

Il bilanciamento tra libera prestazione di servizi e tutela della salute pubblica secondo il *Conseil d'État* francese: spunti di riflessione anche in merito all'interpretazione della vigente disciplina della cd. "pubblicità sanitaria" nell'ordinamento giuridico italiano*

[Conseil d'État, 4ème-1ère Chambres réunies, decision 6 novembre 2019, n. 416948]

Andrea Bergamino**

Sommario: INTRODUZIONE. – 1. Sintesi delle vicende processuali. – 2. La libertà di prestazione di servizi in ambito euro-unitario e la sua applicazione al caso della pubblicità sanitaria. – 3. La disciplina della pubblicità sanitaria nell'ordinamento giuridico italiano. – 4. (*segue*). La "riforma" del 2018 e la necessità di un'interpretazione coerente con i principi sanciti dalla Corte di Giustizia. – 5. Conclusioni.

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Avvocato nel foro di Genova, dottorando di ricerca nell'Università degli studi di Genova.

ABSTRACT:

L'articolo esamina la sentenza del *Conseil d'État* che ha sancito l'illegittimità di una disposizione del codice francese di deontologia medica in materia di "pubblicità sanitaria", ritenendo che l'introduzione di un divieto generale e assoluto di qualsiasi forma di pubblicità tesa a conferire «apparenza commerciale» all'attività professionale medico-sanitaria si ponesse in contrasto con le libertà fondamentali tutelate a livello UE, e in particolare con la libera prestazione di servizi nel mercato unico ex art. 56 TFEU. In questo contesto, l'autore valuta innanzitutto la portata della sentenza in commento rispetto ai precedenti della Corte di Giustizia in materia e ne evidenzia la coerenza, da un lato, con il principio di proporzionalità nella ripartizione delle competenze tra Unione europea e Stati membri e, dall'altro lato, con i principi di diritto sanciti dal Giudice euro-unitario. In chiave comparatistica, la sentenza in commento offre poi l'occasione per alcune considerazioni in merito alla disciplina italiana in materia di pubblicità sanitaria e alla sua recente riforma, al fine di suggerirne un'interpretazione quanto più possibile rispettosa dei rilevanti principi sanciti dalla Corte di Giustizia in materia di libera prestazione dei servizi.

The paper intends to examine a recent decision of the French Conseil d'État, which ruled that a provision of the French Code of Medical Ethics on "healthcare advertising" introducing a general and absolute prohibition of any advertising designed to give a «commercial appearance» to health care professions was contrary to the freedoms in the single market protected by EU Treaties, notably to the freedom to provide services as per Article 56 of TFEU. First of all, the author aims to assess the principles set out by the judgment in the light of the ECJ's case law on the matter, highlighting their consistency, on the one hand, with the principle of proportionality in the division of competences between the EU and its Member States and, on the other hand, with the principles arising from the relevant case law. Finally, and under a comparative point of view, the paper aims at evaluating the Italian rules on "healthcare advertising", with a specific focus on the last reform of 2018. In this vein, the author tries to sketch a list of arguments in order to cope these provisions of law with the principles established by the ECJ and, more generally, with the freedom to provide services in the EU single market.

Introduzione

Con la sentenza in commento il *Conseil d'État*, supremo organo di giurisdizione amministrativa nell'ordinamento francese, ha sancito l'illegittimità¹ per contrasto con il diritto euro-unitario di una disposizione del codice di deontologia medica francese (art. R. 4127-19, inserito nella *Partie réglementaire* del *code de la santé publique*) che vietava qualsiasi forma di pubblicità (diretta e indiretta) dell'attività professionale medico-sanitaria, nonché pratiche o insegne pubblicitarie che

¹ A norma dell'art. 55 della Costituzione francese «*Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie*». Per il tramite di questa norma, nell'ordinamento francese, il diritto derivato dell'Unione Europea è entrato a far parte del «*bloc de constitutionnalité*» che la giurisdizione amministrativa è tenuta a salvaguardare rispetto agli atti sottoposti al suo vaglio. In dottrina, si è così evidenziato che «*manifestation la plus éclatante de la supériorité de la convention internationale réside dans l'annulation pour excès de pouvoir de la décision administrative qui lui est contraire*», cfr. L. DUBOIS, *Le juge administratif français et les règles du droit international*, in *Annuaire français de droit international*, 1971, p. 37 e ss.; Id., *Note sur C.E., Ass., 11 juillet 2001, "F.N.S.E.A."*, in *Revue française de droit administratif*, 2002, p. 43 e ss., nonché A. SCHILLACI, *Limitazioni di sovranità e modelli di disciplina delle relazioni tra diritto interno, internazionale e comunitario: il caso francese*, in *Diritto Pubblico*, p. 539 ss.

conferissero «*apparenza commerciale*» ai locali in cui tale attività veniva esercitata. In particolare, secondo il Giudice amministrativo francese, le limitazioni *ex lege* alla pubblicità di attività e trattamenti sanitari, per quanto mirate a soddisfare interessi generali tutelati dall'ordinamento, non possono tradursi in divieti generali e assoluti di tali pratiche perché altrimenti determinerebbero una ingiustificata compressione delle libertà fondamentali tutelate a livello UE, in particolare della libera prestazione di servizi nel mercato unico prevista all'art. 56 TFUE. La sentenza in commento si pone nel solco tracciato da precedenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia in tema di cd. "pubblicità sanitaria", riconoscendo che spetta in concreto all'Autorità competente in ambito nazionale l'individuazione delle misure attraverso le quali bilanciare, da un lato, le menzionate esigenze di libera circolazione dei servizi e, dall'altro lato, interessi generali tutelati dall'ordinamento interno, quali la salute pubblica, il mantenimento della dignità e del decoro dell'attività professionale medica e l'affidamento dei pazienti nei confronti dei medici. In chiave comparatistica, la pronuncia del *Conseil d'État* offre infine l'occasione per svolgere alcune considerazioni in merito alla compatibilità con i principi sopra riassunti della disciplina strutturata nell'ordinamento giuridico italiano in materia di pubblicità sanitaria e, in questo contesto, delle disposizioni recentemente adottate nell'ambito della c.d. "legge di bilancio 2019" (d.l. 30 dicembre 2018, n. 145). Nel presente contributo si proverà allora a suggerire un'interpretazione di tali norme che consenta di (i) renderle quanto più possibile coerenti con il quadro normativo generale che disciplina la materia nel nostro ordinamento giuridico; (ii) evitare potenziali cortocircuiti nella loro applicazione; (iii) rispettare i rilevanti principi sanciti dalla Corte di Giustizia in materia di libera prestazione dei servizi, fatti propri anche dalla sentenza in commento.

1. Sintesi delle vicende processuali

Il *Conseil d'État* è giunto alle conclusioni sopra riassunte in esito a un contenzioso instaurato da un medico al fine di ottenere l'annullamento, per eccesso di potere², del diniego implicitamente opposto dal Ministero della salute alla domanda di abrogazione dell'art. R. 4127-19 del codice di deontologia medica (che nell'ordinamento francese è inserito³ nella *Partie réglementaire* del *code de la santé publique*⁴), secondo il quale «*[s]ont interdits tous*

² Sulle caratteristiche del ricorso di cui trattasi, si veda *ex multis* la voce «*Recours pour excès de pouvoir*», in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Parigi, 2005; nella dottrina italiana vi fanno riferimento, tra gli altri, M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, vol. I, p. 390; R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano, terza edizione nuovamente riveduta rielaborata e ampliata*, Milano, 1960, p. 365; A.M. SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Napoli, 1962, p. 360 e G. DE CESARE, *Problematica dell'eccesso di potere, l'eccesso di potere e la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, Padova, 1967, p. 55 e ss. Sull'applicazione di tale tipo di controllo di legittimità del Giudice amministrativo al codice deontologico sanitario francese, si veda J. MORET-BAILLY, *Les déontologies*, Aix-en-Provence, 2001, p. 121 e ss.; in giurisprudenza, si veda in particolare la sentenza del *Conseil d'État* CE, 1/4 SSR del 30 aprile 1997, 173044 174212, pubblicata nella raccolta *Lebon*.

³ Si veda il «*Décret n° 2004-802 du 29 juillet 2004 relatif aux parties IV et V (dispositions réglementaires) du code de la santé publique et modifiant certaines dispositions de ce code*», pubblicato sul *Journal Officiel de la République Française* dell'8 agosto 2004.

⁴ In estrema sintesi, l'ordinamento francese assegna al consiglio dell'Ordine dei medici la predisposizione del codice deontologico, che assume la forma di un decreto «*en Conseil d'État*»: il relativo disegno viene infatti trasmesso al Giudice amministrativo da parte del Ministero della Salute per ottenere il parere necessario per la sua adozione con decreto del Primo Ministro, a cui fa seguito la pubblicazione sul *Journal Officiel de la République Française*. In dottrina, si vedano E. TERRIER, *Déontologie médicale et droit*, Bordeaux, 2003; V. CABROL, *La codification de la déontologie médicale*, in *Revue*

procédés directs ou indirects de publicité et notamment tout aménagement ou signalisation donnant aux locaux une apparence commerciale».

Il ricorso conteneva altresì una domanda di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, finalizzata a chiedere se tale generale e assoluto divieto fosse compatibile con la libertà di prestazione di servizi di cui all'art. 56 TFUE⁵.

Dal punto di vista del diritto amministrativo francese, invece, il ricorso in questione si inseriva nell'ambito di applicazione dell'art. L. 243-2 del *code des relations entre le public et l'administration*⁶, che prevede la possibilità di adire il *Conseil d'État* per ottenere l'annullamento della decisione (anche implicita) dell'Amministrazione di rigettare un'istanza di abrogazione di una disposizione amministrativa quale quella sopra richiamata⁷. Nell'esercizio di tale competenza, il Giudice amministrativo francese può quindi imporre giudizialmente all'Autorità competente di procedere con l'abrogazione richiesta dal privato⁸, così da consentire la cessazione immediata degli effetti prodotti da disposizioni regolamentari ritenute *contra legem*.

Nell'esercizio di tali prerogative, il *Conseil d'État* ha così valutato se la norma in questione fosse effettivamente compatibile con il dettato dell'56 TFUE, guardando soprattutto all'interpretazione di questa norma fornita dalla Corte di Giustizia in un caso analogo a quello in questione: nella sentenza *Vanderborght* del 2017, infatti, la Corte aveva evidenziato che l'esercizio della libera prestazione dei servizi osta «a una normativa nazionale ... che vieta

générale de droit médical, 2005, vol. 16, pp. 103-123; J. LEFEBVRE, *Déontologie des professions médicales et de santé*, Bordeaux, 2007, p. 41 e ss.; J. MORET-BAILLY, *Le code français de déontologie médicale: commentaire critique*, in *Revista de Direito Sanitário*, 2012, p. 157 e ss.

⁵ Secondo l'art. 56 TFUE, «le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono estendere il beneficio delle disposizioni del presente capo ai prestatori di servizi, cittadini di un paese terzo e stabiliti all'interno dell'Unione». Per un inquadramento generale dei contenuti di tale norma, la loro evoluzione e la collocazione nell'ambito del mercato unico dell'Unione europea, si vedano in dottrina A. ARENA, F. BESTAGNO e G. ROSSOLILLO, *Mercato unico e libertà di circolazione nell'Unione europea*, Torino, 2016, p. 331; L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Milano, 2016, p. 165 e ss.; R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2017, p. 490 e ss.

⁶ In particolare, secondo tale norma «[l']administration est tenue d'abroger expressément un acte réglementaire illégal ou dépourvu d'objet, que cette situation existe depuis son édicition ou qu'elle résulte de circonstances de droit ou de faits postérieurs, sauf à ce que l'illégalité ait cessé».

⁷ Nell'ordinamento francese il «*décret en Conseil d'État*» menzionato alla nota n. 2 è fonte di secondo grado, posta al vertice della gerarchia degli atti amministrativi stante la sua adozione da parte del Primo Ministro, pur rimanendo subordinata alle primarie fonti di legge. Cfr. ancora J. MORET-BAILLY, *Le code français de déontologie médicale: commentaire critique*, cit., p. 175.

⁸ Si veda l'art. L. 911-1 del *code de justice administrative*, a norma del quale «[l]orsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision, cette mesure assortie, le cas échéant, d'un délai d'exécution».

in modo generale e assoluto ogni tipo di pubblicità relativa a prestazioni» mediche⁹, quale appunto il citato comma 2 dell'art. R. 4127-2019 del codice deontologico francese.

Una volta riconosciuta la centralità di tale principio ai fini della risoluzione della controversia, il Giudice amministrativo ha comunque riconosciuto la piena legittimità dell'introduzione di limitazioni all'utilizzo della pubblicità sanitaria per mezzo di atti governativi, specialmente se si tratta di misure finalizzate a salvaguardare interessi generali tutelati dall'ordinamento interno quali (i) la salute pubblica, (ii) la dignità della professione sanitaria, (iii) la correttezza nei rapporti di colleganza tra medici e (iv) l'affidamento dei pazienti nei confronti di questi ultimi.

Tuttavia, aderendo all'interpretazione dell'art. 56 TFUE fornita dal Giudice euro-unitario, il *Conseil d'État* ha concluso che quest'ultimo non fosse il caso del citato comma 2 dell'art. R. 4127-2019 del *code de la santé publique*, attraverso il quale era stato invece introdotto un divieto generale e assoluto di pubblicità sanitaria in contrasto con il diritto dell'Unione europea; di conseguenza, la sentenza in commento ha concluso per l'illegittimità di tale disposizione, senza nemmeno rivolgersi in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia¹⁰.

Il ricorso è stato quindi accolto sulla base delle considerazioni sopra riassunte, con conseguente annullamento della decisione del Ministero della salute francese e condanna di quest'ultimo al pagamento delle spese di giudizio, in applicazione dell'art. L. 761-1 del *code de justice administrative*¹¹.

2. La libertà di prestazione di servizi in ambito euro-unitario e la sua applicazione al caso della pubblicità sanitaria

Ai sensi dei Trattati dell'Unione europea, «sono considerate come servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni re-

⁹ Cfr. la sentenza della Corte di Giustizia 4 maggio 2017, C-339/15, *Vanderborght*, ECLI:EU:C:2017:335, citata espressamente a p. 3 della sentenza in commento.

¹⁰ Nonostante l'obbligo *ex art.* 267.3 TFUE per i Giudici nazionali di ultima istanza di sottoporre alla Corte di Giustizia la domanda pregiudiziale sollevata di fronte ad essi, la stessa Corte ha da tempo riconosciuto che il rinvio può essere omissso, tra l'altro, nei casi in cui (i) la questione sollevata è materialmente identica ad altra già proposta e risolta in passato dalla Corte (cfr. sentenza 27 marzo 1963, cause riunite da C-28/62 a C-30/62, *Da Costa en Schaake NV e a. c. Administratie der Belastingen*, ECLI:EU:C:1963:6) o comunque (ii) la risposta da dare alle questioni pregiudiziali risulti evidente dall'esame della giurisprudenza costante della Corte, indipendentemente dalla natura del procedimento in cui sia stata prodotta e anche in mancanza di una stretta identità fra le materie del contendere (cfr. sentenza 6 ottobre 1962, C-283/81, *Cilfit c. Ministero della Sanità*, ECLI:EU:C:1982:335). In dottrina, v. R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, cit., p. 330.

¹¹ Secondo tale norma «*dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie le somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation.*».

lative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone» (cfr. art. 57.1 TFUE). Tra esse, l'art. 57.2(d) TFUE ricomprende le «attività delle libere professioni».

Ferma tale definizione, l'art. 56 TFUE prevede che «le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione».

La norma esclude quindi dal suo ambito di applicazione le fattispecie caratterizzate esclusivamente da elementi che si collocano all'interno di un solo Stato membro¹²: al pari delle altre libertà fondamentali esercitabili nel mercato unico europeo, infatti, anche la libera prestazione dei servizi trova applicazione soltanto in presenza di un elemento transfrontaliero, identificabile in tutti i casi in cui si spostino temporaneamente tra diversi Stati membri (i) il prestatore di servizi¹³, (ii) il destinatario degli stessi¹⁴, (iii) sia il prestatore che il destinatario¹⁵ oppure (iv) nel caso in cui il servizio stesso possa essere fornito «a distanza»¹⁶. Nel caso che ci interessa, tale elemento transfrontaliero è quindi probabilmente¹⁷ da ricercare nel fatto che i potenziali destinatari dei servizi resi dai professionisti francesi potevano essere cittadini di altri Stati membri, con conseguente applicazione del principio per cui «devono considerarsi restrizioni della libera prestazione dei servizi tutte le misure che vietino, ostacolino o rendano meno allettante l'esercizio della medesima»¹⁸, anche nel caso in cui misure indistintamente applicabili nell'ambito dello Stato membro in cui sono state adottate si rivelino in realtà pregiudizievoli della libera circolazione dei servizi negli altri Stati membri¹⁹.

¹² Sul punto, si vedano *ex multis* le sentenze della Corte di Giustizia 21 ottobre 1999, C-97/98, *Jägerskiöld*, ECLI:EU:C:1999:515 e 11 luglio 2002, C-60/00, *Carpenter*, ECLI:EU:C:2002:434.

¹³ V. *ex multis* Corte di Giustizia 3 dicembre 1974, C-33/74, *Van Binsbergen c. Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, ECLI:EU:C:1974:131.

¹⁴ V. le sentenze della Corte di Giustizia 31 gennaio 1984, cause riunite C-286/82 e 26/83, *Luisi e Carbone c. Ministero del Tesoro*, ECLI:EU:C:1984:35 e 11 giugno 2015, C-98/14, *Berlington Hungary e a.*, ECLI:EU:C:2015:386, in particolare al punto 26; con riferimento al caso di cittadini di uno Stato membro che intendano recarsi in altri Stati membri per ricevere cure mediche v. la sentenza 12 luglio 2001, C-157/99, *Smits e Peerbooms*, ECLI:EU:C:2001:404, in particolare punto 55. In dottrina, si veda A. ARENA, *La libera prestazione di servizi*, in A. ARENA, F. BESTAGNO e G. ROSSOLILLO, *Mercato unico*, cit., p. 331 e ss.

¹⁵ V. Corte di Giustizia 26 febbraio 1991, C-198/89, *Commissione c. Grecia*, ECLI:EU:C:1991:79.

¹⁶ È il caso della fornitura di servizi finanziari (v. Corte di Giustizia 10 maggio 1995, C-384/93, *Alpine Investments c. Minister van Financiën*, ECLI:EU:C:1995:126) o della fornitura di pubblicità televisiva (sentenze 30 aprile 1974, C-155/73, *Sacchi*, ECLI:EU:C:1974:40 e 18 marzo 1980, C-52/79, *Procureur du Roi c. Debauwe*, ECLI:EU:C:1980:83).

¹⁷ Dall'esame della sentenza in commento, infatti, non è dato sapere se il medico ricorrente di fronte al *Conseil d'État* fosse cittadino francese o di un altro Stato membro, il che costituirebbe un altro elemento transfrontaliero rilevante ai sensi dell'art. 56 TFUE.

¹⁸ Cfr. il punto 61 della citata sentenza *Vanderborght*, nonché le sentenze ivi richiamate 17 luglio 2008, C-500/06, *Corporación Dermoeestética*, ECLI:EU:C:2008:421; 22 gennaio 2015, C-500/06, *Stanley International Betting e Stanleybet Malta*, ECLI:EU:C:2015:25 e 28 gennaio 2016, C-375/14, *Laezza*, ECLI:EU:C:2016:60.

¹⁹ V. *ex multis* le sentenze della Corte di Giustizia 25 luglio 1991, C-76/90, *Säger c. Dennemeyer*, ECLI:EU:C:1991:331; 29 marzo 2011, C-565/08, *Commissione c. Italia*, ECLI:EU:C:2011:188 e 12 settembre 2013, C-475/11, *Konstantinides*, ECLI:EU:C:2013:542.

In altri termini, il *Conseil d'État* si è trovato a valutare una misura nazionale che, vietando in modo generale e assoluto ogni tipo di pubblicità per una determinata attività in ambito nazionale, si presentava astrattamente idoneo a «*restringere la possibilità, per le persone che esercitano detta attività, di farsi conoscere presso la loro potenziale clientela e di promuovere i servizi che si propongono ... a quest'ultima*», secondo l'insegnamento della citata sentenza *Vanderborght*²⁰.

Come visto in precedenza, una volta individuato tale profilo di criticità della disposizione oggetto di impugnazione, il Giudice francese ha dovuto verificare in concreto se la restrizione non fosse giustificata da esigenze di tutela di interessi generali dell'ordinamento interno.

Sul punto, la sentenza in commento rassegna le condivisibili conclusioni evidenziate in precedenza, in coerenza con il principio di proporzionalità nella ripartizione delle competenze tra Unione europea e Stati membri²¹ nonché – ancora una volta – con la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, secondo cui

- a) la tutela della salute è certamente da includersi tra i «*motivi imperativi di interesse generale idonei a giustificare una restrizione alla libera prestazione dei servizi*»²², al pari degli altri interessi tutelati dalla norma del codice deontologico in questione (dignità della professione sanitaria, correttezza nei rapporti di colleganza tra medici e affidamento dei pazienti nei confronti di questi ultimi), che possono essere messi a rischio da pratiche pubblicitarie potenzialmente idonee a indurre i pazienti in errore riguardo alle cure proposte o a diffondere trattamenti sanitari inadeguati o non necessari;
- b) al fine di tutelare tali interessi, spetta agli Stati membri stabilire il necessario livello di protezione nell'ordinamento interno²³;
- c) nell'adozione di tali misure, gli Stati membri non possono comunque eccedere quanto necessario per assicurare la tutela di tali obiettivi, cercando di raggiungerli nella maniera meno invasiva possibile rispetto all'esercizio delle libertà fondamentali in capo alle persone fisiche e giuridiche che prestino la propria attività nel mercato comune. Così, anche secondo il giudice euro-unitario, adeguate forme di tutela della sanità pubblica possono essere «*raggiunt[e] mediante misure meno restrittive che disciplinino, se del caso restrittivamente, le forme e le modalità che possono validamente assumere i mezzi*

²⁰ Cfr. il punto 63 di tale pronuncia.

²¹ Sul punto, si veda l'art. 5.4 TUE, secondo cui «*In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei Trattati*».

²² Cfr. il punto 67 della sentenza *Vanderborght*, il punto 51 della sentenza *Kostantinides*, nonché le sentenze 5 dicembre 2006, C-94/04, *Cipolla e a.*, ECLI:EU:C:2006:758, 8 novembre 2007, C-143/06, *Ludwigs-Apotheke*, ECLI:EU:C:2007:656 e 10 marzo 2009, C-169/07, *Hartlauer*, ECLI:EU:C:2009:141.

²³ Cfr. il punto 71 della sentenza *Vanderborght*, nonché le sentenze ivi richiamate 2 dicembre 2010, C-108/09, *Ker-Optika*, ECLI:EU:C:2010:725 e 12 novembre 2015, C-198/14, *Visnapuu*, ECLI:EU:C:2015:751.

di comunicazione utilizzati ... senza peraltro vietare loro in modo generale e assoluto ogni forma di pubblicità»²⁴, come invece accaduto nel caso di specie;

- d) in questo contesto, spetta al Giudice nazionale verificare se le misure adottate a tutela degli interessi generali sopra richiamati siano proporzionate rispetto alla compressione delle libertà fondamentali che determinano²⁵.

3. La pubblicità sanitaria nell'ordinamento giuridico italiano

Esaminati i contenuti della sentenza in commento ed evidenziata la loro compatibilità con i rilevanti principi di derivazione euro-unitaria appena passati in rassegna, sotto un profilo comparatistico è interessante esaminare la disciplina che caratterizza la pubblicità sanitaria nell'ordinamento giuridico italiano, onde valutarne la conformità rispetto ai principi sanciti dalla Corte di Giustizia con la sentenza *Vanderborght* e fatti propri dal *Conseil d'État*.

Nel nostro ordinamento la materia è da tempo disciplinata da fonti di rango legislativo, a cominciare dalla l. n. 175/1992 e ss. mm. ii.²⁶, che prevedeva una rigida regolamentazione della pubblicità sanitaria sia sotto il profilo degli strumenti a tal fine consentiti²⁷, sia con riferimento ai contenuti ammessi, che si limitavano all'individuazione del professionista e ai suoi titoli di studio, oltre alle eventuali onorificenze di cui quest'ultimo fosse stato insignito²⁸.

Non solo. La legge subordinava le forme di pubblicità consentite ad autorizzazioni del Sindaco o della Regione competente (a pena di sanzioni disciplinari, quali la censura o la sospensione dall'esercizio della professione sanitaria), previo in ogni caso il preventivo nulla osta dell'Ordine professionale.

²⁴ Cfr. il punto 75 della sentenza *Vanderborght*.

²⁵ Sul punto, si veda il punto 57 della citata sentenza *Kostantinides*. Del resto, che il principio di proporzionalità sia il cardine principale su cui deve vertere la disciplina e regolamentazione, a livello nazionale, dei servizi professionali in generale è confermato dalla comunicazione della Commissione COM/2016/0820 del 10 gennaio 2017 «relativa alle raccomandazioni di riforma per la regolamentazione dei servizi professionali», nonché dalla successiva direttiva 2018/958 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 giugno 2018 «relativa a un test della proporzionalità prima dell'adozione di una nuova regolamentazione delle professioni», in *GUUE* n. L 173 del 9 luglio 2018. In dottrina, si veda B. NASCIBENE, *Professionisti e ordini professionali nel diritto dell'Unione europea*, in *Eurojus*, 2019, p. 221 e ss.

²⁶ Legge 5 febbraio 1992, n. 175 recante «Norme in materia di pubblicità sanitaria e di repressione dell'esercizio abusivo delle professioni sanitarie», in *Gazz. Uff.*, 29 febbraio 1992, n. 50.

²⁷ Si veda in particolare l'art. 1 della l. n. 175/1992, a norma del quale «*Il*la pubblicità concernente l'esercizio delle professioni sanitarie e delle professioni sanitarie ausiliarie previste e regolamentate dalle leggi vigenti è consentita soltanto mediante targhe apposte sull'edificio in cui si svolge l'attività professionale, nonché mediante inserzioni sugli elenchi telefonici, sugli elenchi generali di categoria e attraverso periodici destinati esclusivamente agli esercenti le professioni sanitarie, attraverso giornali quotidiani e periodici di informazione e le emittenti radiotelevisive locali». In giurisprudenza, si vedano Cass. 26 aprile 2004, n. 7925, in *Foro it.*, Rep. 2005, voce *Sanità pubblica*, n. 661; 15 gennaio 2007, n. 652, *id.*, Rep. 2007, voce *Professioni intellettuali*, n. 108.

²⁸ V. ancora l'art. 1, comma 2, della l. n. 175/1992.

La rigida disciplina appena illustrata, a lungo ritenuta compatibile con i principi europei della concorrenza dalla giurisprudenza della Cassazione²⁹ e ripetutamente valorizzata dalla stessa CCEPS³⁰, è stata sostanzialmente abrogata a seguito dell'adozione del cd. "decreto Bersani" del 4 luglio 2006³¹, che ha determinato un notevole e generale attenuamento dei vincoli previsti dall'ordinamento italiano nei confronti delle iniziative pubblicitarie nel campo delle libere professioni³², sulla scorta di un *environnement* europeo sempre più deciso nel riconoscere la rilevanza della libera prestazione dei servizi e del principio di libera concorrenza nel contesto del mercato unico europeo, che sarebbe di lì a poco culminato nell'adozione della nota direttiva *Bolkenstein* del dicembre 2006³³.

In particolare, l'art. 2 del menzionato decreto Bersani (i) ha superato e rimosso le rigide disposizioni della l. n. 175/1992 in materia di pubblicità sanitaria e (ii) ha attribuito agli Ordini professionali il compito di verificare il rispetto della trasparenza e della veridicità dei messaggi pubblicitari adottati dai propri iscritti, disponendo al contempo un necessario adeguamento dei codici deontologici entro la data del 1° gennaio 2007, pena la nullità delle disposizioni di questi ultimi che fossero rimaste in contrasto con i principi generali contemplati dall'art. 2 medesimo.

Il quadro normativo in questione è stato poi completato negli anni immediatamente successivi

a) dall'introduzione di una nuova disciplina in materia di pubblicità ingannevole³⁴ e di pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno³⁵, che ha

²⁹ V. Cass. 18 aprile 2006, n. 8958, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Sanità pubblica*, n. 476.

³⁰ V. Comm. Centr. Eserc. Profess. Sanit. 7 marzo 2003, n. 7, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Professioni intellettuali*, n. 221.

³¹ D.l. 4 luglio 2006, n. 223 «*Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale*», in *Gazz. Uff.*, 4 luglio 2006, n. 153, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della l. 4 agosto 2006, n. 248 «*Conversione in legge, con modificazioni, del D.L. 4 luglio 2006, n. 223, recante disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale*», in *Gazz. Uff.*, 11 agosto 2006, n. 186, S.O.

³² Ai fini che qui interessano, si veda in particolare l'art. 2, comma 1, lett. b) del d.l. n. 223/2006, secondo cui «*sono abrogate le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali ... il divieto, anche parziale, di svolgere pubblicità informativa circa i titoli e le specializzazioni professionali, le caratteristiche del servizio offerto, nonché il prezzo e i costi complessivi delle prestazioni secondo criteri di trasparenza e veridicità del messaggio il cui rispetto è verificato dall'ordine*».

³³ L'entrata in vigore del decreto Bersani è contemporanea ai lavori preparatori della direttiva 2006/123/CE del Parlamento e del Consiglio del 12 dicembre 2006 «*relativa ai servizi nel mercato interno*» (cd. direttiva *Bolkenstein*), pubblicata in *GUUE* n. L 376 del 27 dicembre 2006, p. 36 e ss. Per quanto riguarda l'applicazione di questa direttiva e la conseguente incompatibilità con essa di divieti di pubblicità sanitaria previsti dagli ordinamenti nazionali si veda la sentenza della Corte di Giustizia 5 aprile 2011, C-119/09, *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable*, ECLI:EU:C:2011:208, in *Riv. dir. ind.*, 2011, p. 200 e ss., con nota di G. TASSONI, *La pubblicità commerciale tra autogoverno degli ordini professionali e regole del mercato dei servizi*.

³⁴ D. lgs. 2 agosto 2007, n. 145 recante «*Attuazione dell'articolo 14 della direttiva 2005/29/CE che modifica la direttiva 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole*», in *Gazz. Uff.* 6 settembre 2007, n. 207.

³⁵ D. lgs. 2 agosto 2007, n. 146 recante «*Attuazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE, 2002/65/CE, e il Regolamento (CE) n. 2006/2004*», *Ibid.*

- conferito all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato il potere (i) di avviare procedimenti ispettivi anche in materia di pubblicità sanitaria, su segnalazione di singoli professionisti o degli stessi Ordini professionali, e (ii) di adottare rilevanti provvedimenti inibitori e/o sanzionatori nei confronti dei trasgressori delle nuove regole³⁶;
- b) dall'adozione d. lgs. n. 59/2010³⁷, che ha recepito nell'ordinamento italiano la menzionata direttiva *Bolkenstein*. In particolare, l'art. 34 di tale atto normativo prevede che le «*limitazioni al libero impiego delle comunicazioni commerciali da parte dei prestatori di servizi che esercitano una professione regolamentata devono essere giustificate da motivi imperativi di interesse generale nel rispetto dei principi di non discriminazione e proporzionalità*», ferma comunque la necessità che «*[i]ncodici deontologici assicur[ino] che le comunicazioni commerciali relative ai servizi forniti dai prestatori che esercitano una professione regolamentata s[ia]no emanate nel rispetto delle regole professionali in conformità del diritto comunitario, riguardanti, in particolare, l'indipendenza, la dignità e l'integrità della professione, nonché il segreto professionale, nel rispetto della specificità di ciascuna professione. Le regole professionali in materia di comunicazioni commerciali sono non discriminatorie, giustificate da motivi imperativi di interesse generale e proporzionate*»³⁸;
- c) dalla riforma degli ordinamenti professionali attuata dal D.P.R. n. 137/2012³⁹, secondo cui «*[è] ammessa con ogni mezzo la pubblicità informativa avente ad oggetto l'attività delle professioni regolamentate, le specializzazioni, i titoli posseduti attinenti alla professione, la struttura dello studio professionale e i compensi richiesti per le prestazioni*» fermo che tale pubblicità «*dev'essere funzionale all'oggetto, veritiera e corretta, non deve violare l'obbligo del segreto professionale e non dev'essere equivoca, ingannevole o denigratoria*» (cfr. art. 4);
- d) dalla modifica del codice di deontologia medica, che ha introdotto un ampliamento delle possibilità di promozione delle prestazioni sanitarie da parte dei professionisti del settore, ferma la necessità di veridicità, prudenza e trasparenza ad esse necessariamente sottesa⁴⁰.

³⁶ V. TAR Lazio, 24 febbraio 2010, n. 2974, in *Corriere del merito*, 2010, p. 673, con nota di C. LAMBERTI, *Il giudice amministrativo interviene sulla pubblicità ingannevole di prestazioni professionali*, nonché Cons. Stato, 8 giugno 2018, n. 3467.

³⁷ D. lgs. 26 marzo 2010, n. 59 recante «*Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno*», in *Gazz. Uff.*, 23 aprile 2010, n. 94, S.O. Con riferimento a tale atto normativo, si veda B. NASCIBENE, M.A. CERIZZA, M. CASTELLANETA, E. BERGAMINI, *attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno*, in *Guida al diritto*, 2010, fasc. 21, p. 14 e ss.

³⁸ Sull'applicazione di tale norma riguardo alla professione forense si veda Cass., Sez. Un., 18 novembre 2010, n. 23287, in *Giur. It.*, 2011, p. 1347; nella giurisprudenza amministrativa, invece, si veda TAR Emilia Romagna, 12 gennaio 2010, n. 16, in *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Professioni intellettuali*, n. 125.

³⁹ Decreto del Presidente della Repubblica 7 agosto 2012, n. 137, «*Regolamento recante riforma degli ordinamenti professionali, a norma dell'articolo 3, comma 5, del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148*», in *Gazz. Uff.*, 14 agosto 2012, n. 189.

⁴⁰ Si vedano in particolare il vigente art. 55, secondo cui «*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*», nonché il

Da quanto precede emerge la conformità della disciplina di cui trattasi con i principi europei ben riassunti dalla sentenza in commento, con conseguente assestamento dell'ordinamento italiano su un modello compatibile con quello legittimato dalla stessa Corte di Giustizia nella sentenza *Vanderborght*⁴¹.

4. (segue). La “riforma” del 2018 e la necessità di un’interpretazione coerente con i principi sanciti dalla Corte di Giustizia

Recentemente, in un contesto caratterizzato da una applicazione sempre più “libertina” delle disposizioni appena passate in rassegna da parte degli operatori del settore, il legislatore italiano si è fatto portatore delle perplessità degli ordini professionali avverso tale fenomeno ed è così nuovamente tornato sulla disciplina relativa alla pubblicità sanitaria, introducendo nell’ambito della cd. “legge di bilancio” 2019⁴² il divieto delle strutture sanitarie e dei singoli professionisti di elaborare «*comunicazioni informative*» aventi contenuti diversi da quelli contemplati dall’art. 2 del decreto Bersani, che la norma stessa definisce «*funzionali a garantire la sicurezza dei trattamenti sanitari, escluso qualsiasi elemento di carattere promozionale o suggestivo, nel rispetto della libera e consapevole determinazione del paziente, a tutela della salute pubblica, della dignità della persona e del suo diritto a una corretta informazione sanitaria*»⁴³.

L’adozione della norma in questione ha suscitato non poche critiche⁴⁴, che hanno paventato l’introduzione di una ingiustificata compromissione della libertà di prestazione dei

successivo art. 56, a norma del quale la pubblicità informativa sanitaria deve indicare «*i titoli professionali e le specializzazioni degli operatori della struttura, l’attività professionale le caratteristiche del servizio offerto e l’onorario relativo alle prestazioni*».

⁴¹ Riguardo all’applicazione delle norme di cui trattasi si veda Cass. 9 marzo 2012, n. 3717, in *Foro it.*, Rep. 2012, voce *Giurisprudenza costituzionale e civile*.

⁴² Legge 30 dicembre 2018, n. 145 «*Bilancio di previsione dello Stato per l’anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021*», in *Gazz. Uff.*, 31 dicembre 2018, n. 302, S.O.

⁴³ Si veda in particolare il comma n. 525 della l. n. 145/2018. Quanto alle conseguenze di eventuali violazioni, il comma 536 ha poi previsto che «*in caso di violazione delle disposizioni sulle comunicazioni informative sanitarie di cui al comma 525, gli ordini professionali sanitari territoriali, anche su segnalazione delle rispettive Federazioni, procedono in via disciplinare nei confronti dei professionisti o delle società iscritti e segnalano tali violazioni all’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ai fini dell’eventuale adozione dei provvedimenti sanzionatori di competenza. Tutte le strutture sanitarie private di cura sono tenute a dotarsi di un direttore sanitario iscritto all’albo dell’ordine territoriale competente per il luogo nel quale hanno la loro sede operativa entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge*».

⁴⁴ Si veda quanto indicato dall’AGCM nel Bollettino settimanale n. 13 del 1° aprile 2019, nell’ambito del quale l’Autorità antitrust ha ritenuto «*opportuno ribadire che le norme in questione, applicabili a tutte le professioni sanitarie - siano esse esercitate a titolo individuale o in forma societaria - sollevano criticità in relazione ai limiti posti al contenuto della pubblicità sanitaria, alla ripartizione delle competenze in materia di vigilanza sulla pubblicità, nonché all’introduzione di restrizioni all’esercizio dell’attività di direttore sanitario ... L’Autorità ritiene dunque che la disciplina di cui all’articolo 1, comma 525, della legge di Bilancio 2019 reintroduca ingiustificate limitazioni all’utilizzo della pubblicità nel settore*

servizi rispetto al quadro normativo in vigore dal 2006, invocando la illegittimità della disciplina sopravvenuta per contrasto con il diritto dell'Unione europea.

Al di là di una formulazione in effetti non particolarmente chiara delle «*informazioni*» che sono da ritenersi consentite ai sensi della norma in questione⁴⁵, ad avviso di chi scrive essa non pare costituire una deroga drastica al regime di “liberalizzazione” della pubblicità sanitaria introdotto nel 2006, né tantomeno una sua abrogazione implicita, bensì un tentativo di porre un freno ad applicazioni sempre più estese della disciplina previgente.

In questo senso, l'espreso richiamo all'art. 2 del decreto Bersani mi pare costituire un indice della volontà del legislatore salvaguardare per quanto possibile il regime in vigore, ferma tuttavia la necessità di enfatizzare il principio per cui i contenuti delle «*comunicazioni informative*» rese dalle strutture mediche o dai singoli professionisti in merito alla propria attività non possono ledere interessi generali quali la tutela della salute pubblica, della dignità della persona e del diritto del cittadino-paziente a una corretta informazione sanitaria, enfatizzando aspetti meramente “commerciali” (scontistica, volantinaggio, slogan aggressivi e/o ambigui) a scapito di quelli legati alla competenza del professionista o all'opportunità di un determinato trattamento medico-sanitario.

È quindi in tal senso che, a mio avviso, occorre interpretare il divieto di «*qualsiasi elemento di carattere promozionale o suggestivo*» nell'ambito delle comunicazioni informative contemplate dal comma 525 della legge bilancio 2019, onde evitare di interpretare tale norma quale divieto generale e assoluto rispetto a ogni forma di pubblicità professionale, che abbiamo visto essere contrario a principi ormai universalmente riconosciuti in ambito euro-unitario.

Di particolare importanza sarà quindi il coordinamento della disposizione in questione con (i) il citato art. 34 del d. lgs. n. 59/2010, (ii) l'art. 4 del D.P.R. n. 137/2012, (iii) il vigente codice di deontologia medica e, soprattutto, (iv) il principio di proporzionalità, che abbiamo visto costituire il cuore delle valutazioni necessarie in sede di bilanciamento tra libertà di prestazione di servizi e esigenze di tutela di interessi generali dell'ordinamento interno, correttamente apprezzate dal *Conseil d'État* nella sentenza in commento.

delle professioni sanitarie, rimosse dai richiamati interventi di liberalizzazione, e non risulti necessaria, né proporzionata all'interesse generale di tutelare la sicurezza del consumatore».

⁴⁵ Sul punto, il citato comma 525 della l. n. 245/2018 richiama espressamente le «*informazioni di cui all'articolo 2, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223*». Tale richiamo pare ricomprendere tra tali contenuti “minimi” della pubblicità sanitaria quelli citati dalla lett. (b) del comma 1 di quest'ultima norma, e cioè (i) i titoli e le specializzazioni professionali dei medici; (ii) le caratteristiche del servizio offerto e (iii) le condizioni economiche delle prestazioni, in ossequio ai principi di trasparenza e veridicità richiamati dallo stesso decreto Bersani.

5. Conclusioni

La sentenza in commento offre pertanto una sintetica, ma puntuale, applicazione di principi da tempo riconosciuti dalla Corte di Giustizia in materia di pubblicità sanitaria e libera prestazione dei servizi.

In particolare, si è avuto modo di evidenziare come il percorso argomentativo seguito dal *Conseil d'Etat* risulti particolarmente apprezzabile laddove non censura *tout court* l'introduzione di un divieto alla possibilità dei medici di avvalersi di forme pubblicitarie per la propria attività professionale, ma sancisce l'incompatibilità di quest'ultimo con il diritto dell'Unione Europea in quanto divieto generale ad assoluto, come tale non proporzionato rispetto alla tutela degli interessi generali dell'ordinamento ad esso sottesi.

Si tratta di considerazioni che occorre tenere in debita considerazione anche ai fini dell'interpretazione delle norme che disciplinano la pubblicità sanitaria anche nell'ambito del diritto italiano, onde evitare cortocircuiti applicativi che – specie a valle della recente “riforma” del 2018 – potrebbero minare l'efficacia e, soprattutto, la compatibilità con il diritto dell'Unione europea della disciplina della pubblicità sanitaria nel nostro ordinamento giuridico attraverso interpretazioni troppo rigide o in qualche maniera “forzate” del comma 525 del d.lgs. n. 145/2018.

