

AS1452 – MISURE CONTENUTE NEL TESTO DI CONVERSIONE DEL DECRETO LEGGE 148/2017 (DECRETO FISCALE)

Roma, 24 novembre 2017

Presidente del Senato della Repubblica
Presidente della Camera dei Deputati
Presidente del Consiglio dei Ministri

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nell'esercizio dei poteri di cui all'articolo 22 della legge 10 ottobre 1990 n. 287, nella sua adunanza del 22 novembre 2017, ha ritenuto opportuno svolgere le seguenti considerazioni in merito ad alcune misure presenti nell'attuale testo del d.l. 148/2017 e nel DDL AC 4741 di conversione dello stesso *"Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 ottobre 2017, n. 148, recante disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili. Modifica alla disciplina dell'estinzione del reato per condotte riparatorie"* (c.d. decreto fiscale), approvato al Senato e attualmente in discussione alla Camera.

L'Autorità ha apprezzato che in questa legislatura, per la prima volta, sia stata approvata la l. 124/2017 *Legge annuale per la concorrenza e il mercato* che costituisce un'importante conferma della sensibilità del Governo per il ruolo che può essere svolto dalla concorrenza, non solo per il benessere dei consumatori, ma anche per la crescita economica. Questa linea di intervento a favore della promozione della concorrenza trova peraltro un riscontro anche nelle linee programmatiche del Governo come riportate nel documento di economia e finanza (DEF).

Tuttavia, l'Autorità osserva con preoccupazione l'introduzione nel testo in discussione del ddl AC 4741 di conversione del d.l. 148/2017 sopra citato di una serie di misure idonee a ostacolare il processo competitivo che sembrano segnare un'inversione di tendenza, vanificando anche le riforme pro-concorrenziali recentemente introdotte.

Su due temi in particolare si concentrano le preoccupazioni dell'Autorità: i) le misure relative all'introduzione di un "equo compenso" per tutte le professioni; ii) la riforma della raccolta dei diritti d'autore e le limitazioni poste a tutti i potenziali concorrenti di Siae diversi dalle *collecting society* provenienti da altri Paesi europei.

1. Equo compenso per prestazioni professionali

In primo luogo vengono in rilievo le misure previste in materia di equo compenso e clausole vessatorie introdotte al Senato in sede di discussione del ddl di conversione del d.l. 148/2017.

L'articolo 19 *quaterdecies* del ddl citato introduce, per tutte le professioni, una disciplina delle clausole vessatorie ulteriore sia rispetto a quella già prevista dal codice civile agli articoli 1341 e 1342, sia rispetto a quella introdotta dalla legge 22 maggio 2017, n. 81 (Jobs Act).

La disposizione in esame, al comma 1, prevede l'introduzione dell'articolo 13 *bis* nella legge 31 dicembre 2012, n. 247 (legge forense), già oggetto di segnalazione da parte dell'Autorità¹, al fine di prevedere una specifica disciplina sull'equo compenso delle prestazioni forensi applicabile nei casi in cui la prestazione professionale si svolga *«in favore di imprese bancarie e assicurative, nonché di imprese non rientranti nelle categorie delle microimprese o delle piccole o medie imprese, come definite nella raccomandazione 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003»*. Il successivo comma 2 estende la disciplina *«anche alle prestazioni rese dai professionisti di cui all'articolo 1 della legge 22 maggio 2017, n. 81, anche iscritti agli ordini e collegi, i cui parametri ai fini di cui al comma 10 del predetto articolo sono definiti dai decreti ministeriali adottati ai sensi dell'articolo 9 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27»*.

¹ [L'Autorità ha segnalato le criticità della nuova legge forense (L. 31 dicembre 2012 n. 247) ed il relativo decreto ministeriale nella parte in cui prevede l'utilizzo dei parametri tariffari predisposti per le liquidazioni giudiziali anche nei casi in cui non vi sia accordo tra professionista e cliente. Cfr. in particolare Segnalazione AS 1137 del 4 luglio 2014 *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2014*, in boll. 27/2014 in cui è stato affermato che: «La norma in questione invece non solo prevede nuovamente un ruolo del CNF nella determinazione dei parametri, ma prevede l'applicazione degli stessi anche fuori dai casi di liquidazione giudiziale del compenso. Infatti i parametri forensi, recentemente approvati con il D.M. n. 55/2014, trovano espressa applicazione anche nei rapporti tra cliente e avvocato, in caso di mancata determinazione consensuale del compenso tra le parti. Di fatto, quindi, i parametri forensi diventano dei valori di riferimento per i professionisti nella determinazione del compenso e si prestano a svolgere lo stesso ruolo delle precedenti "tariffe", abrogate dalle misure di liberalizzazione di cui all'articolo 9 del citato d.l. n. 1/2012 per l'insieme delle professioni regolamentate».]

La disciplina in questione introduce il principio generale per cui le clausole contrattuali tra professionisti e i clienti che fissino un compenso a livello inferiore dei valori previsti nei parametri individuati dai decreti ministeriali sarebbero da considerare vessatorie e quindi nulle.

Tale nullità, relativa, potrebbe essere fatta valere esclusivamente dal professionista. La norma, nella misura in cui collega l'equità del compenso ai parametri tariffari contenuti nei decreti anzidetti, reintroduce di fatto i minimi tariffari, con l'effetto di ostacolare la concorrenza di prezzo tra professionisti nelle relazioni commerciali con tali tipologie di clienti. Se da un lato è vero, infatti, che verrebbe introdotta una nullità di protezione, azionabile esclusivamente dal professionista, dall'altro è altamente improbabile che i clienti accettino la fissazione di un compenso a livelli inferiori assumendosi, così, il rischio di vedersi contestare in corso d'opera o anche successivamente il mancato rispetto del principio dell'equità.

Con riferimento alla pubblica amministrazione, si osserva poi che, in base al comma 3 dell'articolo in esame, la PA è tenuta a garantire «il principio dell'equo compenso in relazione alle prestazioni rese dai professionisti in esecuzione di incarichi conferiti dopo l'entrata in vigore della presente legge». È dunque preclusa alla PA la possibilità di accettare prestazioni con compensi inferiori a quelli fissati nei decreti ministeriali.

In definitiva, tramite la disposizione in esame viene sottratta alla libera contrattazione tra le parti la determinazione del compenso dei professionisti (ancorché solo con riferimento a determinate categorie di clienti). Tale obiettivo viene realizzato, sia affermando il principio del diritto all'equo compenso sopra descritto, sia qualificando (al comma 5) come vessatorie clausole contrattuali che incidono sul compenso del professionista.

L'articolo *de quo*, che tra l'altro ripresenta alcune disposizioni già inserite in Disegni di legge presentati alla Camera e al Senato², si pone, nel suo complesso, in contrasto con consolidati principi posti a tutela della concorrenza.

Il descritto intervento normativo, ove attuato nei termini proposti, determinerebbe quindi un'ingiustificata inversione di tendenza rispetto all'importante ed impegnativo processo di liberalizzazione delle professioni, in atto da oltre un decennio e a favore del quale l'Autorità si è costantemente pronunciata. Si tratta, infatti, di misure che, al di là delle motivazioni che le vorrebbero giustificare, ripropongono appieno gli stessi problemi concorrenziali che l'Autorità ha avuto in più occasioni modo di segnalare in tema di tariffe minime³.

Secondo i consolidati principi antitrust nazionali e comunitari, infatti, le tariffe professionali fisse e minime costituiscono una grave restrizione della concorrenza, in quanto impediscono ai professionisti di adottare comportamenti economici indipendenti e, quindi, di utilizzare il più importante strumento concorrenziale, ossia il prezzo della prestazione⁴.

In quest'ottica, l'effettiva presenza di una concorrenza di prezzo nei servizi professionali non può in alcun modo essere collegata ad una dequalificazione della professione, giacché, come più volte ricordato dall'Autorità, è invece la sicurezza offerta dalla protezione di una tariffa fissa o minima a disincentivare l'erogazione di una prestazione adeguata⁵ e a garantire ai professionisti già affermati sul mercato di godere di una rendita di posizione determinando la fuoriuscita dal mercato di colleghi più giovani in grado di offrire, all'inizio, un prezzo più basso. È noto, infatti, che la qualità di una prestazione professionale si percepisce nel tempo e, al momento della scelta, la reputazione del

² [Si fa riferimento, nel dettaglio, al disegno di legge n. 2858, sull'equo compenso dei professionisti; ai disegni di legge "Disposizioni in materia di equo compenso per le prestazioni professionali degli avvocati" (A.C. 4574) e "Disposizioni in materia di equo compenso nell'esercizio delle professioni regolamentate" (A.C. 4575) nonché al disegno di legge di iniziativa governativa, presentato il 29 agosto u.s., Disposizioni in materia di equo compenso e clausole vessatorie nel settore delle prestazioni legali, C.4631, attualmente all'esame della commissione Giustizia.]

³ [Si richiamano gli interventi di advocacy Indagine conoscitiva IC15 - Settore degli ordini e collegi professionali del 9 ottobre 1997; AS316, in boll. 45/2005, con cui è stata trasmessa ai Presidenti di Camera, Senato e Consiglio dei Ministri la relazione dell'Autorità su Liberalizzazione dei servizi professionali del 18 novembre 2005; Indagine conoscitiva IC 34, Il settore degli Ordini professionali, in boll. 9/2009; AS 974 Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense, 9 agosto 2012, in boll. 30/2012 e AS 1137 del 4 luglio 2014 Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2014, in boll. 27/2014. L'Autorità è intervenuta varie volte sul tema delle tariffe professionali anche attraverso i propri poteri di enforcement. Si richiama, in primo luogo, il caso I713, Consiglio nazionale dei geologi-restrizioni deontologiche sulla determinazione dei compensi, in boll. 25/2010, in cui l'Autorità ha sanzionato l'Ordine nazionale dei geologi che avevano posto in essere un'intesa volta ad indurre gli iscritti ad uniformare i rispettivi comportamenti economici utilizzando come riferimento la tariffa professionale. Si ricorda, inoltre, il caso I748 - Condotte restrittive del CNF, in boll. 44/2014, in cui l'Autorità ha sanzionato il Consiglio nazionale Forense per aver posto in essere un'intesa 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 tra l'altro stigmatizzando quale illecito disciplinare la richiesta di compensi inferiori ai minimi tariffari. Devono richiamarsi, infine, i casi nei quali sono stati accertati vari illeciti posti in essere dai consigli notarili di Bari, Milano, Verona e Roma e Velletri, consistenti nell'adozione di comportamenti idonei a limitare l'adozione di politiche di prezzo indipendenti da parte dei notai dei rispettivi distretti: casi I749, I750 e I753 e I797 in boll. 23/2013 e boll. 24/2017.]

⁴ [Quanto sopra non è, infine, messo in discussione dalla recente pronuncia della Corte di Giustizia 8 dicembre 2016, cause riunite C-532/15 e C-538/15 la quale si è limitata ad escludere che la fissazione delle tariffe forensi in Spagna fosse riconducibile ad una condotta delle associazioni professionali (punto 37) affermando, invece, che la loro elaborazione è pienamente riconducibile allo Stato. La Corte, in quest'occasione, non si è invece pronunciata sul fatto che tale normativa fosse giustificata da un motivo imperativo di interesse generale e che la stessa soddisfacesse i requisiti di proporzionalità, come richiesto dalla Direttiva Servizi. In tale contesto, infatti, la Corte ha ritenuto che la domanda pregiudiziale presentata non fosse completa in quanto i giudici del rinvio non avrebbero indicato «sotto quale profilo le controversie dinanzi ad essi pendenti presentino, malgrado il carattere puramente interno, un elemento di collegamento con le disposizioni del diritto dell'Unione relative alle libertà fondamentali che renda l'interpretazione in via pregiudiziale richiesta necessaria alla soluzione di tali controversie».]

⁵ [Cfr. AS974, Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense, cit.]

professionista assume un'importanza cruciale, scalfibile solo attraverso offerte particolarmente vantaggiose che inducono il cliente a dare fiducia a un professionista meno affermato.

Sarebbero proprio i *newcomer* ad essere pregiudicati dalla reintroduzione delle tariffe minime in quanto vedrebbero drasticamente compromesse le opportunità di farsi conoscere sul mercato e, in definitiva, di competere con i colleghi affermati che dispongono di maggiori risorse per l'acquisizione di clientela, anche di particolare rilievo.

Pertanto, la reintroduzione di prezzi minimi cui si perverrebbe attraverso la previsione *ex lege* del principio dell'equo compenso finirebbe per limitare confronti concorrenziali tra gli appartenenti alla medesima categoria, piuttosto che tutelare interessi della collettività.

Eventuali criticità connesse alla presenza di fruitori di servizi professionali con elevato potere di domanda non vanno certamente affrontate attraverso la fissazione di un prezzo minimo per l'erogazione dei predetti servizi, che avrebbe l'unico effetto di alterare il corretto funzionamento delle dinamiche di mercato e l'efficiente allocazione delle risorse, ostacolando di fatto lo spontaneo adattamento di domanda e offerta. L'esistenza di possibili situazioni di squilibrio contrattuale può essere invece affrontata attraverso un migliore utilizzo delle opportunità offerte da nuovi modelli organizzativi e dalle possibilità di aggregazione. Si pensi ad esempio alla possibilità di recente introdotta anche per gli avvocati dalla legge sulla concorrenza (l. 124/2017) di costituire studi professionali in forma di società di capitali o studi multidisciplinari, attraverso i quali si possono certamente raggiungere elevate economie di scala, senza pregiudicare la qualità della prestazione.

Diversamente argomentando, ogni settore economico in cui sussistano (o siano suscettibili di verificarsi) tali condizioni di mercato (potere di domanda) dovrebbe vedere l'introduzione per via legislativa di prezzi minimi predefiniti con un'esclusione totale di qualunque grado di concorrenza.

Da tutto quanto precede, si può concludere che le disposizioni sopra richiamate, per quanto circoscritte a determinate tipologie di rapporti contrattuali ("clienti forti" e PA), non sono giustificate da un motivo imperativo di interesse generale, né rispondono al principio di proporzionalità, in quanto hanno l'effetto di eliminare in radice il confronto concorrenziale⁶.

D'altra parte, l'esigenza di far fronte a eventuali squilibri contrattuali potrebbe trovare adeguata risposta in altri strumenti di cui già dispone l'ordinamento.

Merita osservare, in particolare, che la recente disciplina sulla tutela del lavoro autonomo potrebbe soddisfare le esigenze di tutela nei confronti dei clienti "forti" in situazioni di eventuale squilibrio contrattuale. Il Jobs Act ha, infatti, già previsto anche a favore delle professioni, l'estensione della disciplina sui ritardi nei pagamenti nell'ambito delle transazioni commerciali (articolo 2) e ha individuato specifiche clausole e condotte abusive – stabilendone l'inefficacia laddove adottate – volte proprio a tutelare il contraente debole (articolo 3). Si tratta, in particolare, di clausole che attribuiscono al committente la facoltà di modificare unilateralmente le condizioni del contratto o recedere da esso senza un congruo preavviso e che fissano termini di pagamento superiori a 60 gg. È ritenuto, altresì, abusivo il rifiuto del committente di stipulare il contratto in forma scritta e viene estesa anche alle professioni la disciplina sull'abuso di dipendenza economica (articolo 9 legge 18 giugno 1998, n. 192).

Anche alla luce di tale normativa, pertanto, la proposta di inserimento di un'ulteriore disciplina che si muova sulla stessa linea non risulterebbe neppure necessaria.

In conclusione, l'articolo 19 *quaterdecies* del ddl in esame, in quanto idoneo a reintrodurre nell'Ordinamento un sistema di tariffe minime, peraltro esteso all'intero settore dei servizi professionali, non risponde ai principi di proporzionalità concorrenziale, oltre a porsi in stridente controtendenza con i processi di liberalizzazione che, negli anni più recenti, hanno interessato il nostro ordinamento anche nel settore delle professioni regolamentate.

In proposito, si sottolinea che la consapevolezza della sussistenza di «una tensione potenziale tra, da un lato, la necessità di un certo livello di regolamentazione di queste professioni e, dall'altro, le regole della concorrenza del trattato»⁷ aveva condotto la Commissione europea già nel 2004 ad invitare gli Stati membri all'applicazione stringente del test di proporzionalità, successivamente previsto dalla Direttiva 2006/123 CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno (articolo 15) al fine di mantenere in vigore esclusivamente regole oggettivamente necessarie per raggiungere obiettivi di interesse generale e costituenti la misura meno restrittiva della concorrenza.

2. Gestione collettiva dei diritti d'autore

In secondo luogo, rilevano le misure introdotte in materia di gestione collettiva dei diritti d'autore nell'articolo 19 del d.l. 148/2017 nel testo approvato dal Senato.

La misura riconsidera il regime di monopolio della SIAE che sino ad oggi ha caratterizzato la raccolta dei diritti d'autore nel nostro Paese. Si tratta indubbiamente di un passo in avanti verso l'apertura alla concorrenza più volte auspicata

⁶ [È noto, infatti, la Direttiva 2006/123 CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006 vieta l'introduzione di nuovi requisiti restrittivi, quali le tariffe, salvo che gli stessi non rispettino le condizioni di non discriminazione, necessità e proporzionalità. Quest'ultima condizione, in particolare, impone che le restrizioni devono essere tali da garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito, non devono andare al di là di quanto è necessario per raggiungere tale obiettivo e non deve essere possibile sostituire tali misure con altre meno restrittive che permettono di conseguire lo stesso risultato.]

⁷ [COM(2004) 83 9.2.2004, "Relazione sulla concorrenza nei servizi professionali".]

dall'Autorità, tuttavia il processo di liberalizzazione risulta incompleto e solo parzialmente efficace nella misura in cui limita ai soli organismi di gestione collettiva la possibilità di competere con SIAE.

Infatti, si rileva che l'articolo 19, comma 1, del d.l. 148/2017, modificando la legge 22 aprile 1941, n. 633, sul diritto d'autore ("LDA"), attribuisce, oltre alla SIAE, anche agli *"altri organismi di gestione collettiva di cui al decreto legislativo 15 marzo 2017, n. 35"* la riserva esclusiva sull'attività di intermediazione sui diritti d'autore. Tuttavia, tale modifica determina una rilevante restrizione concorrenziale in quanto limita la prestazione di questa tipologia di servizi a un'unica categoria di soggetti, vale a dire agli organismi di gestione collettiva. In tal senso, la disposizione in parola si pone in contrasto con la più volte⁸ auspicata piena apertura *"alla concorrenza [dell']attività di intermediazione [del diritto d'autore], in coerenza con quanto fatto con riferimento ai diritti connessi al diritto d'autore, la cui intermediazione, assoggettata in precedenza al monopolio di Nuovo IMAIE, è stata liberalizzata attraverso l'articolo 39 d.l. 24 gennaio 2012, n. 1"*⁹.

In particolare, dal momento che la norma stessa rende possibile l'ingresso sul mercato italiano di operatori diversi da SIAE, tale restrizione non appare sorretta da alcuna esigenza imperativa di interesse pubblico connessa alla struttura e al funzionamento del mercato. Tale scelta solleva un rilevante problema di proporzionalità in quanto opera una discriminazione tra gli operatori esclusivamente sulla base delle caratteristiche organizzative degli stessi. L'assenza di proporzionalità della restrizione emerge anche dal fatto che le forme di organizzazione dell'attività di intermediazione che si è inteso escludere costituiscono una realtà concreta in altri contesti, come ad esempio gli Stati Uniti e diversi Stati Membri, come la Bulgaria, Croazia, Finlandia, Grecia, Irlanda, Portogallo, Repubblica Ceca, Spagna e Ungheria. Ciò a dimostrazione del fatto che la piena liberalizzazione delle attività di gestione collettiva dei diritti d'autore risulta pienamente compatibile con il funzionamento dei mercati e con la tutela dei soggetti rappresentati.

Si ritiene, pertanto, necessario ribadire che l'intervento di liberalizzazione dovrebbe essere integrato da una riforma complessiva delle modalità di intermediazione dei diritti delineate dalla LDA, ampliando il più possibile la varietà di scelta, per gli autori, di operatori ai quali affidare la gestione dei propri diritti, includendo ad esempio le entità di gestione indipendenti, così come definite e previste dalla Direttiva 2014/26/UE.

Peraltro, qualora l'obiettivo perseguito dalla modifica prevista dall'articolo 19, comma 1, del d.l. 148/2017 fosse quello di consentire un più ampio dispiegarsi della concorrenza sul mercato dell'intermediazione dei diritti d'autore, la limitazione agli organismi di gestione collettiva non tiene conto della realtà dei rapporti di rappresentanza reciproca che caratterizza il mercato italiano. In tale contesto, una liberalizzazione parziale del mercato rischia di rivelarsi del tutto inefficace mantenendo, di fatto, la situazione di monopolio ad oggi esistente sul mercato ostacolando l'innovazione tecnologica e la nascita e lo sviluppo di nuovi mercati, nella misura in cui impedisce l'affermarsi di un'offerta per servizi innovativi distinti, lasciando insoddisfatta una domanda attuale e potenziale. Peraltro l'esclusione dei concorrenti si traduce in una riduzione di servizi offerti agli autori che potrebbe disincentivarli dall'ampliare il proprio repertorio di opere e il conseguente impiego delle stesse a danno, in ultima analisi, dei consumatori finali che fruirebbero di una minore varietà di opere e di modalità di fruizione delle stesse¹⁰.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, l'Autorità auspica pertanto una modifica in senso concorrenziale dell'articolo 19, comma 1, del D.L. 148/2017, nel senso di aggiungere, dopo *"ed agli altri organismi di gestione collettiva"*, anche le parole *"ed entità di gestione indipendente di cui al decreto legislativo 15 marzo 2017, n. 35"*. Tale revisione appare, dunque, più coerente con la disciplina posta a tutela della concorrenza per quanto riguarda gli strumenti finalizzati a garantire effettiva tutela ad autori e utilizzatori.

* * *

In conclusione, l'Autorità auspica che le considerazioni sopra svolte siano tenute in adeguata considerazione nel prosieguo dell'iter legislativo di approvazione del d.l. 148/2017 e del DDL AC 4741 *"Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 ottobre 2017, n. 148, recante disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili. Modifica alla disciplina dell'estinzione del reato per condotte riparatorie"* (c.d. decreto fiscale).

La presente segnalazione sarà pubblicata sul Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

f.f. IL PRESIDENTE

Gabriella Muscolo

⁸ [AS1303 – Schema di decreto legislativo di recepimento della direttiva 2014/26/UE sulla gestione collettiva dei diritti d'autore, Bollettino n. 37/2016. AS1281-Gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi al diritto e concessione di licenze multi territoriali per i diritti su opere musicali per l'uso online nel mercato interno, Bollettino n. 19/2016.]

⁹ [AS1281-Gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi al diritto e concessione di licenze multi territoriali per i diritti su opere musicali per l'uso online nel mercato interno, Bollettino n. 19/2016.]

¹⁰ [Cfr. provvedimento di avvio del caso A508 - SIAE/Servizi intermediazione diritti d'autore.]