(da www.servizi-legali.it)



Il Consiglio di Stato, sesta sezione, con ordinanza 1244/2012 del 5/3/2012 , ha formulato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in materia di oneri di allegazione delle parti nella richiesta di rinvio pregiudiziale.

LEGGI DI SEGUITO LA ORDINANZA ...

... e per far meglio valere il tuo diritto al libero lavoro intellettuale, aderisci e invita altri ad aderire al social network www.concorrenzaeavvocatura.ning.com e aderisci al gruppo aperto "concorrenza eavvocatura" su facebook
(contano già centinaia di adesioni). Unisciti ai tanti che rivendicano una vera libertà di lavoro intellettuale per gli outsiders e, finalmente, il superamento del corporativismo nelle professioni ! ...

N. 01244/2012 REG.PROV.COLL.

N. 04584/2011 REG.RIC.

N. 04710/2011 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

ORDINANZA DI RIMESSIONE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

1) sul ricorso numero di registro generale 4584 del 2011, proposto dal Consiglio Nazionale dei Geologi, rappresentato e difeso dall'avv. Anna Lagonegro, con domicilio eletto presso la medesima, in Roma, via Boezio, n. 92;

contro

Autorità garante della concorrenza e del mercato, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

2) sul ricorso numero di registro generale 4710 del 2011, proposto dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

Consiglio Nazionale dei Geologi, rappresentato e difeso dall'avv. Anna Lagonegro, con domicilio eletto presso la medesima, in Roma, via Boezio, n. 92;

per la riforma

quanto ad entrambi i ricorsi, della sentenza del T.a.r. Lazio – Roma, sezione I, n. 1757/2011, resa tra le parti, concernente RIGETTO IMPEGNI PRESENTATI DAL CONSIGLIO NAZIONALE GEOLOGI - INTESA RESTRITTIVA DELLA CONCORRENZA.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e l'atto di costituzione in giudizio del Consiglio Nazionale dei Geologi;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 febbraio 2012 il Cons. Rosanna De Nictolis e uditi per le parti l'avvocato Lagonegro e l'avvocato dello Stato Bacosi.

La vicenda processuale

1. Il Consiglio Nazionale dei Geologi (GNG) con due separati ricorsi davanti al Tribunale amministrativo regionale (Tar) Lazio – Roma ha impugnato:

- la delibera dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora innanzi AGCM o Autorità) adottata nell'adunanza del 22 dicembre 2009, con la quale sono stati rigettati gli

impegni presentati dal Consiglio Nazionale dei Geologi nell'ambito del procedimento, avviato in data 14 maggio 2009, volto all'accertamento di eventuali violazioni dell'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea per effetto delle norme contenute nel codice deontologico dei geologi;

- la delibera dell'AGCM adottata nell'adunanza del 23 giugno 2010, con la quale è stato ritenuto che l'Ordine Nazionale dei Geologi ha posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza ai sensi dell'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (già art. 81 del Trattato CEE), ordinando di assumere misure atte a porre termine all'illecito riscontrato ed irrogando la sanzione amministrativa pecuniaria nella misura di euro 14.254.

2. Il Tar adito, riuniti i due ricorsi, li ha respinti con la sentenza in epigrafe (Tar Lazio – Roma, sez. I, 25 febbraio 2011 n. 1757), nella quale, peraltro, ritiene viziato il provvedimento dell'Autorità nella parte in cui ritiene che il riferimento, nel codice deontologico, al "decoro professionale" quale criterio di commisurazione del compenso del professionista, costituisca restrizione della concorrenza.

3. La sentenza è stata appellata dal Consiglio Nazionale dei Geologi, con appello che ripropone espressamente tutti i motivi del ricorso di primo grado e muove motivate critiche alla sentenza.

4. La sentenza è stata appellata anche dall'AGCM, con riferimento al capo di sentenza che ha ritenuto in parte erronea la motivazione del provvedimento dell'Autorità, laddove dispone che il Consiglio dell'Ordine debba eliminare dal codice deontologico il parametro del decoro professionale quale criterio di determinazione del compenso del professionista.

Riunione degli appelli

5. Va anzitutto disposta la riunione dei due appelli perché proposti contro la medesima sentenza.

I fatti di causa

6. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha ravvisato una intesa restrittiva della concorrenza posta in essere mediante la disciplina deontologica adottata dal Consiglio Nazionale dei Geologi, applicabile agli appartenenti al relativo Ordine, relativa alla determinazione del compenso dei geologi, come dettata dagli artt. 17, 18 e 19 del Codice Deontologico nella versione risultante nel testo emendato, da ultimo, in data 26 marzo 2010, mediante modifiche apportate al fine di adeguare le relative disposizioni all'art. 2 d.l. n. 223/2006, che ha abrogato l'obbligatorietà delle tariffe minime e fisse.

In particolare, l'Autorità ha ritenuto che le norme del Codice Deontologico relative alla determinazione del compenso per i geologi induca gli stessi a non assumere condotte autonome nell'individuazione dei prezzi delle proprie prestazioni professionali, spingendoli ad uniformare i propri comportamenti economici mediante l'applicazione della tariffa professionale,

così determinando una restrizione della concorrenza in violazione dell'art. 101 del Trattato di Funzionamento dell'Unione Europea.

In dettaglio, ai sensi dell'art. 17 del codice deontologico, intitolato ai parametri tariffari, "Nella determinazione dei compensi professionali il geologo deve attenersi a quanto stabilito dal d.l. n. 223/2006; al principio di adeguatezza di cui all'art. 2233 comma 2 codice civile e, comunque, al complesso delle vigenti disposizioni di legge regolanti la materia. La tariffa professionale approvata con d.m. 18 novembre 1971 e la tariffa in materia di lavori pubblici approvata con d.m. 4 aprile 2001 per la parte applicabile ai geologi, costituiscono legittimo ed oggettivo elemento di riferimento tecnico-professionale nella considerazione, determinazione e definizione dei compensi tra le parti".

In relazione a tale disposizione, l'Autorità ne ha ritenuto la capacità di orientare il comportamento economico dei geologi, ai quali viene richiesto di fissare il proprio compenso in conformità a quanto indicato nella tariffa professionale, nonostante che i vincoli normativi all'inderogabilità della tariffa professionale siano stati eliminati dall'art. 2, comma 1, lettera a), d.l. n. 223/2006, ritenendo altresì inidoneo, alla luce del complesso della auto-regolamentazione in cui è inserito, il richiamo formale a tale decreto ed alla relativa legge di conversione ad indicare ai professionisti la possibilità di individuare il compenso professionale sulla base del libero accordo tra le parti.

L'Autorità ha, altresì, ritenuto censurabile la qualificazione della tariffa professionale come legittimo elemento di riferimento nelle determinazione dei compensi, in quanto ritenuta idonea ad indurre i geologi a dover determinare il proprio compenso in conformità alla tariffa professionale.

La ritenuta introduzione dell'obbligatorietà delle tariffe fisse è stata dall'Autorità ancorata anche al rinvio formale, contenuto nella descritta norma deontologica, all'art. 2233 codice civile, il quale prevede, in materia di professioni intellettuali, che la misura del compenso deve essere adeguata anche al decoro della professione.

Analogo rilievo viene formulato con riferimento al richiamo al decoro contenuto nell'art. 18 codice deontologico, intitolato alla commisurazione della parcella, il quale stabilisce che "Nell'ambito della normativa vigente, a garanzia della qualità delle prestazioni, il geologo che esercita attività professionale nelle varie forme (…) deve sempre commisurare la propria parcella all'importanza e difficoltà dell'incarico, al decoro professionale, alle conoscenze tecniche e all'impegno richiesti.

L'Ordine, tenuto conto dei principi di concorrenzialità professionale, vigila sull'osservanza".

Il medesimo richiamo al decoro è contenuto anche nell'art. 19, dedicato all'evidenza pubblica, il quale prevede che "Per le procedure ad evidenza pubblica, ove la pubblica amministrazione legittimamente non utilizzi quale parametro compensativo la tariffa professionale, il geologo dovrà comunque commisurare la propria offerta all'importanza e difficoltà dell'incarico, al decoro professionale, alle conoscenze tecniche ed all'impegno richiesti".

I motivi dei ricorsi di primo grado

7. I ricorsi di primo grado contengono, complessivamente, ventisei diverse censure. In ossequio alle istruzioni della C. giust. CE i ricorsi saranno trasmessi alla Corte in allegato alla presente ordinanza e potranno da essa essere consultati, se ritenuto necessario.

Di seguito si sintetizzano le sole censure pertinenti ai fini della presente ordinanza di rinvio pregiudiziale:

1) (quarto motivo del primo ricorso e sesto motivo del secondo ricorso) violazione dell'art. 1 e dell'art. 2, commi 1 e 2, l. n. 287/1990 e dell'art. 17 l. n. 616/1966: la legge - che fa riferimento alle intese poste in essere da imprese – sarebbe inapplicabile al CNG, stante la differenza tra impresa commerciale e lavoro autonomo e tra Consigli ed Ordini Professionali ed associazioni di imprese.

Inoltre, laddove l'art. 17 del nuovo Codice Deontologico richiama il D.M. del 18 novembre 1971, farebbe riferimento al legittimo procedimento di formazione della tariffa professionale, come previsto da una specifica e vigente norma, ovvero dall'art. 17 l. n. 616/1966, che prevede che la tariffa professionale è stabilita con decreto del Ministro della giustizia di concerto con il Ministro dello sviluppo economico su proposta del Consiglio Nazionale dei Geologi.

Non potrebbe, quindi, ricondursi la procedura di determinazione della tariffa ad una fattispecie di accordo o pratica concordata sottoposta a sanzione.

2) (quinto motivo del primo ricorso e settimo motivo del secondo ricorso) Violazione dell'art. 3 d.lgs. n. 30/2006. Il perseguimento delle finalità della concorrenza dovrebbe avvenire, con riferimento alle professioni intellettuali, con l'osservanza della relativa disciplina, la quale fa espresso riferimento ai principi di dignità e decoro della professione, che quindi non potrebbero essere espunti dalla deontologia professionale, di per sé non orientata a realizzare effetti distorsivi della concorrenza.

3) (sesto motivo del primo ricorso e ottavo motivo del secondo ricorso) Violazione dell'art. 9 l. n. 112/1993 e dell'art. 5 l. n. 339/1990. Tra le attribuzioni normativamente assegnate al Consiglio Nazionale dei Geologi non figura lo svolgimento di attività economico-commerciale tesa al conseguimento di profitto, con conseguente preclusione alla induzione a comportamenti predeterminati anticoncorrenziali o al controllo orizzontale dei prezzi.

L'Autorità non avrebbe rispettato le funzioni ed i poteri del Consiglio, né avrebbe tenuto in debito conto il suo carattere istituzionale di ente pubblico non economico, che, come tale, non svolge attività tipiche delle associazioni di imprese, ma solo quelle regolanti le proprie funzioni e compiti istituzionali.

4) (settimo motivo del primo ricorso e nono motivo del secondo ricorso) Violazione dell'art. 2 d.l. n. 223/2006. L'Autorità avrebbe illegittimamente equiparato attività professionale ed attività commerciale di impresa, in violazione del d.l. n. 223/2006 che distingue le attività libero professionali e intellettuali dall'attività di impresa.

5) (decimo motivo del primo ricorso e dodicesimo motivo del secondo ricorso) Violazione dell'art. 2233 codice civile e dell'art. 2 d.l. n. 223/2006.

Sulla base dell'art. 2233 codice civile il compenso per la prestazione professionale dovrebbe essere commisurato sulla base della tariffa, stabilita secondo il principio di adeguatezza all'importanza dell'opera ed al decoro professionale, senza che il riferimento al decoro – previsto per legge - possa essere inteso come obbligatorietà della tariffa minima, come erroneamente ritenuto dall'Autorità.

6) (quattordicesimo motivo del primo ricorso e tredicesimo motivo del secondo ricorso) Violazione della normativa europea e, in particolare, del regolamento CEE 2137/85, della direttiva 2005/36/CE, della direttiva 2006/123/CE e della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea.

Sulla base del quadro normativo europeo sarebbero salvaguardate le disposizioni di legge esistenti nei vari Stati in materia di professioni intellettuali e di organismi rappresentativi legittimati alla definizione dei principi deontologici ed alla vigilanza sulla loro osservanza.

L'Autorità avrebbe, quindi, violato la normativa comunitaria e si porrebbe, altresì, in contrasto con le pronunce della Corte di giustizia favorevoli alla inderogabilità dei minimi tariffari, costituente legittima modulazione della tariffa professionale laddove vi sia comunque la presenza dell'intervento dello Stato che non rinuncia ad esercitare poteri di controllo e decisione sulla tariffa.

7) (quinto motivo del secondo ricorso) Equiparazione tra attività di impresa commerciale ed attività professionale. Plurime violazioni di legge. Eccesso di potere per intrinseca illogicità ordinamentale.

Contesta parte ricorrente l'equiparazione, effettuata dall'Autorità, tra l'impresa commerciale ed il lavoro autonomo intellettuale e professionale e la conseguente assimilazione del Consiglio Nazionale ad una associazione di imprese.

Potendo, pertanto, un'intesa restrittiva della concorrenza intercorrere solo tra imprese, la stessa non sarebbe ipotizzabile nei confronti del Consiglio Nazionale dei Geologi, stante il mancato svolgimento da parte di questi di attività economico-commerciale volta esclusivamente al profitto ed alla dinamica del mercato e stante la mancanza di un'organizzazione in forma di impresa con annesso fatturato, estranea alla natura giuridica degli ordini Professionali.

8) (ventiquattresimo motivo del secondo ricorso) Violazione della normativa comunitaria. Art. 23 Regolamento CE 17/2003. Eccesso di potere per errata e deviata interpretazione della normativa.

Manca, secondo parte ricorrente, lo svolgimento di attività intenzionale o negligente tesa alla ripartizione o al dominio del mercato, né il Consiglio potrebbe essere considerato un'associazione di imprese, svolgendo esso funzioni istituzionali, essendo illegittimo il riferimento ai relativi dati di bilancio, costituito dai contributi versati per legge, ai fini della

determinazione della sanzione.

La motivazione della sentenza del Tar Lazio - Roma

8. In ossequio alle istruzioni della C. giust. CE la sentenza di primo grado sarà trasmessa alla Corte in allegato alla presente ordinanza e potrà da essa essere consultata, se ritenuto necessario.

Di seguito si sintetizzano i soli capi della sentenza di primo grado pertinenti ai fini della presente ordinanza di rinvio pregiudiziale:

- la disciplina delle professioni intellettuali non prevale su quella antitrust, che anzi trova “applicazione trasversale a tutti i settori di relativa rilevanza”;

- il d.l. n. 223/2006 indirizza le professioni verso una liberalizzazione ispirata al principio di concorrenza, rispetto al quale le precedenti normative mantengono vigore solo nei limiti di compatibilità, sulla base degli ordinari criteri ermeneutici delineati in materia di successione delle leggi nel tempo;

- la disciplina antitrust si applica anche agli esercenti le professioni liberali intellettuali, soggetti ai principi di concorrenza;

- sia a livello comunitario che nazionale si è assistito ad una progressiva liberalizzazione delle professioni, a tutela della concorrenza, come si evince anche dalla Comunicazione della Commissione europea n. 2004/83 del 9 febbraio 2004, recante la «Relazione sulla concorrenza nei servizi professionali»; cita, in particolare, il Tar la Comunicazione della Commissione europea n. 2004/83 del 9 febbraio 2004, recante la «Relazione sulla concorrenza nei servizi professionali>>, in cui si considerano come limitazioni della concorrenza tra l’altro la fissazione di prezzi minimi per le prestazioni professionali;

- è corretta la ricostruzione dell’Autorità laddove ritiene che anche gli esercenti professioni intellettuali possono essere qualificati, ai fini del diritto della concorrenza, come “impresa”, in quanto offrono sul mercato in modo indipendente e stabile i propri servizi professionali, e che conseguentemente gli Ordini professionali possano essere qualificati come “associazioni di imprese”, e il codice deontologico come una “deliberazione di un’associazione di imprese”, suscettibile di essere sindacata ai sensi del diritto antitrust; non rileva che in base al codice civile vi sia una differenza tra impresa ed esercente lavoro autonomo, perché prevale il diritto comunitario antitrust e la nozione larga di impresa in esso accolta; la giurisprudenza comunitaria ha già riconosciuto la natura di impresa anche a liberi professionisti e la natura di associazione di imprese agli ordini professionali (C. giust. CE 18 giugno 1998 C-35/96; 12 settembre 2000, CC- da 180/98 a 184/98; 19 febbraio 2002 C-35/99; 19 febbraio 2002 C-309/99; 5 dicembre 2006, CC-94/04 e 202/04; 23 aprile 1991 C-41/90; 10 gennaio 2006 n. 222);

- correttamente l’Autorità ha ritenuto che gli artt. 17, 18 e 19 del codice deontologico inducono

gli iscritti a ritenere l'obbligatorietà delle tariffe professionali fissate nei decreti ministeriali espressamente richiamati all'art. 17, qualificati come legittimo ed oggettivo elemento di riferimento per la determinazione del compenso; inoltre il codice deontologico non contiene una espressa indicazione della abolizione delle tariffe fisse e minime e della libertà dei geologi di determinare il corrispettivo per le proprie prestazioni, non potendo tale carenza trovare compensazione nel generico richiamo al d.l. n. 223/2006, contenuto nel citato art. 17. Ed infatti, tale decreto legge costituisce un articolato e complesso corpo normativo disciplinante varie fattispecie ed incidente su diversi ambiti di materie, con la conseguenza che un generico rinvio a tale normativa nel complesso considerata, quale quello recato dall'art. 17 codice deontologico, senza neanche un richiamo alla disposizione di interesse – ovvero l'art. 2 che ha abolito l'obbligatorietà delle tariffe minime e fisse – risulta assolutamente inidoneo a rappresentare agli appartenenti all'Ordine professionale la derogabilità delle tariffe, le quali sono invece espressamente richiamate nelle relative fonti normative e qualificate quali legittimi elementi di riferimento per la determinazione del compenso, in modo da farne ritenere l'obbligatorietà;

- è invece erronea la censura dell'Autorità al codice deontologico nella parte in cui parametra il compenso al "decoro professionale", in quanto, secondo il Tar non vi sarebbe alcuna diretta corrispondenza tra decoro professionale ed obbligatorietà delle tariffe;

- la contestata intesa restrittiva non trova giustificazione alcuna, non sussistendo alcuna correlazione tra uniformità dei compensi e qualità delle prestazioni professionali, e pertanto non supera positivamente il test di proporzionalità, anche alla luce di quanto statuito nella citata Comunicazione del 9 febbraio 2004 sui servizi professionali;

- in particolare non è ragionevolmente ravvisabile una asimmetria informativa tra professionista e cliente, stante la presenza di una domanda di servizi professionali evoluta e quindi più qualificata che in passato, con la conseguenza che non ricorrono, nella fattispecie, le condizioni che integrano una delle ipotesi che consentono di ritenere giustificate le restrizioni imposte dalla regolamentazione professionale;

- la valenza restrittiva della concorrenza delle previsioni che rappresentano la tariffa come obbligatoria è aggravata e rafforzata alla luce della previsione del potere sanzionatorio attribuito dall'art. 40 codice deontologico al Consiglio Nazionale dei Geologi, da leggersi congiuntamente con la previsione di cui all'art. 18 del medesimo testo che affida all'Ordine, con riferimento alla commisurazione della parcella, il compito di vigilare sulla relativa osservanza;

- né rileva che al Consiglio Nazionale dei Geologi non sia attribuito l'esercizio del potere disciplinare, al quale spetta invece il potere di decidere unicamente sui ricorsi avverso i provvedimenti disciplinari deliberati dagli Organi Regionali, non modificando tale distribuzione interna all'Ordine delle competenze in materia disciplinare il rilievo delle esaminate previsioni quanto all'operato condizionamento sui geologi relativamente alla determinazione dei compensi professionali;

- in sintesi non rileva la perdurante vigenza delle tariffe, ma che il codice deontologico abbia surrettiziamente reintrodotto la obbligatorietà delle stesse, espressamente abrogata dalla

normativa nazionale;

- sono irrilevanti le censure di cui ai motivi 19 e 20 del secondo ricorso, oltre che di oscura utilità;

- infondate sono le censure sulla misura della sanzione amministrativa atteso che la circostanza che il bilancio del CNG sia costituito dai contributi versati dagli iscritti all'Ordine al solo fine di sostegno dell'attività istituzionale, e non a fine di lucro, non esclude la condotta anticoncorrenziale e la sua sanzionabilità; inoltre sarebbe provata la volontarietà se non la intenzionalità della condotta;

- legittimamente l'Autorità ha qualificato l'intesa come "grave";

- infine correttamente l'Autorità, ai fini della commisurazione della sanzione, ha fatto riferimento al totale delle entrate riportate nel bilancio dell'anno 2008, ultimo bilancio approvato, dell'Ordine nazionale dei geologi, avuto riguardo agli orientamenti contenuti nella Comunicazione della Commissione Europea 2006/C 210/02; deve ritenersi corretta la determinazione della sanzione da irrogarsi, ai sensi dell'art. 15 l. n. 287/1990, a carico di un ente di tipo associativo assumendo quale base di computo le entrate contributive ad esso proprie, per quanto queste non ineriscano ad un fatturato in senso stretto.

Le questioni pregiudiziali sollevate dalla parte appellante, Consiglio Nazionale dei Geologi

9. Va anzitutto esaminato l'appello n. 4584/2011 proposto dal Consiglio Nazionale dei Geologi.

9.1. Con il primo motivo di appello viene chiesto al Consiglio di Stato, come giudice di ultima istanza, un rinvio pregiudiziale alla C. giust. CE.

9.2. Il quesito pregiudiziale viene formulato dall'appellante nei seguenti termini che si riportano testualmente con relativa enfasi a cura dell'appellante:

"Fermi, in punto di diritto, tutti i motivi di ricorso e del presente atto d'appello, come di seguito formulati, ai sensi dell'art. 267 (ex art. 234) T.F.U.E. lettera a e comma 3, si propone alla Corte di Giustizia Europea domanda di pronuncia pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 101 del Trattato (già art. 81) in relazione alla normativa di legge e deontologica regolante la professione di geologo ed i compiti istituzionali e norme di funzionamento del Consiglio Nazionale dei Geologi, afferente la fattispecie, che di seguito si riporta, al fine di riscontro e coerenza e legittimità con la normativa europea (detto art. 101) attinente la disciplina della concorrenza. Con rinvio della presente causa di appello.

Art. 9, con particolare riguardo alla lettera g, legge 112/1963 <<il Consiglio Nazionale dell'Ordine esercita le seguenti attribuzioni, oltre quelle demandategli da altre norme: a) cura l'osservanza della legge professionale e di tute le altre disposizioni concernenti la professione; b) cura la tenuta dell'albo e dell'elenco speciale e provvede alle iscrizioni e cancellazioni; c) vigila per la tutela del titolo professionale e svolge le attività dirette alla repressione

dell'esercizio abusivo della professione; d) adotta i provvedimenti disciplinari; e) provvede, se richiesto, alla liquidazione degli onorari; f) provvede, all'amministrazione dei beni di pertinenza dell'Ordine Nazionale e compila annualmente il bilancio preventivo e il conto consuntivo; g) stabilisce, entro i limiti strettamente necessari a coprire le spese per il funzionamento dell'Ordine Nazionale, con deliberazione da approvarsi dal Ministro della Giustizia, la misura del contributo annuale da corrispondersi dagli iscritti nell'albo o nell'elenco speciali, nonché l'ammontare della tassa di iscrizione nell'albo o nell'elenco, della tassa per il rilascio di certificati e pareri sulla liquidazione degli onorari".

Art. 14, comma 1, legge 616/1966 secondo cui <<all'iscritto nell'albo o nell'elenco speciale che si comporti in modo non conforme alla dignità o al decoro professionale può essere inflitta, a seconda della gravità del fatto, una delle seguenti sanzioni disciplinari: 1) censura; 2) sospensione dall'esercizio professionale per un tempo non superiore ad un anno; 3) radiazione>>.

Art. 17, legge 616/1966 secondo cui <<la tariffa professionale degli onorari e delle indennità ed i criteri per il rimborso delle spese sono stabiliti con decreto del Ministro per la Grazia Giustizia (ndr: ora Ministro della Giustizia) di concerto con il Ministro per l'Industria e per il Commercio (ndr: ora Ministro per le Attività Produttive) su proposta del Consiglio Nazionale dei Geologi".

Art. 6 del Nuovo Codice Deontologico del 19 dicembre 2006 (deliberazione n. 143/2006) emendato con deliberazione n. 65 del 24 marzo 2010 sulla "prestazione professionale" secondo cui "l'efficienza e l'efficacia della prestazione è data essenzialmente: dalla intrinseca difficoltà tecnica; dall'ampiezza della responsabilità assunta: dalla originalità della richiesta; dalla sussistenza o meno di precedenti soluzioni tecniche riferibili al caso di specie; dall'importanza degli elementi tecnici oggetto di valutazione; dall'entità degli elementi tecnici da coordinare; dall'originalità della soluzione; dalla quantità del tempo e dall'intensità dell'impegno profuso; dalla capacità di interazione con la committenza e con gli altri soggetti, anche imprenditoriali, coinvolti nella prestazione; dal valore dell'opera>>.

Art. 7 del Nuovo Codice Deontologico del 19 dicembre 2006 (deliberazione n. 143/2006) emendato con deliberazione n. 65 del 24 marzo 2010 su <<Il decoro professionale>> secondo cui <<il decoro del professionista consiste essenzialmente: nella compostezza ed esaustività della prestazione professionale; nella capacità di assunzione di responsabilità, nella disponibilità di efficace corredo tecnico-professionale; nella disponibilità e prontezza di utilizzo di aggiornati strumenti; nell'organizzazione di efficace ufficio ed equipe professionale; nella cura della sollecitudine degli interventi; nella disponibilità di mezzi e strutture per l'aggiornamento continuo, anche dei collaboratori e del personale dipendente; nella capacità di interloquire prontamente ed efficacemente con la committenza e con enti ed istituzioni private e pubbliche e con il pubblico in genere>>.

Art. 17 del Nuovo Codice Deontologico del 19 dicembre 2006 (deliberazione n. 143/2006) emendato con deliberazione n. 65 del 24 marzo 2010 sui "Parametri tariffari" secondo cui <<nella determinazione dei compensi professionali il geologo deve attenersi a quanto stabilito dal D.L. 223/2006 convertito in legge 248/2006; al principio di adeguatezza di cui all'art. 2233 comma 2 Codice Civile e, comunque, al complesso delle vigenti disposizioni di legge regolanti

la materia. La tariffa professionale approvata con D.M. 18 novembre 1971 e s.m.i. e la tariffa in materia di LL.PP. approvata con D.M. 4 aprile 2001 per la parte applicabile ai geologi costituiscono legittimo ed oggettivo elemento di riferimento tecnico-professionale nella considerazione, determinazione e definizione dei compensi tra le parti>>. In particolare, sul punto, dica la Corte Europea adita se determina contrasto con l'art. 101 del Trattato l'aver indicato, quale vigente norma di legge obbligatoria nel suo intero contenuto, il D.L. 223/2006 con il sistema numerico-cronologico, unico sistema storico e legittimo, tanto a livello interno che comunitario, che di certo non incide minimamente sulla conoscibilità e sulla portata obbligatoria della norma giuridica.

Art. 18 del Nuovo Codice Deontologico del 19 dicembre 2006 (deliberazione n. 143/2006) emendato con deliberazione n. 65 del 24 marzo 2010 sulla <<Commisurazione della parcella>> secondo cui <<nell'ambito della normativa vigente, a garanzia della qualità delle prestazioni, il geologo che esercita attività professionale nelle varie forme – individuale, societaria o associata – deve sempre commisurare la propria parcella all'importanza e difficoltà dell'incarico, al decoro professionale, alle conoscenze tecniche ed all'impegno richiesti. L'Ordine, tenuto conto dei principi di concorrenzialità professionale, vigila sull'osservanza>>.

Art. 19 del Nuovo Codice Deontologico del 19 dicembre 2006 (deliberazione n. 143/2006) emendato con deliberazione n. 65 del 24 marzo 2010 sull'<<Evidenza pubblica>> secondo cui <<per le procedure ad evidenza pubblica, ove la PA legittimamente non utilizzi quale parametro compensativo la tariffa professionale, il geologo dovrà comunque commisurare la propria offerta all'importanza e difficoltà dell'incarico, al decoro professionale, alle conoscenze tecniche e all'impegno richiesti>>.

In relazione a :

- Regolamento CEE 2137/85 del Consiglio, relativo all'istituzione del "Gruppo Europeo di interesse economico (GEIE) con lo scopo di facilitare o sviluppare l'attività economica dei suo membri" stabilisce, al "sesto considerando" <<che le disposizioni - ndr in esso contenute – non pregiudicano l'applicazione, a livello nazionale, delle norme legali e/o deontologiche relative alle condizioni di esercizio di un'attività o di una professione;

- Direttiva Europea 2005/36/CE del Parlamento e del Consiglio relativa al "riconoscimento delle qualifiche professionali" al "considerando n° 43" stabilisce <<nella misura in cui si tratta di professioni regolamentate la presente direttiva riguarda anche le professioni liberali che sono, secondo la presente direttiva, quelle praticate sulla base di pertinenti qualifiche professionali in modo personale, responsabile e professionalmente indipendente da parte di coloro che forniscono servizi intellettuali e di concetto nell'interesse dei clienti e del pubblico. L'esercizio della professione negli Stati membri può essere oggetto, a norma del trattato, di specifici limiti legali sulla base della legislazione nazionale e sulle disposizione di legge stabilite autonomamente nell'ambito di tale contesto dai rispettivi organismi professionali rappresentativi, salvaguardando e sviluppando la loro professionalità e la qualità del servizio e la riservatezza dei rapporti con i clienti>>.

Direttiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa <<ai servizi nel mercato

interno>> nota come direttiva servizi al considerando n° 115 dispone che <<i codici di condotta a livello comunitario hanno lo scopo di fissare regole di condotta minime sono complementari ai requisiti di legge degli Stati membri. Essi non ostano, in conformità al diritto comunitario, a che gli Stati membri adottino con legge misure più rigorose, ovvero a che gli organismi o Ordini Professionali nazionali prevedano una maggiore tutela nei rispettivi codici nazionali di condotta.

Si esprima infime l'Ill.ma Corte di Giustizia Europea adita sulla compatibilità con l'art. 101 del Trattato della delineata distinzione, in punto di diritto e di organizzazione ordinamentale, tra impresa professionale ed impresa commerciale, nonché tra concorrenza professionale e concorrenza commerciale".

9.3. Nell'ambito dell'appello proposto dall'AGCM, il CNG con memoria di costituzione ha sollevato ulteriori questioni pregiudiziali comunitarie, oltre a quella riportata sub 9.2., articolata con l'atto di appello e riproposta anche con la memoria di costituzione nell'appello dell'AGCM.

In particolare, le ulteriori questioni pregiudiziali sono state dal CNG così testualmente formulate:

<<a) se l'art. 101 TFUE o altra norma europea vieta e/o inibisca il riferimento alle componenti di dignità e decoro del professionista – nella fattispecie geologo – nella composizione del compenso professionale;

b) se ai sensi dell'art. 101 TFUE, o altra norma europea, il riferimento alle componenti di dignità e decoro professionale comportino effetti restrittivi della concorrenza professionale;

c) se l'art. 101 TFUE o altra norma europea stabilisca o meno che i requisiti di dignità e decoro, quali componenti del compenso del professionista in connessione con tariffe definite espressamente come derogabili nei minimi – atteso l'espresso e formale richiamo, di cui all'art. 17 del Nuovo Codice Deontologico dei Geologi, alla normativa di legge che tale deroga consente (D.L. . n. 223/2006 convertito in legge 248/2006) possa ritenersi quale induzione a comportamenti restrittivi della concorrenza;

d) se l'art. 101 TFUE o altra norma europea vieti il riferimento alla tariffa professionale – stabilita, per i geologi, da provvedimento statuale, D.M. del Ministro della Giustizia di concerto con il Ministro delle Attività Produttive e derogabile nei minimi per effetto, ripetesi, dell'espresso e formale richiamo al D.L. n. 223/2006 di cui all'art. 17 del Nuovo Codice Deontologio – quale semplice elemento tecnico-professionale di riferimento per la determinazione dei compensi;

e) se l'art. 101 TFUE o altra norma europea vieti la corrispondenza tra l'importanza delle prestazioni, i requisiti di dignità e decoro così come anche definiti negli artt. 6 e 7 del nuovo codice deontologico dei geologi con il compenso professionale, così come previsto dall'art. 2233 c.c. comma 2 secondo cui "in ogni caso la misura del compenso (n.d.r. professionale) deve essere adeguata all'importanza dell'opera ed al decoro della professione";

f) se dunque secondo l'art. 101 TFUE il riferimento all'art. 2233, comma 2 c.c. possa ritenersi legittimo e non induzione di effetti restrittivi della concorrenza;

g) se l'art. 101 TFUE, o altra norma europea, stabilisca, nell'ambito della disciplina della concorrenza, l'eguaglianza giuridica tra Ordine Professionale, nella specie dei geologi, così come regolato da specifiche norme dello Stato poste per il perseguimento dei fini istituzionali, e le intese e concentrazioni di imprese commerciali costituenti intesa anticoncorrenziale;

h) se l'art. 101 TFUE, o altra norma europea, consenta o meno di stabilire l'equiparazione tra contributo ordinistico obbligatorio per legge – posto per il perseguimento delle funzioni e fini istituzionali – con l'attività di vendita di beni e servizi e con il profitto economico effettuati ed ottenuti mediante comportamenti anticoncorrenziali da parte di concentrazioni di imprese commerciali;

i) se l'art. 101 TFUE, o altra norma europea, giustifichi o meno l'applicazione, nella fattispecie, di sanzione;

j) se l'art. 101 TFUE, o altra norma europea, legittimi o meno l'assoggettamento a prelievo forzoso su contributo ordinistico, obbligatorio per legge, eguagliando tale contributo a profitto ed entrata frutto di intesa economico-commerciale anticoncorrenziale.

Chiedesi pertanto che l'Ill.mo Consiglio di Stato emetta sentenza/ordinanza di rinvio alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee>>.

La disciplina comunitaria sul rinvio pregiudiziale

9.4. Dispone l'art. 267 TFUE (ex articolo 234 del TCE)

"La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale:

a) sull'interpretazione dei trattati;

b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione.

Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri, tale organo giurisdizionale può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione, la Corte statuisce il più rapidamente possibile".

9.5. In ordine alla portata dell'"obbligo" del giudice nazionale di ultima istanza di sollevare

“pregiudiziale comunitaria”, la C. giust. CE ha chiarito che tale obbligo non sussiste se:

a) la questione di interpretazione di norme comunitarie non è pertinente al giudizio (vale a dire nel caso in cui la soluzione non possa in alcun modo influire sull'esito della lite);

b) la questione è materialmente identica ad altra già decisa dalla Corte o comunque il precedente risolve il punto di diritto controverso;

c) la corretta applicazione del diritto comunitario può imporsi con tale evidenza da non lasciar adito a nessun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata [C. giust. CE, 6 ottobre 1982 C-283/81, Cilfit] (c.d. atto chiaro).

9.6. Laddove si configuri un obbligo di rinvio pregiudiziale alla C. giust. CE, la sua violazione è ritenuta dalla C. Giust. CE sanzionabile mediante la responsabilità degli Stati membri, che sono tenuti a risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto dell’Unione riconducibili ad organi giudiziari, e in particolare quando questi ultimi omettano di ottemperare all’obbligo di rinvio pregiudiziale [C. giust. CE, 30 settembre 2003 C-224/01, Kobler; Id. 13 giugno 2006 C-173/03, Traghetti del Mediterraneo; Id., sez. III 24 novembre 2011 C 379/10 Commissione europea c. Repubblica italiana].

9.7. I requisiti formali del provvedimento di rinvio pregiudiziale e le modalità di formulazione dei quesiti sono chiariti nella nota 2011/C 160/01 in G.U.C.E. 28 maggio 2011, peraltro dichiaratamente di valore non vincolante.

Rinvio di questioni pregiudiziali sulla corretta interpretazione dell’art. 267 TFUE

9.8. Rileva il Collegio che le questioni pregiudiziali sollevate da parte appellante, (e attinenti, in estrema sintesi, alla interpretazione del diritto comunitario della concorrenza e delle professioni, in ordine alla compatibilità con esso di codici deontologici professionali che commisurino il compenso al decoro e dignità professionale, alla qualità e quantità del lavoro svolto, con il risultato che compensi al di sotto dei minimi tariffari potrebbero essere sanzionati, sul piano disciplinare, per violazione di regole deontologiche), sono, secondo i parametri indicati dalla Corte:

- questioni di interpretazione del diritto comunitario;

- questioni rilevanti al fine della decisione del giudizio;

- questioni non perfettamente identiche ad altre già decise dalla Corte di giustizia CE;

- questioni sulle quali la corretta applicazione del diritto comunitario non si impone con tale evidenza da non lasciar adito a nessun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alle questioni sollevate.

Alla luce di tali parametri, si configura, in astratto e in tesi, l’obbligo di rinvio pregiudiziale di cui

al citato art. 267, par. 3, TFUE.

9.9. La questione è tuttavia formulata, nell'appello principale del CNG, in termini generici o con riferimento a norme comunitarie palesemente non pertinenti al caso specifico (come è il riferimento alla direttiva sul GEIE). Pertanto, secondo il diritto processuale nazionale, potrebbe essere dichiarata irrilevante o inammissibile, ovvero, si imporrebbe, per una corretta rimessione alla C. giust. CE, una integrale riformulazione da parte del giudice. Infatti la parte si limita ad elencare le norme comunitarie, le disposizioni nazionali e le norme deontologiche, senza evidenziare quale sarebbe la questione interpretativa rilevante per la soluzione del caso.

Quanto alle questioni pregiudiziali sollevate, sempre dal CNG, ma nell'atto di costituzione in relazione all'appello dell'AGCM, che in parte sono identiche a quelle contenute nell'appello principale, in parte sono ulteriori, valgono, per i profili di identità, le considerazioni di cui sopra.

Le ulteriori questioni pregiudiziali, pur apparentemente specifiche, si prestano (sulla scorta del diritto processuale nazionale) a tre rilievi di inammissibilità per difetto di rilevanza:

a) si chiede l'interpretazione de "l'art. 101 TFUE o altra norma europea"; il riferimento generico ad "altra norma europea" andrebbe dichiarato inammissibile, perché la questione di interpretazione del diritto comunitario deve riferirsi a ben individuate norme comunitarie;

b) sotto forma di richiesta di interpretazione del diritto comunitario, in realtà si chiede la soluzione del caso specifico alla C. giust. CE, che invece esula dalle competenze della stessa (secondo la giurisprudenza della C. giust. CE, nel procedimento di rinvio pregiudiziale, basato su una netta separazione delle funzioni tra i giudici nazionali e la Corte, ogni valutazione dei fatti di causa rientra nella competenza del giudice nazionale: C. giust. CE 8 maggio 2008 C-491/06; 9 giugno 2005, cause riunite C-211/03, C-299/03 e da C-316/03 a C-318/03; 18 luglio 2007, C-119/05; in particolare, la Corte può pronunciarsi unicamente sull'interpretazione o sulla validità di un testo comunitario in base ai fatti indicati dal giudice nazionale: v. C. giust. CE 16 marzo 1978 C-104/77; 28 settembre 2006 C-467/04);

c) nella formulazione dei quesiti di "interpretazione del diritto comunitario", proprio perché ciò che si chiede è la soluzione del caso specifico, vengono forniti elementi della fattispecie concreta, ma talora in modo parziale e non rispondente alla portata del provvedimento dell'AGCM; ad es. laddove si afferma di aver richiamato, nel codice deontologico, l'abolizione legale dei minimi tariffari, circostanza di fatto non rispondente al vero, perché il codice deontologico non richiama l'art. 2 d.l. n. 223/2006 (che abolisce i minimi tariffari), ma richiama l'intero d.l. n. 223/2006, che ha contenuto plurimo ed eterogeneo;

d) nella formulazione dei quesiti di "interpretazione del diritto comunitario", proprio perché ciò che si chiede è la soluzione del caso specifico, viene chiesta l'interpretazione dell'art. 101 TFUE anche con riferimento alla nozione di "impresa" ai fini antitrust, su cui la giurisprudenza comunitaria si è già ampiamente pronunciata, sicché non vi è propriamente una questione di "interpretazione del diritto comunitario" ma solo di applicazione del diritto comunitario, già reiteratamente interpretato, al caso specifico.

9.10. Ritiene il Collegio di dover anzitutto sollevare una questione pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 TFUE, sulla interpretazione dello stesso art. 267, par. 3, TFUE, in ordine alla portata dell'"obbligo" di rinvio pregiudiziale, atteso che i chiarimenti sinora forniti dalla giurisprudenza della C. giust. CE non paiono del tutto esaustivi.

9.10.1. Anzitutto, il citato art. 267, par. 3, TFUE, configura un obbligo di rinvio pregiudiziale sulla interpretazione del diritto comunitario, quando una tale questione "è sollevata".

La formulazione della disposizione sembra pertanto configurare un obbligo di rinvio ogni qual volta una questione sia sollevata da una o più delle parti di causa.

La giurisprudenza della Corte, sopra citata, ha ipotizzato una sorta di "filtro", per il caso di questioni non rilevanti, o già decise, o già chiare oltre ogni ragionevole dubbio.

Sembra trattarsi di un filtro a maglie larghe che lascia poco margine ad un sindacato valutativo del giudice nazionale, atteso che, da un lato, il dato testuale dell'art. 267, par. 3, TFUE sembra prevedere un "obbligo" incondizionato, sicché eventuali deroghe devono essere tassative, e atteso che le questioni interpretative "chiare" sono evenienza rara e che la stessa valutazione di "rilevanza" della questione può presupporre la soluzione di questioni interpretative del diritto comunitario.

Il sistema del rinvio pregiudiziale alla C. giust. CE sembra pertanto differire nettamente dal sistema nazionale italiano di rinvio alla Corte costituzionale, nel quale anche il giudice di ultima istanza non ha un obbligo di rinvio, ma solo una facoltà, previa valutazione di rilevanza e non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale. In siffatta valutazione di "non manifesta infondatezza" il giudice può interpretare sia la legge ordinaria, sia la Costituzione.

Invece, nel sistema del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, sembra esclusa, in capo al giudice nazionale di ultima istanza, qualsiasi competenza ad interpretare il diritto comunitario, potendo il giudice nazionale escludere il rinvio pregiudiziale solo se la norma comunitaria sia chiara al di là di ogni ragionevole dubbio.

9.10.2. In ogni caso, né l'art. 267, par. 3, TFUE, né la giurisprudenza della C. giust. CE che lo ha interpretato, forniscono chiarimenti sul rapporto tra l'obbligo di rinvio pregiudiziale e le regole processuali nazionali.

Nel sistema del processo amministrativo italiano, come risulta dal cod. proc. amm., vige il principio della domanda di parte, il principio della specificità dei motivi di ricorso con conseguente inammissibilità dei motivi generici, il divieto di modifica dei motivi in corso di causa; in ossequio al principio della domanda, il giudice non può modificare una domanda di parte, pena la violazione del principio del contraddittorio.

Alla luce delle regole del processo amministrativo sopra enunciate, la "domanda pregiudiziale" proposta dall'appellante come primo motivo di appello, dovrebbe essere valutata, anzitutto, come "motivo di ricorso" alla stregua delle regole processuali nazionali.

Tale domanda pregiudiziale di parte si correla ai motivi del ricorso di primo grado e, in particolare, al 14° motivo del primo ricorso di primo grado e al 13° motivo del secondo ricorso di primo grado, come sopra sintetizzati; si lamenta che il provvedimento dell'AGCM avrebbe violato i citati parametri comunitari, che consentirebbero sia i minimi tariffari inderogabili, sia l'adozione di codici deontologici che impongono minimi tariffari a tutela della qualità e quantità del lavoro del professionista e del decoro e dignità della professione.

Secondo le regole processuali nazionali, la censura di contrasto dell'atto amministrativo impugnato con il diritto comunitario va trattata come un ordinario motivo di ricorso, e dunque va proposta dalla parte entro i termini di impugnazione dell'atto amministrativo, con motivo specifico, da articolarsi sin dal primo grado di giudizio; tale censura non può essere formulata per la prima volta in appello.

In base a tale valutazione, questo Consesso dovrebbe affermare che tale motivo di ricorso è inammissibile per genericità, in quanto, in relazione alla dedotta censura di contrasto dell'atto amministrativo impugnato con il diritto comunitario, solleva una questione di interpretazione del diritto comunitario limitandosi a elencare norme nazionali e disposizioni comunitarie, e a dichiarare che vi è una "questione di interpretazione", ma non chiarisce in cosa consisterebbe siffatta questione di interpretazione.

Inoltre tale "motivo di ricorso" formula la "questione pregiudiziale" in termini non conformi alle citate istruzioni della C. giust. CE.

Si tratta allora di comprendere se l'art. 267, par. 3, TFUE faccia salvi i sistemi processuali nazionali, e segnatamente le citate regole in tema di principio della domanda, specificità dei motivi, divieto per il giudice di esercitare un potere di soccorso nel senso di correggere e modificare la domanda di parte, così consentendo al giudice di "filtrare" le domande pregiudiziali anche in base a parametri della legge processuale nazionale senza incorrere in responsabilità per violazione del citato art. 267, par. 3, TFUE, o se invece imponga al giudice nazionale, a fronte di una domanda di parte che solleva una pregiudiziale comunitaria, e a dispetto delle regole processuali nazionali, di interpretare, modificare e adattare la domanda di parte, in modo che il quesito pregiudiziale sollevato dalla parte rispetti i requisiti formali e sostanziali di cui alle citate istruzioni della C. giust. CE.

9.10.3. Ancora, a fronte della portata letterale dell'art. 267, par. 3, TFUE, che impone al giudice nazionale di ultima istanza un "obbligo" incondizionato di rinvio pregiudiziale, ogni qualvolta vi sia una domanda di parte che pone una questione di interpretazione, si pone la questione interpretativa di quale sia l'ambito del potere di filtro del giudice nazionale – enunciato dalla C. giust. CE – nello stabilire che l'interpretazione del diritto comunitario è chiara al di là di ogni ragionevole dubbio. Dato, infatti, che l'interpretazione del diritto comunitario è riservata alla C. giust. CE, e dato che l'art. 267, par. 3, TFUE prevede un obbligo incondizionato di rinvio se la parte solleva questione pregiudiziale, sembrerebbe che il giudice nazionale non abbia alcun potere di stabilire che "il diritto comunitario è chiaro" e non dà adito a dubbi interpretativi, e conseguentemente non abbia alcun potere di rifiutare il rinvio pregiudiziale.

9.10.4. Nemmeno è chiara la portata e l'ambito del giudizio di "rilevanza" della sollevata

questione pregiudiziale, ai fini del decidere: la C. giust. CE non ha indicato in modo univoco se il giudizio di rilevanza sia riservato al giudice nazionale, o possa essere sindacato dalla stessa C. giust. CE.

In ogni caso, sinora, quando la C. giust. CE ha sindacato il giudizio di rilevanza reso dal giudice nazionale, lo ha fatto per escludere la rilevanza invece ritenuta dal giudice a quo.

Non è invece chiaro quale è l'ambito del potere del giudice nazionale di escludere la rilevanza, se per valutare la rilevanza occorra comunque stabilire se il diritto comunitario è o no applicabile al caso concreto, né quali sono le conseguenze giuridiche, anche in termini di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, se il giudice a quo esclude la rilevanza della questione di interpretazione del diritto comunitario, errando nel valutare se il diritto comunitario è o meno applicabile al caso concreto.

D'altro canto, il giudizio di rilevanza da parte del giudice nazionale sembrerebbe precluso dal tenore letterale dell'art. 267, par. 3, TFUE, perché ogni qual volta vengano in considerazione, nel giudizio, norme comunitarie, per ciò solo la questione interpretativa dovrebbe essere rilevante.

9.10.5. Il tenore letterale dell'art. 267, par. 3, TFUE sembrerebbe dunque configurare un dovere incondizionato di rinvio pregiudiziale da parte del giudice nazionale di ultima istanza, tutt'al più con un filtro a maglie larghe che farebbe venire meno l'obbligo del rinvio solo in casi limiti e particolarmente eclatanti.

Non può tuttavia tacersi che una siffatta interpretazione rischia, da un lato, di incoraggiare il proliferare di richieste di rinvii pregiudiziali in modo emulativo, e dall'altro lato di creare un imbuto alla rovescia con un aggravio del carico di lavoro della C. giust. CE oltre ogni ragionevole limite.

9.10.6. Inoltre, l'assenza di qualsivoglia filtro, o la sussistenza di un filtro a maglie larghe, e l'affermazione di un dovere incondizionato del giudice di ultima istanza di effettuare il rinvio pregiudiziale, rischia di impattare negativamente su un altro principio processuale del diritto italiano e dello stesso diritto comunitario e internazionale pattizio, quello della ragionevole durata del processo.

Si tratta allora di comprendere se l'obbligo incondizionato di rinvio pregiudiziale con il conseguente allungamento dei tempi processuali possa far escludere, dal computo dei termini di ragionevole durata del processo interno, la fase di rinvio e decisione della pregiudiziale comunitaria, e anche questa è una questione di interpretazione del diritto comunitario, atteso che la Carta di Nizza, che fa parte del Trattato, comprende tra i diritti fondamentali dell'Unione anche quello alla ragionevole durata del processo (v. art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, avente lo stesso valore giuridico dei Trattati, ai sensi dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea TUE).

9.10.7. Non può essere trascurato, poi, il risvolto del mancato rinvio pregiudiziale in termini di responsabilità del giudice nazionale e dello Stato di appartenenza, atteso che, nella prassi

italiana, a fondamento di azioni di responsabilità civile nei confronti dei magistrati ai sensi della l. n. 117/1988 viene posta l'asserita inosservanza della giurisprudenza Cilfit [C. giust. CE, 6 ottobre 1982 C-283/81].

Sicché, sembra anche necessario che sia chiarito dalla C. giust. CE, alla luce della interpretazione dell'art. 267, par. 3, TFUE, in quali casi il mancato rinvio pregiudiziale dà luogo a "manifesta violazione del diritto comunitario" [C. giust. CE, 30 settembre 2003 C-224/01, Kobler; Id., sez. III 24 novembre 2011 C 379/10 Commissione europea c. Repubblica italiana] e se tale nozione possa essere di diversa portata e ambito ai fini dell'azione speciale nei confronti dello Stato ai sensi della legge 13 aprile 1988 n.117 per "risarcimento danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati" e dell'azione generale nei confronti dello Stato per violazione del diritto comunitario, e tanto, anche al fine di evitare che i giudici nazionali, nel timore di incorrere in violazione del diritto comunitario, aggravino la C. giust. CE con rinvii puramente "difensivi" finalizzati a prevenire azioni di responsabilità civile contro i magistrati.

9.10.8. Il punto di vista del Collegio sulla soluzione da dare alle questioni pregiudiziali sottoposte, che viene espresso ai sensi del par. 23 delle istruzioni della C. Giust. CE 160/01 del 2011, è che l'art. 267, par. 3 TFUE non dovrebbe ostare alle regole processuali nazionali in tema di termini di ricorso, specificità dei motivi di ricorso, principio della domanda, divieto di modifica della domanda in corso di causa, divieto per il giudice di soccorso della parte nella formulazione delle domande, in violazione della parità delle armi, sicché quando la parte solleva una questione pregiudiziale comunitaria davanti al giudice nazionale dovrebbe farlo in termini sufficientemente chiari e specifici, e coerenti con i parametri richiesti dalla C. giust. CE.

Inoltre secondo il giudice rimettente, in ossequio ai principi di ragionevole durata del processo, divieto di abuso del diritto di difesa, lealtà processuale, l'art. 267, par. 3 TFUE andrebbe interpretato nel senso che l'obbligo di rinvio pregiudiziale non impedisce un vaglio critico da parte del giudice a quo della questione di interpretazione del diritto comunitario, e consente al giudice a quo di non rinviare la questione non solo nel caso di "assoluta chiarezza" della norma comunitaria, ma anche nel caso in cui il giudice nazionale ritenga, in base ad un parametro di ragionevolezza e diligenza professionale, che la norma comunitaria sia "ragionevolmente chiara" e non necessiti di ulteriore chiarificazione.

9.10.9. In conclusione, si rimettono alla C. giust. CE le seguenti questioni pregiudiziali di interpretazione dell'art. 267, par. 3, TFUE:

a) se osti o meno all'applicazione dell'art. 267, par. 3, TFUE, in relazione all'obbligo del giudice di ultima istanza di rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto comunitario sollevata da una parte in causa, la disciplina processuale nazionale che preveda un sistema di preclusioni processuali, quali termini di ricorso, specificità dei motivi, divieto di modifica della domanda in corso di causa, divieto per il giudice di modificare la domanda di parte;

b) se osti o meno all'applicazione dell'art. 267, par. 3, TFUE, in relazione all'obbligo del giudice di ultima istanza di rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto comunitario sollevata da una parte in causa, un potere di filtro da parte del giudice nazionale in ordine alla

rilevanza della questione e alla valutazione del grado di chiarezza della norma comunitaria;

c) se l'art. 267, par. 3, TFUE, ove interpretato nel senso di imporre al giudice nazionale di ultima istanza un obbligo incondizionato di rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto comunitario sollevata da una parte in causa, sia o meno coerente con il principio di ragionevole durata del processo, del pari enunciato dal diritto comunitario;

d) in presenza di quali circostanze di fatto e di diritto l'inosservanza dell'art. 267, par. 3, TFUE configuri, da parte del giudice nazionale, una "violazione manifesta del diritto comunitario", e se tale nozione possa essere di diversa portata e ambito ai fini dell'azione speciale nei confronti dello Stato ai sensi della legge 13 aprile 1988 n.117 per "risarcimento danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati" e dell'azione generale nei confronti dello Stato per violazione del diritto comunitario.

Rinvio della questione pregiudiziale come formulata dal CNG

9.11. Per il caso in cui la C. giust. CE dovesse accedere alla tesi del "filtro a maglie larghe" come sopra esposta, ostativa dell'applicazione delle regole processuali nazionali in ordine alla specificità dei motivi di ricorso, la pregiudiziale comunitaria deve essere rimessa alla C. giust. CE negli esatti termini in cui è stata formulata da parte appellante, e sopra riportati.

Rinvio subordinato di questioni pregiudiziali come riformulate dal giudice a quo

9.12. Ove, poi, la C. giust. CE dovesse ritenere che il giudice nazionale ha un potere-dovere di soccorso della parte, nella formulazione del quesito pregiudiziale, le questioni pregiudiziali vengono, da questo giudice, formulate nei termini che seguono.

9.12.1. Si pone anzitutto la questione se il diritto comunitario della concorrenza e delle professioni, e in particolare le disposizioni comunitarie invocate da parte appellante nel suo quesito, ostino o meno all'adozione di codici deontologici professionali che commisurino il compenso al decoro e dignità professionale, alla qualità e quantità del lavoro svolto, con il risultato che compensi che si collocano al di sotto dei minimi tariffari (e che pertanto sono concorrenziali) potrebbero essere sanzionati, sul piano disciplinare, per violazione di regole deontologiche.

9.12.2. Si pone poi la questione se il diritto comunitario della concorrenza e in particolare la disciplina che vieta le intese restrittive possa o meno essere interpretato nel senso che una intesa restrittiva può essere configurata da regole deontologiche stabilite da Ordini professionali, laddove tali regole, nell'indicare il decoro e la dignità professionale, nonché la qualità e quantità del lavoro svolto, quali parametri di quantificazione del compenso del professionista, sortiscano l'effetto della inderogabilità dei minimi tariffari, e pertanto anche un effetto restrittivo della concorrenza a causa di detta inderogabilità.

9.12.3. Si pone poi la questione pregiudiziale se, laddove il diritto nazionale ponga regole di

tutela della concorrenza più severe di quelle comunitarie, in particolare stabilendo che i minimi tariffari delle tariffe professionali possono essere derogati, laddove il diritto comunitario sembra invece ancora consentire a certe condizioni la inderogabilità dei minimi tariffari, e conseguentemente laddove una condotta dell'Ordine professionale che imponga la inderogabilità dei minimi tariffari costituisca, per il diritto nazionale, una intesa restrittiva della concorrenza mentre potrebbe non esserlo per il diritto comunitario, il diritto comunitario della concorrenza, e segnatamente la disciplina comunitaria delle intese restrittive della concorrenza, osti o meno a siffatto risultato di ritenere una data condotta sanzionabile come intesa restrittiva in base alla disciplina nazionale e non anche in base alla disciplina comunitaria, ogni qualvolta le regole nazionali di tutela della concorrenza siano più severe di quelle comunitarie.

9.12.4. Non sembra, infine, che ci sia una questione di "interpretazione" sulla nozione di "impresa" ai fini del diritto comunitario antitrust, avendo già la C. giust. CE più volte chiarito che anche enti pubblici o professionisti possono ricondursi a tale nozione, e che consigli di ordini professionali possono costituire associazioni di imprese.

E, invero, secondo la giurisprudenza della C. giust. CE, la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica consistente nell'offerta di beni o servizi sul mercato, indipendentemente dallo statuto giuridico e dalle modalità di finanziamento, o dalla sussistenza o meno del fine di lucro (C. giust. CE 26 marzo 2009 C-113/07, Selex; C. giust. CE, 12 settembre 2000 C-180/98, Pavlov) ed è operatore economico un qualsivoglia soggetto, pubblico o privato, che offre beni o servizi sul mercato, anche se non ha istituzionalmente fine di lucro (direttiva 2004/18/CE; C. giust. CE, 23 dicembre 2009 C-305/08, Conisma).

Anche attività di carattere intellettuale possono essere qualificate come impresa (C. giust. CE 18 giugno 1998 C-35/96, Commissione c. Italia), e in particolare sono imprese ai fini del diritto antitrust gli avvocati, e pertanto un Ordine degli Avvocati, anche se abbia natura giuridica pubblica, può costituire una associazione di imprese quando emana atti di interesse della categoria degli iscritti (C. giust. CE 19 febbraio 2002 C-309/1999 Wouters).

9.12.5. Il punto di vista del Collegio sulla soluzione da dare alle questioni pregiudiziali sottoposte, che viene espresso ai sensi del par. 23 delle istruzioni della C. Giust. CE 160/01 del 2011, è che:

a) il diritto comunitario citato da parte appellante, nel far salve le discipline nazionali sulle professioni intellettuali e le norme deontologiche delle libere professioni, tutt'al più consente, ma non certo impone, possibili deroghe alla concorrenza a tutela della qualità, prestigio e decoro delle professioni; la giurisprudenza comunitaria si è già dichiarata non favorevole ai minimi professionali inderogabili con riferimento alla tariffa forense italiana, osservando che una inderogabilità assoluta può ostacolare la concorrenza, e che la inderogabilità deve trovare giustificazioni oggettive (C. Giust. CE 5 dicembre 2006 CC 94/04 e 202/04, Cipolla + 1);

b) per l'effetto, il diritto nazionale ben può, nel disciplinare le professioni, dettare regole proconcorrenziali più rigorose di quelle imposte dal diritto comunitario, e ben può consentire la deroga dei minimi tariffari e per converso vietare la inderogabilità dei minimi; si noti che lo ius superveniens, e segnatamente il d.l. 24 gennaio 2012 n. 1, ha da ultimo abrogato tutte le tariffe

professionali con riferimento alle professioni regolamentate nel sistema ordinistico;

c) se il diritto nazionale – nella specie il diritto italiano – vieta i minimi tariffari delle professioni e conseguentemente consente che tali minimi possano essere derogati dai singoli professionisti, ne consegue che possono, in astratto, essere qualificati come intese restrittive della concorrenza accordi o condotte parallele o decisioni di ordini professionali, che siano finalizzati ad aggirare il divieto legislativo di minimi tariffari inderogabili; in tal caso, non si configura un contrasto tra art. 2, l. n. 287/1990 e diritto comunitario antitrust, perché non può ritenersi che la nozione italiana di intesa restrittiva della concorrenza sia diversa dalla nozione comunitaria, ben potendo essere diverso il parametro normativo per valutare se vi è o no violazione della concorrenza, tutte le volte in cui il diritto nazionale tuteli la concorrenza in misura maggiore rispetto al diritto comunitario;

d) ove si condividano gli assunti sub a), b), c), costituisce mera questione di fatto, riservata al giudice nazionale, la questione di verificare se, nel caso concreto, configurino o meno intesa restrittiva della concorrenza le norme deontologiche fissate dal CNG, laddove (i) richiamano genericamente il d.l. n. 223/2006, anziché puntualmente l'art. 2, d.l. n. 223/2006, e senza esplicitare che i minimi tariffari sono per legge derogabili, e laddove (ii) configurano il decoro professionale come parametro di determinazione del compenso del professionista, al contempo prevedendo che costituisce illecito disciplinare la condotta contraria al decoro professionale, e dunque in ipotesi la condotta di richiesta di un compenso al di sotto dei minimi tariffari ritenuta lesiva del decoro professionale.

9.12.5. Vanno pertanto sottoposte alla Corte le seguenti questioni in via subordinata rispetto alle precedenti:

a) in via subordinata, per il caso in cui la Corte risolva le questioni di interpretazione dell'art. 267, par. 3, TFUE nel senso della ininfluenza delle regole processuali nazionali e della sussistenza di un dovere di soccorso del giudice nazionale, e la questione pregiudiziale come sollevata dall'appellante nel senso della genericità del quesito di parte, la questione pregiudiziale se il diritto comunitario della concorrenza e delle professioni, e in particolare le disposizioni comunitarie invocate da parte appellante nel suo quesito, ostino o meno all'adozione di codici deontologici professionali che commisurino il compenso al decoro e dignità professionale, alla qualità e quantità del lavoro svolto, con il risultato che compensi che si collocano al di sotto dei minimi tariffari (e che pertanto sono concorrenziali) potrebbero essere sanzionati, sul piano disciplinare, per violazione di regole deontologiche;

b) in via subordinata, per il caso in cui la Corte risolva le questioni di interpretazione dell'art. 267, par. 3, TFUE nel senso della ininfluenza delle regole processuali nazionali e della sussistenza di un dovere di soccorso del giudice nazionale, e la questione pregiudiziale come sollevata dall'appellante nel senso della genericità del quesito di parte, la questione pregiudiziale se il diritto comunitario della concorrenza, e in particolare la disciplina che vieta le intese restrittive, possa o meno essere interpretato nel senso che una intesa restrittiva può essere configurata da regole deontologiche stabilite da ordini professionali, laddove tali regole, nell'indicare il decoro e la dignità professionale, nonché la qualità e quantità del lavoro svolto, quali parametri di quantificazione del compenso del professionista, sortiscano l'effetto della

inderogabilità dei minimi tariffari, e per tanto anche un effetto restrittivo della concorrenza a causa di detta inderogabilità;

c) in via subordinata, per il caso in cui la Corte risolva le questioni di interpretazione dell'art. 267, par. 3, TFUE nel senso della ininfluenza delle regole processuali nazionali e della sussistenza di un dovere di soccorso del giudice nazionale, e la questione pregiudiziale come sollevata dall'appellante nel senso della genericità del quesito di parte, la questione pregiudiziale se, laddove il diritto nazionale ponga regole di tutela della concorrenza più severe di quelle comunitarie, in particolare stabilendo che i minimi tariffari delle tariffe professionali possono essere derogati, laddove il diritto comunitario sembra invece ancora consentire a certe condizioni la inderogabilità dei minimi tariffari, e conseguentemente laddove una condotta dell'Ordine professionale che imponga la inderogabilità dei minimi tariffari costituisca, per il diritto nazionale, una intesa restrittiva della concorrenza mentre potrebbe non esserlo per il diritto comunitario, il diritto comunitario della concorrenza, e segnatamente la disciplina comunitaria delle intese restrittive della concorrenza, osti o meno a siffatto risultato di ritenere una data condotta sanzionabile come intesa restrittiva in base alla disciplina nazionale e non anche in base alla disciplina comunitaria, ogni qualvolta le regole nazionali di tutela della concorrenza siano più severe di quelle comunitarie.

Atti da trasmettere alla Corte di giustizia CE

10. In conclusione, alla luce di quanto esposto, si rimettono all'esame della C. giust. CE:

a) le sopra esposte questioni di corretta interpretazione dell'art. 267, par. 3, TFUE;

b) la questione pregiudiziale come sollevata dalla parte appellante e sopra riportata tra virgolette;

c) le sopra esposte questioni pregiudiziali sul diritto comunitario della concorrenza e delle professioni.

10.1. Ai sensi della «nota informativa riguardante la proposizione di domande di pronuncia pregiudiziale da parte dei giudici nazionali» 2011/C 160/01 in G.U.C.E. 28 maggio 2011, vanno trasmessi alla cancelleria della Corte mediante plico raccomandato in copia i seguenti atti:

- provvedimenti impugnati con il ricorso di primo grado e, in particolare:

- - nota del 26 maggio 2009 con cui l'AGCM ha comunicato l'avvio dell'istruttoria;

- - determinazione dell'AGCM in data 22 dicembre 2009 recante rigetto degli impegni;

- - delibera dell'AGCM del 23 giugno 2010;

- i due ricorsi di primo grado;

- sentenza del T.a.r. appellata;

- atto di appello del Consiglio Nazionale dei Geologi;

- atto di appello dell'AGCM;

- presente ordinanza;

- copia delle seguenti norme nazionali:

- - artt. 2, 39 comma 1, 40 (in particolare comma 1, lett. c), 41, 43, 101 cod. proc. amm.;

- - artt. 99, 101, 112 cod. proc. civ.;

- - artt. 1, 2 e 21 l. n. 287/1990;

- - art. 2 d.l. n. 223/2006 conv. in l. n. 248/2006;

- - artt.14 e 17 l. n. 616/1966;

- - artt. 2229, 2230, 2232, 2233, 2238, 2061 cod. civ.;

- - nonché, quale ius superveniens, l'art. 9 d.l. n. 1/2012, che abolisce le tariffe professionali e indica i criteri di determinazione dei compensi professionali.

11. Il presente giudizio viene sospeso nelle more della definizione dell'incidente comunitario, e ogni ulteriore decisione, anche in ordine alle spese, è riservata alla pronuncia definitiva.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, dispone:

1) a cura della segreteria, la trasmissione degli atti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nei sensi e con le modalità di cui in motivazione, e con copia degli atti ivi indicati;

2) la sospensione del presente giudizio;

3) riserva alla decisione definitiva ogni ulteriore statuizione in rito, in merito e in ordine alle spese.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 febbraio 2012 con l'intervento dei

magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere, Estensore

Gabriella De Michele, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/03/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)