

RIVISTA DI DIRITTO CIVILE

FONDATA E DIRETTA DA
WALTER BIGIAVI E **ALBERTO TRABUCCHI**
(1955-1968) *(1955-1998)*

COMITATO DI DIREZIONE

C. MASSIMO BIANCA - FRANCESCO D. BUSNELLI
GIORGIO CIAN - ANTONIO GAMBARO
NATALINO IRTI - GIUSEPPE B. PORTALE
ANDREA PROTO PISANI - PIETRO RESCIGNO
RODOLFO SACCO - PIERO SCHLESINGER
PAOLO SPADA - VINCENZO VARANO

E

GUIDO CALABRESI - ERIK JAYME
DENIS MAZEAUD - ÁNGEL ROJO FERNÁNDEZ-RIO

Novembre-Dicembre
2019

edicolaprofessionale.com/RDC



Wolters Kluwer

VINCENZO ANTONINI
Assegnista di ricerca

PROVVIGIONE DEI MEDIATORI IMMOBILIARI NELLE RACCOLTE DEGLI USI E DISCIPLINA ANTITRUST

SOMMARIO: 1. La mediazione immobiliare tra autonomia privata contrattuale, interessi corporativi e disciplina della concorrenza. – 2. La provvigione dei mediatori immobiliari e il superamento delle tariffe professionali. – 3. L'emergente problema applicativo nell'attività di rilevazione degli usi. – 4. Le raccolte degli usi delle camere di commercio – 5. I punti di contatto tra tariffe e raccolte degli usi sotto il profilo operativo. – 6. La procedura di rilevazione degli usi e il (tentativo di) bilanciamento di interessi contrapposti. – 7. Gli spunti evolutivi del diritto *antitrust* e le ricadute applicative sulla portata delle raccolte degli usi. – 8. Una diversa interpretazione: la valorizzazione dell'impatto economico sul mercato e la conseguente assimilazione della provvigione indicata nelle raccolte degli usi e nelle tariffe. – 9. Considerazioni conclusive.

1. – È noto che il dibattito sul rapporto tra attività professionali, regole di libera concorrenza, compensi e tariffe ha dimensioni vastissime⁽¹⁾.

Il presupposto di questo dibattito ha riguardato i criteri di discriminare tra le libere professioni c.d. semplici e le professioni intellettuali, essendo noto che le prime, a differenza delle seconde, sono normalmente riconducibili all'attività di impresa: nel senso che coloro che esercitano un'attività professionale priva dei connotati di intellettualità operano, in vero, alla

⁽¹⁾ Sul tema, tra molti, S. MUSOLINO, in *Comm. Schlesinger*, sub artt. 2229-2238, p. 3 e 374 ss.; ID., *Il compenso della prestazione professionale fra autonomia negoziale, tariffe e regole di concorrenza*, in *R. not.*, 2001, p. 85 ss.; G. LAURINI, *Tariffe professionali e libera concorrenza*, in *Notariato*, 1995, p. 105 ss.; R. CORNETTA, *Tariffe professionali e disciplina antitrust*, in *F. it.*, 1992, III, c. 562 ss. In termini più ampi, con riferimento all'incidenza del diritto *antitrust* sul settore delle professioni intellettuali e dell'impresa, A. BERLINGUER, *Professione intellettuale, impresa e concorrenza nel dialogo diritto interno – diritto comunitario: premesse per uno studio*, in questa *Rivista*, 1999, II, p. 637 ss.; G. OPPO, *Antitrust e professioni intellettuali*, in questa *Rivista*, 1999, p. 123 ss.; R. SENIGAGLIA, *Diritto antitrust e potere di autodeterminazione tariffaria nel mercato delle professioni intellettuali*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2006, p. 200 ss., le cui riflessioni traggono spunto da App. Milano 19 novembre 2003, in *R. not.*, 2004, p. 1008 ss. e App. Venezia 14 ottobre 2004, ined., che si sono pronunciate in termini opposti sul tema della derogabilità delle tariffe notarili.

stregua di categorie imprenditoriali, non essendo pertanto la loro attività riconducibile al fenomeno professionale in senso stretto⁽²⁾.

Siffatto controverso inquadramento ha interessato anche l'attività di mediazione⁽³⁾, il cui discrimine rispetto alle professioni intellettuali – originariamente tracciato in termini netti dalla risalente previsione della “libertà di mediazione” di cui all'art. 21, l. 20 marzo 1913, n. 272 – era parso svanire a seguito di una complessa evoluzione storica, che ha elevato la mediazione ad attività protetta ed esclusiva⁽⁴⁾. Tuttavia, nonostante lo sviluppo dei servizi propri del mediatore e i diversi interventi normativi in materia⁽⁵⁾, va detto che l'attività di mediazione, pur avendo natura professionale, è connotata da marginali profili di intellettualità⁽⁶⁾. Ciò, in sintesi, in quanto le prestazioni di consulenza e assistenza esercitate dal mediatore, pur di crescente rilievo, rimangono accessorie rispetto all'attività principale che ha natura materiale⁽⁷⁾.

(2) Tra molti, v. E. MARCHISIO, *Professioni intellettuali e impresa*, Milano 2018, p. 15 ss.; A. CETRA, *L'impresa e le professioni intellettuali*, in *Diritto commerciale. Vol. I. Diritto dell'impresa*², a cura di M. CIAN, Torino 2017, p. 78 ss.; F. GHEZZI-G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Torino, 2013, p. 92 ss.

(3) Sulla ricostruzione del dibattito sulla natura giuridica della mediazione, E. GIACOBBE, *Il contratto di mediazione*, Torino 2015, 17 ss.; S. NARDI, in *Comm. Schlesinger*, sub art. 1754, p. 9 ss.

(4) Secondo U. PERFETTI, *Della mediazione*, in *Comm. Gabrielli, Dei singoli contratti*, sub art. 1754, p. 642, l'imposizione dell'obbligo di iscrizione dei mediatori professionali (introdotto dalla l. 3 febbraio 1989, n. 39) ha portato al tramonto del principio di libertà di esercizio della mediazione.

(5) Tra cui, in particolare, la l. 3 febbraio 1989, n. 39, concernente la disciplina della professione di mediatore. Sugli elementi caratteristici dell'attività di mediazione, tra molti, S. MONTICELLI, *La mediazione*, in G. GITTI-M. MAUGERI-M. NOTARI, *I contratti per l'impresa. I. Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, Bologna 2012, p. 439 ss.

(6) Per tutti, G. CIAN, *La mediazione tra codice e legge speciale*, in *La disciplina sulla mediazione alla luce della legge n. 39 del 3 febbraio 1989, Atti del convegno di Verona del 3-4 novembre 1989*, Padova 1991, p. 3 ss. La questione si è estesa nei medesimi termini alla controversa qualificazione giuridica del contratto di *brokeraggio*, che come noto (anche secondo la posizione tradizionale della giurisprudenza di legittimità, nonostante le diverse tesi classificatorie al riguardo) rappresenta una fattispecie limitrofa a quella della mediazione. Sul punto, tra molti, G. ALPA-G.B. FORLINO, voce *Broker*, in *Dig. disc. priv. – sez. comm.*, II, Torino 1987, p. 367; GIACOBBE, *Brokeraggio e tipo contrattuale*, Milano 2001, p. 328 ss. Inoltre, v. M. BIANCHINI, *La qualificazione del contratto di brokeraggio assicurativo, tra professioni intellettuali e contrattazione di impresa*, in *G. comm.*, 2003, II, p. 280 ss., con un commento parzialmente critico sul percorso argomentativo di Cass. 6 maggio 2003, n. 6874, *ivi*, p. 277 ss., secondo cui, in sintesi, l'attività di *broker* – che ha ad oggetto un rapporto inquadabile nella mediazione – benché connotata da profili di intellettualità, è qualificabile alla stregua di attività di impresa commerciale, in considerazione del rischio affrontato, dell'albo in cui il *broker* deve iscriversi e dell'elemento organizzativo connotato da carattere funzionale ed esterno.

(7) In argomento, F. GALGANO, *La nuova figura del mediatore tra professionista intel-*

Sicché, da un lato, sotto il profilo prettamente classificatorio, l'attività del mediatore immobiliare – riconducibile, insieme ad altre categorie, a quella più ampia dell'agente di affari in mediazione – sembra inquadrabile alla stregua di professione regolamentata c.d. riconosciuta (in quanto disciplinata da una legge speciale: l. 3 febbraio 1989, n. 39), ancorché non protetta (cioè non organizzata in un ordine professionale)⁽⁸⁾; d'altro lato, secondo una prospettiva sostanzialista, la professione di mediatore immobiliare pare riconducibile nel novero delle attività esercitabili in forma di impresa⁽⁹⁾. Del resto, è noto che, ai fini dell'inquadramento nella categoria delle professioni intellettuali, non è sufficiente la semplice qualificazione legislativa alla stregua di "professione"⁽¹⁰⁾.

La distinzione tra l'appartenenza a una professione semplice – e, dunque, potenzialmente, al fenomeno imprenditoriale – o a una professione

lettuale e imprenditore, in *La disciplina sulla mediazione alla luce della legge n. 39 del 3 febbraio 1989*, cit., p. 34 ss.; per spunti sulla professionalità che contraddistingue l'attività del mediatore, C. M. BIANCA, *Brevi notazioni sulla mediazione tra codice e legge speciale*, in questa *Rivista*, 1993, II, p. 400 ss. Sulle nuove responsabilità del mediatore, tali da incidere sulla sua professionalità, E. PELLEGRINO, *La mediazione*, in *I contratti di intermediazione*, a cura di G. CASSANO-M.E. DI GIANDOMENICO, Padova 2009, p. 496.

(8) Pur essendo la professione di mediatore riservata ai soli iscritti, anche nell'ipotesi di mediazione meramente occasionale. Si consideri, infatti, che la soppressione (per la previsione dell'art. 73, d. legisl. 26 marzo 2010, n. 59) del ruolo degli agenti di affari in mediazione istituito presso ciascuna camera di commercio dalla l. n. 39/1989 non ha abrogato tale legge, e dunque non ha abrogato l'iscrizione del mediatore quale presupposto per la spettanza della provvigione. Tant'è, che oggi le camere di commercio, a seguito della segnalazione certificata di inizio attività, iscrivono i mediatori richiedenti – a seconda della natura imprenditoriale o meno – nel registro delle imprese o nel repertorio delle notizie economiche e amministrative (REA). A tal riguardo sono ancora attuali le considerazioni di A. ZACCARIA, *La nuova mediazione quale attività riservata*, in *La mediazione*, a cura di A. ZACCARIA, Padova, 1992, p. 7 ss.; F.M. D'ETTORE-D. MARASCIULO, *La mediazione tra modello normativo e prassi negli affari*, in *Tratt. dir. comm. e pubbl. dell'economia*, diretto da F. GALGANO, vol. 60, Padova 2011, p. 11 ss.; nella giurisprudenza, Cass. 15 giugno 1988, n. 4082, in *Fallimento*, 1988, p. 1080; Trib. Pordenone 16 giugno 1992, in *Fallimento*, 1993, p. 304; Cass. 8 luglio 2010, n. 16147, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 2471, secondo cui, atteso che l'iscrizione nel ruolo dei mediatori è stata di fatto sostituita dall'iscrizione nel registro o nel repertorio della camera di commercio, è da escludere che la nuova normativa abbia inteso liberalizzare l'attività di mediatore, con l'effetto (anch'esso da escludere) di svincolare il diritto alla provvigione dall'iscrizione formale. Di recente, sull'argomento con specifico riferimento alla necessaria dichiarazione di inizio attività (in luogo dell'iscrizione all'albo), Cass. civ., sez. un., 2 agosto 2017, n. 19161, in *G. comm.*, 2018, II, p. 923 ss., con nota di C. IPPOLITI, *Il diritto del mediatore atipico alla provvigione e l'obbligo di iscrizione al ruolo nella decisione delle Sezioni Unite*.

(9) Nel senso della qualificazione alla stregua di imprenditore ausiliario, Cass. 28 gennaio 1977, n. 443, in *Giust. civ.*, 1977, I, p. 591 ss.

(10) Cass. 17 giugno 1982, n. 3679, in *G. it.*, 1982, I, 1, c. 1676, espressamente riferita al caso degli spedizionieri doganali.

intellettuale è certamente rilevante; tuttavia, sotto il profilo applicativo, sembra sbiadirsi, ove si ritenga che la disciplina dell'impresa sia applicabile anche al fenomeno delle professioni intellettuali⁽¹¹⁾. È opinione diffusa, infatti, che il confine dell'attività professionale in senso stretto rispetto all'attività di impresa – tradizionalmente incerto (per il carattere produttivo che accomuna entrambi i fenomeni) e tracciato prevalentemente da ragioni di carattere storico-politico⁽¹²⁾ – oggi sia superato, laddove l'attività professionale sia esercitata con una struttura organizzativa complessa e prevalente rispetto all'apporto del professionista⁽¹³⁾. Ne consegue la potenziale assimilazione dei due fenomeni in commento⁽¹⁴⁾.

In ogni caso, anche a prescindere da tale ultima considerazione e nonostante la mancata inclusione della mediazione immobiliare nella ca-

(11) A tal riguardo, nella dottrina, E. MARCHISIO, *op. cit.*, p. 153 ss.; A. CETRA, *op. cit.*, p. 81 ss.; A. MAZZONI, *La nozione di impresa nel diritto antitrust, in 20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di C. RABITTI BEDOGNI-P. BARUCCI, Torino 2010, p. 495; F. GALGANO, *Le professioni intellettuali e il concetto comunitario di impresa*, in *Contratto e impr./Eur.*, 1997, p. 1 ss.; G. GUIZZI, *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, in *R. d. comm.*, 1993, p. 277 ss. Nel senso della funzionalizzazione della nozione di impresa, ancorché con riferimento alla disciplina dei gruppi di società, F. GHEZZI-M. MAGGIOLINO, *L'imputazione delle sanzioni antitrust nei gruppi di imprese, tra "responsabilità personale" e finalità dissuasive*, in *R. soc.*, 2014, p. 1060 s. Sulle divergenze tra le categorie giuridiche delle professioni intellettuali e dell'impresa, G. OPPO, voce *Impresa e imprenditore*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989, p. 6 ss.; P. SPADA, voce *Impresa*, in *Dig. disc. priv. – sez. comm.*, VII, Torino 1992, p. 54 ss. Per ulteriori rinvii sul tema, con particolare enfasi sulla diversa organizzazione (e non tanto sulla diversa natura) dell'attività esercitata a titolo di professione intellettuale e a titolo di impresa C. IBBA, *Professioni intellettuali e impresa*, in IBBA-LATELLA-PIRAS-DE ANGELIS-MACRÌ, *Le professioni intellettuali*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, fondata da W. BIGIARI, Torino 1987, p. 269 ss.

(12) G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 1. Diritto dell'impresa*⁷, Torino 2013, p. 45; tra i primi al riguardo, T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*³, Milano 1962, p. 168 ss., secondo cui l'esclusione delle attività professionali dal fenomeno imprenditoriale sarebbe il risultato di una valutazione sociale.

(13) In questo senso, per tutti, A. CETRA, *op. cit.*, p. 80; F. GALGANO, voce *Imprenditore*, *Dig. disc. priv. – sez. comm.*, VII, Torino, 1992, p. 5 s.

(14) La questione, comunque ancora controversa, pare invece senz'altro superata nell'ambito del diritto *antitrust*, ove unanimi consensi propendono per una nozione elastica onnicomprensiva di impresa, inclusiva delle professioni intellettuali. Con riferimento al tema della nozione di impresa secondo la normativa europea, sembra ormai indiscusso il fatto che la stessa alluda a qualsiasi entità che esercita attività economica, a prescindere dallo *status* giuridico, laddove il concetto di attività economica è riferito a qualsiasi attività di offerta di beni o servizi su un determinato mercato. In questi termini, nella recente giurisprudenza italiana, Cass. 17 luglio 2018, n. 18801, inedita, secondo cui sussiste un aiuto di stato nel caso di rimborso IVA nei confronti del professionista (nel caso di specie ragioniere). Nella giurisprudenza europea, come noto, la prima sentenza sul concetto funzionale di impresa, C. giust. 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Höfner ed Elser c. Macroton*, in *R. it. d. pubbl. com.*, 1992, p. 1328 ss., con nota di R. TASSONE.