

Consiglio nazionale forense e Autorità garante della concorrenza e del mercato Il Consiglio di Stato conferma l'insussistenza dell'inottemperanza

di Marina Chiarelli*

27 ottobre 2020

Sommario: 1. Premessa. – 2. La pubblicità dei professionisti nelle fonti europee. – 3. La pubblicità informativa nel diritto italiano. – 4. La pronuncia del TAR Lazio. – 5. La conferma del Consiglio di Stato.

1.Premessa

Con la sentenza 30 aprile 2020, n. 2764 il Consiglio di Stato ha confermato la pronuncia dell'11 novembre 2016, n. 11169 del TAR Lazio, che aveva annullato il provvedimento Antitrust del 10 febbraio 2016 con il quale era stata dichiarata l'inottemperanza del Consiglio Nazionale Forense (CNF) al provvedimento AGCM n. 25154 del 22 ottobre 2014, ed era stata comminata la sanzione amministrativa¹ pecuniaria di € 912.536,40. In via preliminare, al fine di comprendere meglio la decisione, è indispensabile una sia pur minima ricostruzione dei fatti.

Con il provvedimento del 2014 sopra citato l'AGCM aveva sanzionato l'organo nazionale di vertice dell'Ordine degli avvocati per intese restrittive della concorrenza, a causa della pubblicazione sul sito istituzionale CNF (*rectius*, su di una banca dati di un editore giuridico "linkata" dal sito istituzionale) di una circolare del 2006 in materia tariffaria, e di un parere del 2012 relativo ad una piattaforma digitale denominata Amicacard, ritenuta potenzialmente idonea a realizzare forme di accaparramento di clientela vietate dal codice deontologico. Sebbene i fatti contestati fossero separati da ben sei anni, l'AGCM aveva ravvisato una continuità finalistica tra le due fattispecie, e contestato una durata pluriennale dell'illecito anticoncorrenziale, con la conseguenza

* Avvocato e Dottore di ricerca in Istituzioni, Mercato, Garanzie e Tutela dell'Individuo.

¹ R. GIOVAGNOLI, M. FRATINI, *Le sanzioni amministrative. Raccolta completa e commentata con dottrine e giurisprudenza*, Milano, 2009, 166 ss; C.E. PALIERO, A. TRAVI, voce, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1989, p. 345 ss.; E. CASETTA, *Sanzione amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XIII 1997, Torino, p. 598 s; M. TRIMARCHI, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, in M.ALLENA E S. CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, in *www.giustamm.it*, 2014, p. 71 ss.

della comminazione di una sanzione pecuniaria molto pesante, poco inferiore al milione di euro. Anche perché calcolata sulla base del valore complessivo delle quote che, per l'iscrizione nell'albo, pagano gli avvocati italiani, avendo l'Authority ritenuto tali quote equivalenti al "fatturato" del CNF.

Ne era conseguito un lungo contenzioso. Il TAR Lazio aveva in prima battuta annullato parzialmente la pesante sanzione, ordinandone il ricalcolo in diminuzione, il Consiglio di Stato con sentenza n.1164 del 2016 aveva poi accolto l'appello AGCM, ripristinando la sanzione nella sua originaria misura. Esauriti dunque i rimedi di diritto nazionale, il CNF ha presentato ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, incardinando un giudizio ancora pendente nel momento in cui si scrive.

Mentre accadeva tutto questo, il CNF subiva un secondo procedimento sanzionatorio, per aver reiterato l'illecito anticoncorrenziale approvando il nuovo art. 35 del codice deontologico ed adottando una delibera interpretativa del Parere Amicacard che, secondo l'AGCM, piuttosto che eliminare la restrizione della concorrenza, ne ribadiva le ragioni. Da qui l'ulteriore sanzione, anch'essa di poco inferiore al milione di euro, e l'inevitabile impugnazione del provvedimento, sulla quale il Tar Lazio ha deciso in senso favorevole all'ordine degli avvocati, sentenza confermata dal Consiglio di Stato.

2. Le "comunicazioni commerciali" dei professionisti nelle fonti europee

Il tema della pubblicità professionale è senz'altro legato al diritto europeo, che, se da un lato rappresenta una spinta verso la liberalizzazione del settore, dall'altra riconosce la necessità di una regolazione specifica della pubblicità professionale e la sua differenziazione rispetto alla pubblicità commerciale².

La normativa comunitaria non è contraria all'esistenza di limiti intrinseci all'utilizzo della pubblicità nel settore delle professioni intellettuali. La direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno, affrontando il tema, ammette possano esistere divieti parziali alla pubblicità giustificati da motivi di interesse generale e proporzionati allo scopo perseguito. Proprio, quindi, la normativa contenente la disciplina generale sulla liberalizzazione dei servizi, volta in quanto tale alla promozione della concorrenza con riferimento alle professioni intellettuali, non utilizza neppure il termine pubblicità, facendo, invece, riferimento a "comunicazioni commerciali emananti dalle professioni regolamentate". L'articolo 24, dopo avere nel primo comma previsto "la soppressione dei divieti totali in materia di comunicazioni

² TESTA, in *Concorrenza sleale e pubblicità*, dal *Commentario Breve alle leggi su Proprietà intellettuale e concorrenza* a cura di Umbertazzi, Padova, Cedam, 2008, 237.; G. COLAVITTI, *La pubblicità degli avvocati tra "diritto vivente" della giurisprudenza disciplinare e disciplina della concorrenza*, in *Rass. for.*, 2004, 704.

commerciali per le professioni regolamentate", prevede al comma secondo che: "Gli Stati membri provvedono affinché le comunicazioni commerciali che emanano dalle professioni regolamentate ottemperino alle regole professionali in conformità al diritto comunitario, riguardanti, in particolare, l'indipendenza, la dignità e l'integrità della professione nonché il segreto professionale, nel rispetto della specificità di ciascuna professione. Le regole professionali in materia di comunicazioni commerciali sono non discriminatorie, giustificate da motivi imperativi di interesse generale e proporzionate".

La normativa comunitaria appare rispettosa delle tradizioni dei paesi che adottano il modello ordinistico di trattamento giuridico delle professioni protette. Richiamando i valori dell'indipendenza, della dignità e dell'integrità della professione e il segreto professionale, mostra di non voler modificare radicalmente l'assetto di regole di autogoverno degli ordini professionali. Il che è dimostrato anche dal riferimento alla specificità di ciascuna professione e alle regole professionali, da cui si evince che il diritto comunitario propende per il principio di autoregolazione della stessa categoria. Il principio è confermato dal considerando n. 100, che afferma: "Per quanto riguarda il contenuto e le modalità delle comunicazioni commerciali, occorre incoraggiare gli operatori del settore ad elaborare, nel rispetto del diritto comunitario, codici di condotta a livello comunitario".

Il fatto che la direttiva in oggetto propenda per un modello più vicino alla pubblicità informativa si evince anche in materia di informazione agli utenti sul tipo e le caratteristiche del servizio prestato. Il considerando n. 96 prevede, infatti, che "Le informazioni che il prestatore ha l'obbligo di rendere disponibili nella documentazione con cui illustra in modo dettagliato i suoi servizi non dovrebbero consistere in comunicazioni commerciali di carattere generale come la pubblicità, ma, piuttosto, in una descrizione dettagliata dei servizi proposti anche tramite documenti presentati su un sito web". Il tema, peraltro, è già stato trattato a livello comunitario per quanto riguarda proprio le comunicazioni on line. Il legislatore europeo ha disciplinato, infatti, le comunicazioni pubblicitarie diffuse attraverso i mezzi elettronici mediante la direttiva 2000/31/CE attuata in Italia con d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, in cui sono dettate alcune norme di diretta rilevanza per il caso di comunicazioni commerciali di professionisti. Il decreto legislativo riguarda, infatti, tutte le comunicazioni commerciali, intendendosi per tali "tutte le forme di comunicazione destinate, in modo diretto o indiretto, a promuovere beni, servizi o l'immagine di un'impresa, di un'organizzazione o di un soggetto che esercita un'attività agricola, commerciale, industriale, artigianale o una libera professione". L'art. 10 prevede che la comunicazione commerciale nelle professioni regolamentate "deve essere conforme alle regole di deontologia professionale ed in particolare all'indipendenza, alla dignità, all'onore della professione, al segreto professionale e alla lealtà verso clienti e colleghi". Il decreto legislativo di recepimento prescrive anche all'art. 7 la necessità per gli appartenenti a professioni che intendano svolgere attività di comunicazione commerciale informatica di rendere alcune informazioni minime circa le loro attività

quale l'ordine professionale o istituzione analoga, presso cui il prestatore sia iscritto e il numero di iscrizione; il titolo professionale e lo Stato membro cui è rilasciato; il riferimento alle norme professionali e agli eventuali codici di condotta vigenti nello Stato membro di stabilimento e le modalità di consultazione dei medesimi. Anche l'art. 22 della direttiva 2006/123/CE stabilisce il contenuto necessario che i prestatori di servizi mettono a disposizione, sovrapponendosi in parte alla fonte sopra richiamata e preoccupandosi di specificare che le informazioni rese siano facilmente ottenibili, chiare e non ambigue.

In ogni caso non si evince una liberalizzazione rivoluzionaria in materia di pubblicità delle professioni intellettuali né dall'analisi della normativa comunitaria né dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che anzi ha affermato la compatibilità con le norme comunitarie in tema di libera concorrenza anche di normative nazionali che prevedano un divieto assoluto di pubblicità per alcune categorie di operatori professionali³.

3. La pubblicità informativa nel diritto italiano

In passato gli ordinamenti delle singole professioni hanno dettato ingenti restrizioni in materia di pubblicità professionale, con un contenuto variabile da professione a professione. I codici deontologici oscillavano dalla prescrizione di un uso discreto della pubblicità professionale con l'obbligo del rispetto dei principi di serietà e moderazione al divieto di alcune forme di pubblicità, come quella sui giornali, consentite solo per talune professioni e vietate per altre.

I notevoli mutamenti del contesto socio-economico degli ultimi anni, una forte pressione di alcuni settori dell'opinione pubblica e soprattutto le numerose iniziative dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato hanno condotto gli ordini professionali a modificare in senso ampliativo le facoltà di comunicazione del professionista.

Le modifiche al settore della pubblicità professionale hanno avuto inizio a partire dal decreto Bersani, che, facendo riferimento al principio comunitario di libera concorrenza, a quello di libertà di circolazione delle persone e dei servizi e alla finalità di assicurare agli utenti un'effettiva facoltà di scelta nell'esercizio dei propri diritti e di comparazione delle prestazioni offerte sul mercato, ha abrogato il 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 secondo criteri di trasparenza e veridicità del messaggio il cui rispetto è verificato dall'ordine. Il decreto Bersani aveva in sostanza già obbligato gli Ordini professionali a rivedere i rispettivi codici deontologici alla luce di un

³ Corte giust. UE, sez. II, 13 marzo 2008, causa C-446/05.

processo di liberalizzazione volto ad assicurare il rispetto delle norme comunitarie sulla concorrenza.

Il d.p.r. 137 del 2012 recante "riforma degli ordinamenti professionali in attuazione dell'art. 3, comma 5, del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138 convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148", come già il decreto Bersani, ha imposto un obbligo di adeguamento dei codici deontologici entro una data indicata, incidendo notevolmente sull'autonomia deontologica degli stessi. L'art. 4 del regolamento citato afferma che è ammessa con ogni mezzo la pubblicità informativa avente ad oggetto l'attività delle professioni regolamentate, le specializzazioni, i titoli posseduti attinenti alla professione, la struttura dello studio professionale e i compensi richiesti per le prestazioni e che la pubblicità deve essere funzionale all'oggetto, veritiera e corretta, non deve violare l'obbligo del segreto professionale e non deve essere equivoca, ingannevole o denigratoria. Il menzionato articolo non cita affatto l'autonomia deontologica proprio perché la riforma delle professioni attuata dal d.p.r. 137/2012 appare fortemente caratterizzata da una sorta di diffidenza verso l'autonomia ordinistica, che si riflette inevitabilmente anche nel settore della pubblicità professionale. Non a caso la relazione ministeriale di accompagnamento afferma che "le informazioni rese mediante pubblicità devono essere strettamente funzionali all'oggetto, in tal modo assorbendosi ogni necessità di riferimenti alla dignità ed al decoro professionale, devono rispettare criteri di veridicità e correttezza e non possono essere equivocate, ingannevoli o denigratorie, né, logicamente, devono violare l'obbligo del segreto professionale". Legittimandosi la pubblicità con ogni mezzo si supera definitivamente la tipizzazione dei veicoli pubblicitari leciti.

Per la professione forense l'art. 10, comma 2, della legge 247 del 2012 consente all'avvocato la pubblicità informativa sulla propria attività professionale, sull'organizzazione e struttura dello studio e sulle eventuali specializzazioni e titoli scientifici e professionali posseduti. Gli oggetti della pubblicità informativa sono sostanzialmente coincidenti con quanto previsto dall'art. 4 del d.p.r. n. 137/2012, eccezion fatta per la mancata indicazione dei compensi previsti, invece, dal citato d.p.r. L'art. 10, comma 2, della legge professionale forense stabilisce che la pubblicità può essere diffusa con qualunque mezzo, anche informatico.

4. La pronuncia del TAR Lazio

La sentenza del Consiglio di Stato del 30 aprile u.s. conferma la pronuncia del TAR Lazio del 2016, la quale ha affrontato la riconducibilità ad un'ipotesi di inottemperanza dell'adozione della delibera di interpretazione del parere 48/2012. Quest'ultimo, assunto dalla Commissione consultiva CNF a seguito del quesito inoltrato dal COA di Verbania, ha osservato come possa in astratto integrare una violazione del divieto di accaparramento di clientela con mezzi illeciti il comportamento dell'avvocato

che acquisti spazi pubblicitari su piattaforme digitali, sottolineando che l'utilizzo della pubblicità tramite circuiti web - in quanto non destinata ad esaurirsi nel fine promozionale ma diretta alla concreta acquisizione del cliente - permetterebbe di raggiungere in via aspecificamente generalizzata il consumatore tramite i suoi strumenti di accesso alla rete e di enfatizzare oltremodo la convenienza della prestazione professionale. Le piattaforme telematiche ricevono denaro sia dal possibile cliente, che paga la quota di adesione, sia dall'avvocato, che compra lo spazio pubblicitario. L'intermediazione del terzo che riceve denaro o altra utilità costituisce una deviazione del rapporto fiduciario tra avvocato e cliente alla base del contratto d'opera professionale, in grado di alterare la domanda di servizi legali con il rischio di aumentarla ingiustificatamente a causa dell'interesse economico del terzo procuratore retribuito all'instaurazione del mandato professionale⁴. La delibera di interpretazione autentica prende atto di possibili interpretazioni difformi dall'effettivo scopo che lo stesso parere intendeva perseguire, dando atto dell'evoluzione normativa in materia di pubblicità forense. La disciplina della pubblicità degli avvocati ha, infatti, subito un'enorme evoluzione nel corso del tempo⁵. Dal divieto assoluto della prima formulazione dell'art. 17 c.d.f. si è passati al concetto di pubblicità informativa (1999) e poi ad una dettagliata e circoscritta disciplina dei mezzi di comunicazione informativa e dei contenuti (2002). Fino al 2006 il c.d.f. elencava puntualmente i mezzi attraverso i quali era possibile comunicare a terzi l'attività dello studio. Si escludevano i *mass media* con l'eccezione de "*gli annuari professionali, le rubriche telefoniche, le riviste e le pubblicazioni in materie giuridiche*", ma anche "*i siti web con domini propri e direttamente riconducibili all'avvocato, allo studio legale associato, alla società di avvocati, sui quali gli stessi operano una completa gestione dei contenuti e previa comunicazione al consiglio dell'ordine di appartenenza*".

Il Consiglio nazionale forense, con la modifica del codice deontologico approvata in data 14 dicembre 2006, ha poi affermato il principio della libertà di forme nella comunicazione di informazioni sull'attività professionale, consentendo all'avvocato di rendere nota l'attività dello studio legale con i mezzi più idonei, pur specificando che "il contenuto e la forma dell'informazione devono essere coerenti con la finalità della tutela dell'affidamento della collettività e rispondere a criteri di trasparenza e veridicità" (art. 17 del previgente codice deontologico). Con riferimento alla pubblicità mediante il web, nel susseguirsi delle modifiche, restava che "l'avvocato può utilizzare esclusivamente i siti web con domini propri e riconducibili a sé, allo studio legale associato o alla società di avvocati alla quale partecipa, previa comunicazione

⁴G. COLAVITTI, *Concorrenza, statalismo, e crisi dell'autonomia deontologica*, in *www.rivistaaic.it*, 32 e ss.

⁵G. COLAVITTI, *La pubblicità è l'anima del commercio e non della professione liberale*, in *Dir. e giust.* n. 20/2005, 27; G. ALPA, G. COLAVITTI, *La pubblicità dell'avvocato*, in *Previdenza forense*, n. 3, 2010, 199 ss.; D. CERRI, *Pubblicità e professione forense*, in *Rassegna forense*, 2009, 237 ss.; G.C. HAZARD - A. DONDI, *Etiche della professione legale*, Il Mulino, Bologna, 2005, 200 ss; D. CERRI, *Pubblicità e professione forense*, in *Rass. for.* 2009, 221.

tempestiva al Consiglio dell'Ordine di appartenenza della forma e del contenuto in cui è espresso". Il principio da ultimo riportato è stato trasfuso anche nell'art. 35 del già citato Nuovo codice deontologico, poi eliminato a seguito delle modifiche al codice poste in essere a seguito dell'apertura del procedimento per inottemperanza, che hanno portato alla soppressione dei commi 9 e 10 proprio in materia di pubblicità dell'avvocato tramite siti internet. Peraltro, l'ordinamento giuridico forense è stato rinnovato con la legge 247 del 2012, entrata in vigore ad inizio 2013, che all'art. 10 afferma proprio la libertà del mezzo pubblicitario in conformità all'art. 4 del d.p.r.137 del 2012, normativa generale di riforma delle professioni⁶. E', quindi, consentita la pubblicità mediante il web. Diverso è, invece, l'accaparramento di clientela⁷. La delibera di interpretazione autentica sottolinea appunto che il parere va interpretato come ferma stigmatizzazione dell'accaparramento di clientela con mezzi e modi non idonei ovvero come stigmatizzazione dell'acquisizione di incarichi professionali tramite l'offerta di omaggi e/o prestazioni a terzi e/o promesse di vantaggi e/o la corresponsione di danaro a procacciatori. Dalla semplice lettura del provvedimento, hanno affermato i giudici TAR, risulta chiaro che la delibera ha un contenuto diverso dal parere 48/2012, oggetto del precedente provvedimento sanzionatorio perché non menziona alcun divieto di utilizzo di piattaforme informatiche, censurando esclusivamente le pratiche di accaparramento di clienti a mezzo di procacciatori di affari, a prescindere dal mezzo utilizzato. Non si può dire, quindi, che vi sia inottemperanza né contenuto anticoncorrenziale visto che, una volta affermata la libertà del mezzo pubblicitario, si ribadisce la regola contenuta nel codice deontologico, che vieta di acquisire "rapporti di clientela a mezzo di agenzie o procacciatori o con modi non conformi a correttezza e decoro", affermando anche che "l'avvocato non deve offrire o corrispondere a colleghi o a terzi provvigioni o altri compensi quale corrispettivo per la presentazione di un cliente o per l'ottenimento di incarichi professionali" (art. 19 del previgente c.d.f.; art. 37 del nuovo c.d.f.). In ogni caso con riferimento alla mancata emanazione di un provvedimento espresso di revoca della delibera del 2012 lamentato dall'AGCM, il TAR, riprendendo recenti orientamenti del Consiglio di Stato (sentenza 19 gennaio 2016, n. 167), ha sottolineato nel 2016 che la conservazione in vita di un atto di un'associazione con contenuto anticoncorrenziale non integra, a differenza della sua adozione, un comportamento rilevante ai fini *antitrust*, dal momento che il disvalore della condotta si concentra nella mera volizione, che rileva quale illecito istantaneo, senza che l'eventuale permanenza degli effetti del divieto possa integrare un illecito permanente. Tanto più che in passato l'AGCM ha ritenuto esistente l'inottemperanza solo nei casi di univoca e pedissequa reiterazione del comportamento già sanzionato. Il parere, peraltro, rappresenta un atto non vincolante

⁶G. COLAVITTI, *La libertà professionale tra Costituzione e mercato. Liberalizzazioni, crisi economica e dinamiche della regolazione pubblica*, Giappichelli, 2012, 198 ss.

⁷Cass. civ. Sez. Unite, 10-08-2000, n. 566; Cons. naz. forense, 30-10-1996; Cons. naz. forense, 18-06-2002, n. 82; Cons. naz. forense, 25-03-2002, n. 25.

ed assume particolare rilievo, secondo i giudici TAR, il fatto che a seguito dello stesso non siano stati aperti procedimenti disciplinari nei confronti di avvocati iscritti alla piattaforma in oggetto. Del resto viene anche affermata la necessità di interpretare restrittivamente il concetto d'inottemperanza, data la severità sanzionatoria riservata dall'art. 15 della legge 287/1990 alla fattispecie, per la quale è previsto un automatico raddoppio della sanzione originariamente inflitta, con il solo limite del 10% di fatturato, senza alcuna parametrizzazione all'oggettiva gravità della violazione e con sostanziale annullamento dei poteri di valutazione in ordine all'importanza della stessa. All'automatismo del meccanismo con cui il soggetto ritenuto responsabile viene assoggettato alla nuova sanzione deve, quindi, necessariamente corrispondere un altrettanto schematico meccanismo di accertamento. L'inottemperanza deve ravvisarsi solo quando sussista una, facilmente apprezzabile, reiterazione di una condotta identica a quella oggetto di sanzione. Se si affermasse il contrario, il secondo comma dell'art. 15 della legge 287 del 1990, nella parte in cui prevede una completa scissione tra l'apprezzamento della gravità dei fatti e l'importo della sanzione, si presterebbe a censure di intrinseca irrazionalità, rilevanti anche sul piano costituzionale, difficilmente superabili.

Il TAR ha annullato il provvedimento sanzionatorio anche per le ragioni di natura procedimentale lamentate nel ricorso dal CNF, che non è stato sentito dal Collegio dell'Autorità, non ha ricevuto la comunicazione delle risultanze istruttorie né ha avuto la possibilità di esporre le proprie difese nell'audizione finale dinanzi al Collegio. E' vero che l'art. 15 della legge 287/1990, dopo aver individuato, al primo comma, procedure e sanzioni da applicare nei casi in cui l'Autorità ravvisi la ricorrenza di un'intesa restrittiva della concorrenza, non individua, al secondo comma, una specifica procedura nel caso di inottemperanza; ma tale omissione, secondo i giudici amministrativi, non integra affatto una lacuna normativa, anche in considerazione del fatto che il procedimento di accertamento dell'inottemperanza condivide con il procedimento *antitrust* ordinario la medesima esigenza di tutela rafforzata del contraddittorio, derivante dalla particolare natura afflittiva della sanzione. I giudici amministrativi di primo grado hanno ritenuto, quindi, che anche nel procedimento per inottemperanza vi debba essere una diversificazione tra funzioni e competenze degli uffici - cui è rimessa un'attività di materiale acquisizione istruttoria e di comunicazione alle parti del procedimento - e competenza del Collegio, cui compete l'attività propriamente valutativa dell'Autorità indipendente, ivi inclusa anche quella dell'audizione delle parti laddove ne facciano espressa richiesta "*entro cinque giorni dal ricevimento della comunicazione delle risultanze istruttorie*", ai sensi dell'art. 14, comma 5, del d.p.r. n. 217/1998. Tale ultima comunicazione garantisce, infatti, il rispetto del contraddittorio, perché, oltre a delimitare definitivamente l'oggetto del futuro provvedimento sanzionatorio, essa è in grado di orientare anche il contenuto e le forme dell'attività difensiva della parte, tanto più nel caso in cui si proceda alla contestazione di nuove e distinte violazioni. I giudici amministrativi di primo grado

hanno riconosciuto che nel caso di specie tali prescrizioni procedurali sono state violate. Il CNF, infatti, ha potuto articolare la sua difesa solo di fronte ai rappresentanti degli uffici, i quali, esprimendo in alcuni casi la propria valutazione sulla rilevanza anticoncorrenziale, dimostrano proprio l'esistenza di questa inaccettabile confusione tra il piano dell'acquisizione istruttoria e quello della valutazione decisoria. A giustificare l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, poi, non vi può essere l'omessa rappresentazione del CNF di esigenze difensive ulteriori rispetto all'audizione dinanzi agli uffici o alla presentazione di memorie. La partecipazione deve essere, infatti, correlata alla complessità del procedimento a cui la partecipazione inerisce. Del resto, hanno osservato correttamente i giudici TAR, la mancata comunicazione delle risultanze istruttorie appare di particolare rilevanza nel caso in questione, dal momento che mentre nella comunicazione di avvio del procedimento viene contestata la mancata revoca espressa del parere e l'emanazione dell'art. 35 c.d.f., nel provvedimento finale assume preponderanza la valutazione di disvalore della delibera di interpretazione autentica, e viene meno ogni contestazione relativa all'art.35 del c.d.f. La decisione ha il merito di precisare che, in tema di contestazione ed eventuale sanzione dell'inottemperanza, nessuna scorciatoia procedimentale è praticabile, ché anzi la particolare afflittività delle sanzioni comminabili reclama piuttosto un severo rispetto di tutte le garanzie procedurali. In questo senso, pur non citandola, la decisione è in linea con la giurisprudenza europea⁸, e conferma il disallineamento tra le regole e le prassi seguite in Italia dalle autorità indipendenti e le garanzie convenzionali del giusto processo e del giusto procedimento.

5. La conferma del Consiglio di Stato

Il Consiglio di Stato in grado di appello ha rigettato le doglianze manifestate dall'AGCM nei confronti della sentenza del TAR Lazio.

I Supremi giudici amministrativi hanno posto a confronto i già citati provvedimenti assunti nel 2014 e nel 2016 dall'AGCM nei confronti del CNF⁹,

⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Grande Stevens c. Italia*, sentenza 4 marzo 2014.

⁹ Col primo provvedimento n. 25124 del 22 ottobre 2014, l'AGCM aveva accertato che il Consiglio Nazionale Forense, in violazione dell'art. 101 del TFUE, ha posto in essere un'intesa, unica e continuata, restrittiva della concorrenza, consistente nell'adozione di due decisioni 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. Con lo stesso provvedimento si stabiliva che il Consiglio Nazionale Forense assumesse misure atte a porre termine all'infrazione dandone adeguata comunicazione agli iscritti; ... si astenga in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quello oggetto dell'infrazione accertata. Il provvedimento si concludeva con la sanzione amministrativa pecuniaria di 912.536,40 € e con la comunicazione all'Autorità delle misure adottate ... trasmettendo una specifica relazione scritta. Le due decisioni del CNF oggetto di tali contestazioni e sanzione iniziali del 2014 erano la circolare n. 22-C/2006 con la quale il CNF ha di fatto reintrodotto la vincolatività dei minimi tariffari,

rilevando che il *thema decidendum* del giudizio non può prescindere dalla precisa individuazione del comportamento ritenuto illecito nel secondo provvedimento AGCM impugnato, e cioè non avere posto termine all'infrazione dell'art. 101 del TFUE accertata con riferimento al parere n. 48/2012.

Il Supremo giudice ricorda che la stessa sesta sezione del Consiglio di Stato nella citata sentenza n.1164/16 - giudicato che fa stato nel giudizio, essendo intervenuto tra le medesime parti, su fatti in parte comuni alle fattispecie rispettivamente dedotte nei due giudizi - ha ritenuto rilevante la condotta illecita protratta nel tempo del CNF, ai fini della configurazione della sanzione ritenuta legittima.

Quella prima sanzione era stata emessa anche in relazione all'adozione del parere n. 48/2012, parere ampiamente descritto nel contenuto, effetti e caratteristiche, sotto il profilo dell'accertata anticoncorrenzialità.

Non può esservi, quindi, inottemperanza poiché la contestazione di non avere posto termine all'illecito concorrenziale realizzato con il parere n. 48/2012 era stata già oggetto della sanzione comminata nel provvedimento AGCM n. 25124 del 22 ottobre 2014.

Altro profilo analizzato è quello del "ne bis in idem" in materia antitrust dal momento che la fattispecie in esame va valutata alla luce della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea 3 aprile 2019, nella causa C-617/17, la quale ha stabilito che il citato 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. 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. Nel caso di specie, osserva il Consiglio di Stato, non ricorrono i presupposti indicati dalla Corte per escludere l'illegittimità del *ne bis in idem*: non emerge da alcuna parte del provvedimento, infatti, che l'AGCM abbia compiuto alcuna valutazione specifica di proporzionalità delle due sanzioni considerate congiuntamente. Aggiungono anzi i giudici che 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

abrogata dalla riforma Bersani, e il parere n. 48/2012 mediante il quale il CNF ha inteso limitare l'impiego di un canale di diffusione delle informazioni con cui i professionisti veicolano ai potenziali clienti anche la convenienza delle prestazioni professionali da essi offerte. Col secondo provvedimento qui impugnato, n. 25868 del 10 febbraio 2016, l'AGCM accertava che il comportamento del Consiglio Nazionale Forense, consistente nel non avere posto termine all'infrazione dell'art. 101 del TFUE accertata con riferimento al parere n. 48/2012, integra la violazione di cui all'articolo 15, comma 2, della legge n. 287/90 per inottemperanza al provvedimento n. 25154 del 22 ottobre 2014, comminando sempre allo stesso Consiglio Nazionale Forense un'altra sanzione amministrativa pecuniaria di 912.536,40 €.

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.

L'appello dell'AGCM viene respinto anche perché, come già osservato nella sentenza di primo grado, non è risultato osservato il procedimento previsto dall'art. 14 della legge 287 del 1990, non essendo state assicurate le garanzie del contraddittorio. Rilevano i Supremi giudici che "è, infatti, mancata la CRI (Contestazione delle Risultanze Istruttorie) in quanto, come risulta dagli atti, il CNF è stato ascoltato unicamente dagli Uffici che hanno seguito l'istruttoria, non avendo potuto presentare le proprie difese, sulla base di una motivata relazione istruttoria conclusiva, nell'audizione finale dinanzi al Collegio dell'Autorità. Né rileva che si tratti di procedimento di inottemperanza, e che dunque debbano applicarsi (anche) le norme della l. n. 689/1991, trattandosi in definitiva di asserite infrazioni della normativa antitrust, oggetto di una speciale disciplina che richiede appunto una forma di contraddittorio rafforzato, in relazione alla natura dei soggetti coinvolti, tenuto conto soprattutto che l'inottemperanza alla diffida contenuta nel provvedimento sanzionatorio originario è un illecito antitrust anch'esso, sanzionato ex art. 15, capoverso, l. n. 287 del 1990, e che nei procedimenti sanzionatori in materia antitrust, come quello per cui è causa, debbono essere assicurate garanzie pari a quelle del processo penale". Viene ricordato 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. In particolare, viene rilevato che tra i criteri ricordati nella sentenza citata nel caso di specie 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. L'invito al CNF, a conclusione dell'attività istruttoria, a presentare una memoria finale, non può, infatti, esaurire la funzione svolta dalla CRI, essendo tale invito del tutto inidoneo a svolgere la funzione di contraddittorio rafforzato, come richiesta dalla speciale normativa in questione, ispirata alla particolare natura della materia antitrust ed al carattere speciale dei relativi procedimenti sanzionatori. Infine sull'asserita mancanza di una revoca espressa del parere n. 48/2012, il Consiglio di Stato riconosce che la delibera del 23 ottobre 2015 assunta all'indomani della citata sentenza n. 1164 del 22 marzo 2016 è una valida e tempestiva misura di ottemperanza tanto più che con la stessa delibera il CNF aveva avviato la modifica dell'art. 35 del codice deontologico forense, per evitare qualsiasi dubbio sull'ammissibilità del ricorso a mezzi informatici e telematici di

diffusione dell'informazione pubblicitaria, abrogando *ex tunc* i commi 9 e 10 dell'art. 35, che ponevano alcuni limiti alla pubblicità tramite siti internet.

Rigettate, dunque, tutte le doglianze dell'Antitrust, il Consiglio di Stato conferma l'insussistenza dell'inottemperanza del CNF e l'illegittimità della relativa sanzione.