

Le promozioni commerciali da parte di medici e dentisti dopo la decisione del Consiglio di Stato n. 167/2016

Giorgia Guerra

Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi Internazionali, Università di Padova

Riassunto. Senza entrare nel merito della questione sostanziale, il Consiglio di Stato con la sentenza n. 167 del 19 gennaio 2016 annulla, per prescrizione dell'illecito, l'ammenda inflitta nel 2014 dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (successivamente dimezzata dal Tar di Roma) alla Federazione dell'Ordine dei medici per aver introdotto disposizioni del codice deontologico in materia pubblicitaria volte a restringere, in maniera ingiustificata, la libera concorrenza tra i professionisti (nella specie l'illecito amministrativo consisteva in condotte idonee a restringere ingiustificatamente la concorrenza, anche mediante l'utilizzo di pubblicità commerciale).

Parole chiave. Concorrenza, diritto alla salute, libertà di mercato, prescrizione, pubblicità.

Abstract. According to the prescription rules, the Italian provision no. 167/2016 annuls the sanction imposed by Autorità garante della concorrenza e del mercato (Antitrust authority) on Federazione dell'Ordine dei medici (Italian physician association). The sanction was imposed due to the introduction of the code of ethics in the advertising area aimed at limiting – without any reason – the free competition among professionals (in particular the administrative offence included actions appropriate to reduce the competition in an unjustified way also by means of advertising).

Key words. Advertising, competition, free market, prescription, right to health.

1. La vicenda giudiziaria

Con provvedimento del 4 settembre 2014, n. 25078, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora in poi Agcm) ha ritenuto responsabile la Federazione degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri (d'ora in poi Fnomceo) di un'intesa restrittiva della concorrenza ai sensi dell'art. 101 TFUE, ed ha comminato una sanzione amministrativa di euro 831.816,00 con contestuale imposizione dell'obbligo di assumere misure atte a porre termine all'illecito riscontrato.

La condotta sanzionata è relativa all'adozione (nel 2006) da parte della Federazione di alcune disposizioni del codice deontologico, e delle linee guida contenenti norme "idonee a restringere in misura sensibile la concorrenza mediante l'imposizione di ingiustificati divieti o vincoli nell'utilizzo dello strumento pubblicitario"¹. Secondo l'Autorità, la condotta si sarebbe protratta per otto anni e le disposizioni sarebbero state incompatibili con il quadro normativo vigente al momento della loro adozione, nonostante esso si sia evoluto in un senso di libera-

lizzazione dell'attività professionale. La permanenza deriverebbe dal fatto che la misura regolatoria illegittima, introdotta nel codice deontologico del 2006, non sarebbe stata successivamente eliminata, così continuando a produrre i suoi effetti lesivi per tutto il tempo della sua vigenza.

Si consideri che la legge 689/1991 relativa alle sanzioni amministrative comminate dalla PA – che trova applicazione anche per le sanzioni dell'Agcm – stabilisce che le sanzioni stesse non possono essere applicate oltre il termine di 5 anni dalla commissione dell'illecito. Circa poi la natura dell'illecito, la giurisprudenza ha stabilito che l'illecito può essere permanente o istantaneo.

Con la sentenza 04943/2015, il Tar del Lazio confermava la legittimità del provvedimento impugnato ritenendo che l'Autorità avesse correttamente accertato le responsabilità della Federazione e la gravità dell'infrazione, qualificandola in termini di illecito di natura permanente², riducendo, tuttavia, alla metà il *quantum* della sanzione inflitta.

²Il Tar ritiene la condotta a carattere permanente, respingendo le contestazioni di illecito istantaneo con effetti permanenti, poiché "la lesività della stessa e la sua idoneità ad alterare il normale esplicarsi della concorrenza nel campo medico ed odontoiatrico produce effetti per tutto il tempo della vigilanza

¹<https://portale.fnomceo.it/fnomceo/Linee+guida+sulla+pubblicita+dellinformazione+sanitaria.html?t=a&id=3696>.

Per ottenere la riforma di tale sentenza, proponevano separati appelli la Fnomceo e l'Agcm. La prima ha proposto l'accezione di prescrizione dell'illecito, in quanto, a suo dire, si tratta di illecito istantaneo e, pertanto, l'Agcm avrebbe attivato il procedimento sanzionatorio dopo il termine quinquennale dalla commissione dell'illecito. La sentenza appellata respinse tale eccezione qualificando la condotta sanzionata in termini di illecito permanente.

L'Agcm ha, invece, proposto appello contro la sentenza nella parte in cui il Tar ha ridotto la sanzione ritenendo che la contestazione degli illeciti da parte dell'Agcm fosse avvenuta oltre il termine di novanta giorni dall'accertamento previsto dalla l. 689/1981. Gli appelli sono stati riuniti. Il Consiglio di Stato nell'affrontare le questioni accoglie, innanzitutto, la contestazione dell'*an* prima che del *quantum* sollevata dalla Federazione. La ricostruzione del carattere permanente della condotta non è – secondo il Consiglio di Stato – più attuale, poiché oggi la dottrina penalistica ritiene rilevante, in termini di continuità, la “permanenza” della condotta omissiva, cioè la lesione deve persistere grazie al comportamento dell'agente (non sono semplicemente le conseguenze negative a perdurare, come invece accadrebbe per quello istantaneo ad effetti permanenti).

La recente sentenza conclude, quindi, che l'illecito è prescritto poiché si è consumato istantaneamente nel momento in cui le misure regolatorie sono state introdotte, e cioè nel 2006, anno in cui sono state approvate le modifiche al codice deontologico.

Il Consiglio di Stato ha chiuso la vicenda con una sentenza di contenuto solo processuale. Tuttavia, la Fnomceo ha preso atto di quanto emerso nel provvedimento dell'Agcm e nella sentenza Tar Lazio 4943/2015, e ha modificato nuovamente le disposizioni in materia di pubblicità sanitaria, accogliendo per buona parte le indicazioni emerse nel corso della vicenda giudiziaria. Da qui la nuova formulazione dell'art. 56 del Codice di deontologia medica sulla pubblicità³, in senso più favorevole alla liberalizzazione della pubblicità dei servizi sanitari e all'auto-rizzazione di alcune forme di pubblicità comparativa.

2. L'informazione pubblicitaria nel settore delle prestazioni mediche e odontoiatriche

Complici i mezzi di comunicazione moderni e i nuovi canali di marketing che permettono di confi-

gurare gruppi d'acquisto online (per esempio, Groupon), la pubblicità e vendita dei servizi sanitari a prezzi molto convenienti per il consumatore è questione continuamente al centro di dibattiti.

La disciplina normativa in materia è contenuta nella legge 248/2006 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, recante disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale); e nel Codice deontologico⁴.

L'art. 2 della legge 248/2006 prevede espressamente la possibilità di pubblicizzare “il prezzo e i costi complessivi delle prestazioni” (art. 2, comma 2, lett. b) e nel rispetto dei principi cardine in materia: “correttezza e trasparenza”. Trattandosi di criteri astratti suscettibili di interpretazioni diverse, è stato già chiarito che essi devono essere interpretati tenendo conto della percezione che il paziente “medio” può avere del messaggio pubblicitario. Il controllo dei messaggi pubblicitari spetta agli Ordini ma la legge non stabilisce le modalità: si tratta dunque di un controllo formale, poiché limitato ai contenuti del volantino senza ulteriori indagini⁵.

Anche il decreto legge 223/2006 (decreto “Bersani”, aggiornato alle modifiche introdotte dal decreto legge 22 giugno 2012, n. 83) è intervenuto in materia, consentendo ai professionisti e alle strutture sanitarie la diffusione di messaggi informativi sui titoli, le specializzazioni, le caratteristiche delle prestazioni e dei servizi sanitari offerti. La pubblicità informativa sanitaria può essere realizzata attraverso diversi canali: targhe murarie, televisione⁶, inserzioni su elenchi telefonici, pagine gialle, elenchi di categoria, inserzioni su riviste specializzate, giornali (quotidiani, periodici), volantini, siti internet nel rispetto delle norme e

⁴La prima normativa cui fare riferimento è la legge del 5 febbraio 1992, n. 175, che disciplinava in modo rigoroso la materia, prevedendo soltanto particolari supporti per trasmettere i messaggi pubblicitari (sostanzialmente targhe, inserzioni su quotidiani e periodici di informazione, emittenti radiotelevisive locali).

⁵La Cassazione civile con sentenza del 17 gennaio 2014 n. 870 ha invece stabilito che gli Ordini devono dare prova, in concreto, di quali sono gli aspetti di non veridicità e non trasparenza del messaggio. Se, quindi, non vi è dubbio che l'onere della prova sia in capo agli Ordini, ciò non toglie che è buona regola mettersi nelle condizioni di dare prova di ciò che si afferma in pubblicità. Quindi quando si decide un messaggio è opportuno valutare se si può dare prova concreta di quanto si afferma.

⁶È consentita anche la pubblicità televisiva sulle reti nazionali per i trattamenti medicochirurgici in strutture sanitarie private. Nel 2011, la Corte di giustizia delle Comunità europee ha riconosciuto la prevalenza della libera prestazione dei servizi e del diritto di stabilimento, nell'ambito Ue, sulle norme italiane che limitano la possibilità di trasmettere messaggi pubblicitari. Segue questo orientamento la recente sentenza del 2011, sempre della Corte di giustizia, la quale ribadisce che “Occorre sopprimere i divieti totali in materia di comunicazioni commerciali per

delle norme deontologiche. Non può invece ritenersi la sussistenza di un illecito istantaneo a carattere permanente, atteso che non si è in presenza di effetti anticoncorrenziali che conseguono a una condotta anti-giuridica iniziale poi interrotta, ma di effetti che conseguono alla permanenza del comportamento anti-giuridico suddetto”.

³Vedi *infra* § 3.

dei principi del Codice deontologico. I messaggi devono obbligatoriamente contenere: nome e cognome del sanitario, il titolo di medico chirurgo e/o di odontoiatra, il domicilio professionale⁷.

Si tratta in sostanza di una pubblicità che non deve contenere notizie ingannevoli, false, non verificabili o che procurino timori infondati o comportamenti clinicamente inopportuni. Esse non devono, altresì, contenere messaggi promozionali artificialmente mascherati da informazione sanitaria o che siano lesive della dignità e del decoro della categoria professionale.

Da un punto di vista normativo, un ulteriore elemento di chiarezza proviene dall'art. 3, comma 5, lettera g), della legge n. 148 del 14 settembre 2011 che, nell'ambito dei principi di liberalizzazione delle professioni, testualmente prevede: *“la pubblicità informativa, con ogni mezzo, avente ad oggetto l'attività professionale, le specializzazioni e i titoli professionali posseduti, la struttura dello studio e i compensi delle prestazioni, è libera. Le informazioni devono essere trasparenti, veritiere, corrette e non devono essere equivocate, ingannevoli, denigratorie”*.

Questi principi sono stati, poi, oggetto del d.p.r. 7 agosto 2012, n. 137, relativo alla riforma degli ordinamenti professionali che, per quanto riguarda la pubblicità informativa, all'art. 4 prevede: *“È ammessa con ogni mezzo la pubblicità informativa avente ad oggetto l'attività delle professioni regolamentate, le specializzazioni, i titoli posseduti attinenti alla professione, la struttura dello studio professionale e i compensi richiesti per le prestazioni. La pubblicità informativa di cui al comma 1 deve essere funzionale all'oggetto, veritiera e corretta, non deve violare l'obbligo del segreto professionale e non deve essere equivoca, ingannevole o denigratoria”*.

Questo quadro regolatorio, completato dal Codice deontologico, vale sia per la pubblicità svolta dal singolo professionista sia dalla struttura sanitaria, come confermato da recente sentenza (3717/2012) della Corte di Cassazione.

3. La nuova formulazione dell'art. 56 del Codice di deontologia medica sulla pubblicità

La regolamentazione in materia di pubblicità dei servizi medici è completata dalle disposizioni del

le professioni regolamentate, revocando [omiss] - *quei divieti che, in generale e per una determinata professione, proibiscono una o più forme di comunicazione commerciale, ad esempio, il divieto assoluto di pubblicità in un determinato o in determinati mezzi di comunicazione”*.

⁷È consentito inserire indicazioni attinenti le tariffe e i costi complessivi delle prestazioni erogate (non nelle targhe e insegne del professionista), purché tali elementi non costituiscano il contenuto essenziale del messaggio.

Codice deontologico che nella versione del 2014 stabilivano che la pubblicità dovesse essere “prudente, obiettiva, pertinente”⁸.

Lo scorso 16 giugno 2016 è stata pubblicata una nuova versione dell'art. 56 del Codice deontologico. Tale disposizione recita ora:

“La pubblicità informativa sanitaria del medico e delle strutture sanitarie pubbliche o private, nel perseguire il fine di una scelta libera e consapevole dei servizi professionali, ha per oggetto esclusivamente i titoli professionali e le specializzazioni, l'attività professionale, le caratteristiche del servizio offerto e l'onorario relativo alle prestazioni. La pubblicità informativa sanitaria, con qualunque mezzo diffusa, rispetta nelle forme e nei contenuti i principi propri della professione medica, dovendo sempre essere veritiera, corretta e funzionale all'oggetto dell'informazione, mai equivoca, ingannevole e denigratoria. È consentita la pubblicità sanitaria comparativa delle prestazioni mediche e odontoiatriche solo in presenza di indicatori clinici misurabili, certi e condivisi dalla comunità scientifica che ne consentano confronto non ingannevole. Il medico non diffonde notizie su avanzamenti nella ricerca biomedica e su innovazioni in campo sanitario non ancora validate e accreditate dal punto di vista scientifico, in particolare se tali da alimentare attese infondate e speranze illusorie. Spetta all'Ordine professionale competente per territorio la potestà di verificare la rispondenza della pubblicità informativa sanitaria alle regole deontologiche del presente Codice e prendere i necessari provvedimenti”.

La novità più importante riguarda la pubblicità comparativa, ossia quella modalità di comunicazione pubblicitaria con la quale un'impresa promuove i propri beni o servizi mettendoli a confronto con quelli dei concorrenti. Tale tipologia di pubblicità non è molto diffusa nel nostro paese dove si preferisce utilizzare i messaggi pubblicitari c.d. iperbolici, che l'Agcm non considera ingannevoli dal momento che il consumatore riesce facilmente a capire che si tratta di un'esagerazione.

La nuova formulazione dell'art. 56 ammette, contrariamente a quanto avveniva precedentemente, tale tipo di pubblicità comparativa delle prestazioni mediche e odontoiatriche “solo in presenza di indicatori clinici misurabili, certi e condivisi dalla comunità scientifica che ne consentano un confronto non ingannevole”⁹.

⁸In armonia con la disciplina generale in materia, si chiede che la pubblicità sia “veritiera, corretta e funzionale all'oggetto dell'informazione, mai equivoca, ingannevole e denigratoria”: sono quindi scomparsi gli aggettivi “prudente” e “pertinente” (che permanevano nella precedente versione).

⁹Si noti che il Codice deontologico non ha rinviato ai criteri espressi in materia di pubblicità comparativa espressi dagli artt. 22 e 23 del Codice del consumo, ma ha optato per l'identificazione di nuovi parametri.

Certo non sembra fin d'ora facile eseguire una valutazione dei contenuti della pubblicità comparativa secondo i criteri espressi dallo stesso Codice deontologico e giocherà pertanto un ruolo importante l'interpretazione giurisprudenziale.

4. Conclusioni

La recentissima modifica dell'art. 56 del Codice deontologico indica che l'Ordine dei medici ha reagito ai dibattiti sorti in seguito alla vicenda processuale, a prescindere dall'esito della stessa, determinato dalla soluzione di una questione processuale: il Consiglio di Stato accoglie, infatti, la tesi della Fnomceo, secondo la quale l'illecito ha natura istantanea. Ne deriva che se l'approvazione del Codice deontologico del 2006 (con limitazioni alla pubblicità) è un illecito istantaneo, i termini di decorrenza della prescrizione devono farsi decorrere dal 2006: con la conseguenza che la sanzione dell'Agcm del 4 settembre 2014 è da considerarsi prescritta in quanto emessa oltre il termine dei 5 anni.

Sebbene, quindi, il provvedimento Agcm del 4 settembre 2015 sia annullato *ab origine*, resta il fatto che sotto il profilo di merito sia l'Agcm che il Tar Lazio 4943/2015 si sono pronunciati circa il rapporto tra le prescrizioni del Codice deontologico del 2006 in materia di pubblicità e le previsioni legislative del Decreto Bersani, stabilendo che tali prescrizioni restringono la concorrenza e risultano limitative della liberalizzazione promossa dal Decreto Bersani (Tar Lazio 4943/20015).

Con la modifica dell'art. 56 del Codice deontologico, gli Ordini e la Fnomceo hanno, in ogni caso, dimostrato di non essere insensibili alla necessità di for-

nire un'interpretazione meno rigida della pubblicità in questo settore: in sintesi, le modifiche al Codice deontologico realizzate nel 2016 hanno autorizzato diverse tipologie di pubblicità, aprendo le porte alle ipotesi di pubblicità comparativa in ambito sanitario.

Anche se l'intento di maggior apertura è chiaro, la formulazione del nuovo articolo non è priva di termini suscettibili di dar adito a dibattiti interpretativi. Si pensi, ad esempio, alla locuzione "funzionale all'oggetto dell'informazione" che, nella sua vaghezza, può consentire agli ordini professionali (chiamati a controllare la pubblicità) applicazioni molto restrittive dei contenuti o delle forme che si reputano di adottare per la promozione della propria attività professionale. Il profilo più innovativo riguarda la pubblicità comparativa. Con la nuova formulazione dell'art. 56 del Codice deontologico si autorizza l'impiego di nuovi strumenti di promozione delle prestazioni sanitarie, qualora confrontino le prestazioni in modo non ingannevole. Come anticipato, tuttavia, permangono molti interrogativi sul richiamo di indicatori clinici che devono essere "misurabili, certi e condivisi dalla comunità scientifica", senza invece richiamare i criteri già in uso per la pubblicità comparativa, espressi dagli artt. 22 e 23 del Codice del consumo.

Bibliografia

- Dona M (2008), Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del consumo: d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146; d.lgs. 23 ottobre 2007, n. 221, l. 24 dicembre 2007, n. 244, Torino, Utet.
- Franzoni M, Miriello C, Alagna R et al (2011), La responsabilità nei servizi sanitari, Bologna, Zanichelli editore.
- Vazza L (2016), Pubblicità sanitaria indietro tutta. Il Consiglio di Stato dà torto all'antitrust: prescritta la maximulta alla FnomCeo, Sanità24, 19 gennaio 2016.