



AUTORITÀ GARANTE
DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

Bollettino

Settimanale

Anno XXIV - n. 37

Publicato sul sito *www.agcm.it*
24 settembre 2014

INTESE E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

I738 - RESTRIZIONI DEONTOLOGICHE FNOMCEO

Provvedimento n. 25078

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 4 settembre 2014;

SENTITO il Relatore Dottor Salvatore Rebecchini;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO l'articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (di seguito, TFUE);

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998 n. 217;

VISTO il Regolamento n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato CE (ora 101 e 102 TFUE);

VISTA la Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, del 27 aprile 2004;

VISTA la delibera del 3 settembre 2013, con la quale è stata avviata un'istruttoria, ai sensi dell'articolo 14 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti della Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri (di seguito, Federazione o anche FNOMCEO), per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 101 del TFUE;

VISTA la comunicazione delle risultanze istruttorie, inviata alla parte in data 22 aprile 2014;

VISTA la comunicazione alla Commissione Europea, ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 4, del Regolamento (CE) n. 1/2003;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LA PARTE

1. La Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri (di seguito, Federazione o anche FNOMCEO) è un organismo di controllo che riunisce e coordina gli Ordini provinciali dei medici chirurghi e degli odontoiatri (di seguito, anche Ordini territoriali)¹.

2. Organi della FNOMCEO sono il Comitato centrale, i cui membri sono eletti dai Presidenti degli Ordini territoriali e il Consiglio nazionale, composto dai Presidenti degli Ordini. Al Comitato centrale spetta, fra l'altro, "*di vigilare, sul piano nazionale, alla conservazione del decoro professionale e dell'indipendenza delle rispettive professioni*", di coordinare e promuovere l'attività degli Ordini o Collegi, di promuovere tutte le iniziative intese a facilitare il progresso culturale degli iscritti, "*di esercitare il potere disciplinare nei confronti dei componenti dei Consigli direttivi*".

¹ Cfr. art. 12 del D.l.c.p.s. del 13 settembre 1946 n. 233, "Ricostituzione degli Ordini delle professioni sanitarie e per la disciplina dell'esercizio delle professioni stesse" e D.P.R. 5 aprile 1950, n. 221, "Approvazione del regolamento per la esecuzione del D.LGS. 13 settembre 1946, n. 233, sulla ricostituzione degli Ordini delle professioni sanitarie per la disciplina dell'esercizio delle professioni stesse".

degli Ordini e dei Collegi". Al Consiglio nazionale spetta, invece, l'approvazione del bilancio preventivo e del conto consuntivo della Federazione su proposta del Comitato centrale². Nel 2013 FNOMCEO ha realizzato un fatturato complessivo pari a euro 8.318.156.

II. L'ATTIVITÀ ISTRUTTORIA

3. Da rilevazioni effettuate d'ufficio³, la FNOMCEO risulta aver diffuso tramite il proprio sito internet www.fonmceo.it, il "Codice di deontologia medica 2006" e la "Linea guida inerente l'applicazione degli artt. 55, 56 e 57 del codice di deontologia medica" (di seguito anche Linee Guida) nella versione valutata dall'Autorità nella propria indagine conoscitiva IC34⁴. Come già evidenziato nella citata indagine conoscitiva, alcune delle disposizioni deontologiche previste nei suddetti documenti risultano idonee a limitare ingiustificatamente l'utilizzo dello strumento pubblicitario da parte degli iscritti agli Albi professionali.

4. Indicazioni in tal senso provengono anche dalle numerose segnalazioni pervenute all'Autorità nel triennio 2010-2013, da parte di singoli professionisti, società che gestiscono studi odontoiatrici⁵ e dalla società Groupon S.p.A.⁶, che lamentano di essere stati convocati in audizione o soggetti a sanzioni disciplinari da parte di singoli Ordini dei medici e degli odontoiatri (di seguito, anche OMCEO) in esecuzione delle suddette disposizioni del Codice deontologico e delle Linee guida.

5. In data 3 settembre 2013, l'Autorità ha avviato il presente procedimento istruttorio, volto ad accertare se la condotta della FNOMCEO, consistente nell'aver deliberato le disposizioni segnalate del Codice di deontologia medica 2006 e delle Linee Guida, costituisca un'intesa in violazione dell'art. 101(1) del TFUE.

6. Durante il procedimento istruttorio, la Parte ha avuto accesso agli atti del fascicolo nelle date 22 ottobre 2013 e 26 maggio 2014.

7. In data 3 dicembre 2013, la FNOMCEO è stata sentita in audizione, nel corso della quale ha presentato le proprie argomentazioni difensive, anticipando il possibile invio di una bozza di impegni⁷.

8. Con comunicazione del 10 dicembre 2013, la FNOMCEO chiedeva di valutare quale impegno la propria intenzione di apportare, nei successivi mesi, modifiche al Codice di deontologia medica 2006 e alle Linee Guida, senza ulteriori precisazioni al riguardo⁸. La richiesta, esaminata dall'Autorità nella riunione del 20 dicembre 2013, è stata considerata non valutabile quale impegno *ex art. 14 ter* della legge n. 287/90, in quanto non contenente alcuna misura effettiva. La decisione dell'Autorità è stata comunicata alla Parte con lettera del 24 dicembre 2013⁹.

9. Con memoria del 22 gennaio 2014, la FNOMCEO riproponeva l'istanza di valutare quale impegno quanto indicato nella precedente memoria del 10 dicembre 2013, vale a dire la propria intenzione di apportare modifiche al Codice di deontologia medica 2006 e alle Linee Guida, in

² Cfr. artt. 13, 14e 15 del D.l.c.p.s. 13 settembre 1946, n. 233.

³ Cfr. doc. 18.

⁴ Cfr. AGCM, *Indagine Conoscitiva riguardante il settore degli ordini professionali*, n. IC34, in Boll. n. 9/09.

⁵ Cfr.doc. 21, 22, 23, 25, 26, 27, 28, 30, 31, 33, 34, 35 e 36

⁶ Cfr.doc. 1, 3, 9, 11, 15 e 16.

⁷ Cfr. doc. 55, verbale dell'audizione del 3 dicembre 2013.

⁸ Cfr. doc. 56.

⁹ Cfr. doc. 57.

vista della chiusura del procedimento in corso senza accertamento dell'infrazione¹⁰. Anche la suddetta richiesta – per le medesime ragioni della precedente - è stata considerata dall'Autorità, nella riunione del 12 febbraio 2014, non valutabile quale impegno *ex art. 14 ter* della legge n. 28790 e la decisione è stata comunicata alla Parte con lettera del 18 febbraio 2014¹¹.

10. In data 28 gennaio 2014 è stata inviata una richiesta di informazioni alla FNOMCEO¹² che ha risposto con comunicazione pervenuta il 14 febbraio 2014¹³.

11. In data 22 aprile 2014 è stata inviata alla FNOMCEO la Comunicazione delle risultanze istruttorie (di seguito anche CRI)¹⁴.

12. La FNOMCEO ha inviato una terza memoria, pervenuta in data 23 maggio 2014, con la quale comunicava di avere approvato, con delibera del 18 maggio 2014, il Codice di deontologia medica 2014 e di avere eliminato le Linee Guida¹⁵. Inoltre, nella memoria la Federazione chiedeva la rimessione in termini per la valutazione del nuovo codice deontologico quale impegno, ai sensi dell'art. 14 *ter* della legge n. 287/90. L'Autorità, con delibera del 19 giugno 2014, ha rigettato tale istanza per inammissibilità, attesa la tardività con cui è pervenuta, vale a dire oltre il termine di 3 mesi dalla notifica del provvedimento di avvio dell'istruttoria previsto dalla “*Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'art. 14-ter della legge 10 ottobre 1990, n. 287*” e addirittura oltre il ricevimento della CRI¹⁶.

13. Da rilevazioni del sito *internet www.fnomceo.it*, effettuate d'ufficio in data 26 maggio 2014, è risultato in diffusione il solo Codice di deontologia medica 2014¹⁷.

14. In data 27 giugno 2014 è pervenuta la memoria finale della FNOMCEO¹⁸.

15. In data 8 luglio 2014 si è tenuta l'audizione finale davanti al Collegio, nel corso della quale la FNOMCEO ha di nuovo formulato istanza di rimessione in termini per la valutazione del nuovo codice deontologico quale impegno ai sensi dell'art. 14 *ter* della legge n. 287/90¹⁹.

16. Sempre in data 8 luglio 2014, la FNOMCEO ha trasmesso la versione del Codice di deontologia medica 2014 deliberata il 18 maggio 2014, i cui articoli 55, 56 e 57 risultano identici a quelli inviati in allegato alla memoria del 23 maggio 2014²⁰ e rilevati dagli Uffici in data 26 maggio 2014 sul sito *www.fnomceo.it*.

17. Nella sua adunanza del 23 luglio 2014, l'Autorità ha rigettato l'istanza di rimessione in termini per la valutazione del nuovo codice deontologico quale impegno ai sensi dell'art. 14 *ter* della legge n. 287/90 formulata dalla FNOMCEO nell'audizione finale dell'8 luglio 2014, in quanto non sono state presentate informazioni nuove, ulteriori e diverse rispetto a quelle già proposte nella propria memoria del 23 maggio, tali da giustificare una modifica della decisione precedentemente assunta dall'Autorità, nell'adunanza del 19 giugno 2014.

¹⁰ Cfr. doc. 58.

¹¹ Cfr. doc. 61.

¹² Cfr. doc. 59.

¹³ Cfr. doc. 60.

¹⁴ Cfr. doc. 62.

¹⁵ Cfr. doc. 73.

¹⁶ Cfr. doc. 78.

¹⁷ Cfr. docc. 72 e 74.

¹⁸ Cfr. doc. 79.

¹⁹ Cfr. doc. 81, verbale dell'audizione dell'8 luglio 2014.

²⁰ Cfr. doc. 80.

III. LE RISULTANZE ISTRUTTORIE

1. Il quadro normativo

a) Organizzazione del sistema ordinistico della professione medica

18. L'organizzazione del sistema degli ordini professionali per le professioni sanitarie è regolato dal D.l.c.p.s. n. 233/46²¹ e dalla legge n. 409/85. In particolare, il D.l.c.p.s. n. 233/46 ha previsto che *“in ogni provincia sono costituiti gli Ordini dei medici-chirurghi, dei veterinari e dei farmacisti ed i Collegi delle ostetriche”* (art. 1), mentre l'art. 4 della legge n. 409/85 ha disposto l'istituzione presso ciascun Ordine di *“un separato Albo professionale per la iscrizione di coloro che sono in possesso della laurea in odontoiatria e protesi dentaria e dell'abilitazione all'esercizio professionale conseguita a seguito di superamento di apposito esame di Stato”* (art. 4).

19. Il citato D.l.c.p.s. n. 233/46 ha previsto che *“Ciascuno degli Ordini e dei Collegi elegge in assemblea, fra gli iscritti all'albo, a maggioranza relativa di voti ed a scrutinio segreto, il Consiglio direttivo ...”*, il quale a sua volta elegge un Presidente²², che ha la rappresentanza dell'Ordine, convoca e presiede il Consiglio direttivo e le assemblee degli iscritti (art. 2). Al Consiglio direttivo spettano diverse attribuzioni, fra cui:

- compilare e tenere l'albo dell'Ordine e del Collegio e pubblicarlo al principio di ogni anno;
- vigilare alla conservazione del decoro e della indipendenza dell'Ordine e del Collegio;
- *“esercitare il potere disciplinare nei confronti dei sanitari liberi professionisti iscritti nell'albo, salvo in ogni caso, le altre disposizioni di ordine disciplinare e punitivo contenute nelle leggi e nei regolamenti in vigore”* (art. 3 del D.l.c.p.s. n. 233/46).

20. Con riguardo alle sanzioni disciplinari, in base al D.P.R. n. 221/50 *“I sanitari che si rendano colpevoli di abusi o mancanze nell'esercizio della professione o, comunque, di fatti disdicevoli al decoro professionale, sono sottoposti a procedimento disciplinare da parte del Consiglio dell'Ordine o Collegio della provincia nel cui Albo sono iscritti. Il procedimento disciplinare è promosso d'ufficio o su richiesta del prefetto o del procuratore della Repubblica”* (art. 38). Sono previste sanzioni disciplinari in funzione della gravità del comportamento contestato che vanno: dall'avvertimento (che consiste nel diffidare il colpevole a non ricadere nella mancanza commessa); alla censura (che è una dichiarazione di biasimo per la mancanza commessa); 3) alla sospensione dall'esercizio della professione (per la durata da uno a sei mesi); 4) alla radiazione dall'Albo (art. 40).

21. Contro i provvedimenti dei Consigli direttivi degli Ordini è ammesso ricorso alla *“Commissione centrale per gli esercenti le professioni sanitarie”*²³ (art. 5 del D.l.c.p.s. n. 233/46) mentre avverso le decisioni della suddetta Commissione centrale è ammesso il ricorso alla Corte di Cassazione (art. 19 del D.l.c.p.s. n. 233/46 e dell'art. 68 del D.P.R. n. 221/50).

22. Ai sensi dell'art. 12 del D.l.c.p.s. n. 233/46, gli OMCEO sono riuniti nella Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri avente sede a Roma. La

²¹ E del D.P.R. 5 aprile 1950, n. 221 Approvazione del regolamento per la esecuzione del decreto legislativo 13 settembre 1946, n. 233, sulla ricostituzione degli Ordini delle professioni sanitarie e per la disciplina dell'esercizio delle professioni stesse.

²² Oltre che un vicepresidente un tesoriere ed un segretario.

²³ Ai sensi del D.l.c.p.s. n. 233/1946- *“Presso l'Alto Commissariato per l'igiene e la sanità pubblica è costituita, per i professionisti di cui al presente decreto, una Commissione centrale, nominata con decreto del Capo dello Stato, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro per la grazia e giustizia, presieduta da un consigliere di Stato e costituita da un membro del Consiglio superiore di sanità e da un funzionario dell'Amministrazione civile dell'interno di grado non inferiore al 6°”* (art. 17). La Commissione centrale ha il compito di decidere sui ricorsi ad essa proposti a norma del presente decreto ed esercitare il potere disciplinare nei confronti dei propri membri professionisti e dei membri dei Comitati centrali delle Federazioni nazionali (art. 18).

Federazione è diretta dal Comitato Centrale, i cui membri sono eletti dai Presidenti degli OMCEO. Il Comitato Centrale elegge un proprio presidente, oltre che un vice-presidente, un tesoriere e un segretario; il presidente ha la rappresentanza della Federazione, di cui convoca e presiede il Comitato Centrale e il Consiglio Nazionale. Al Comitato Centrale spetta, fra l'altro, *“di vigilare, sul piano nazionale, alla conservazione del decoro professionale e dell'indipendenza delle rispettive professioni”*, di coordinare e promuovere l'attività degli Ordini o Collegi, di promuovere tutte le iniziative intese a facilitare il progresso culturale degli iscritti, *“di esercitare il potere disciplinare nei confronti dei componenti dei Consigli direttivi degli Ordini e dei Collegi”*. A sua volta, al Consiglio Nazionale, composto dai Presidenti degli Ordini, spetta, invece, l'approvazione del bilancio preventivo e del conto consuntivo della Federazione su proposta del Comitato Centrale²⁴.

b) La disciplina in materia di pubblicità per le professioni regolamentate

23. L'art. 2, comma 1, lettera b), del D.L. n. 223/06²⁵, c.d. “riforma Bersani” ha abrogato il divieto di pubblicità informativa dei professionisti intellettuali. A mente di tale norma infatti: *“in conformità al principio comunitario di libera concorrenza e a quello di libertà di circolazione delle persone e dei servizi, nonché al fine di assicurare agli utenti un'effettiva facoltà di scelta nell'esercizio dei propri diritti e di comparazione delle prestazioni offerte sul mercato, dalla data di entrata in vigore del presente decreto sono abrogate le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali:[...] b) il divieto, anche parziale, di pubblicizzare i titoli e le specializzazioni professionali, le caratteristiche del servizio offerto e il prezzo delle prestazioni; [...]”*. Inoltre, il comma 3 di tale disposizione, a garanzia dell'effettività della liberalizzazione introdotta, ha stabilito che entro il 1° gennaio 2007, gli ordini e i collegi professionali dovessero adeguare la disciplina contenuta nei rispettivi codici deontologici in materia di pubblicità professionale con i principi introdotti dall'art. 2, comma 1, del citato D.L. n. 223/06.

24. Con riferimento alla liberalizzazione compiuta in materia di pubblicità dei servizi professionali sanitari, va segnalata la sentenza della Corte di Cassazione²⁶, secondo cui l'art. 2 del D.L. n. 223/06 *“ha abrogato le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono, con riferimento alle attività libero-professionali e intellettuali, tra l'altro il divieto di svolgere pubblicità informativa”*. Secondo tale sentenza, quindi, la nuova disciplina introdotta dalla “riforma Bersani” è incompatibile con tutti i divieti anche parziali di pubblicità informativa, inclusi quelli contenuti nella legge n. 175/92, che prevedeva numerose restrizioni in materia di pubblicità sanitaria²⁷.

25. Il processo di liberalizzazione è proseguito con l'entrata in vigore del D.L. n. 138 del 13 agosto 2011, della legge n. 183 del 12 novembre 2011 (legge di stabilità 2012), del D.L. n. 1 del 24 gennaio 2012 (decreto liberalizzazioni o Cresci-Italia) e del D.P.R. n. 137 del 7 agosto 2012, recante la riforma degli ordinamenti professionali a norma dell'art. 3, comma 5, D.L. n. 138/11.

²⁴ Cfr. artt. 13, 14 e 15 del D.l.c.p.s. 13 settembre 1946, n. 233.

²⁵ Convertito nella legge 4 agosto 2006, n. 248.

²⁶ Cfr. Cass., sez. III, sent. n. 652 del 15 gennaio 2007.

²⁷ Va segnalata anche la più recente sentenza della Corte di Cassazione del 9 marzo 2012, n. 3717, in cui è stato ribadito che “L'abrogazione generale contenuta nella L. n. 248 del 2006, art. 2, lett. b, nella quale è sicuramente compresa l'abrogazione delle norme in materia di pubblicità sanitaria, di cui alla L. n. 175 del 1992, prescinde dalla natura (individuale, associativa, societaria) dei soggetti rispetto ai quali rileva l'esercizio della professione sanitaria, atteso che la stessa è attuativa dei principi comunitari volti a garantire la libertà di concorrenza e il corretto funzionamento del mercato e sarebbe illegittimo, oltre che irragionevole, limitarne la portata all'esercizio della professione in forma individuale [...]”. Cfr. altresì Cass. Sez VI, sent. n. 11816 del 12 luglio 2012. In tal senso cfr. anche AGCM, IC34, citata, p. 77.

26. In particolare, l'art. 3, comma 5, del citato D.L. n. 138/11 prevede una serie di principi cui avrebbe dovuto ispirarsi la riforma degli ordinamenti professionali, disponendo alla lettera g) che *“la pubblicità informativa, con ogni mezzo, avente ad oggetto l'attività professionale, le specializzazioni ed i titoli professionali posseduti, la struttura dello studio ed i compensi delle prestazioni, è libera. Le informazioni devono essere trasparenti, veritiere, corrette e non devono essere equivoche, ingannevoli, denigratorie”*.

27. Sul quadro normativo delineato, si è inserito l'art. 10 della legge n. 183/11 (legge di stabilità 2012) il quale, novellando l'art. 3 del D.L. n. 138/11, ha disposto che i principi ivi contenuti dovevano orientare il governo nell'opera di delegificazione degli ordinamenti professionali, fissando quale termine ultimo per il completamento della delegificazione il 13 agosto 2012. Dall'entrata in vigore del regolamento governativo di delegificazione e in ogni caso, anche in assenza di tale regolamento, dal 13 agosto 2012 sarebbe intervenuta l'abrogazione delle *“norme vigenti sugli ordinamenti professionali in contrasto con i suddetti principi”* (v. art. 3, comma 5-bis).

28. Il D.P.R. 137 del 7 agosto 2012, attuativo della delegificazione disposta dalla legge n. 183/11, all'art. 4 prescrive: *“E' 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. (comma 1). La pubblicità informativa di cui al comma 1 dev'essere funzionale all'oggetto, veritiera e corretta, non deve violare l'obbligo del segreto professionale e non dev'essere equivoca, ingannevole o denigratoria (comma 2). La violazione della disposizione di cui al comma 2 costituisce illecito disciplinare, oltre a integrare una violazione delle disposizioni di cui ai decreti legislativi 6 settembre 2005, n. 206, e 2 agosto 2007, n. 145. (comma 3)”*.

2. Le norme deontologiche e la loro applicazione

a) Il Codice di deontologia medica 2006 e le Linee Guida approvati dalla FNOMCEO

29. Il Codice di deontologia medica 2006 e le allegate Linee Guida contengono i principi e le regole che gli iscritti agli albi professionali tenuti dagli Ordini territoriali devono osservare nell'esercizio della professione²⁸. I due documenti sono stati approvati dal Consiglio Nazionale della FNOMCEO con deliberazione n. 171 del 16 dicembre 2006²⁹ e poco dopo sono stati pubblicati sul sito *internet www.fnomceo.it* della Federazione stessa³⁰. Con successiva deliberazione n. 52 del 23 febbraio 2007³¹, al fine di tenere conto del mutato quadro normativo, il Comitato Centrale della FNOMCEO ha apportato lievi modifiche al testo dei suddetti documenti.

30. Ai fini che qui rilevano, l'art. 56 del Codice di deontologia medica 2006, rubricato *“Pubblicità dell'informazione sanitaria*, disponeva che:

- *“La pubblicità dell'informazione in materia sanitaria, fornita da singoli o da strutture sanitarie pubbliche o private, non può prescindere, nelle forme e nei contenuti, da principi di correttezza informativa, responsabilità e decoro professionale.*

- *La pubblicità promozionale e comparativa è vietata.*

- *Per consentire ai cittadini una scelta libera e consapevole tra strutture, servizi e professionisti è indispensabile che l'informazione, con qualsiasi mezzo diffusa, non sia arbitraria e discrezionale, ma obiettiva, veritiera, corredata da dati oggettivi e controllabili e verificata dall'Ordine competente per territorio [...].”*

²⁸ Cfr. doc. 18.

²⁹ Cfr. All. 1 alla comunicazione del 14 febbraio 2014, doc. 60.

³⁰ Cfr. comunicazione del 14 febbraio 2014, pag. 2., doc. 60

³¹ Cfr. All. 2 alla comunicazione del 14 febbraio 2014, doc. 60.

31. Ai sensi dell'art. 2 del Codice di deontologia medica 2006, rubricato "*Potestà e sanzioni disciplinari*", "*l'inosservanza dei precetti, degli obblighi e dei divieti fissati [dal Codice stesso] e ogni azione od omissione, comunque disdicevoli al decoro e al corretto esercizio della professione, sono punibili dalle Commissioni disciplinari con le sanzioni previste dalla legge. Le sanzioni, nell'ambito della giurisdizione disciplinare, devono essere adeguate alla gravità degli atti*".

32. Come detto, al Codice di deontologia medica 2006 era allegato il documento recante "*Linea guida inerente l'applicazione degli artt. 55, 56 e 57 del codice di deontologia medica*", il quale prevedeva, al punto 5, rubricato "*Regole deontologiche*", terzo capoverso, che "*non è ammessa la pubblicazione di notizie che siano lesive della dignità e del decoro della categoria o comunque eticamente disdicevoli*". All'ultimo capoverso del medesimo punto 5 si legge: "*è consentito diffondere messaggi informativi contenenti le tariffe delle prestazioni erogate, fermo restando che le caratteristiche economiche di una prestazione non devono costituire aspetto esclusivo del messaggio informativo*".

33. Il punto 9 delle Linee Guida, rubricato "*Verifica e valutazione deontologica*", disponeva che: "*I medici chirurghi e gli odontoiatri iscritti agli Albi professionali sono tenuti al rispetto della presente linea-guida comunicando all'Ordine competente per territorio il messaggio pubblicitario che si intende proporre onde consentire la verifica di cui all'art. 56 del Codice stesso.*

La verifica sulla veridicità e trasparenza dei messaggi pubblicitari potrà essere assicurata tramite una specifica autodichiarazione, rilasciata dagli iscritti, di conformità del messaggio pubblicitario, degli strumenti e dei mezzi utilizzati alle norme del Codice di Deontologia Medica e a quanto previsto nella presente linea-guida sulla pubblicità dell'informazione sanitaria.

Gli iscritti potranno altresì avvalersi di una richiesta di valutazione preventiva e precauzionale da presentare ai rispettivi Ordini di appartenenza sulla rispondenza della propria comunicazione pubblicitaria alle norme del Codice di Deontologia Medica. L'Ordine provinciale, ricevuta la suddetta richiesta, provvederà al rilascio di formale e motivato parere di eventuale non rispondenza deontologica. [...].

L'inosservanza di quanto previsto dal Codice secondo gli orientamenti della presente linea guida è punibile con le sanzioni comminate dagli organi disciplinari previsti dalla legge.".

b) Interpretazioni del Codice di deontologia medica 2006 e delle Linee Guida fornite dalla FNOMCEO

34. Con riguardo alle modalità applicative delle suddette norme deontologiche, giova evidenziare che con la citata deliberazione n. 52 del 23 febbraio 2007 del Comitato Centrale, la FNOMCEO aveva, tra l'altro, disposto³²:

- che "*ogni messaggio pubblicitario [...] deve essere rispondente alle disposizioni deontologiche di cui agli artt. 55, 56 e 57 del vigente Codice deontologico e alla Linea Guida [...] relativamente ai contenuti, ai mezzi e alle forme dell'informazione sanitaria*";

- che gli Ordini "*ai fini degli obblighi della verifica deontologica prevista nell'art. 2, comma 1, lettera b), della legge 4 agosto 2006, n. 248 cui corrisponde l'esercizio della potestà disciplinare in caso di accertata violazione delle norme, promuovono iniziative e attivano procedure idonee a favorire la comunicazione da parte di tutti gli iscritti dei propri messaggi pubblicitari*";

- l'obbligo per gli iscritti agli Ordini, a partire dal 1° aprile 2007, di rilasciare "*una specifica dichiarazione [...] di conformità del messaggio pubblicitario alle norme del Codice deontologico e della Linea Guida [...]. La mancata comunicazione preventiva ha rilievo disciplinare solo nel caso in cui il messaggio non sia, alla verifica, conforme alle norme deontologiche*";

³² Cfr. All. 2 alla comunicazione del 14 febbraio 2014, doc. 60.

- l'obbligo per gli Ordini *“di attivare strutture e procedure di consulenza per i propri iscritti, al fine della valutazione preventiva e precauzionale del messaggio”*;

- la costituzione di un *“Osservatorio Nazionale sulla Pubblicità dell'Informazione Sanitaria, coordinato dal Segretario della Federazione e composto da un gruppo tecnico-giuridico e da responsabili istituzionali degli Ordini”*, con diversi compiti fra cui di monitoraggio sull'efficacia delle procedure attuate.³³

35. La FNOMCEO è, poi, intervenuta in materia di interpretazione delle norme deontologiche con due circolari inviate ai Presidenti degli Ordini territoriali, la circolare n. 40 del 19 luglio 2007 e la circolare n. 14 del 20 maggio 2009.

36. Con la circolare del 19 luglio 2007³⁴, la Federazione comunicava ai Presidenti degli Ordini, *“allo scopo di svolgere pienamente il proprio compito di indirizzo e coordinamento dell'attività degli Ordini provinciali”*, di avere riunito l'Osservatorio *“per fornire un'interpretazione autentica della deliberazione n. 52 del 23 febbraio 2007 e predisporre una modulistica esemplificativa che permetta di garantire una uniformità di comportamenti su tutto il territorio nazionale”* in materia di comunicazione preventiva dei messaggi pubblicitari degli iscritti.

37. Allegata alla circolare vi era il verbale della sopra menzionata riunione, nel quale si dava conto dell'esigenza di *“predisporre una modulistica che gli Ordini, qualora lo ritenessero, potranno utilizzare per gli adempimenti di competenza”*. Nel verbale veniva, poi, evidenziato che l'art. 2 della legge n. 248/2006 *“attribuisce agli Ordini la verifica della trasparenza e della veridicità dei messaggi”* e che a tal fine gli iscritti avrebbero dovuto indirizzare agli OMCEO *“una comunicazione concernente il messaggio pubblicitario che intendono realizzare attraverso due opzioni alternative”*: 1) una dichiarazione di conformità del testo del messaggio agli articoli 55, 56 e 57 del Codice deontologico e alla Linea Guida con le informazioni necessarie a rintracciare il messaggio stesso al fine di consentire all'Ordine la valutazione; 2) la richiesta di valutazione preventiva e precauzionale all'Ordine di appartenenza di rispondenza del messaggio alle norme deontologiche. L'invio della comunicazione, in una delle due forme, avrebbe evitato agli iscritti *“qualsiasi conseguenza di carattere disciplinare”*.

In tal modo, la FNOMCEO introduceva forme preventive di controllo dei messaggi pubblicitari degli iscritti non previste dalla *“riforma Bersani”*.

38. Allegati alla suddetta circolare del luglio 2007 vi era anche copia della modulistica utilizzabile dagli iscritti per comunicare agli OMCEO di appartenenza le proprie pubblicità, predisposta secondo le due opzioni alternative individuate nella riunione.

39. Quanto alla circolare di maggio 2009³⁵, la stessa è stata diffusa dalla FNOMCEO a seguito delle richieste di chiarimenti provenienti dagli OMCEO in merito alla normativa applicabile alle iniziative pubblicitarie. Nella circolare veniva, tra l'altro, confermato il contenuto della delibera n. 52 del 23 febbraio 2007, per quanto riguarda la necessità di verifica preventiva del messaggio pubblicitario, necessità che sarebbe stata riconosciuta – secondo quanto indicato nella circolare - anche dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nell'ambito della propria indagine conoscitiva sul settore dei servizi professionali. Veniva, altresì, comunicata una discordanza di vendite con l'Autorità per quanto riguarda i criteri di dignità e decoro della professione contenuti

³³ Secondo quanto comunicato dalla Parte, il suddetto Osservatorio, che aveva anche finalità di approfondimento tecnico-giuridico della materia della pubblicità, *“si è riunito solo poche volte e ha cessato la propria funzione poco dopo la sua istituzione, a fronte dei molteplici chiarimenti delineati dalla giurisprudenza in materia”*, cfr. comunicazione del 14 febbraio 2014, pag. 2, doc. 60.

³⁴ Cfr. All. 3 alla comunicazione del 14 febbraio 2014, doc. 60.

³⁵ Cfr. All. 4 alla comunicazione del 14 febbraio 2014, doc. 60.

negli art. 55, 56 e 57 del Codice, i quali, ad avviso della Federazione, sarebbero stati invece pienamente rispondenti alle norme comunitarie. Altro elemento di contrasto con l’Autorità, di cui si dava conto nella circolare, era il divieto di pubblicità comparativa contenuto nel Codice deontologico, il quale, secondo la Federazione, sarebbe stato giustificato dalle caratteristiche dei servizi sanitari “*tali da non permettere una pubblicità comparativa che non rischi di divenire, per il particolare oggetto, anche ingannevole*”. A conclusione della circolare, veniva confermato che “*rimangono pienamente in essere i contenuti delle comunicazioni della FNOMCEO del 2007, anche se è innegabile che rimangono aperti punti di frizione con l’Antitrust su aspetti su cui sarà necessario difendere, in ogni sede, il rispetto dei principi deontologici*”.

c) Modalità di applicazione del Codice di deontologia medica 2006 e delle Linee Guida

40. Numerose segnalazioni inviate da singoli professionisti, da società che gestiscono studi odontoiatrici³⁶ e dalla società Groupon S.p.A.³⁷ hanno messo in evidenza come l’applicazione, da parte di singoli OMCEO, delle sopra descritte norme deontologiche deliberate dalla FNOMCEO abbiano di fatto ostacolato il legittimo ricorso degli iscritti all’attività pubblicitaria.

41. Sia le segnalazioni provenienti da reti di studi odontoiatrici, sia quelle provenienti da singoli professionisti documentano una forte resistenza da parte di FNOMCEO e di diversi Ordini territoriali all’utilizzo dello strumento pubblicitario. I professionisti sono stati convocati in audizione e/o sottoposti a procedimenti disciplinari da parte degli OMCEO territorialmente competenti, per aver diffuso messaggi pubblicitari ritenuti in violazione delle norme in materia pubblicitaria del Codice deontologico.

42. Ai professionisti è stato contestato, in particolare, l’utilizzo di determinati mezzi pubblicitari (quali ad es. volantinaggio o cartelloni) o la diffusione di pubblicità focalizzate sulla particolare convenienza delle prestazioni fornite. Oggetto di contestazione sono state, inoltre, la pubblicizzazione di prestazioni a titolo gratuito, la natura promozionale e non informativa delle pubblicità diffuse, nonché la natura comparativa di alcuni messaggi. Quasi sempre è stata contestata la mancata richiesta preventiva alla diffusione dei messaggi pubblicitari all’Ordine competente³⁸. Gli Ordini hanno esplicitamente ritenuto tali promozioni contrarie al decoro professionale³⁹.

43. Nella segnalazione proveniente dalla società Groupon S.p.A. si lamentano le “*campagne mediatiche*” della FNOMCEO volte a denigrare le pubblicità di odontoiatri veicolate tramite Groupon, nonché le iniziative di diversi OMCEO che, mediante convocazioni in audizione o la minaccia di sanzioni disciplinari, hanno potuto esercitare forme di pressione sui “[...] *medici che pubblicizzano la propria attività professionale*” avvalendosi dei servizi di Groupon. Al riguardo, emblematici sono, tra gli altri, i casi degli OMCEO di Roma⁴⁰, Bologna, Padova, Genova⁴¹,

³⁶ Cfr.doc. 21, 22, 23, 25, 26, 27, 28, 30, 31, 33, 34, 35 e 36

³⁷ Cfr.doc. 1, 3, 9, 11, 15 e 16.

³⁸ Cfr. gli allegati ai doc. 22, 23 e 26 esemplificativi dell’applicazione, da parte degli OMCEO di Bologna, Firenze, Varese e Milano, delle norme deontologiche in questione alle pubblicità diffuse da una rete di studi odontoiatrici. Cfr. altresì docc. 30, 33 e 34 esemplificativi dell’applicazione delle norme deontologiche in questione da parte degli OMCEO di Brescia, Bologna, Monza, La Spezia, Cosenza, Frosinone, Carrara, Milano, Verona, Trieste, Udine, Brescia, Catania e Forlì.

³⁹ Cfr. *ex multis* Brescia, doc. 33 e doc. 27; Bologna, doc. n. 23, all. 4; Trieste doc. 30; Varese, doc. 30; Verona, doc. 12 e doc. 30; Roma doc. 15 e all..

⁴⁰ Cfr. allegati ai doc. 15 e 16, relativi all’applicazione delle norme deontologiche in questione da parte dell’Ordine di Roma.

⁴¹ Cfr. allegati al doc. 16.

Catania, Milano⁴², Palermo⁴³, Verona⁴⁴, Padova⁴⁵, Catania⁴⁶ e Parma⁴⁷, i quali dopo aver convocato gli iscritti che si erano avvalsi della rete di Groupon per pubblicizzare le proprie prestazioni ed aver loro prospettato il rischio di azioni disciplinari, hanno ottenuto la disdetta dei contratti da questi stipulati con Groupon.

d) Il Codice di deontologia medica 2014

44. Con memoria del 23 maggio 2014 la FNOMCEO ha comunicato che “*nella seduta svoltasi a Torino il 18 maggio 2014*” è stato approvato il nuovo Codice di deontologia medica 2014 e che nella stessa seduta sono state eliminate le “*Linee guida inerenti l’applicazione degli art. 55, 56 e 57*”, “*suggellando anche in senso formale la loro desuetudine*”⁴⁸. Nella memoria, la FNOMCEO ha illustrato, ai fini dell’istruttoria, le modifiche apportate agli articoli 55, 56 e 57 in tema di pubblicità e informativa sanitaria.

45. Secondo rilevazioni effettuate dalla Direzione la nuova versione del Codice deontologico è in diffusione, sul sito *internet www.fnomceo.it*, dal 26 maggio 2014⁴⁹.

46. Con specifico riguardo all’art. 56 sulla “*Pubblicità informativa sanitaria*”, è ora previsto che:

- “*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 l’attività professionale, i titoli professionali e le specializzazioni, 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 prudente, trasparente, veritiera, obiettiva, pertinente e funzionale all’oggetto dell’informazione, mai equivoca, ingannevole e denigratoria ed è verificata dall’Ordine professionale competente per territorio.*

- *Al medico e alle strutture sanitarie pubbliche e private non sono consentite forme di pubblicità comparativa delle prestazioni.*

- *Il medico non deve divulgare 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 infondate attese e speranze illusorie*” (enfasi aggiunta)⁵⁰.

⁴² L’Ordine di Milano, con comunicazione del 16 gennaio 2012, ha rappresentato di avere ricevuto, nel corso del 2011, 31 segnalazioni riguardanti i propri iscritti (11 odontoiatri e 20 medici) per essersi serviti di Groupon per le proprie attività promozionali; i soggetti segnalati, “secondo la prassi sono stati invitati a prendere visione degli esposti”. Il Consiglio dell’Ordine ha affermato di avere archiviato tutte le segnalazioni e di “non avere assunto delibere di carattere generale, né di comunicazioni da inoltrare a tutti gli iscritti”, cfr. doc. 10. Cfr. anche allegati al doc. 15.

⁴³ Come risulta dagli allegati al doc. 15, a seguito della convocazione, l’Ordine in data 26 novembre 2012 avrebbe avviato un procedimento disciplinare nei confronti di un professionista, per violazione degli articoli 55 e 56 del Codice di Deontologia medica. Successivamente il professionista, con comunicazione del 16 gennaio 2013, avrebbe dichiarato all’Ordine di “avere modificato il messaggio pubblicitario ... e di avere adeguato il testo riportato alla vigente normativa. Mi impegnerò altresì per il futuro a comunicare a codesto ordine, a scopo preventivo, qualsiasi tipo di iniziativa pubblicitaria”. Nel mese di gennaio 2013, l’Ordine di Palermo ha archiviato il procedimento disciplinare.

⁴⁴ Segnalazione del 16 aprile 2012 (prot. 31993). Il segnalante allega il verbale dell’audizione che si è svolta presso l’Ordine di Verona, nel quale si legge: “Viene eccepito il decoro della figura professionale a fianco di operazioni commerciali non consone alla professione ... Dopo un confronto sulle differenti posizioni informo il collega che l’esito del colloquio rimarrà in sospenso fino alla acquisizione di ulteriori posizioni da parte delle istituzioni”.

⁴⁵ Cfr. allegati al doc. 16.

⁴⁶ Cfr. allegati al doc. 16.

⁴⁷ Cfr. allegati al doc. 16.

⁴⁸ Cfr. doc. 73.

⁴⁹ Cfr. docc. 72 e 74.

⁵⁰ Nella precedente versione, l’art. 56 sulla “Pubblicità dell’informazione sanitaria, disponeva che:

- “La pubblicità dell’informazione in materia sanitaria, fornita da singoli o da strutture sanitarie pubbliche o private, non può prescindere, nelle forme e nei contenuti, da principi di correttezza informativa, responsabilità e decoro professionale.

47. Le altre modifiche comunicate dalla FNOMCEO nella citata memoria del 23 maggio 2014 riguardano l'art. 55 sulla "Informazione sanitaria" e l'art.57 sul "Divieto di patrocinio a fini commerciali".

In particolare, l'art. 55 è ora del seguente tenore:

- *"Il medico promuove e attua un'informazione sanitaria accessibile, trasparente, rigorosa e prudente, fondata sulle conoscenze scientifiche acquisite e non divulga notizie che alimentino aspettative o timori infondati o, in ogni caso, idonee a determinare un pregiudizio dell'interesse generale.*

- *Il medico, nel collaborare con le istituzioni pubbliche o con i soggetti privati nell'attività di informazione sanitaria e di educazione alla salute, evita la pubblicità diretta o indiretta della propria attività professionale o la promozione delle proprie prestazioni"*⁵¹.

L'art.57 presenta il seguente testo:

*"Il medico singolo o componente di associazioni scientifiche o professionali non concede patrocinio a forme di pubblicità promozionali finalizzate a favorire la commercializzazione di prodotti sanitari o di qualsivoglia altra natura"*⁵².

48. Sempre in tema di pubblicità e informativa sanitaria, dall'analisi del Codice di deontologia medica 2014⁵³ risulta essere stato modificato anche l'articolo 54, rubricato "Esercizio libero professionale. Onorari e tutela della responsabilità civile", con l'introduzione di un inciso, al quarto comma, che ora recita:

" [...] Il medico può effettuare visite e prestare gratuitamente la sua opera purché tale comportamento non rivesta una connotazione esclusivamente commerciale, non costituisca concorrenza sleale o sia finalizzato a indebito accaparramento di clientela" (enfasi aggiunta)⁵⁴.

Con tale inciso viene, quindi, esplicitamente posto un divieto di prestare gratuitamente i servizi medici a scopi commerciali. Si tratta di una forma di promozione che, come risulta dalle segnalazioni agli atti del procedimento, è prevalentemente utilizzata dalle società odontoiatriche e da giovani professionisti che si affacciano sul mercato.

IV. LE ARGOMENTAZIONI DELLA FNOMCEO

a) Sul ruolo e le funzioni della FNOMCEO

49. Nel corso dell'audizione del 3 dicembre 2013, nella comunicazione del 10 dicembre 2013, nelle memorie del 22 gennaio e del 23 maggio 2014 e nell'audizione finale dell'8 luglio 2014, la

- La pubblicità promozionale e comparativa è vietata.

- Per consentire ai cittadini una scelta libera e consapevole tra strutture, servizi e professionisti è indispensabile che l'informazione, con qualsiasi mezzo diffusa, non sia arbitraria e discrezionale, ma obiettiva, veritiera, corredata da dati oggettivi e controllabili e verificata dall'Ordine competente per territorio...." (enfasi aggiunta).

⁵¹ Nella precedente versione l'art. 55 sull' "Informazione sanitaria" era il seguente:

- "Nella comunicazione in materia sanitaria è sempre necessaria la massima cautela al fine di fornire una efficace e trasparente informazione al cittadino.

- Il medico deve attenersi in materia di comunicazione ai criteri contenuti nel presente Codice in tema di pubblicità e informazione sanitaria; l'Ordine vigila sulla corretta applicazione dei criteri stessi.

- Il medico collabora con le istituzioni pubbliche al fine di una corretta informazione sanitaria ed una corretta educazione alla salute".

⁵² L'art. 57 sul "Divieto di patrocinio" era il seguente: "Il medico singolo o componente di associazioni scientifiche o professionali non deve concedere avallo o patrocinio a iniziative o forme di pubblicità o comunque promozionali a favore di aziende o istituzioni relativamente a prodotti sanitari o commerciali".

⁵³ Cfr. docc. 72 e 74.

⁵⁴ L'art. 54 sugli "Onorari professionali nell'esercizio libero professionale" era il seguente: "[...] Il medico può, in particolare circostanza, prestare gratuitamente la sua opera purché tale comportamento non costituisca concorrenza sleale o illecito accaparramento di clientela".

FNOMCEO ha sostenuto di non poter essere considerata un'associazione di imprese, ma ai sensi dell'art. 12 del D.l.c.p.s. n. 233/46 un ente pubblico privo di finalità economiche, così come gli Ordini e i Collegi professionali, avendo carattere obbligatorio e non avendo finalità di lucro. Secondo quanto sostenuto dalla Parte nell'audizione del 3 dicembre 2013, anche il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 1344 del 16 marzo 2004, avrebbe qualificato *“gli Ordini e la FNOMCEO come enti pubblici esponenziali di categoria che svolgono attività di carattere pubblicistico ed operano con strumenti pubblici sotto la vigilanza del Ministero”*. In particolare, la Federazione rileva, nella memoria del 23 maggio 2014, che *“Le indicate peculiarità [della Federazione e degli Ordini] sono ben chiare anche in ambito comunitario dove risulta ben distinta la dinamica del funzionamento delle imprese rispetto a quella degli Ordini professionali e delle loro Federazioni, connotata da tempi di operatività notevolmente diversi in ragione del coinvolgimento di interessi pubblici e generali che impongono una partecipazione nel processo decisionale di tutti i soggetti portatori di quegli interessi che non sono circoscritti ai soli professionisti”*. Tali concetti sono stati ripresi nell'audizione finale dell'8 luglio 2014, nel corso della quale è stato ribadito che *“non vi è un'unica nozione di impresa e di associazione di impresa, come ampiamente condiviso dai principali studiosi del diritto. Gli Ordini sono assimilati alle imprese, ma non sono imprese, bensì enti pubblici economici”*.

50. La FNOMCEO ha inoltre sottolineato, nell'audizione del 3 dicembre 2013, che non tutte le professioni sono uguali essendo molto più complesso includere in una logica imprenditoriale l'attività medica rispetto ad altre professioni. Ciò in quanto i servizi medici garantiscono il diritto alla salute, tutelato dall'art. 32 della Costituzione.

51. Con riguardo alla propria funzione primaria, la FNOMCEO ha rilevato, nella memoria del 22 gennaio 2014, che questa è strettamente legata alla *“conservazione della qualificazione professionale, del decoro e dell'indipendenza delle professioni medica ed odontoiatrica alle quali si riconnette il potere disciplinare che l'Ordinamento esplicitamente attribuisce agli Ordini territoriali”*, evidenziando come l'adozione del Codice deontologico rientri proprio nell'ambito di tale funzione. Inoltre, il Codice sarebbe un *“atto di natura regolamentare [...] trasmesso al Ministero vigilante che non ha formulato osservazioni, né rilievi”* [enfasi presente nel testo]. Pertanto, le disposizioni deontologiche che regolano la pubblicità e l'informazione sanitaria sarebbero legittimate dai poteri di autoregolamentazione attribuiti dalla legge agli Ordini e alla Federazione, con *“la particolare attenzione che il legislatore dell'ultimo secolo ha prestato alla materia della pubblicità del settore sanitario, nella consapevolezza della pericolosità dei messaggi in materia sanitaria”*.

b) Sul ruolo e le condotte degli Ordini provinciali

52. Nella memoria del 22 gennaio 2014 la FNOMCEO ha sostenuto che gli Ordini avrebbero un *“potere esclusivo [...] di verifica dei messaggi pubblicitari”*, potere confermato dalla *“legislazione nazionale succedutasi al procedimento di liberalizzazione del 2006 ...”*. In particolare, *“... l'art. 2, comma 1, lettera b) del D.L. 223/2006 nel disporre che sono abrogati per i professionisti il divieto, anche parziale, di svolgere pubblicità informativa, aggiunge che la pubblicità informativa deve essere svolta secondo criteri di trasparenza e veridicità del messaggio, il cui rispetto è verificato dall'Ordine”* [enfasi presente nel testo]; inoltre, prosegue la memoria, *“.. [al]l'art. 3, comma 5, del decreto-legge 138/2011 [è stato ribadito] che le informazioni devono essere trasparenti, veritiere [...] corrette e non devono essere equivocate, ingannevoli e denigratorie”*; infine, ad avviso della Parte, è stato confermato *“il potere disciplinare attribuito in materia agli Ordini nell'art. 10 della L. 138/2011, al cui comma 7 è disposto ‘i professionisti [...] sono tenuti all'osservanza del codice deontologico del proprio Ordine ...’* [enfasi presente nel testo].

53. La funzione di garanzia attribuita agli Ordini dal legislatore, oltre che la legittimità delle sanzioni disciplinari da loro comminate per pubblicità scorrette sarebbero confermate, secondo quanto indicato dalla FNOMCEO nella memoria del 22 gennaio 2014, anche dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, la quale avrebbe riconosciuto che “il *‘decoro’* e la *‘dignità’* professionale devono essere **considerati un limite invalicabile nell’esercizio dell’informazione pubblicitaria**” [enfasi presente nel testo] ⁵⁵. Inoltre, ad avviso della Parte, l’importanza della funzione attribuita agli Ordini “*anche dopo il processo di liberalizzazione discende[rebbe] dall’indirizzo comunitario che ha più volte riconosciuto il valore che ‘decoro’ e ‘indipendenza’ ... assumono con riferimento alle comunicazioni commerciali, nell’intento di tutela del consumatore*”; ciò si evincerebbe chiaramente, a detta della Parte, dall’art. 8 della Direttiva 2000/31/CE del Consiglio dell’8 giugno 2010, nel quale sarebbe riaffermata la necessità del rispetto dei suddetti principi. Anche nelle successive memorie difensive, la Parte ha ribadito tali concetti.

54. Con riguardo alla possibilità per gli Ordini di effettuare valutazioni preventive delle promozioni degli iscritti, la FNOMCEO rileva come l’art. 4 del D.P.R. n. 137/12 non abbia modificato l’art. 2 del Decreto Bersani “*là dove precisa che il messaggio pubblicitario è verificato dall’Ordine. Detta norma, costitutiva del potere di verifica, non specifica il momento temporale in cui la verifica può essere svolta, con la conseguenza di rendere pienamente lecita tanto la verifica a posteriori, quanto quella preventiva*”. Più in generale, la Federazione, nella memoria del 22 gennaio 2014, sostiene che la stessa Autorità, nella propria indagine conoscitiva del 2008 sulle professioni liberali e i codici deontologici, “*non ha ritenuto dette disposizioni incompatibili con l’ordinamento, pur formulando rilievi critici*”.

55. Con riguardo alle iniziative dei singoli OMCEO oggetto delle segnalazioni pervenute all’Autorità, la Federazione ha precisato nell’audizione del 3 dicembre 2013 che ciò sarebbe dovuto all’ampio sconcerto di tali Ordini di fronte alle pubblicità di alcuni odontoiatri veicolate, tramite la rete di *Groupon*, insieme alle pubblicità dei profumi, dei trattamenti per il corpo, ecc.. Inoltre, ha chiarito la Parte, con l’abolizione delle tariffe, non ci sarebbero più parametri di riferimento sulla cui base valutare, da parte dei singoli consumatori, gli sconti promossi dai professionisti che si avvalgono di siti *internet* quali *Groupon* e ciò può dare luogo a comportamenti scorretti e ingannevoli che giustificherebbero le iniziative degli Ordini.

56. La FNOMCEO ha rilevato, sempre nel corso dell’audizione del 3 dicembre 2013, che le iniziative degli Ordini territoriali segnalate all’Autorità, come ad esempio le convocazioni in audizione di medici per pubblicità ritenute contrarie al decoro, sarebbero atti dovuti poiché conseguenti a denunce dagli stessi ricevute: qualora gli Ordini non avessero provveduto alle relative verifiche in contraddittorio con gli interessati, sarebbero incorsi in omissioni di atti.

c) Sulla condotta della FNOMCEO e sull’insussistenza dell’elemento soggettivo

57. Nella memoria del 27 giugno 2014 e nell’audizione finale dell’8 luglio 2014, la Federazione ha rilevato “*come la maggior parte dei documenti [agli atti del procedimento] non siano di paternità della FNOMCEO, ma provengano o riguardino attività di soggetti tutti titolari di autonomi poteri*

⁵⁵ A questo riguardo, in detta memoria sono citate quattro sentenze in materia di pubblicità forense, con le quali la Corte di Cassazione ha respinto i ricorsi proposti da avvocati avverso decisioni del Consiglio Nazionale Forense (di seguito anche CNF) di conferma delle sanzioni disciplinari irrogate da singoli Consigli territoriali (Cass. SS.UU. del 18.11.2010 n. 23287; *idem* del 3.5.2013 n. 10304; *idem* del 13 novembre 2012 n. 19705; *idem* del 10.8.2012 n. 14368); viene inoltre citata una sentenza in materia di pubblicità sanitaria, con cui la Corte di Cassazione ha accolto il ricorso di un odontoiatra avverso la decisione della Commissione Centrale per gli esercenti la professione sanitaria che aveva ritenuto deontologicamente scorretta la diffusione di volantini pubblicitari, annullando la sanzione decisa da tale Commissione (Cass. SEZ. VI civ. del 3.5.2013 n. 11816).

e di distinta soggettività e la più parte non abbiano alcuna correlazione con quelli della Federazione”. In ogni caso, l’analisi dei pochi documenti riguardanti direttamente il suo comportamento lascerebbe trasparire, ad avviso della FNOMCEO, la connotazione evolutiva della sua condotta e dell’indirizzo interpretativo in materia di pubblicità sanitaria “che è andato adeguandosi, pur se lentamente, verso aperture non certo ispirate ad iniziative restrittive della concorrenza”. Più precisamente, da tali documenti si evincerebbe chiaramente “lo sforzo della FNOMCEO di rendersi non solo interprete degli interventi liberalizzatori della materia della pubblicità, ma del tentativo di superare gli indirizzi interni previgenti ... Traspare evidente ... lo sforzo di coordinamento per traghettare le funzioni di controllo della pubblicità sanitaria agli Ordini provinciali fin dal 1934 in un ambito non solo nuovo, quale quello delineato dalle liberalizzazioni introdotte dal DL 223/2006 ... ma soprattutto conforme all’interpretazione ricevutane nel corso del tempo”. La Federazione ha evidenziato come il fatto stesso che dopo la conclusione dell’indagine conoscitiva del 2009 promossa dall’Autorità sia iniziato il processo di revisione del Codice deontologico sia “sintomatico di una condotta di adeguamento della deontologia all’indirizzo normativo liberalizzatore”.

58. La Federazione ha sottolineato, inoltre, le difficoltà di applicazione interpretativa di disposizioni normative che si sono sovrapposte alla normativa vigente e che giustificherebbero, per un verso, l’iniziale orientamento condizionato da disposizioni superate e, per altro verso, “l’insussistenza dell’elemento soggettivo qualunque possa essere la valutazione dell’operato della Federazione”. In particolare, la FNOMCEO ha ricordato che “la sovrapposizione temporale nello stesso momento dell’adozione tanto del Codice di Deontologia Medica 2006 quanto del varo del D.L. 223/06 ha impedito che i precetti deontologici in materia pubblicitaria fossero armonizzati con le liberalizzazioni, risentendo ancora della disciplina della legge 175/92, peraltro mai formalmente abrogata”.

Come anche sottolineato nell’audizione dell’8 luglio 2014, subito dopo l’entrata in vigore della “Legge Bersani”, la FNOMCEO si era chiesta come i singoli OMCEO potessero effettuare le verifiche sull’attività promozionale degli iscritti previste dalla nuova normativa, non essendo chiaro se la L. 175/92 continuasse a rimanere in vigore. La Parte ha rilevato che “le Linee Guida sono state deliberate in tale periodo, in risposta alla confusione che si era creata. Le Linee Guida sono il prodotto di una fase di transizione durante la quale la Federazione avrebbe compiuto lo sforzo di interpretare in modo consono alla legge vigente cosa significasse per gli Ordini svolgere l’attività di verifica dei messaggi pubblicitari, attività prevista dalla Legge Bersani. Una volta acquisita chiarezza “sull’incisione subita dalla legge 175/92 per effetto delle liberalizzazioni”, la FNOMCEO ha avviato un processo di revisione del Codice che si è concluso solo di recente, con l’approvazione di una nuova versione deliberata il 18 maggio 2014.

59. In ogni caso, si chiarisce nella memoria del 27 giugno 2014, è necessario distinguere la condotta della FNOMCEO dalle condotte dei singoli Ordini provinciali. Infatti, ai sensi dell’art. 15 del D.L.P.C.S. n. 233/1946, la FNOMCEO ha solo “il potere di vigilare sul piano nazionale alla conservazione del decoro dell’indipendenza delle relative professioni ed altresì di coordinare l’attività dei rispettivi Ordini provinciali ...”. La Federazione ha sottolineato come le norme deontologiche siano demandate “per l’applicazione ai singoli Ordini ai quali soli rispondono della loro inosservanza gli iscritti che ... non hanno alcun rapporto diretto con la Federazione che non vanta alcun potere su di loro”. Del resto, ha evidenziato la Parte, i singoli Ordini sono “enti dotati di soggettività propria, ai quali soli competono ... le potestà interpretative e applicative delle norme deontologiche e disciplinari. Le loro iniziative, specie quelle oggetto di segnalazione, sotto nessun profilo sono attribuibili alla FNOMCEO”.

60. Nella memoria viene altresì evidenziato che sarebbe *“un’impropria forzatura far apparire la condotta autonoma e scoordinata di soli 8 Ordini provinciali sui 106 presenti sul territorio italiano, come un’intesa restrittiva della concorrenza e come una condotta anticoncorrenziale della FNOMCEO, perché una corretta valutazione della documentazione raccolta non consente certo di ritenere provata, specie con riferimento all’elemento soggettivo, la violazione dell’art. 2 della legge n. 287/90 da parte della deducente”*. La Federazione ha rilevato, inoltre, che un’intesa restrittiva della concorrenza sottende la *“comune volontà e/o impostazione di determinarsi in un preciso modo che non è invece ravvisabile sotto nessun profilo nel caso di specie”*. Dalla documentazione agli atti, ha precisato la FNOMCEO, non si evince *“la prova di comportamenti della Federazione ripetuti e uniformi di deliberata intesa con i singoli Ordini che appaia il frutto di concertazione. A maggior ragione, se si considera che le iniziative denunciate riguardano 8 Ordini su 106 e la più parte di questi ha correttamente interpretato l’indirizzo di liberalizzazione ... così da poter escludere che sporadiche iniziative possano essere intese come volontà del gruppo organizzato e peggio con la regia e l’intesa della FNOMCEO”*. In definitiva, nelle *“sporadiche iniziative”* degli Ordini segnalate all’Autorità, ad avviso della Parte, *“difetta una qualsiasi correlazione con l’attività svolta dalla FNOMCEO idonea a configurare un’intesa restrittiva o anticoncorrenziale”*.

61. Nell’audizione dell’8 luglio 2014, la Parte ha ricordato di nuovo che le segnalazioni agli atti del procedimento riguardano i comportamenti di singoli Ordini professionali senza alcun riferimento, né coinvolgimento della FNOMCEO.

d) Sul Codice di deontologia medica 2014

62. Con riguardo alla durata del processo di revisione del Codice deontologico, la FNOMCEO rileva, nella memoria del 23 maggio 2014 e nell’audizione finale dell’8 luglio 2014, che questo ha *“scontato i tempi di un minuzioso lavoro che ha visto impegnati filosofi, sociologi, giuristi, linguisti e ha reso necessario il coinvolgimento di tutti gli Ordini provinciali, poi di tutte le branche della professione medica e di quella odontoiatrica ... ha ricevuto il confronto con i cittadini-consumatori, con le associazioni di volontariato, delle confessioni religiose, ecc. in modo da giungere ad un testo il più rispondente possibile ad una professione in sintonia con il sentire collettivo e le esigenze di tutela del diritto alla salute garantito dalla Costituzione”*. In particolare, la FNOMCEO sottolinea che si è trattato di un percorso di revisione complesso anche in ragione delle dinamiche di funzionamento del sistema ordinistico, connotate da tempi di operatività notevolmente lunghi, in ragione del coinvolgimento di interessi pubblici e generali che hanno imposto la partecipazione al processo decisionale di tutti i professionisti iscritti agli Ordini e dei soggetti portatori di interessi generali.

63. Con riguardo alla nozione di *“decoro professionale”*, la FNOMCEO ha sottolineato nella memoria del 27 giugno 2014, che *“ancorché definitivamente espunto dall’art. 56 del Nuovo Codice di Deontologia [...] il parametro è in sé sostanzialmente neutro, tant’è che esso è considerato dallo stesso legislatore”*. Ad avviso della Parte, quindi, si deve escludere che la norma deontologica in sé abbia valenza restrittiva, *“dovendosi piuttosto avere riguardo alle modalità di sua applicazione che per quanto concerne la FNOMCEO, se nella fase iniziale ha forse risentito di formalistici orientamenti pregressi, sotto nessun profilo sono limitative delle garanzie accordate ai professionisti ...”*.

64. Nell’audizione finale dell’8 luglio 2014, la Parte ha rilevato che l’attuale formulazione dell’articolo 56 è perfettamente compatibile con la vigente normativa e che molte delle aggettivazioni utilizzate, al secondo comma di tale articolo, sono rintracciabili nella normativa vigente.

65. Sempre nell'audizione finale dell'8 luglio 2014, la FNOMCEO ha sottolineato, relativamente alla pubblicità comparativa, che *“si tratta di una modalità promozionale molto pericolosa se applicata alla sanità, in quanto è estremamente complesso effettuare confronti tra prestazioni mediche, potendo ciò essere fonte di equivoci. Nel nuovo testo è comunque stato riconosciuto che la pubblicità comparativa è ammessa se basata su conosciuti termini e parametri oggettivi di confronto”*. A quest'ultimo riguardo, già nell'audizione del 3 dicembre 2013, la Parte aveva evidenziato che il problema derivante da tale forma di promozione era legato alla mancanza di indicatori certi sulla cui base misurare le *performance* delle strutture sanitarie: sarebbe quindi stato onere della FNOMCEO, come ente ausiliario dello Stato, *“fare qualcosa a fronte di tali forme di promozione”* anche per evitare la diffusione di *“informazioni pubblicitarie che non rispondono ai requisiti di trasparenza, correttezza e non equivocità [e che favorirebbero] un consumo di prestazioni inappropriate e potenzialmente a rischio di produrre danni alla tutela della salute della collettività”*.

66. In definitiva, la FNOMCEO ritiene che con l'eliminazione delle Linee Guida e l'approvazione della nuova versione dell'art. 56 introdotta nel Codice di deontologia medica 2014 la materia della pubblicità sia stata profondamente modificata e sia ora coerente con la disciplina a tutela della concorrenza.

V. VALUTAZIONI

1. Il mercato rilevante

67. In via preliminare, si rileva che negli accertamenti relativi alle intese la definizione del mercato rilevante è essenzialmente volta a individuare le caratteristiche del contesto economico e del quadro giuridico di riferimento in cui si colloca l'intesa⁵⁶.

68. Ciò premesso, il Codice di deontologia medica 2006 e le Linee Guida forniscono un insieme di regole di autodisciplina che tutti i medici chirurghi e gli odontoiatri iscritti agli albi professionali presenti sul territorio nazionale devono osservare nell'esercizio della propria professione e a cui si devono adeguare.

69. E' pertanto ragionevole ritenere che il mercato interessato dall'intesa in esame sia quello, nazionale, della prestazione di servizi professionali medici e odontoiatrici.

2. L'intesa

70. Secondo il diritto *antitrust*, l'applicabilità ai servizi professionali delle regole della concorrenza prescinde dalla tipologia della professione considerata e dal grado di rilevanza dell'interesse pubblico connesso all'esercizio della stessa. Sono stati, infatti, oggetto di sindacato *antitrust* comportamenti di diversi professionisti e dei loro enti esponenziali, tra cui medici, spedizionieri doganali, avvocati, architetti⁵⁷. Nel caso di specie, i medici e gli odontoiatri, in quanto prestano stabilmente a titolo oneroso e in forma indipendente i propri servizi professionali, svolgono attività economica e possono essere quindi qualificati come imprese, ai sensi della

⁵⁶ Cfr. Consiglio di Stato sentenza del 1° marzo 2012 n. 1192, Mercato dello zolfo grezzo in cui si afferma che “nella materia delle intese la problematica dell'individuazione del mercato rileva in un momento successivo dal punto di vista logico, quello dell'inquadramento dell'accertata intesa nel suo contesto economico giuridico, in modo che l'individuazione del mercato non appartiene più alla fase dei presupposti dell'illecito, ma è funzionale alla decifrazione del suo grado di offensività”; cfr. altresì sentenza del 24 settembre 2012, n. 5067, Acea - Suez Environment/Pubblicacqua e da ultimo anche le sentenze del Tar del Lazio del 17 novembre 2011, nn. 8947 e a., Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici; e del 29 marzo 2012, nn. 3031 e a., Logistica internazionale.

⁵⁷ Al riguardo cfr. Corte di giustizia, 18 giugno 1998, causa C-35/96, Commissione/Italia; 12 settembre 2000, cause riunite da 180/98 a 184/98, Pavlov ed altri; 19 febbraio 2002, causa C-35/99, Procedimento penale a carico di Manuele Arduino; 19 febbraio 2002, causa C-309/99, Wouters e altri v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten.

normativa comunitaria a tutela della concorrenza, senza che la natura complessa e tecnica dei servizi da essi forniti e la circostanza che l'esercizio della loro professione è regolamentato siano tali da modificare questa conclusione⁵⁸.

71. Gli ordini dei medici e le associazioni di ordini come la FNOMCEO, in quanto enti rappresentativi di imprese che offrono sul mercato in modo indipendente e stabile i propri servizi professionali, debbono pertanto essere considerati come associazioni di imprese ai sensi dell'art. 101 del TFUE. Ciò anche in ragione *“dell'indubbia e ragionevolmente rinvenibile influenza esercitata dagli ordini sui comportamenti, anche a contenuto economico, degli associati, in quanto esercitata da soggetti titolari di rilevanti poteri di rappresentanza istituzionale della categoria e gestione, anche sotto il profilo disciplinare, avuto riguardo all'applicazione e all'osservanza delle norme deontologiche”*⁵⁹.

72. Si rileva inoltre che la FNOMCEO, nell'adottare il Codice deontologico e le Linee guida oggetto del presente procedimento, riguardanti i comportamenti economici dei professionisti in materia di pubblicità, non assolveva ad alcuna missione di carattere sociale fondata sul principio di solidarietà, né esercitava le prerogative tipiche dei pubblici poteri, ma al contrario essa agiva come organo di regolamentazione di una professione il cui esercizio costituisce un'attività economica⁶⁰.

73. Il Codice di deontologia medica e le Linee Guida, in quanto atti adottati da un ente rappresentativo di imprese che forniscono prestazioni professionali mediche ed odontoiatriche, costituiscono deliberazioni di un'associazione di imprese. Si ricorda, infatti, che secondo la consolidata giurisprudenza comunitaria, persino una mera raccomandazione inerente al comportamento economico dei professionisti – indipendentemente dalla sua precisa natura giuridica – costituisce una decisione ai sensi dell'art. 101 TFUE⁶¹. Nel caso di specie, a maggior ragione, il carattere vincolante delle norme deontologiche sopra menzionate rispetto agli iscritti agli Albi professionali tenuti dagli OMCEO, nonché la possibilità per questi ultimi di infliggere sanzioni in caso di inosservanza di tali norme, portano a considerare le disposizioni che vi sono sancite come costitutive di una decisione di associazione d'impresa, qualificabile come un'unica intesa ai sensi dell'articolo 101 del TFUE⁶².

74. Non rileva, ai fini dell'accertamento dell'illecito contestato nel presente procedimento istruttorio, la circostanza – menzionata dalla Parte nelle proprie memorie difensive - che nel 2006 il Codice deontologico sia stato trasmesso al Ministero della Salute senza che quest'ultimo formulasse rilievi in proposito. La trasmissione, avvenuta ai sensi dell'art. 35 del DPR n.

⁵⁸ Cfr. Causa C-41/90, Hofner and Elser v. Macroton GmbH, [1991] ECR I-1979; Causa C-309/99 Wouters v. Algemene Raad vande Nederlandse Orde van Advocaten [2002] ECR I-1577; Causa C-1/12, Ordem dos Tecnicos Oficiais de Contas, non ancora pubblicato in Racc.; sentenza TAR Lazio n. 1757 del 25 febbraio 2011, Consiglio Nazionale dei Geologi c. AGCM. Cfr. da ultimo Cass. Civ. Sez. II, Sent. n. 3715 del 14 febbraio 2013. Cfr. anche AGCM, caso I706-Ordine dei medici chirurghi e degli odontoiatri di Bolzano, in Boll. 41/2009.

⁵⁹ Cfr., TAR Lazio, Sez. I, sent. 1757/2011, Geologi, cit. e giurisprudenza ivi citata. Aggiunge inoltre il TAR nella medesima sentenza che ai fini della qualificazione degli ordini come associazioni di imprese *“assume significato decisivo la circostanza che gli ordini professionali sono comunque enti pubblici associativi, espressione degli esercenti una determinata professione, nei cui confronti l'ente svolge poteri autoritativi sia di vigilanza che di tutela delle ragioni economiche, cosicché non può escludersi che attraverso le deliberazioni dei Consigli possano realizzarsi forme di coordinamento delle condotte dei singoli professionisti suscettibili di assumere valenza anticoncorrenziale nel mercato considerato.”* V. anche causa C-309/99, Wouters, cit., para. 63.

⁶⁰ Cfr. Corte di Giustizia, causa C-309/99, Wouters, cit. para. 57 e causa C-1/12, Ordem dos Tecnicos Oficiais de Contas cit., para. 40.

⁶¹ Cfr. causa C-136/12, Consiglio Nazionale Geologi v. AGCM, par. 46.

⁶² Cfr. *ex multis* Corte di Giustizia, causa C-136/12, Consiglio Nazionale Geologi v. AGCM, cit., para. 47.

221/1950⁶³, non pregiudica comunque la piena ed esclusiva competenza dell'Autorità a valutare l'esistenza di eventuali violazioni della normativa *antitrust*.

3. La restrizione della concorrenza

a) Il Codice di deontologia medica 2006 e le Linee guida

75. Si osserva preliminarmente che con il presente procedimento non sono messe in discussione le funzioni di vigilanza attribuite agli OMCEO dal D.P.R. n. 137/12, ferma restando ovviamente la competenza dell'Autorità ad applicare il Decreto Legislativo. n. 206/2005 e il Decreto Legislativo. n. 145/07⁶⁴. Neppure è messa in discussione la funzione del Codice di deontologia medica quale strumento utile a dettare norme cui si devono adeguare gli iscritti agli Albi nell'esercizio della loro professione, o il potere disciplinare degli OMCEO nei confronti dei comportamenti adottati da singoli iscritti che non risultino conformi alle norme deontologiche.

76. Come chiaramente riportato nel provvedimento di avvio dell'istruttoria così come nella Comunicazione delle risultanze istruttorie⁶⁵, oggetto del procedimento sono alcune disposizioni del Codice deontologico e delle Linee Guida, deliberate dal Consiglio Nazionale della FNOMCEO e diffuse sul sito *internet* www.fnomceo.it, in quanto idonee a restringere in misura sensibile la concorrenza mediante l'imposizione di ingiustificati divieti o vincoli all'utilizzo dello strumento pubblicitario.

77. Pertanto, contrariamente a quanto sembra ritenere la Parte nelle proprie memorie e audizioni, il presente procedimento non riguarda i comportamenti di singoli OMCEO, né è mai stata imputata alla FNOMCEO la condotta degli Ordini segnalati e neppure sono state imputate intese o forme di coordinamento tra la FNOMCEO e singoli OMCEO frutto della "*comune volontà e/o impostazione di determinarsi in preciso modo*". Le segnalazioni pervenute sono state considerate nell'ambito dell'istruttoria, in quanto sintomatiche ed esemplificative della valenza restrittiva delle norme deontologiche sull'attività promozionale degli iscritti agli Ordini.

78. In definitiva, il presente procedimento ha ad oggetto la valutazione di alcune disposizioni delle norme deontologiche deliberate dalla FNOMCEO, nell'ambito dei propri poteri di vigilanza e di coordinamento dell'attività degli Ordini provinciali, in quanto strumento dalla stessa offerto agli OMCEO per valutare le iniziative promozionali degli iscritti. Si tratta di norme che non sono neutre, come sostenuto dalla FNOMCEO nelle proprie memorie, ma - come di seguito illustrato - ostacolano il ricorso allo strumento pubblicitario da parte dei professionisti, restringendo la concorrenza. Ciò risulta peraltro avvalorato dalle interpretazioni fornite dalla stessa FNOMCEO nel corso del tempo, mediante delibere e circolari inviate ai Presidenti dei singoli OMCEO. Si deve altresì sottolineare che, contrariamente a quanto affermato dalla Parte, le segnalazioni agli atti lamentano le modalità di applicazione delle suddette norme deontologiche da parte di oltre una ventina di Ordini provinciali, fra cui quelli di Roma, Milano, Bologna, Torino, Firenze.

79. In particolare, con riguardo all'art. 56 del Codice di deontologia medica 2006, lo stesso prevedeva al secondo comma un divieto assoluto alla "*pubblicità promozionale e comparativa*", nel contesto del richiamo al principio del "*decoro professionale*" cui avrebbe dovuto conformarsi

⁶³ Approvazione del regolamento per la esecuzione del decreto legislativo 13 settembre 1946, n. 233, sulla ricostituzione degli Ordini delle professioni sanitarie e per la disciplina dell'esercizio delle professioni stesse (Gazz. Uff. 16 maggio 1950, n. 112, S.O.) L'art. 35 del DPR 221/1950 dispone infatti che "I regolamenti interni degli Ordini o Collegi devono essere deliberati dai rispettivi Consigli e sono soggetti all'approvazione della competente Federazione nazionale. I regolamenti delle Federazioni nazionali debbono essere deliberati dai rispettivi Comitati centrali e sono soggetti all'approvazione dei Consigli nazionali. Detti regolamenti sono comunicati all'Alto Commissariato per l'igiene e la sanità pubblica, il quale, nel termine di tre mesi dalla loro ricezione, può, con decreto motivato, disporre l'annullamento per vizi di legittimità".

⁶⁴ Cfr. art. 4 del DPR 137/2012.

⁶⁵ Come anche discusso nel corso dell'audizione del 3 dicembre 2013, cfr. verbale.

la pubblicità in materia sanitaria. Anche la Linea Guida, all'art. 5, cpv. 3, vietava la diffusione di *“notizie [...] lesive della dignità e del decoro della categoria”*.

80. Dette norme deontologiche sono idonee a limitare ingiustificatamente il ricorso allo strumento pubblicitario, importante leva concorrenziale a disposizione dei professionisti. Ciò vale, *in primis*, per il divieto di *“pubblicità promozionale”*, palesemente ingiustificato se si considera che scopo della pubblicità è proprio la promozione dei servizi offerti da un professionista. Si tratta pertanto di una disposizione avente per oggetto la limitazione della concorrenza tra professionisti.

Sul punto, peraltro, anche la Direttiva 2000/31/CE dell'8 giugno 2000, citata dalla Parte nelle proprie memorie, nel disporre previsioni in materia di servizi della società dell'informazione per i vari settori di attività economica, comprese le professioni regolamentate, definisce come *“comunicazioni commerciali”*, all'art. 2, lettera f), *“tutte le forme di comunicazione destinate a promuovere, in modo diretto o indiretto, beni, servizi, o l'immagine di un'impresa, di un'organizzazione o di una persona che svolge un'attività commerciale, industriale o artigianale o una libera professione.”*

81. Del resto, come evidenziato dalla Commissione europea nella propria Relazione del 2004, *“la pubblicità può agevolare la concorrenza informando i consumatori in merito ai diversi prodotti e consentendo loro di prendere decisioni di acquisto più informate. Le restrizioni in materia di pubblicità possono pertanto ridurre la concorrenza rendendo più costosa l'acquisizione di informazioni in merito ai diversi prodotti e rendendo più difficile per i consumatori ricercare la qualità e il prezzo che meglio si adatta alle loro necessità [...] una pubblicità veritiera e obiettiva può effettivamente aiutare i consumatori a superare l'asimmetria e a prendere decisioni di acquisto più informate”*⁶⁶.

82. Anche il divieto di *“pubblicità comparativa”*, previsto all'art. 56, comma 2, del Codice di deontologia medica 2006, oltre a non essere conforme al vigente dettato normativo, costituisce un ingiustificato ostacolo alla pubblicità delle professioni sanitarie, se si considera che tale forma di promozione è, per sua natura, finalizzata alla valorizzazione degli elementi che differenziano il servizio pubblicizzato e ha quindi un contenuto tipicamente informativo⁶⁷. La stessa Commissione europea, del resto, nella propria Relazione del 2004, ha affermato come sia *“ampiamente riconosciuto che la pubblicità, ed in particolare la pubblicità comparativa, può essere uno strumento di concorrenza fondamentale per le nuove imprese che fanno il loro ingresso nel mercato e per le imprese esistenti che lanciano nuovi prodotti”*.⁶⁸ Non rileva, al riguardo, quanto affermato da FNOMCEO circa l'assenza di indicatori certi per la comparazione delle *performance* mediche, ben potendo la comparazione avvenire su aspetti diversi, quali, ad esempio, la convenienza e l'ampiezza delle prestazioni o le caratteristiche dello studio medico (es. tempi di

⁶⁶ Cfr. Commissione europea, Relazione sulla concorrenza dei servizi professionali, COM (2004) 83 def del 9 febbraio 2004, par. 43 e 45.

⁶⁷ Cfr. AGCM, IC34, citata, par. 270, dove si afferma che *“non può ritenersi ammissibile il divieto di pubblicità comparativa posto che il contenuto comparativo è tipico della pubblicità informativa e che una severa disciplina dei caratteri e delle condizioni di liceità della pubblicità di tipo comparativo sono contenuti nel Decreto Legislativo 6 settembre 2005 n. 206 (c.d. Codice del consumo) e nel decreto legislativo 2 agosto 2007 n. 145. Pertanto, i codici deontologici dovrebbero limitarsi tutto al più a ricordare l'applicabilità del regime giuridico generale in materia di pubblicità comparativa, oltre che di pubblicità ingannevole, anche per le pubblicità relative ai servizi professionali”*. Cfr. anche AGCM, caso I706, citato, par. 79 e seg. nell'ambito del quale è stata valutata *“l'ingiustificata restrittività del divieto di pubblicità comparativa contenuto nell'articolo 56, comma 2, del codice deontologico nonché della disposizione secondo cui i messaggi pubblicitari contenenti le “tariffe” possono essere diffusi solo se pubblicizzano altri elementi (articolo 5, ultimo capoverso, Linea Guida). In particolare, si ricorda sul punto che, alla luce della disciplina giuridica cui è assoggettata la pubblicità comparativa, quest'ultima presenta tipicamente un contenuto informativo e che il D.L. n. 223/06, sancendo la liberalizzazione della pubblicità avente natura informativa, ha riconosciuto l'ammissibilità, dal punto di vista giuridico, della pubblicità comparativa, anche delle pubblicità aventi ad oggetto soltanto i prezzi delle prestazioni professionali”*.

⁶⁸ Cfr. Commissione europea, Relazione sulla concorrenza dei servizi professionali, citato, par. 43.

attesa, innovatività della tecniche e/o delle apparecchiature utilizzate) che effettua la promozione, nel rispetto degli imprescindibili requisiti di trasparenza, non ingannevolezza, veridicità e correttezza della pubblicità diffusa. Si tratta pertanto di una disposizione che, prevedendo un divieto generalizzato nei confronti di qualunque tipo di pubblicità comparativa, assume un carattere oggettivamente e ingiustificatamente restrittivo della concorrenza.

83. Con riguardo poi al parametro del “decoro professionale”, diversamente da quanto sostenuto da FNOMCEO nelle proprie memorie, nel caso di specie non è in discussione tale parametro di per sé, ma la circostanza che lo stesso sia stato inserito nell’art. 56 del Codice di deontologia medica 2006 come clausola generale cui deve conformarsi la pubblicità, senza fornire criteri che concorrono a individuarne chiaramente l’esatto contenuto prescrittivo, rendendolo in tale modo suscettibile di interpretazioni e applicazioni ingiustificatamente restrittive, come dimostrano le segnalazioni agli atti del procedimento, da cui risulta il richiamo al suddetto parametro al fine di valutare negativamente promozioni basate sulle particolari condizioni di convenienza delle prestazioni pubblicizzate, ovvero diffuse attraverso determinati mezzi pubblicitari in grado di raggiungere un ampio numero di destinatari⁶⁹. Al riguardo, non emergono elementi per ritenere meritevole di censura per la professione medica e odontoiatrica il ricorso a promozioni basate anche sulla convenienza dell’offerta, oppure diffuse su mezzi quali volantini o cartelloni, se effettuate rispettando i canoni di trasparenza, non ingannevolezza, veridicità e correttezza previsti dalla vigente normativa.

84. La stessa Corte di Giustizia ha riconosciuto che le regole deontologiche che utilizzano parametri come la “*dignità della professione*”, quali criteri cui deve adeguarsi il comportamento economico dei professionisti, sono idonee a produrre effetti restrittivi della concorrenza, laddove non limitate a quanto necessario al conseguimento di obiettivi legittimi⁷⁰.

In particolare, il riferimento al “*decoro professionale*” quale parametro vincolante di valutazione dei messaggi pubblicitari, esaminato nel contesto economico e giuridico nel quale deve essere applicato, risulta idoneo a produrre effetti anticoncorrenziali, generando incertezza circa la legittimità dell’impiego dello strumento pubblicitario da parte dei professionisti e disincentivandone l’utilizzo da parte degli stessi.

Si deve, al riguardo evidenziare che l’appartenenza agli Ordini provinciali da parte dei medici è, per legge, obbligatoria, così come il rispetto da parte di questi ultimi delle disposizioni deontologiche, la violazione delle quali espone i professionisti a sanzioni disciplinari che possono giungere fino alla radiazione dall’albo professionale.

Come risulta dalla documentazione agli atti, la FNOMCEO non solo ha adottato il codice deontologico, impiegando in maniera vaga la nozione di decoro professionale al fine di regolare il comportamento economico dei professionisti appartenenti all’ordine, ma non ha neppure chiarito nelle linee guida sul codice deontologico o con proprie circolari il significato e la portata di tale parametro al fine di rendere compatibile l’interpretazione di decoro con quanto disposto dalle norme di legge (in particolare dalla c.d. riforma Bersani e dall’art. 4 del D.P.R. n. 137/12), lasciando quindi spazio, come già osservato, ad applicazioni e interpretazioni restrittive.

In questi termini e per le ragioni appena esposte, il ricorso a tale parametro, nell’ambito di valutazioni riguardanti la conformità alle regole deontologiche delle iniziative pubblicitarie e

⁶⁹ Come risulta dalla documentazione agli atti, l’art. 56 del Codice deontologico, le Linee Guida e il concetto di “decoro professionale” sono stati applicati non solo per verificare “la trasparenza e veridicità” dei messaggi pubblicitari diffusi dagli iscritti ma anche per valutare promozioni di prestazioni a prezzi “calmierati” o promozioni di gruppi di prestazioni, con una “prima visita gratuita”. Cfr. par. 40-43.

⁷⁰ Cfr. Corte di Giustizia, causa C-136/12, Consiglio Nazionale Geologi v. AGCM, cit., para. 51-54.

promozionali dei professionisti, risulta dunque idoneo a produrre effetti restrittivi della concorrenza.

85. Al riguardo, come già evidenziato dall’Autorità nella citata IC34, in conformità con i principi antitrust, *“nel settore dei servizi professionali, la nozione di decoro dovrebbe essere inserita nei codici di autoregolamentazione esclusivamente come principio generale che incentivi la concorrenza tra professionisti, al fine di rafforzare i doveri di correttezza professionale”*, trattandosi di una nozione che dovrebbe *“mirare a salvaguardare l’etica professionale, ossia a garantire il corretto espletamento della professione”* ed essere *“utilizzata nei codici di condotta come principio generale dell’agire del professionista, potendo essere volta, a titolo esemplificativo, a garantire lo svolgimento diligente ed esaustivo delle prestazioni professionali richieste, la coscienziosa preparazione tecnica, la disponibilità all’aggiornamento continuo anche dei collaboratori e dipendenti, l’efficiente organizzazione del team professionale, la correttezza professionale nei confronti dei colleghi e degli utenti”*. Diversamente, quando tale nozione viene associata ad aspetti economici della professione, come nel caso di specie, *“il rischio è che i principi di etica professionale vengano utilizzati non per la tutela di interesse generali, ma per la difesa di posizioni acquisite”*⁷¹. Del resto, anche il legislatore all’art. 4, comma 2, del D.P.R. n. 137/12 non ha ritenuto necessario richiamare il parametro del “decoro professionale” in relazione alla pubblicità dei servizi professionali, ritenendo sufficiente per tutelare gli interessi generali di protezione dei consumatori e di sanità pubblica prescrivere che essa sia *“funzionale all’oggetto, veritiera e corretta, non deve violare l’obbligo del segreto professionale e non dev’essere equivoca, ingannevole o denigratoria”*.

86. In relazione, poi, alle sentenze della Corte di Cassazione citate nella memoria del 22 gennaio 2014, quattro di esse appaiono inconferenti rispetto alla valutazione del caso di specie⁷². Quanto alla sentenza in materia di pubblicità sanitaria parimenti citata nella memoria del 22 gennaio 2014, si rileva che la Corte di Cassazione, accogliendo il ricorso di un odontoiatra avverso la decisione della Commissione centrale per gli esercenti le professioni sanitarie, ha affermato che *“le argomentazioni addotte dalla Commissione a sostegno della scelta decisoria adottata sono speciose e tautologiche”*, evidenziando che la valutazione effettuata è *“all’evidenza viziat[a] da un’insopprimibile insofferenza verso il ricorso al messaggio pubblicitario da parte dell’esercente la professione sanitaria”*.⁷³

87. Si deve, infine, evidenziare come il “decoro professionale”, contrariamente a quanto sostenuto dalla Parte, non sia un parametro previsto dall’art. 8 della Direttiva 2000/31/CE, nel quale sono invece espressamente indicate, come regole professionali da rispettare nella diffusione delle

⁷¹ Cfr. AGCM, IC34, citata, par. 323.

⁷² Quattro delle pronunce della Corte di Cassazione richiamate nella memoria del 22 gennaio 2014 hanno, infatti, ad oggetto sentenze con cui il Consiglio Nazionale Forense ha confermato le decisioni di singoli Consigli provinciali degli Ordini degli avvocati che avevano ritenuto contrarie al Codice deontologico forense le pubblicità diffuse da iscritti, contestando violazioni dell’art. 17 e 17 bis del cod. deontologico forense, nonché dell’art. 19 che vieta l’acquisizione di clientela con modi non conformi a correttezza ed al decoro (Cass. SS.UU. del 18.11.2010 n. 23287; *idem* del 3.5.2013 n. 10304; *idem* del 13.11.201 n. 19705; *idem* del 10.8.2012 n. 14368). Peraltro, dall’analisi di tali sentenze non emerge quanto sostenuto dalla FNOMCEO, vale a dire che la giurisprudenza della Corte di Cassazione avrebbe “riconosciuto ed affermato che il “decoro” e la dignità” professionale devono sempre essere considerati un limite invalicabile anche nell’esercizio dell’informazione pubblicitaria”. In tali sentenze la Corte, come giudice di legittimità, non si è ritenuta competente a valutare l’attività “di individuazione delle condotte sanzionabili” svolta dal Consiglio Nazionale Forense come giudice di merito, né a sostituirsi ad esso per dare contenuto a concetti astratti quali, fra l’altro, quello di “decoro professionale”. In tali sentenze, la Cassazione si è limitata a valutare che non sussistesse “una obiettiva deficienza del criterio logico che lo ha condotto alla formazione del proprio convincimento” considerando come dati gli “elementi tassativi per la definizione delle condotte disciplinarmente illecite” individuati dal Consiglio Nazionale Forense.

⁷³ Cfr. Cass Sez. VI civ. del 12.07.2012 n. 11816.

comunicazioni commerciali, l'indipendenza, la dignità, l'onore della professione, il segreto professionale, la lealtà verso i clienti e i colleghi.

88. Passando alla disposizione di cui all'art. 5, ultimo capoverso, delle Linee Guida, in base alla quale i messaggi pubblicitari contenenti le "tariffe" possono essere diffusi solo se pubblicizzano anche altri elementi, si osserva come tale disposizione costituisca un'ingiustificata limitazione delle modalità con cui un professionista può promuovere i servizi offerti. Infatti, il prezzo da solo può costituire un importante elemento informativo nella determinazione delle scelte dei consumatori, nonché una primaria leva del processo concorrenziale, come del resto già riconosciuto dall'art. 2 del D.L. n. 223/06 ("[...] *nonché il prezzo e i costi complessivi delle prestazioni* [...]"). Anche la suddetta disposizione deontologica ha pertanto un oggetto restrittivo della concorrenza.

89. In relazione poi all'art. 56, comma 3, del Codice di deontologia medica 2006 e all'art. 9 delle Linee Guida, questi ultimi stabilivano che i professionisti erano tenuti a richiedere verifiche agli Ordini circa la conformità alle norme deontologiche dei messaggi pubblicitari che intendono diffondere. Tale obbligo poteva essere assolto tramite una specifica dichiarazione di conformità del professionista, ovvero mediante una richiesta di valutazione preventiva da parte dell'Ordine. La mancata osservanza delle disposizioni di cui sopra costituiva tuttavia illecito disciplinare, sanzionabile dagli organi a tal fine preposti, come del resto risulta dal tenore delle segnalazioni pervenute. Il che implica, evidentemente, l'idoneità di queste norme ad ostacolare l'attività promozionale degli iscritti favorendo lo sviluppo di una prassi di controllo preventivo dei messaggi pubblicitari da parte degli Ordini, effettuato in modo generalizzato e sistematico e non semplicemente occasionale e tanto meno eccezionale⁷⁴.

90. Si deve, al riguardo, rilevare che la normativa vigente non ha affatto disposto per le professioni regolamentate, compresa quella sanitaria, obblighi di comunicazione preventiva o forme di autorizzazione delle proprie pubblicità, avendo attribuito agli Ordini solo un potere di verifica di tipo successivo sulla trasparenza e veridicità della pubblicità, potere di cui dovrebbe essere quantomeno precisata la natura. Inequivocabile, in tal senso, la pronuncia della Corte di Cassazione che nella citata sentenza n. 3715/2012, pur riconoscendo un potere di verifica degli Ordini in materia di pubblicità sanitaria, ne ha chiarito la natura, in particolare escludendo, nel nuovo sistema normativo, ogni forma di preventiva autorizzazione dei messaggi pubblicitari⁷⁵.

⁷⁴ Cfr. AGCM, IC34, citata, par. 272 e segg., dove viene esplicitato che il rischio di una significativa limitazione all'utilizzo della leva concorrenziale pubblicitaria da parte dei professionisti potrebbe risultare rafforzato da "disposizioni deontologiche che imponessero ai professionisti obblighi di comunicazione del messaggio pubblicitario in via preventiva, contestuale o successiva alla diffusione del messaggio agli ordini. Obblighi di trasmissione, anche solo contestuali o successivi, non possono, infatti, che disincentivare l'utilizzo di una leva fondamentale per la concorrenza tra professionisti come lo strumento pubblicitario. Alla luce di tali elementi - visto, in particolare, il contenuto della disposizione della legge Bersani che menziona espressamente un potere di "verifica" di tipo successivo e considerata l'operatività del sistema pubblico di controllo sulla trasparenza e non ingannevolezza della pubblicità valido anche per i messaggi pubblicitari dei servizi professionali - secondo il diritto antitrust non sono giustificate previsioni deontologiche che impongono obblighi di trasmissione in qualunque fase (ossia preventiva, contestuale o successiva) del messaggio all'ordine". Si vedano, inoltre, TAR Umbria, 25.11.11, n. 374, TAR Veneto, Sez. I, 4.12.12, n. 1473, nonché TAR Lazio, sez. I, 30.07.2014, n. 8343.

⁷⁵ "L'abrogazione generale contenuta nella L. n. 248 del 2006, art. 2, lett. b, nella quale è sicuramente compresa l'abrogazione delle norme in materia di pubblicità sanitaria, di cui alla L. n. 175 del 1992, prescinde dalla natura (individuale, associativa, societaria) dei soggetti rispetto ai quali rileva l'esercizio della professione sanitaria, atteso che la stessa è attuativa dei principi comunitari volti a garantire la libertà di concorrenza e il corretto funzionamento del mercato e sarebbe illegittimo, oltre che irragionevole, limitarne la portata all'esercizio della professione in forma individuale, fermo restando che, all'interno del nuovo sistema normativo, nel quale la pubblicità non è soggetta a forme di preventiva autorizzazione, gli Ordini professionali hanno il potere di verifica, al fine dell'applicazione delle sanzioni disciplinari, della trasparenza e della veridicità dei messaggi pubblicitari". Cfr. altresì Cass. Sez. VI, sent. n. 11816 del 12 luglio 2012. Nel medesimo senso cfr. AGCM, IC34, citata, par. 274.

Tali disposizioni, pertanto, nel contesto normativo sviluppatosi a partire dalla c.d. “riforma Bersani”, risultano avere un oggetto restrittivo della concorrenza.

91. Inoltre, contrariamente a quanto affermato da FNOMCEO nelle proprie difese, i divieti e i limiti alla diffusione di messaggi pubblicitari contenuti nelle disposizioni deontologiche oggetto di valutazione non risultano previsti dalla vigente normativa settoriale, né proporzionati al perseguimento di finalità di interesse generale legate alle peculiarità della professione medica, quali la tutela dei destinatari di tali messaggi. Infatti, la disciplina vigente prescrive come uniche e tassative condizioni per valutare la liceità della pubblicità dei professionisti, anche sotto il profilo disciplinare, che questa sia “*funzionale all'oggetto, veritiera e corretta, non deve violare l'obbligo del segreto professionale e non dev'essere equivoca, ingannevole o denigratoria*” (art. 4, comma 2, D.P.R. n. 137/12)⁷⁶.

92. Da ultimo, si deve rigettare l’argomentazione della FNOMCEO, secondo cui la documentazione agli atti sarebbe “*sintomatic[a] di una condotta di adeguamento della deontologia all’indirizzo normativo liberalizzatore*”. Al riguardo, si rileva che l’adeguamento del Codice deontologico ai principi liberalizzatori è previsto da lungo tempo da norme di legge - a partire dalla Legge Bersani del 2006 per finire al D.P.R. n. 137/12 - alle quali la Federazione ha dovuto adeguarsi. In ogni caso, Il Codice di deontologia medica 2014 ancora prevede limitazioni della concorrenza – come si vedrà di seguito – analoghe in qualche caso a quelle presenti nel Codice di deontologia medica 2006 (es. divieto di pubblicità comparativa), pur nella consapevolezza che ciò possa rappresentare un “*apert[o] punt[o] di frizione con l’Antitrust*”, come indicato nella citata Circolare di maggio 2009.

93. In conclusione, le disposizioni di cui all’art. 56 del Codice deontologico e ai punti 5 e 9 delle Linee Guida, in quanto idonee ad ostacolare ingiustificatamente l’attività pubblicitaria dei medici e degli odontoiatri, costituiscono illecite restrizioni della concorrenza. Tali disposizioni integrano un’unica intesa restrittiva della concorrenza in violazione dell’articolo 101 del TFUE.

94. L’intesa in esame è idonea a falsare sensibilmente il gioco della concorrenza sul mercato rilevante, se si considera che il Codice di deontologia medica 2006 e le Linee Guida dettano norme a cui si devono adeguare le condotte di tutti gli iscritti agli Albi presenti sull’intero territorio nazionale; inoltre la FNOMCEO è, per legge, l’associazione nazionale rappresentativa delle professioni mediche ed odontoiatriche e ad essa sono conferiti significativi poteri, quali quello “*di vigilare, sul piano nazionale, alla conservazione del decoro professionale e dell’indipendenza delle rispettive professioni*”, di coordinare e promuovere l’attività degli Ordini o Collegi, oltre che fornire indicazioni sulle norme deontologiche, anche mediante il Codice deontologico e le Linee Guida.

95. Diversamente da quanto sostenuto dalla FNOMCEO, l’approvazione del nuovo Codice di deontologia medica 2014, che non prevede il parametro del “*decoro professionale*” e il divieto di “*pubblicità promozionale*”, nonché la formale abolizione delle Linee Guida non consentono di ritenere superate le problematiche concorrenziali contestate nell’ambito del presente procedimento istruttorio.

96. Si rileva infatti che, nonostante sia stato eliminato dall’art. 56 il parametro del “*decoro professionale*” a cui si doveva adeguare la pubblicità sanitaria, è stata tuttavia introdotta, al secondo comma, una serie di parametri alcuni dei quali molto generici e non previsti dalla vigente

⁷⁶ Sul punto si veda anche la Relazione del Governo di accompagnamento alla bozza di decreto per la riforma delle professioni (poi divenuto D.P.R. n. 137/12), laddove si afferma che la predilezione delle suddette condizioni è giustificata anche dall’esigenza di evitare “*riferimenti ambigui alla dignità e al decoro professionale*” che in passato hanno dato luogo a problemi interpretativi e applicativi. Si veda anche Consiglio di Stato, sezione consultiva atti normativi, parere n. 3169/12 del 10 luglio 2012 (adunanza 5 luglio 2012, numero affare 05262/2012).

normativa [la pubblicità sanitaria dovrebbe essere *“prudente, obiettiva, pertinente”*] e pertanto potenzialmente suscettibili di una applicazione restrittiva della concorrenza, analogamente a quanto riscontrato per il concetto di *“decoro professionale”*⁷⁷.

97. Si osserva inoltre che, pur essendo stato eliminato dall’art. 56 il divieto di *“pubblicità promozionale”*, è ancora previsto, al terzo comma, un generale divieto di pubblicità comparativa che, come illustrato in precedenza, oltre a non essere conforme al vigente dettato normativo, costituisce un’ingiustificata limitazione dell’attività promozionale delle professioni sanitarie. Nelle proprie memorie difensive, la FNOMCEO ha argomentato che *“Nel nuovo testo è comunque stato riconosciuto che la pubblicità comparativa è ammessa se basata su conosciuti termini e parametri oggettivi di confronto”*. In realtà, contrariamente a quanto sostenuto dalla Parte nelle proprie memorie, anche la nuova versione della disposizione, prevedendo un divieto di *“forme di pubblicità comparativa delle prestazioni”*, senza ulteriori specificazioni, risulta applicabile ad ogni tipologia di pubblicità comparativa, se si considera che il termine *“prestazioni”* comprende ogni servizio offerto da professionisti o da strutture sanitarie che intendano promuoversi ricorrendo a tale forma di pubblicità.

98. Infine, nella nuova versione dell’art. 56 è prevista la possibilità per gli Ordini provinciali di verificare la pubblicità diffusa dagli iscritti, necessaria affinché questi possano esercitare le competenze loro attribuite dall’art. 4 comma 3 D.P.R. n. 137/12⁷⁸. Al riguardo, con il venire meno delle *“Linee Guida”* sembrano essere diminuite le possibilità di interpretare tale potere di verifica come una richiesta di autorizzazione preventiva alla diffusione dei messaggi pubblicitari.

99. Pertanto, alla luce di quanto sopra esposto e considerata anche la nuova versione del quarto comma dell’art. 54, ostativa al ricorso di iniziative promozionali basate sulla gratuità delle prestazioni, si ritiene che, contrariamente a quanto sostenuto dalla Parte in relazione all’adozione del nuovo Codice di deontologia medica e alla rimozione delle Linee Guida, la FNOMCEO non abbia posto termine all’intesa in esame.

4. Pregiudizio al commercio tra Stati membri dell’Unione europea

100. Secondo la Comunicazione della Commissione europea 2004/C 101/07 - Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato⁷⁹, *“gli accordi che si estendono a tutto il territorio di uno Stato membro hanno, per loro natura, l’effetto di consolidare la compartimentazione dei mercati a livello nazionale, ostacolando così l’integrazione economica voluta dal Trattato”*⁸⁰.

101. Dato che le condotte oggetto del presente procedimento investono l’intero territorio nazionale, in quanto poste in essere dalla Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri, le stesse devono pertanto essere valutate ai sensi dell’articolo 101 del TFUE.

5. Gravità e durata

102. L’articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90 prevede che l’Autorità, nei casi di infrazioni gravi, disponga l’applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del

⁷⁷ Si consideri, al riguardo, che il D.P.R. n. 137/12 stabilisce esclusivamente che *“La pubblicità informativa ... dev’essere funzionale all’oggetto, veritiera e corretta, non deve violare l’obbligo del segreto professionale e non dev’essere equivoca, ingannevole o denigratoria”*.

⁷⁸ Cfr. D.P.R. 137 del 7 agosto 2012.

⁷⁹ GUCE C 101/81 del 27 aprile 2004,

⁸⁰ Cfr. punto 78 della Comunicazione della Commissione sulla nozione di pregiudizio, cit.. V. anche sentenza della Corte CE del 19 febbraio 2002, C-309/99, Wouters.

fatturato realizzato da ciascuna impresa nell'ultimo esercizio, considerate la gravità e la durata dell'infrazione.

103. Secondo la prassi dell'Autorità e conformemente all'orientamento comunitario, la valutazione della gravità di un'infrazione contestata deve essere svolta tenendo conto di una pluralità di elementi, tra i quali la natura dei comportamenti contestati ed il contesto nel quale i comportamenti sono stati attuati.

104. Quanto alla natura dell'intesa in esame, si osserva come la stessa appaia grave, posto che è volta a limitare i comportamenti economici di professionisti indipendenti mediante la previsione di norme deontologiche, assistite da specifici meccanismi sanzionatori, fortemente disincentivanti il ricorso all'attività promozionale da parte degli iscritti.

105. L'intesa in esame è grave anche in ragione del contesto normativo in cui si è sviluppata. Infatti, il comportamento anticoncorrenziale evidenziato è stato realizzato dalla FNOMCEO a fronte della intervenuta liberalizzazione dei servizi professionali.

106. Infine, si rileva come l'Autorità, già nel corso della citata IC34 conclusa nel gennaio 2009, avesse svolto un'intensa attività di *advocacy* nei confronti della Federazione, sollecitando una modifica delle previsioni deontologiche, come quelle in esame, di cui era stata segnalata la restrittività.

107. Con riferimento alla durata dell'intesa, questa risulta aver avuto inizio il 16 dicembre 2006, con la delibera di approvazione del Codice deontologico e della Linea Guida e, alla luce delle valutazioni relative al Codice di deontologia medica 2014, è da ritenersi tuttora in corso.

VI. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

108. Una volta accertate la gravità e la durata dell'infrazione posta in essere dalla FNOMCEO, ai fini dell'individuazione dei criteri di quantificazione della sanzione, occorre tenere presente la Comunicazione della Commissione 2006/C 210/02 "*Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, par. 2, lettera a), del regolamento CE n. 1/2003*" (di seguito anche Comunicazione).

109. Al fine di quantificare la sanzione, ai sensi dell'articolo 11 della legge n. 689/1981, come richiamato dall'articolo 31 della legge n. 287/90, devono inoltre essere considerati la gravità della violazione, le condizioni economiche, il comportamento delle imprese coinvolte e le eventuali iniziative volte a eliminare o attenuare le conseguenze delle violazioni.

110. Posto che l'intesa è stata realizzata da una Federazione nazionale di Ordini professionali, come da precedenti decisioni dell'Autorità, per calcolare l'importo base della sanzione si è preso a riferimento il valore relativo ai contributi versati alla FNOMCEO, ai sensi dell'art. 14 del D.l.c.p.s. n. 233/46⁸¹, dagli Ordini provinciali. Pertanto, il fatturato rilevante di competenza dell'anno 2013 corrisponde a 8.318.156 euro. Secondo quanto rappresentato dalla Parte, tale valore costituisce anche l'unica voce di entrata della Federazione.

111. Ai fini della determinazione dell'importo base della sanzione, al valore sopra indicato deve essere applicata una percentuale individuata in funzione della gravità della violazione.

112. Nel caso di specie, richiamando le considerazioni già svolte in merito alla gravità della violazione, tale percentuale è fissata nella misura del 5% del fatturato rilevante.

⁸¹ Ai sensi dell'art. 14 del D.l.c.p.s. n. 233/46.

"[...] Il Consiglio nazionale, su proposta del Comitato centrale, stabilisce il contributo annuo che ciascun Ordine o Collegio deve versare in rapporto al numero dei propri iscritti per le spese di funzionamento della Federazione. All'amministrazione dei beni spettanti alla Federazione provvede il Comitato centrale".

113. Il valore così determinato, corrispondente a 415.908 euro, deve essere moltiplicato, al fine del calcolo dell'importo base, per la durata dell'infrazione. Come sopra più specificamente chiarito, la durata dell'infrazione deve essere calcolata considerando che l'intesa è iniziata il 16 dicembre 2006, data della delibera del Codice di deontologia medica 2006 e delle Linee Guida ed è ancora in corso. Pertanto, coerentemente ai criteri previsti dalla Comunicazione della Commissione, al fine del calcolo della sanzione, verrà considerato un periodo corrispondente a 8 anni.⁸²

114. L'importo della sanzione è quantificato, pertanto, nella misura di 3.327.264 euro.

115. Non si riscontrano circostanze aggravanti né circostanze attenuanti al fine dell'adeguamento dell'importo sopra indicato, come previsto negli orientamenti contenuti nella citata Comunicazione della Commissione. In particolare, si rileva che, per le considerazioni precedentemente svolte, non è possibile ritenere che l'adozione del nuovo Codice di deontologia medica 2014 e l'abolizione delle Linee Guida integrino una forma di ravvedimento operoso.

116. L'importo della sanzione, come sopra calcolato, risulta tuttavia superiore al limite edittale previsto dall'articolo 15 legge n. 287/90 (10% del fatturato totale realizzato nell'ultimo esercizio dall'impresa parte del procedimento). A tal fine, premesso che occorre tenere presente la capacità complessiva dell'associazione e dunque il totale delle entrate dell'associazione⁸³, nel caso di specie si rileva che questo valore, per le considerazioni sopra svolte, risulta coincidente con l'insieme delle entrate contributive degli associati della Federazione, per un ammontare pari a 8.318.156 euro.

117. Pertanto, in considerazione di tale limite, l'importo finale della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile alla FNOMCEO è ridotto nella misura del massimo edittale, pari a 831.816 euro (ottocentotrentunomilaottocentesedici euro).

Tutto ciò premesso e considerato;

DELIBERA

a) che la Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri ha posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza, ai sensi dell'articolo 101 del TFUE, consistente nell'adozione e diffusione del Codice di deontologia medica 2006 e delle Linee Guida;

b) che la Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri assuma misure atte a porre prontamente termine all'illecito riscontrato e si astenga in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata;

c) di irrogare alla Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri, in ragione di quanto indicato in motivazione, la sanzione amministrativa pecuniaria nella misura di 831.816 euro (ottocentotrentunomilaottocentesedici euro);

d) che la Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri assuma misure atte a porre termine all'illecito riscontrato e che, entro il 31 gennaio 2015, dia comunicazione all'Autorità delle misure a tal fine adottate, trasmettendo una specifica relazione scritta.

⁸² Cfr. Orientamenti per il calcolo delle ammende 2006/C 210/02, punto 24.

⁸³ Cfr. Sentenza Tar del Lazio, 30 luglio 2014, n. 8346

La sanzione amministrativa di cui alla precedente lettera c) deve essere pagata entro il termine di novanta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando l'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997. Tale modello può essere presentato in formato cartaceo presso gli sportelli delle banche, di Poste Italiane e degli Agenti della Riscossione. In alternativa, il modello può essere presentato telematicamente, con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di home-banking e CBI messi a disposizione dalle banche o da Poste Italiane, ovvero utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle Entrate, disponibili sul sito *internet* www.agenziaentrate.gov.it.

Ai sensi dell'articolo 37, comma 49, del decreto-legge n. 223/2006, i soggetti titolari di partita IVA, sono obbligati a presentare il modello F24 con modalità telematiche.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore ad un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Degli avvenuti pagamenti deve essere data immediata comunicazione all'Autorità, attraverso l'invio di copia del modello attestante il versamento effettuato.

Ai sensi dell'articolo 26 della medesima legge, le imprese che si trovano in condizioni economiche disagiate possono richiedere il pagamento rateale della sanzione.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato sul Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lettera b), del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'articolo 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'articolo 8 del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Chiappa

IL PRESIDENTE

Giovanni Pitruzzella
