatto della disposizione*

introdotta. L'onere della prova della motivazione e della proporzionalità incombe agli Stati membri. Le motivazioni a supporto di una regolamentazione che possono essere addotte da uno Stato membro dovrebbero essere corredate di un'analisi dell'idoneità e della proporzionalità del provvedimento adottato da tale Stato membro, nonché di precisi elementi suffraganti le argomentazioni. Sebbene uno Stato membro non debba necessariamente produrre uno studio specifico o precisi elementi o materiali suffraganti la proporzionalità di tale provvedimento prima della sua adozione, esso dovrebbe condurre un'analisi oggettiva, tenendo conto delle circostanze specifiche di tale Stato membro, che dimostri che sussistono rischi reali per il conseguimento degli obiettivi di interesse pubblico. Gli Stati membri dovrebbero procedere a valutazioni della proporzionalità in modo obiettivo e indipendente, anche nel caso in cui una professione sia regolamentata in via indiretta, mediante l'attribuzione del potere regolamentare a un determinato ordine professionale. Tali valutazioni potrebbero includere il parere di un organismo indipendente, tra cui gli organismi esistenti che partecipano al processo legislativo nazionale, incaricato dagli Stati membri interessati del compito di formulare tale parere. Ciò è particolarmente importante nei casi in cui la valutazione sia effettuata da parte delle autorità locali, degli organismi di regolamentazione o delle organizzazioni professionali la cui maggiore vicinanza alle condizioni locali e le cui conoscenze specialistiche potrebbero in certi casi metterli in condizione di individuare il modo migliore per conseguire gli obiettivi di interesse pubblico, ma le cui scelte politiche potrebbero arrecare benefici agli operatori esistenti a scapito dei nuovi interessati a entrare nel mercato. È opportuno verificare la proporzionalità delle disposizioni nuove o modificate che limitano l'accesso alle professioni regolamentate o il loro esercizio dopo l'adozione. Un riesame della proporzionalità di un provvedimento nazionale restrittivo nell'ambito delle professioni regolamentate dovrebbe essere basato non solo sull'obiettivo di tale provvedimento nazionale al momento della sua adozione, ma anche sui suoi effetti valutati dopo la sua adozione. La valutazione della proporzionalità del provvedimento nazionale dovrebbe essere basata sugli sviluppi sopravvenuti nel settore della professione regolamentata successivamente all'adozione del provvedimento".

La direttiva indica poi, seppur non esaustivamente, i casi in cui si può ritenere sussistente un interesse pubblico rilevante per l'imposizione di restrizioni e i casi in cui questo è escluso (art. 6), mentre nella disposizione successiva (art. 7, rubricato appunto alla "*proporzionalità*") enuncia i criteri per l'applicazione del principio, annoverando, peraltro, i requisiti tariffari e quelli in materia di pubblicità, tra quelli oggetto della valutazione di proporzionalità della scelta finalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico[25].

Emerge ancora come le restrizioni e specificamente quelle oggetto della vicenda decisa dalla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 aprile 2020 n. 2764 (relative a tariffe e pubblicità) non siano escluse

[25] Il paragrafo 3 dell'art. 7 dispone infatti che "*ai fini del paragrafo 2, primo comma, lettera f)* [ossia considerazione dell' "*effetto di disposizioni nuove o modificate quando sono combinate con altre disposizioni che limitano l'accesso alla professione o il suo esercizio, e in particolare il modo in cui le disposizioni nuove o modificate, combinate con altri requisiti, contribuiscono al conseguimento, e se siano necessarie al conseguimento, dello stesso obiettivo di interesse pubblico*"], *gli Stati membri valutano l'effetto della nuova disposizione o della disposizione modificata in combinazione con uno o più requisiti, prendendo in considerazione il fatto che tali effetti possono essere sia positivi sia negativi, e in particolare i seguenti: … k) requisiti tariffari minimi e/o massimi prestabiliti; l) requisiti in materia di pubblicità*".

perché aprioristicamente ritenute anticoncorrenziali, ma che debbano essere oggetto di un proporzionato bilanciamento.

Al principio di proporzionalità era già improntata del resto la nota Direttiva c.d. "Bolkestein", 2006/123 del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, la quale si prefiggeva di assicurare:

1) la qualità del servizio;
2) la tutela del consumatore;
3) una pubblicità solo informativa e non promozionale
4) l'esercizio in forma societaria
5) la previsione di limiti proporzionati a tali esigenze,

nonché a salvaguardare:

a) la deontologia
b) il segreto professionale
c) l'indipendenza
d) la dignità
e) l'integrità del professionista.

Le caratteristiche pubblicistiche della funzione svolta dal prestatore di servizi sono prese in considerazione dal diritto europeo e devono essere contemperate con la connotazione imprenditoriale dello stesso. La liberalizzazione dei servizi professionali che ne emerge non è una malintesa assenza di regole, dunque, ma la presenza di una regolamentazione proporzionata, che rispetti le indicazioni eurounitarie ma anche l'interesse pubblico che le professioni sono deputate a soddisfare.

2. Il caso all'esame del Consiglio di Stato e le questioni decise

Il giudizio deciso con la sentenza in esame è stato instaurato nuovamente dal CNF avverso l'irrogazione da parte dell'Autorità, con delibera n. 25868 del 10 febbraio 2016, nelle more del giudizio definito con la sentenza n. 1164/2016, di una ulteriore sanzione di pari importo di quella precedentemente irrogata (Euro 912.536,40), per la ritenuta inottemperanza a quanto stabilito alle lettere b) ed e) della precedente delibera AGCM n. 25154 del 22 ottobre 2014.

Ciò in quanto il parere 48/2012 non sarebbe stato ritirato dalla banca dati né dalla sezione del sito web dedicato alla deontologia forense, e neppure revocato. Vi sarebbe inoltre stata la violazione dell'ordine di cui al punto c) del dispositivo del medesimo provvedimento, con riguardo alle prescrizioni dell'art. 35 (rubricato "*Dovere di corretta informazione*") del nuovo codice deontologico forense[26], le quali,

[26] Pubblicato in G.U. il 16.10.2014 ed entrato in vigore il 15 dicembre 2014.

confermando e inasprendo le limitazioni introdotte dal CNF con il parere n. 48/2012, sarebbero in contrasto con il divieto di porre in essere in futuro comportamenti analoghi a quelli, oggetto di accertamento, di cui alla lettera c) del dispositivo[27].

Il provvedimento era impugnato innanzi al TAR del Lazio e, sopravvenuta la sentenza del Consiglio di Stato n. 1164/2016, il CNF, con nota dell'8 maggio 2016, mentre era in trattazione in primo grado il secondo ricorso proposto, faceva presente di aver revocato il parere n. 48/2012.

Il TAR accoglieva poi il ricorso, per vizi procedimentali e confermando per il resto le statuizioni della sua prima sentenza (in particolate la legittimità della circolare n. 22 del 4 settembre 2006), oltre ad escludere "*ogni ipotesi di inottemperanza*".

Prima di affrontare le questioni decise dalla sentenza n. 2764/2020, occorre precisare come la Sezione VI del Consiglio di Stato, in questa seconda pronuncia, non potesse mettere in discussione la declarata anticoncorrenzialità del comportamento tenuto e dei provvedimenti assunti dal CNF, poichè, come puntualizzato in sentenza, "*a seguito del giudicato formatosi sulla vicenda sin qui sviluppatasi, i provvedimenti assunti dall'AGCM sino a quello del 22 ottobre 2014 n. 25154 compreso, sono dunque divenuti inoppugnabili*" e tale giudicato "*fa stato in questo giudizio, essendo intervenuto tra le medesime parti, su fatti, come si vedrà, in parte comuni alle fattispecie rispettivamente dedotte nei due giudizi*".

Il *thema decidendum* del giudizio deciso dalla sentenza n. 2764/2020, dunque, "*non può prescindere dalla precisa individuazione del comportamento ritenuto illecito nel secondo provvedimento AGCM* […] *e cioè non avere posto termine all'infrazione dell'art. 101 del TFUE accertata con riferimento al parere n. 48/2012. Al riguardo va ricordato che questa Sezione, nel punto 7 della sentenza n.1164/16 cit.* […] *aveva ritenuto rilevante la condotta illecita protratta nel tempo del CNF, ai fini della configurazione della sanzione ivi ritenuta legittima*", che aveva riguardato anche il parere *de quo*, con specifico riguardo alla durata dell'infrazione, declinata, secondo la richiamata sentenza del Consiglio di Stato n. 2083/2009, come "*il protrarsi dell'illecito in ragione della volontaria omissione di un contrarius actus*".

Nessuna ulteriore protrazione dell'illecito rispetto al primo provvedimento dell'Autorità è stata posta in essere dal CNF, che ha prontamente eseguito (con la revoca del parere n. 42/2012 e l'avvio del procedimento di modifica dell'art. 35 del Codice deontologico forense) la sentenza del Consiglio di Stato n. 1164/2016, la quale aveva stigmatizzato essa stessa la protrazione dell'illecito per legittimare il

[27] L'art. 35 del nuovo Codice Deontologico del 2014, al comma 9, prevede che "*L'avvocato può utilizzare, a fini informativi, esclusivamente i siti web con domini propri senza reindirizzamento, direttamente riconducibili a sé, allo studio legale associato o alla società di avvocati alla quale partecipi, previa comunicazione al Consiglio dell'Ordine di appartenenza della forma e del contenuto del sito stesso*", aggiungendo al comma 11 che "*le forme e le modalità delle informazioni devono comunque rispettare i principi di dignità e decoro della professione*" e stabilendo, infine, al comma 12, che "*la violazione dei doveri di cui ai precedenti commi comporta l'applicazione della sanzione disciplinare della censura*", richiedendosi l'utilizzo di soli siti *web* con domini propri, senza reindirizzamento, con richiamo quanto alla pubblicità, di dignità e decoro professionale.

provvedimento in quella sede impugnato e che non era ancora intervenuta al momento dell'emanazione del provvedimento dell'Autorità impugnato nel secondo giudizio.

2.1. Il principio del *ne bis in idem* e la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE

La prima argomentazione a sostegno dell'illegittimità della sanzione irrogata da AGCM riguarda il principio del *ne bis in idem*, in materia di tutela della concorrenza, in relazione al quale il Consiglio di Stato richiama la recente sentenza della Corte UE 3 aprile 2019, nella causa C-617/17, per la quale "*il principio del ne bis in idem, sancito dall'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che un'autorità nazionale garante della concorrenza infligga ad un'impresa, nell'ambito di una stessa decisione, un'ammenda per violazione del diritto nazionale della concorrenza e un'ammenda per violazione dell'articolo 82 CE*[28]*. In una situazione del genere l'autorità nazionale garante della concorrenza deve tuttavia assicurarsi che le ammende considerate congiuntamente siano proporzionate alla natura dell'infrazione*".

Secondo la giurisprudenza della Corte, è dunque possibile sanzionare in sequenza un illecito in materia di concorrenza.

Per il Consiglio di Stato non sussistono però i presupposti per l'irrogazione di detta sanzione mancando nel provvedimento impugnato la "*valutazione specifica di proporzionalità delle due sanzioni considerate congiuntamente*".

Ritorna, quindi, il principio di proporzionalità già affermato dalla Corte di Giustizia e dalla Commissione in relazione alle limitazioni alla concorrenza, anche con riferimento all'irrogazione delle relative sanzioni, materia nella quale del resto il principio di proporzionalità è consolidato.

Al contrario, secondo il Consiglio di Stato, "*l'AGCM* [non ha] *compiuto alcuna valutazione specifica di proporzionalità delle due sanzioni considerate congiuntamente.*

Anzi, una simile proporzione nella specie è esclusa dal fatto che il secondo provvedimento intende punire una sola infrazione (oltretutto insussistente) con la sanzione pecuniaria di € 912.536,4, in misura esattamente corrispondente alla somma con cui aveva condannato il CNF, col provvedimento precedente, per la medesima infrazione abbinata ad altra, e dunque configura una irragionevole duplicazione della sanzione, per un fatto già oggetto di analogo procedimento".

[28] Oggi art. 102 TFUE, ai sensi del quale "*è incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo. Tali pratiche abusive possono consistere in particolare: a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque; b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi*".

2.2. La natura "*intrinsecamente penale*" dell'illecito contestato dal Garante e le garanzie CEDU

La sentenza in commento, pronunciandosi sui dedotti vizi di difetto di istruttoria del provvedimento impugnato, per non avere assicurato le garanzie del contraddittorio procedimentale, affronta nuovamente, sotto diverso profilo, la dedotta violazione dell'art. 6, paragrafo 1, CEDU, poiché "*nei procedimenti sanzionatori in materia antitrust, come quello per cui è causa, debbono essere assicurate garanzie pari a quelle del processo penale. Ed è noto che secondo la CEDU (a partire dalle sentenze 8 giugno 1976, Engel c. Paesi Bassi; 27 settembre 2011, A. Menarini Diagnostici s.r.l. c. Italia; 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia) la natura formalmente amministrativa di un illecito non esclude che esso possa essere riconosciuto come intrinsecamente "penale", al fine di evitare che la qualificazione interna sottragga la disciplina della relativa sanzione all'applicazione delle garanzie CEDU che attengono alla materia penale.*

E nella specie, dei c.d. Engel criteria, qui ricorre quello inerente alla natura degli interessi tutelati, dovendosi riconoscere alla sanzione applicata al CNF una funzione non meramente risarcitoria o compensativa, ma vistosamente repressiva e punitiva".

Pertanto, se il primo provvedimento è sfuggito alla violazione dell'art. 6 CEDU, così non è stato per il secondo, che ha irrogato al CNF la medesima gravosa sanzione pecuniaria a fronte di un preteso inadempimento che era già stato considerato nella prima occasione e che, per il periodo successivo, tale non era, atteso che i provvedimenti dell'Autorità erano ancora *sub iudice*.

In proposito, si riscontra un interessante parallelismo con l'istituto dell'*astreinte* o penalità di mora, mutuata dall'ordinamento francese e prevista sia dal Codice di Procedura Civile[29] sia dal Codice del Processo Amministrativo[30], con funzione compulsoria in relazione all'adempimento dell'ordine del giudice, *ex ante*, quale "minaccia" per incentivare lo spontaneo e tempestivo adempimento dell'obbligato, ed *ex post* per sanzionare in modo progressivo l'inadempimento ed indurre l'obbligato ad ottemperare al *dictum* giudiziale[31], a garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale

Tale misura, che si differenzia dal caso in esame, poiché l'*astrainte* nasce come sanzionatoria nel senso sopra indicato (formalmente e sostanzialmente, non assumendo mai connotazione risarcitoria o

[29] All'art. 614-*bis*, introdotto dall'art.49, comma 1, della Legge 18 giugno 2009, n. 69, poi novellato dal d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, nella Legge 6 agosto 2015, n. 132, ai sensi del quale "*il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile*".

[30] All'art. 114, comma 4, lett. e), per il caso di accoglimento del ricorso in ottemperanza e "*salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e se non sussistono altre ragioni ostative, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato; tale statuizione costituisce titolo esecutivo. Nei giudizi di ottemperanza aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro, la penalità di mora di cui al primo periodo decorre dal giorno della comunicazione o notificazione dell'ordine di pagamento disposto nella sentenza di ottemperanza; detta penalità non può considerarsi manifestamente iniqua quando è stabilita in misura pari agli interessi legali*".

[31] Sulla natura dell'*astreinte* nel nostro ordinamento e sulla comparazione con l'ordinamento francese, cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 25 giugno 2014 n. 15.

compensativa), mentre il provvedimento dell'AGCM è formalmente amministrativo e il giudice deve accertarne la sostanza sanzionatoria (come nella specie è avvenuto), ha in comune con la vicenda esaminata la necessaria conformazione al principio di proporzionalità ed equità, affinchè la sanzione non divenga un'arbitraria punizione, in contrasto con le garanzie CEDU.

Proprio su tale specifico profilo si è concentrata la recente sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 9 maggio 2019 n. 7, la quale, ricorrendo anch'essa agli "*Engel criteria*"[32], ha ritenuto che, in sede di giudizio di "*ottemperanza a chiarimenti*", è possibile per il giudice adito, non essendo coperta da giudicato, "*modificare la statuizione relativa alla penalità di mora contenuta in una precedente sentenza d'ottemperanza, ove siano comprovate sopravvenienze fattuali o giuridiche che dimostrino, in concreto, la manifesta iniquità in tutto o in parte della sua applicazione*".

Quand'anche tali sopravvenienze non vi siano, "*ove il giudice dell'ottemperanza non abbia esplicitamente fissato, a causa dell'indeterminata progressività del criterio dettato, il tetto massimo della penalità, e la vicenda successiva alla determinazione abbia fatto emergere, a causa proprio della mancanza del tetto, la manifesta iniquità, quest'ultimo può essere individuato in sede di chiarimenti, con principale riferimento, fra i parametri indicati nell'art. 614 bis c.pc., al danno da ritardo nell'esecuzione del giudicato*".

Il riferimento al Codice di Procedura Civile è dovuto all'assenza di corrispondenti criteri nel Codice del Processo Amministrativo, che comunque consente l'eterointegrazione con le norme del processo civile, in virtù del rinvio esterno di cui all'art. 39 c.p.a.

Quanto sopra, al fine di non snaturare la funzione compulsoria della penalità di mora, trasformandola in una sproporzionata, indeterminata e indeterminabile misura punitiva, ragion per cui l'intervento giudiziale deve concentrarsi sul massimo della sanzione, indicativo della sua iniquità.

Analogo *iter* logico-giuridico è stato seguito dalla sentenza n. 2764/2020, la quale ha considerato l'entità della sanzione e le sue ragioni, rilevando un ingiustificato e sproporzionato *bis in idem*, come tale non tollerabile dall'ordinamento, poiché in contrasto con il principio di proporzionalità della sanzione in relazione all'interesse tutelato.

3. Considerazioni conclusive

Dalla vicenda in commento e dalle considerazioni di più ampio respiro *supra* svolte è emerso un quadro certamente complesso e dovuto essenzialmente alla richiamata funzione pubblicistica che le professioni svolgono i tutti gli ordinamenti degli Stati membri, essendo naturalmente correlata alla funzione svolta e al servizio prestato, e che ha comportato infatti rilievi e raccomandazioni rivolti a tutti i Paesi dell'Unione (in tal senso la Comunicazione della Commissione UE 10 gennaio 2017).

[32] Si richiamano ulteriormente, quali primi casi, le sentenze della Corte EDU, a partire da CEDU 30 maggio 2000, *Carbonara e Ventura c/Italia*, n. 24638/94; *Belvedere Alberghiera S.r.l. c/Italia*, n. 31524/96.

Tale funzione, riconosciuta anche dal diritto e dalla giurisprudenza eurounitari, necessita di bilanciamento con la tutela della concorrenza e con il diritto di libera circolazione e stabilimento, che proiettano anche le professioni nel mercato unico europeo.

Come è stato ripetutamente evidenziato, il criterio di valutazione è il principio di proporzionalità, che consente restrizioni per l'accesso alla (e l'esercizio della) professione, purchè non impeditive (in modo sproporzionato!) del libero e concorrenziale svolgersi dell'attività professionale nel contesto europeo.

Alla luce di quanto sopra, l'orientamento dell'AGCM e del Consiglio di Stato (con la prima sentenza del 2016, passata in giudicato, a cui quella del 2020 ha dovuto conformarsi) nel senso di una connotazione imprenditoriale in senso stretto della professione di avvocato e della definizione del CNF come associazione di imprese, pur trovando conforto in decisioni della Corte di Giustizia UE, appare eccessivamente restrittivo e riduttivo del ruolo degli ordini professionali e meriterebbe un ripensamento, anche con una nuova sollecitazione, in via pregiudiziale, dell'intervento della Corte di Giustizia, che tenga conto dell'evolversi del diritto europeo e delle discipline degli Stati membri.

La sentenza n. 2764/2020, per i profili in cui non era vincolata al precedente giudicato, perché nuovi (essenzialmente inerenti al profilo sanzionatorio) ha mostrato maggiore apertura e attenzione alla proporzionalità della scelta, in applicazione del principio del *ne bis in idem* "condizionato" (ossia che consente il "*bis*" solo se frutto di proporzionata ponderazione) in materia di concorrenza, e della giurisprudenza EDU.