

Libere professioni, libero mercato e concorrenza: PROFILI DI CRITICITÀ

“Niente di personale, sono solo affari!”. Potremmo prendere questa frase, celebre nella storia del gangsterismo americano¹, per descrivere con una battuta il tenore dei rapporti tra libere professioni e imprese di servizi rientranti nel cosiddetto “terziario avanzato”. Ma sono davvero “solo affari”? In altri termini, e fuor di metafora: quanto sono applicabili alle libere professioni – comunque esercitate – le regole del libero mercato? E non si consideri oziosa o scontata la domanda: sono sempre più frequenti i provvedimenti di portata normativa (in senso lato), interessanti le libere professioni, siano essi di fonte interna piuttosto che comunitaria. Basti pensare ai pareri dell’AGCM (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato) in tema di regolamentazione, accesso e compenso per i professionisti, o alle direttive europee in tema di principi ispiratori per le norme da adottare in materia di attività libero – professionali.

Un primo orientamento in questa ricerca viene dall’attività dell’Eesc (European Economic and Social Committee)², che descrive il mercato delle libere professioni come caratterizzato da “asimmetria informativa” tra il professionista ed il cliente. Quest’ultimo, cioè, non è in grado di effettuare un confronto tra esercenti, prestazioni e modalità di effettuazione, e prezzi. Tale osservazione, in sostanza, giustifica l’intervento dello Stato (in proprio o mediante Enti a ciò delegati) come regolatore e garante delle

modalità di accesso, esercizio e mantenimento dei requisiti tecnici e di preparazione per le professioni intellettuali³. Tale indirizzo è fatto proprio dalle Direttive (UE) n. 2018/958 e n. 2005/36/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, in tema di condizioni e principi a cui gli stati membri devono uniformarsi nell’adottare e modificare le norme in tema di attività libero – professionali, prevedendo espressamente che il criterio ispiratore debba essere quello della tutela del consumatore – cliente (cosiddetto “criterio di proporzionalità”).

In sostanza, ai professionisti si chiede di essere “come la moglie di Cesare”, vale a dire al di sopra di ogni sospetto e che l’attività si svolga in condizioni di piena tutela e trasparenza per il cliente.

Non a caso la totalità dei codici deontologici o di autoregolamentazione ha fatto proprio questo principio, soprattutto dopo l’indagine conoscitiva dell’Antitrust n. 34 del 21/03/2009 (IC34). E questi principi vanno rispettati sia che si eserciti la professione singolarmente, sia che si operi nell’ambito di una associazione o di una società tra professionisti o di professionisti.

Per queste ultime, in particolare, i vari ordini, quali soggetti a cui l’ordinamento demanda la sorveglianza sull’esercizio della professione, hanno emanato linee guida per la costituzione ed i requisiti a cui le stesse devono informarsi.

Data questa premessa, suscita perplessità la presa di posizione dell’AGCM espressa nella ►

1. “It’s not personal, Sonny, it’s strictly business” cit. da “il Padrino”;

2. Il Comitato economico e sociale europeo, che ha sede a Bruxelles, è un organo consultivo dell’Unione europea, istituito con il Trattato di Roma del 1957 nell’ambito dell’allora Comunità Economica;

3. “... Although the existence of information asymmetries between providers and recipients of services is not included in the understanding of the term of Liberal Profession, such informational deficits in the Principal/Client Relationship are characteristic

for almost all services provided by the liberal professions. They are a common reason for professional regulation ...” da “The State of Liberal Professions Concerning Their Functions and Relevance to European Civil Society EESC/COMM/05/2013”.

LIBERE PROFESSIONI, LIBERO MERCATO E CONCORRENZA: PROFILI DI CRITICITÀ

delibera del 22 maggio 2019 riportata nel bollettino n. 24 del 17 giugno 2019, in cui stigmatizza l'interpretazione, data dalla stragrande maggioranza degli ordini professionali, dell'art. 10, co. 4, lett. b), della legge n. 183/2011, relativamente alla partecipazione dei soggetti non professionisti nelle STP⁴.

Si prendano ad esempio le linee guida "Profili Giuridici in tema di Costituzione e Obblighi disciplinari nella STP" approvate dal Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Consulenti del Lavoro nella seduta del 16 e 17 giugno 2016. Queste, espressamente riportano:

Dal dettato normativo emerge chiaramente che, ai fini della nascita e della vivenza della S.t.P., devono sussistere i seguenti requisiti:

- il numero dei soci professionisti deve essere tale da determinare la maggioranza dei professionisti medesimi nella misura almeno di 2/3 nelle decisioni e deliberazioni; il concetto di "numero" non va inteso in senso algebrico, ma nella sua presenza qualificata ai sensi dell'art. 2468, comma 2, c.c.; ciò significa che potrà essere presente anche un solo socio professionista, purché lo stesso detenga una partecipazione non inferiore ai 2/3 del capitale sociale;

- la partecipazione al capitale sociale dei professionisti deve essere tale da determinare la maggioranza dei professionisti medesimi (come quote o azioni) nella misura almeno di 2/3 nelle decisioni e deliberazioni.

Pertanto, non sembra accettabile, in quanto contraria allo spirito della Legge, la tesi secondo cui si potrebbe ammettere una S.t.P. con capitale sociale attribuito in maggioranza a soci non professionisti a condizione che i professionisti mantengano i 2/3 dei voti nelle

maggioranze delle decisioni e deliberazioni, slegandosi in tale modo la proprietà della società dalla maggioranza qualificata dei 2/3. Tale tesi risulta illegittima, in quanto elusiva del testo di Legge, che pone in diretta correlazione la partecipazione (proprietà) del capitale sociale con la proporzione di 2/3 nelle decisioni e deliberazioni.

E dello stesso tenore si rivelano anche le analoghe disposizioni di altri ordini.

A questo proposito invece la AGCM così si esprime:

[... omissis ...] L'Autorità, pertanto, è dell'avviso che, al fine di consentire ai professionisti di cogliere appieno le opportunità offerte dalla normativa in materia di STP e le relative spinte pro-concorrenziali, vada privilegiata l'interpretazione della norma, secondo la quale i due requisiti della maggioranza dei due terzi "per teste" e "per quote di capitale" di cui all'art. 10, comma 4, lett. b), della legge n. 183/2011 non vengano considerati cumulativi. Al riguardo, si richiama la ratio sottesa alla richiesta di tali due requisiti, rappresentata dalla necessità di limitare la capacità decisionale dei soci non professionisti, così da evitare che questi ultimi possano influire sulle scelte strategiche della STP e sullo svolgimento delle prestazioni professionali. Tale obiettivo può essere assicurato ricorrendo ai diversi strumenti previsti dal codice civile che consentono di limitare o espandere i diritti e i poteri attribuiti ai soci in relazione al tipo di società scelta e alla relativa governance [... omissis ...].

Si tratta a ben vedere di una posizione difficilmente comprensibile: intanto resta da capire come il soggetto non professionista ►

4. Relativamente all'inciso: "... In ogni caso il numero dei soci professionisti e la partecipazione al capitale sociale dei professionisti deve essere tale da determinare la maggioranza di due

terzi nelle deliberazioni o decisioni dei soci; il venir meno di tale condizione costituisce causa di scioglimento della società e il consiglio dell'ordine o collegio professionale presso il quale è iscrit-

ta la società procede alla cancellazione della stessa all'albo, salvo che la società non abbia provveduto a ristabilire la prevalenza dei soci professionisti nel termine perentorio di sei mesi ..."



LIBERE PROFESSIONI, LIBERO MERCATO E CONCORRENZA: PROFILI DI CRITICITÀ

con partecipazione eccedente il terzo del capitale, quando non addirittura maggioritaria, possa restare sostanzialmente escluso o comunque minoritario nell'amministrazione della STP: quand'anche formalmente non partecipante sarà il "convitato di pietra" di ogni cda; e ci si domanda come si potrà "sterilizzare" la sua partecipazione alle assemblee per la quota eccedente. Quando non soddisfatto (e sappiamo che le ragioni del capitale possono fisiologicamente dissentire da quelle della professione), infatti, gli basterà non approvare il bilancio ... e così facendo, di fatto, sfiduciare il cda. Quando poi il suo apporto di capitale risulterà – ipotesi pure fatta dall'AGCM nella sua delibera – determinante, se non indispensabile per l'acquisto dei beni (materiali e immateriali) necessari all'esercizio della professione (penso ad *hardware*, *software* operativi e gestionali, banche dati), in caso di insoddisfazione sarà sufficiente adombrare la possibilità di uscita dalla compagine sociale per vedere più che considerati i suoi desiderata.

Di fatto sarà il vero *dominus* della STP. L'esperienza societaria, d'altra parte dimostra come – pur senza che vi sia violazione del principio di correttezza – il socio con partecipazione qualificata tenda a far pesare il proprio apporto in termini di controllo sull'operato della società, e che il ricorso a strumenti limitatori dell'influenza di questo, elaborati dall'autonomia privata, non può giungere a privarlo delle minime aspettative di diritto, quali quelle alla partecipazione assembleare, all'approvazione del bilancio e alla percezione degli utili ... salvo non volergli riconoscere una contropartita patrimoniale che può essere economicamente penalizzante per i soci professionisti⁵. Ed è questa la contraddizione interna al ragionamento dell'Antitrust: che da un lato si

invoca – in punto di diritto – la libera partecipazione dei soci di capitale, e dall'altro si sorvola su come questa possa snaturare – nei fatti ed in modo del tutto fisiologico – l'esercizio della professione.

Ma vi sono – e dispiace che questo particolare sfugga alla disamina dell'Autorità – strumenti più subdoli che possono far venir meno, nei fatti, il principio di indipendenza del professionista (sia esso singolo o associato), e cioè quando costui – formalmente autonomo – operi in condizioni di dipendenza economica da un altro soggetto, perché quest'ultimo gli fornisce gli strumenti, o le risorse economico – finanziarie o, più semplicemente, le garanzie per poterle reperire (solo formalmente) a proprio nome: non è difficile ipotizzare che, quali che siano i fondamenti di questo sodalizio, quando venisse a cessare il nostro professionista si troverà privo dei mezzi per poter continuare ad operare. Possiamo dire che operi in condizioni di indipendenza? Non credo!

Poi vi è il professionista stabilmente inquadrato nell'altrui organizzazione, e tanto per non parlare sempre e solo delle professioni giuridico – contabili, penso al giornalista pubblicista con partita Iva, che si scopre essere stabilmente inquadrato nelle redazioni locali o nazionali anche di quotidiani importanti (in un ruolo, tra l'altro, che spetterebbe al giornalista professionista) ... e al quale ogni tanto si fa fatturare qualcosa anche a testate minori controllate o collegate, così che non risulti evidente la monocomittenza. Salvo il rispetto dell'ormai abusato articolo 21 della Costituzione, c'è da nutrire seri dubbi che costui possa dirsi indipendente, almeno nel senso classico in cui si pensa al *free - lance*.

E non mancano i casi che rasentano l'illecito a più livelli (civile, amministrativo, disciplinare ... e qualche volta anche penale). ➤

5. E questo valga per l'inciso: "... Invero, a seconda del modello societario adottato, possono essere adottati dei patti parasociali o delle clausole statutarie che garantiscano ai soci professionisti di esercitare il controllo della società, anche nella situazione

in cui, nella compagine societaria, essi siano in numero inferiore ai due terzi e/o detengano quote di capitale sociale inferiore ai due terzi (ad esempio, nel caso delle società s.r.l., conferendo ai soci professionisti i diritti particolari di cui all'art. 2468, com-

ma 3, c.c., oppure nel caso delle s.p.a., limitando il diritto di voto dei non professionisti ricorrendo ad una misura massima ovvero a scaglionamenti ai sensi dell'art. 2351, commi 2 e 3, c.c., o ancora ricorrendo ad azioni speciali prive di voto) ..."



LIBERE PROFESSIONI, LIBERO MERCATO E CONCORRENZA: PROFILI DI CRITICITÀ

Prendiamo da cronache non troppo remote l'esempio della nostra "brava" impresa multiservizi che si è inventata una forma "originale" di fornitura di manodopera: una volta si veste (più o meno lecitamente) da agenzia di somministrazione, altre volte fa l'appaltatore, altre volte ancora decide di chiamarsi "consorzio" (anche cooperativo o in forma cooperativa, che sono ipotesi di nicchia ma capitano) o "capogruppo", anche operando nell'ambito di un contratto di rete. Sorvoliamo per carità di patria sugli strumenti che utilizzerà per "fornire lavoro" ai malcapitati che le daranno fiducia. Sofferiamoci sul fatto che avrà uno o più professionisti di riferimento: non di rado – come è successo – giusto per completare il cerchio, la nostra impresa prometterà ai malcapitati di prima a "prezzo politico" anche l'effettuazione da parte di quei professionisti degli adempimenti giuridico – contabili. I nostri professionisti, dal momento che formalmente assumono l'incarico in proprio, ma sostanzialmente glielo procura il soggetto da cui dipendono, sono realmente indipendenti? Avranno la necessaria autonomia per verificare che imposte, e retribuzione e contribuzione dei dipendenti forniti siano correttamente liquidate e versate (adempimenti di cui paradossalmente sono corresponsabili con la multi servizi)? ... ai maliziosi la risposta!

Vi è infine un'ipotesi che potrebbe rappresentare una vera e propria distorsione del mercato. Prendiamo una *software house* che verifichi come possa meglio piazzare i propri prodotti e la correlata assistenza tecnica

se affianca alla struttura di vendita una di *service* che fornisca servizi avanzati correlati alle materie d'ambito del *software*. Immaginiamo che nell'ambito di questi servizi avanzati vi sia una "zona grigia" parzialmente corrispondente a prestazioni oggetto di una riserva di legge. Al soggetto che cura le attività di *service* nulla vieta di convenzionarsi con un professionista per l'espletamento di quelle attività; attività che formalmente sono effettuate in virtù di un incarico di cui è titolare il professionista, ma preponente di fatto la struttura di *service*. Ed entrambi si avvalgono, nella ricerca del cliente (che coincide per professionista, società di *service* e *software house*!) della struttura di vendita della *software house*, da cui ricevono a loro volta *software* ed assistenza tecnica. Indubbiamente è una forma di concentrazione interessante ed anche originale, che consente di sviluppare sinergie e rendere più efficiente il lavoro di tutti e tre i soggetti coinvolti, ma siamo sicuri che il professionista coinvolto sia realmente indipendente e che operi con la necessaria autonomia di giudizio? Siamo sicuri che il professionista non si riduca – di fatto – a piazzista del *software*? Siamo sicuri che la *software house* non si comporterà prima o poi come il vero *dominus* dell'organizzazione, dirigendo le attività degli altri soggetti coinvolti in senso strumentale alle vendite?

Ai primi due interrogativi ciascuno risponde in cuor suo; all'ultimo – ove configurasse (come si ha ragione di temere) una duplice distorsione del mercato – sarebbe bene che rispondesse l'AGCM.