

Regulation of Professional Services

28 October 2003 – Competition DG

Giuseppe Tesaro

Il tema della modernizzazione della disciplina delle professioni non è di poco rilievo per l'economia dei singoli Paesi membri come dell'Unione europea complessivamente considerata. La ricerca che è stata svolta a Vienna ha confermato che le professioni soffrono di un eccesso di regolazione, rispetto alle condizioni di accesso e alle modalità di svolgimento dell'attività, ivi comprese le tariffe; e che l'interesse pubblico che viene portato a giustificazione di siffatta regolazione varia notevolmente da Paese a Paese. Il risultato è in ogni caso una scarsa consapevolezza del cittadino in ordine alla qualità, al contenuto ed al costo stesso della prestazione. A ciò si aggiunge una domanda sempre più sofisticata e globale di servizi professionali, cui è in grado di rispondere solo una parte elitaria, dunque ad alto costo, delle professioni.

In Italia le professioni intellettuali protette sono soggette a una consistente regolamentazione, riguardante sia le condizioni di accesso al mercato che le modalità di svolgimento dell'attività. A interventi di regolamentazione pubblica, principalmente in materia di fissazione delle condizioni di accesso al mercato, si aggiungono forme di autoregolamentazione stabilite dagli ordini su vari aspetti delle modalità di esercizio dell'attività. Le forme di regolamentazione complessivamente esistenti sono state oggetto di un'indagine conoscitiva dell'Autorità che si è conclusa nel 1997. Rispetto allo scenario esaminato nell'indagine non sono intervenute modifiche significative.

L'accesso al mercato resta condizionato al possesso dei requisiti prescritti, che vanno dal semplice titolo di studio, al tirocinio, all'esame di Stato, all'iscrizione in un albo professionale. Il possesso di tali requisiti consente al professionista di svolgere le attività riservate dalle leggi agli iscritti all'ordine, oltre che di utilizzare il titolo professionale anche nello svolgimento di attività non riservate. Per i notai e i farmacisti, vige inoltre un regime di predeterminazione del numero dei soggetti ammessi ad operare sul mercato e di esclusive territoriali a beneficio di ciascuno di essi. Ciò significa che è richiesto - successivamente al superamento dell'esame di abilitazione (nel caso dei farmacisti) o in luogo dello stesso (nel caso dei notai) - di sostenere un concorso per acquisire la titolarità di una delle sedi disponibili, il cui numero massimo è determinato sentito il parere dell'ordine competente.

La regolamentazione delle condizioni di esercizio della professione comprende la determinazione per legge, con varie modalità, delle tariffe minime delle prestazioni, restrizioni all'utilizzo della pubblicità, limitazioni all'organizzazione dell'attività. Una legge del 1939 che vietava l'esercizio in forma societaria dell'attività professionale è stata faticosamente abrogata nel 1997, con delega al Ministero della giustizia di fissare con proprio decreto le condizioni per l'esercizio dell'attività in forma societaria. Ad oggi, tuttavia, il decreto non è stato ancora emanato e la definizione di una disciplina in materia appare legata alla discussione sulla più ampia ipotesi di riforma degli ordinamenti professionali attualmente all'esame del Senato.

Si tratta, in definitiva, di una regolamentazione particolarmente pervasiva, come confermato dallo studio dell'Istituto di Vienna, da cui emerge che per l'Italia si rivela, sostanzialmente per tutte le professioni, la più intensa tra i Paesi membri considerati dallo studio. C'è da chiedersi allora se sia un caso che i servizi professionali, come evidenziato nell'ultima relazione annuale dell'Antitrust, costituiscono un settore particolarmente "problematico" per la concorrenza e con una incidenza notevole sull'economia: basti pensare che i servizi professionali incidono sul costo delle imprese fino al 9%; più di comunicazioni (1,5%), trasporti (2%) e servizi finanziari messi insieme (4%), poco meno del doppio del costo dell'energia (5%).

In queste condizioni, anche in Italia l'esigenza di modernizzazione e di deregulation diventa non più rinviabile. Allo stato, tuttavia, i vari progetti di riforma del settore, su cui si discute da tempo, non lasciano intravedere un definito punto di approdo. Le resistenze al nuovo sono numerose, il mantenimento delle posizioni appare l'obiettivo primario per più di una professione. Il risultato è una situazione di stallo per qualsiasi tentativo, anche modesto, di rinnovamento.

Considerato che una riforma della disciplina nazionale stenta a decollare, lo sguardo si rivolge inevitabilmente al diritto comunitario, come stimolo per pervenire a un diverso approccio, che consenta di coniugare le specificità del settore, sicuramente da considerare al giusto, con la tutela della concorrenza. In questa prospettiva assumono particolare rilevanza sia l'impegno della Commissione a spingere verso l'obiettivo di applicare interamente le regole di concorrenza a questo settore, pur nella piena consapevolezza della sua peculiarità, sia gli spunti offerti da alcuni interventi della Corte in materia di applicazione delle regole di concorrenza alle attività professionali, interventi che non sempre appaiono del tutto coerenti. Vale pertanto la pena di tentarne una breve ricognizione.

C'è un punto sul quale l'orientamento della Corte non ha avuto cedimenti: l'attività professionale è attività d'impresa, nella misura in cui ha una valenza economica, nonostante la natura complessa e tecnica dei servizi forniti e il rango dei valori cui in alcuni casi si collega. Ciò vale beninteso ai fini specifici delle norme di concorrenza (artt. 81, 82 e 86) e quale che sia la professione liberale di volta in volta considerata, dai medici (Pavlov, 12.0.00, C-180-184/98, punto 77) agli spedizionieri doganali (Commissione c. Italia, 18.6.98, C-35/96, punto 36), agli avvocati (Wouters, 19.2.02, C-309/99, punti 44-49). La stessa sentenza Arduino (C-35/99, 19.2.02) si fonda evidentemente su quel presupposto, altrimenti si sarebbe dovuta limitare all'affermazione dell'inapplicabilità delle norme richiamate. Va da sé, poi, che gli ordini sono associazioni di imprese, non imprese essi stessi né gruppi di imprese.

La conseguenza è che le determinazioni degli ordini professionali sono ritenute dalla giurisprudenza sindacabili, se vincolanti, rispetto al parametro delle regole di concorrenza; e che, se restrittive, sono illegittime, a meno che le restrizioni non siano giustificate, già nell'ambito della valutazione ex art. 81, n.1, in quanto necessarie ed inerenti al raggiungimento degli obiettivi perseguiti, secondo una logica che riecheggia la formula *Cassis de Dijon* (Wouters, punto 97).

Vero è che la incompatibilità con le regole di concorrenza, vera o solo pretesa, di certe condizioni di accesso o di esercizio delle attività professionali decise o proposte dagli ordini professionali risale spesso a normative statali, che dunque vengono invocate per legittimare le restrizioni alla concorrenza e, ancor prima, per sottrarle al relativo scrutinio. Viene così in rilievo la giurisprudenza della Corte relativa all'applicazione congiunta degli artt. 3, 10 e 81/82 del Trattato, secondo la quale sono illegittime le misure statali che privano dell'effetto utile le norme a tutela della concorrenza dirette alle imprese (artt. 81 e 82) nella misura in cui impongono, agevolano o consolidano il comportamento anticoncorrenziale delle imprese stesse ovvero delegano loro l'esercizio di una pubblica funzione che le porta a violare quelle norme. E', questa, una giurisprudenza condizionata ad un collegamento tra le misure statali ed i comportamenti delle imprese e che ha portato, ad esempio, a dichiarare illegittima la normativa italiana sugli spedizionieri doganali, nella misura in cui demandava agli organi della categoria la determinazione uniforme ed obbligatoria delle tariffe, vietandone qualsiasi deroga, fino a farne oggetto di un decreto e dunque rendendola pubblica.

Nel caso Arduino la Corte è invece pervenuta ad una diversa conclusione, per il fatto stesso che al Consiglio nazionale degli avvocati spetta solo di elaborare una proposta sulle tariffe professionali, non vincolante per gli iscritti fino a quando non venga approvata con decreto ministeriale; con la conseguenza che lo Stato non avrebbe rinunciato al controllo delle

tariffe in questione. In breve, lo Stato avrebbe imposto al Consiglio degli avvocati di proporre una tariffa, ma non consentito di violare le regole di concorrenza attraverso una decisione di associazione di imprese che imponesse a tutti gli aderenti le tariffe così elaborate. In tale ipotesi, la misura statale, pur avendo privato l'art. 81 dell'effetto utile, essendosi sostituita all'accordo anticoncorrenziale delle imprese, sarebbe comunque legittima.

A ben vedere, ciò che non si ritrova nella sentenza *Arduino* è il test di proporzionalità della misura statale che si concretizza in, e da luogo a, una deroga a norme fondamentali del Trattato quali le norme a tutela della concorrenza (*Courage & Crehan*, *Masterfoods*, tanto per richiamare le affermazioni forti più recenti). Il test è invece una costante della giurisprudenza della Corte, che investe l'intero sistema comunitario e i suoi fondamentali, dalla libera circolazione di merci, persone e capitali, fino alle norme sulla concorrenza ed in particolare, ma non solo, quelle che riguardano le imprese pubbliche e le imprese, private o pubbliche, che siano titolari di diritti speciali o esclusivi (art. 86); nonché i comportamenti delle imprese private cui lo Stato abbia delegato una funzione pubblica, come nel caso *Wouters*.

Né si può giustificare l'omissione della Corte con la circostanza che, avendo escluso la delega al Consiglio forense di una funzione pubblica, sarebbe assente un collegamento rilevante tra il comportamento in ipotesi restrittivo delle imprese e la misura statale, ciò che, a sua volta, farebbe venire meno la coniugazione degli artt. 3 e 10 con l'art. 81, oggetto specifico della giurisprudenza che qui ci occupa. Dopo l'entrata in vigore di Maastricht, e con esso dell'art. 98 (oltre che dell'art. 4), la concorrenza costituisce infatti un valore cui gli Stati sono tenuti ad orientare le rispettive politiche economiche e pertanto le misure statali vanno verificate, quanto alla loro compatibilità con il diritto comunitario, indipendentemente dal rapporto con comportamenti delle imprese in violazione degli artt. 81 e 82. In definitiva, il test di proporzionalità della legge nazionale che contrasta con la norma comunitaria, test che accompagna l'applicazione di tutte le norme comunitarie che consentono agli Stati membri deroghe tassative, non avrebbe dovuto essere omissso nel caso *Arduino*; in particolare in relazione all'interesse pubblico alla qualità della prestazione che era la giustificazione della tariffa da parte del Consiglio forense e che era stata viceversa negata dall'avvocato generale. In questo senso non credo che *Arduino* sia una buona decisione per gli avvocati.

Che dopo Maastricht la verifica di compatibilità della misura statale in contrasto con le regole di concorrenza debba essere svolta con il test di proporzionalità, alla luce dell'art. 98, è confermato dalla sentenza sui fiammiferi (causa C-198/01, 9 settembre 2003), in particolare al punto 47, dove si ricorda, richiamando espressamente gli artt. 4 e 98, che "il Trattato CE prevede espressamente che l'azione degli Stati membri, nell'ambito della loro politica

economica, debba rispettare il principio dell'economia di mercato aperta e in libera concorrenza"¹. La sentenza appena ricordata, peraltro, riveste una grande rilevanza, specie in vista dell'entrata in vigore del regolamento 1/2003 e del ruolo assegnato alle autorità di concorrenza e ai giudici nazionali. Non c'è, sia ben chiaro, niente di nuovo in quella sentenza che non fosse già stato affermato a più riprese dalla Corte, dall'effetto diretto degli artt. 81 e 82 al potere delle amministrazioni e dei giudici nazionali di applicarli direttamente e di disapplicare le norme nazionali contrastanti (la sentenza Fratelli Costanzo è del 1989). Tuttavia, è oggi chiaro a tutti che i principi generali valgono anche nel settore della concorrenza.

In conclusione, per ciascuna delle forme di regolazione delle attività professionali, con particolare riguardo alle tariffe e alla pubblicità, sotto il profilo concorrenziale non può non porsi il problema della "necessità" della regolamentazione in ipotesi restrittiva della concorrenza, sia essa emanazione diretta dello Stato - che impone un comportamento altrimenti vietato - ovvero delegata agli stessi ordini professionali o comunque collegata ad un loro comportamento. In altre parole, un controllo sulla coerenza interna della misura, nel senso della rispondenza dei mezzi adoperati rispetto ai fini di interesse generale perseguiti, potrebbe e dovrebbe essere una costante in presenza di prassi o normative che incidono significativamente sull'assetto concorrenziale. E ciò indipendentemente dalla circostanza che la misura statale in questione sia all'origine o diretta conseguenza di comportamenti di impresa. I comportamenti d'impresa sono e restano rilevanti nella misura in cui rendono possibile alle stesse autorità nazionali di concorrenza, conformemente alla sentenza CIF, disapplicare la normativa nazionale che comunque li renda legittimi; ed alla Commissione, per parte sua, in quanto custode della legalità comunitaria, di verificare la compatibilità comunitaria di quelle normative statali che abbiano posto le imprese in una situazione in cui non avrebbero potuto trovarsi da sole senza violare le norme del trattato a tutela della concorrenza. Una diversa soluzione implicherebbe che l'art. 98 è privo di ogni contenuto e con esso il sindacato di proporzionalità che ne consegue. Tale verifica riguarda anche la regolamentazione sulle attività professionali e consente una valutazione equilibrata e trasparente delle eventuali restrizioni della concorrenza derivanti dall'assetto normativo.

¹ La necessità del collegamento, affermata dalla Corte esplicitamente nella sentenza Meng (17.11.93, C-2/91) e da noi stessi sollecitata nelle conclusioni, confermava quanto già rilevato dalla Corte nella sentenza Commissione c. Italia del 1985 (41/83, 20.3.85). Dopo Meng però è entrata in vigore la modifica del Trattato

decisa a Maastricht, con gli artt. 4 e 98, così come puntualmente rilevato dalla Corte nella sentenza sui fiammiferi e non anche in Arduino.