

## I. L'art. 1 co. 525 e co. 536 della Legge di Bilancio 2019

Ai sensi dell'art. 1 co. 525 e 536 della nuova Legge di Bilancio 2019 (Legge n. 145 del 30 dicembre 2018, di seguito anche solo il "DEF" o "Legge di Bilancio"), il Legislatore ha riformato la materia relativa alla pubblicità a scopo promozionale in ambito sanitario.

Dal 1° gennaio 2019 è fatto divieto alle "strutture sanitarie private di cura", "agli iscritti agli albi degli Ordini delle professioni sanitarie" nonché alle società attive nel settore odontoiatrico di pubblicare "comunicazioni informative" aventi contenuti "di carattere suggestivo e promozionale" (Legge di Bilancio 2019, art. 1 co. 525).

Il comma precisa, dunque, che le suddette comunicazioni potranno "contenere unicamente le informazioni di cui all'articolo 2, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n.248, 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".

A livello sanzionatorio, il successivo co. 536 dell'art. 1 della Legge di Bilancio prevede che gli ordini professionali sanitari territoriali, ricevuta una segnalazione di infrazione e verificata la fondatezza di detta denuncia, procederanno in via disciplinare nei confronti dei trasgressori (o dei direttori sanitari responsabili), comunicando poi anche all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM) l'irregolarità per le opportune ulteriori sanzioni. Si introduce, quindi, una competenza concorrente rispetto a quanto previsto dalla normativa preesistente, che, invece, conferiva alla sola AGCM l'incarico di intervenire in materia (decreto legislativo 6 settembre 2005 n. 206 e decreto legislativo 2 agosto 2007, n. 145).

## II. Le principali norme di disciplina in vigore

Il DEF, quindi, si richiama all'art. 2 del Decreto legge 4 luglio, n. 223 (di seguito anche solo la "Legge Bersani"), norma che esplicitamente ha introdotto principi di libera concorrenza, di matrice comunitaria, e ha abrogato i precedenti divieti di pubblicità promozionale in ambito libero professionale (e, quindi, anche nel settore della sanità privata)<sup>[1]</sup>; al contempo, tuttavia, la Legge di Bilancio impone divieti alla comunicazione promozionale e/o suggestiva.

Per gli operatori di settore, questa evidente contraddizione rischia, tuttavia, di generare un cortocircuito interpretativo.

Per poter chiarire la materia appare opportuno, innanzitutto, individuare le norme di disciplina ancora in vigore.

### 1. La Legge Bersani

Stando alla norma in esame, le comunicazioni informative in ambito sanitario privato possono e devono contenere unicamente le informazioni indicate all'art. 2 della Legge Bersani.

Quindi, nonostante il divieto di introdurre nelle comunicazioni informative contenuti "di carattere promozionale o suggestivo", la pubblicità in ambito privatistico sanitario rimane lecita<sup>[2]</sup>.

La mancata abrogazione della normativa preesistente e, anzi, l'esplicito richiamo alla Legge Bersani, consente, dunque, di individuare i contenuti minimi del messaggio pubblicitario (ivi denominata "pubblicità informativa"). In particolare, ai sensi dell'art. 2 co. 1 lett. a), la comunicazione informativa in ambito sanitario potrà (dovrà) contenere:

- i titoli e le specializzazioni professionali dei medici;

- le caratteristiche del servizio offerto; e
- le condizioni economiche delle prestazioni.

In maniera, comunque, tale da (i) rispettare i principi di trasparenza e veridicità e (ii) permettere agli utenti di maturare una libera e consapevole “*scelta nell’esercizio dei propri diritti e di comparazione delle prestazioni offerte dal mercato*” (art. 2 co. 1 Legge Bersani).

Per l’appunto, l’informativa al pubblico che indichi anche l’applicazione di eventuali scontistiche non sembrerebbe porsi in contrasto con la disciplina vigente, in quanto inerente alle condizioni economiche applicate, elemento ritenuto rilevante affinché l’utente possa maturare una “*libera e consapevole determinazione*” in merito alla scelta terapeutica (art. 1 co. 525 del DEF).

## **2. Il DPR del 7 agosto 2012 n. 137**

Il richiamo contenuto all’art. 1 co. 525 del DEF alla Legge Bersani dovrebbe poi comportare, implicitamente, la permanenza in vigore anche di un’altra fondamentale norma in materia di pubblicità informativa e libera concorrenza, ovvero il DPR del 7 agosto 2012 n. 137 (norma che, infatti, non viene abrogata dalla Legge di Bilancio).

A mente di tale ultima norma, la pubblicità informativa avente ad oggetto l’attività delle professioni regolamentate da parte di privati deve contenere:

- l’indicazione delle specializzazioni possedute (e, quindi, dell’offerta proposta al potenziale utente);
- la descrizione della struttura; e
- i compensi richiesti.

Tali comunicazioni, dunque, oltre a dover essere veritiere, non ingannevoli e non denigratorie, dovranno presentarsi funzionali all’oggetto della prestazione offerta (DPR del 7 agosto 2012 n. 137, art. 4). Tale nesso richiederà un preesame tecnico e giuridico particolarmente accurato, per evitare le potenziali sanzioni da parte dei soggetti preposti.

## **3. Codice deontologico dell’Ordine dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri**

A seguito delle pronunce dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (provv. n. 25078/2014), del T.A.R. Lazio (sent. n. 4943/2015) nonché del Consiglio di Stato (sent. n. 167/2016), la Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri ha, altresì, modificato alcuni articoli del codice deontologico, ampliando la possibilità di promozione delle prestazioni sanitarie in modo da conformarsi alla disciplina europea in materia di concorrenza<sup>[3]</sup>. Ed allora, oggi, l’art. 55 (*Informazione sanitaria*) prescrive quanto segue:

- la comunicazione all’utente deve essere accessibile, trasparente, rigorosa da un punto di vista scientifico e prudente; e
- essa non deve alimentare aspettative né timori infondati.

L’art. 56, poi, precisa che la “*Pubblicità informativa sanitaria*” possa (debba) indicare:

- i titoli professionali e le specializzazioni degli operatori della struttura, l’attività professionale e, quindi l’offerta proposta ai pazienti; e
- gli onorari relativi alle prestazioni.

E’ fatto, dunque, nuovamente esplicito il divieto di pubblicazione e affissione di pubblicità non veritiere, ingannevoli e/o equivoche.

## **III. I pareri dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato**

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha inteso svolgere alcune considerazioni in merito ai problemi concorrenziali e di tutela del consumatore derivanti dalle previsioni in materia di pubblicità sanitaria contenute nella Legge di Bilancio 2019.

Con parere preventivo del 13 dicembre 2018, l'AGCM manifestava parere negativo in merito all'allora art. 41 bis del disegno di legge AC 1334 del 31 ottobre 2018 (poi, trasfuso nell'art. 1 co. 525 della Legge di Bilancio).

Con successiva valutazione del 19 marzo 2019, l'GCM conferma le proprie critiche al provvedimento.

A fondamento delle proprie contestazione, l'Autorità denuncia:

1. le ingiustificate limitazioni all'utilizzo della pubblicità nel settore delle professioni sanitarie, rimosse dai richiamati interventi di liberalizzazione, che il DEF sembrerebbe voler reintrodurre con la sua articolata e contraddittoria formulazione[4];
2. gli inevitabili conflitti di competenza tra AGCM e AGCOM, entrambe deputate a vigilare sul rispetto dell'informativa sanitaria, la prima in forza delle norme introdotte nel Codice del Consumo in sede di recepimento della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori, la seconda per disposizione dell'art. 1 co. 536 del DEF[5].

#### **IV. Contenuti "difendibili" di una campagna pubblicitaria**

Alla stregua di quanto sopra esposto, la normativa in vigore continua a contemplare la liceità della pubblicità in ambito sanitario da parte degli esercenti liberi professionisti e delle società gerenti strutture e cliniche private.

Nel contempo, però, impone che le "comunicazioni informative" non abbiano carattere promozionale o suggestivo.

Delle due l'una: o ipotizziamo che il Legislatore del DEF ritenga cosa diversa la "pubblicità informativa" (come viene denominata all'art. 2 della Legge Bersani) dal concetto di "comunicazione informativa", ritenendo che solo quest'ultima non debba avere carattere promozionale, oppure il Legislatore ritiene che possa esistere una pubblicità informativa priva di contenuti promozionali e suggestivi.

In attesa di sentenze e/o provvedimenti di interpretazione autentica che possano indicare la corretta applicazione del dettato normativo, l'unico esercizio utile per gli operatori di settore appare essere l'individuazione di alcuni principi che possano rendere "difendibile" una determinata campagna pubblicitaria. Le seguenti caratteristiche che proveremo qui di seguito ad enucleare sono da considerarsi tutte essenziali e nessuna derogabile.

#### **A. Oggetto della comunicazione: indicazione completa del trattamento**

Difendibile è certamente una qualsiasi comunicazione che sia improntata su informazioni vere e comprensibili, finalizzata a permettere al potenziale paziente una comprensione integrale e non lacunosa del trattamento e/o dell'intervento promosso.

Rappresentare, invece, in modo generico il trattamento, magari al fine di evitare che la descrizione di alcune fasi dell'esecuzione del medesimo possano dissuadere il potenziale paziente, lederebbe il principio fondamentale del consenso informato.

Tale strategia di *marketing*, infatti, si porrebbe in contrasto con il tema – in ultimo sancito dall'art. 1 co. 525 del DEF, relativo alla tutela ad “*una corretta informazione sanitaria*”. Pertanto, un volantino o un cartellone pubblicitario che descrivesse il trattamento promosso in modo generico e/o lacunoso e/o eccessivamente tecnico non risponderebbe ai requisiti richiesti dalla nuova norma.

L'esigenza di sinteticità propria di una comunicazione pubblicitaria deve, quindi, coniugarsi con l'obbligo di rappresentare in modo adeguato il trattamento. Per questo motivo, appare opportuno una preanalisi della comunicazione informativa, con verifica congiunta tra il responsabile marketing e il consulente legale.

### **B. Contenuto veritiero e scientificamente appropriato**

Una corretta informazione sanitaria si ottiene anche impedendo che la comunicazione sia non veritiera e/o scientificamente non corretta. Pertanto, si dovrà evitare di inserire informazioni non testate. Parimenti, ci si dovrà esimere dal promettere risultati che, invero, non possano essere garantiti.

A tal riguardo, ad esempio, una campagna che prevedesse l'inserimento di fotografie e dati “*prima e dopo il trattamento*” certamente richiederebbe un'attenta valutazione del messaggio proposto, alla luce dell'indirizzo giuridico in materia. Tale comparazione, scevra dei doveri accorgimenti tecnici e giuridici, potrebbe essere giudicata idonea ad ingenerare nel paziente un'aspettativa di risultato. Tale conseguenza, contraria ad ogni cautela scientifica, renderebbe la comunicazione in esame “*suggestiva*”, priva di valenza informativa e, quindi, illecita.

### **C. L'elemento visivo e comunicativo deve essere funzionale alla presentazione del trattamento e non deve rispondere a strategie di suggestione**

La particolare enfasi utilizzata dal Legislatore del DEF nel vietare il carattere suggestivo della comunicazione sembrerebbe richiamare l'art. 4 co. 2 del DPR n. 137/2012, a mente del quale la pubblicità informativa “*dev'essere funzionale all'oggetto*”, ovvero sia deve essere scevra di contenuti e immagini che, appunto in modo suggestivo, abbiano un'attinenza indiretta (se non, addirittura, inesistente) con il trattamento presentato.

Il messaggio e/o l'immagine utilizzati dovrebbero, pertanto, essere selezionati al fine di far immediatamente comprendere all'utente che sia riferibile ad una prestazione sanitaria, senza rimandi a strategie di *marketing* commerciale. Il potenziale paziente dovrebbe, infatti, all'istante percepire il contenuto come atto ad informarlo sul dato medico e/o terapeutico; la comunicazione, insomma, non deve essere finalizzata a sollecitare altre emozioni primarie dell'utente, al fine di ottenerne il convincimento inconscio.

Utilizzare immagini piacevoli, stimolanti e/o rilassanti (appunto, suggestive) per ben predisporre il consumatore configurerebbe una potenziale violazione dei divieti del DEF. Anche in tal caso, quindi, appare necessaria una valutazione preventiva della proposta pubblicitaria, che indirizzi i creativi e i responsabili di marketing alla luce dei precedenti giurisprudenziali e delle passate decisioni dell'AGCM.

### **D. L'elemento prezzo: condizioni per un inserimento “difendibile” del prezzo e possibilità condizionata di pubblicizzazione di una scontistica**

La comunicazione può contenere indicazioni sul prezzo applicato. Ciò non solo risponderebbe al dettato della Legge Bersani e successive norme di settore, ma garantirebbe anche il rispetto delle norme del Codice del Consumo, applicabile alla fattispecie in esame.

Ciò che, piuttosto, andrebbe evitato è:

- **che l'indicazione delle condizioni economiche rappresenti l'elemento cardine e traino della comunicazione informativa.**

Come già evidenziato in precedenza, l'oggetto della comunicazione deve, infatti, essere la descrizione, veritiera e trasparente, del trattamento. Cercare di suggestionare la scelta del potenziale paziente tramite un particolare rilievo dato alle condizioni economiche appare, dunque, condotta difficilmente difendibile. Sul punto, la CCEPS (Commissione Centrale per gli esercenti le professioni sanitarie) ha chiarito che *“come già affermato dalla Commissione Centrale in analoghe occasioni, è consentito diffondere messaggi informativi contenenti le tariffe delle prestazioni erogate, **fermo restando che le caratteristiche economiche di una prestazione non devono costituire l'aspetto esclusivo del messaggio informativo**”* (CCEPS – Decisione n. 30 dell'11 maggio 2015);

- **che la comunicazione possa generare equivoci tra il prezzo indicato e il relativo trattamento proposto.**

In passato sono stati numerosi i casi, soprattutto in ambito odontoiatrico, di pubblicità che reclamavano trattamenti a prezzi irrisori. Le campagne promozionali, però, omettevano (e/o indicavano in modo non trasparente e/o chiaro) che il prezzo indicato copriva solo parzialmente il trattamento proposto, ovvero non includeva la manodopera o altri elementi della prestazione (ad esempio, vedasi il noto caso del 2017, relativo alla campagna *“impianti ad € 1”* oggetto di segnalazione all'AGCM da parte dell'Ordine dei Medici di Milano<sup>[6]</sup>).

Altra campagna che certamente presenta elementi di criticità giuridica sarebbe quella in cui l'indicazione del prezzo sia volutamente ambigua (ad esempio, laddove il prezzo fosse preceduto dalla parola *“fino a € ...”* o *“a partire da € ...”*) senza ulteriori indicazioni che permettano una facile determinazione dei costi complessivi effettivamente applicati.

Potenzialmente vulnerabile sarebbe, poi, una campagna in cui venga indicato, insieme alla descrizione del trattamento, anche lo sconto applicato. In tal caso, sarà necessario un vaglio legale dell'informativa al fine di predisporre, nel caso concreto, una comunicazione, comunque, corretta e non ingannevole.

Non rispondente ai parametri di legge, poi, sarebbe anche una comunicazione in cui vi fosse l'indicazione di un prezzo con riferimento a prestazioni solo genericamente descritte. Un siffatta pubblicità sarebbe, infatti, potenzialmente generatrice di costi aggiuntivi non preventivati dall'utente in buona fede. Anche in tale caso sarà necessario coniugare l'efficacia e la sinteticità del messaggio con l'esigenza di completezza dell'informazione imposta dalla norma di settore; e

- **che la scontistica sia condizionata a determinate condotte del paziente.**

Si fa riferimento in questo caso a promozioni atte a fidelizzare il cliente, sollecitandolo a tenere determinati comportamenti non rispondenti a logiche di prevenzione.

Ad esempio, concedere scontistiche solo in caso di prenotazione di più visite e/o trattamenti non necessari e arbitrariamente abbinati, ovvero solo allorquando il paziente riesca a far sottoporre

ad un trattamento anche un parente e/o un conoscente, configurerebbe una strategia potenzialmente non conforme ai limiti di cui alla normativa di settore.

Quanto suesposto, come già accennato, non ha la pretesa di fornire un quadro interpretativo certo. La scarna “riforma” in materia non permette, infatti, al momento, di meglio definire i vari profili della pubblicità in ambito sanitario da parte di soggetti privati. Il coinvolgimento di un’ autorità garante fino ad oggi estranea a tale materia (l’AGCOM), al fianco della precedente autorità competente (l’AGCM), complica ulteriormente l’attività degli operatori. Non appare, altresì, possibile delineare, allo stato, il prossimo indirizzo, posto che, peraltro, le due Autorità coinvolte rispondono, spesso, a principi e logiche tra loro contrastanti.

Individuati alcuni principi da rispettare, sarà opportuno, comunque, sottoporre la possibile campagna pubblicitaria ad esperti del settore, per poter limitare – per quanto possibile – eventuali sanzioni pecuniarie e/o inibitorie. Difatti, solo dopo aver verificato caso per caso il grado di criticità, il professionista e/o l’imprenditore potranno decidere se affrontare il rischio rilevato e/o modificare le strategie di comunicazione al pubblico.

[1] L’art. 2 della Legge Bersani, infatti, contempera il principio comunitario di libera concorrenza e di libertà di circolazione delle persone e dei servizi, da un lato, con una politica atta ad assicurare agli utenti un’effettiva facoltà di scelta nell’esercizio dei propri diritti, dall’altro. Ne consegue che il Legislatore abbia optato di eliminare *tout court* i precedenti divieti di pubblicità relativa all’offerta di servizi e prestazioni professionali da parte di soggetti privati, a prescindere dalla natura individuale, associativa o societaria di quest’ultimi (conf., *ex multis*, Corte di Cassazione, n. 3717/2012).

[2] E’ bene rilevare che precedentemente la Legge Bersani, la materia della pubblicità in ambito sanitario era disciplinata dalla **Legge 5 febbraio 1992, n. 175**, che permetteva agli esercenti la libera professione in ambito medico solo “*mediante targhe apposte sull’edificio in cui si svolge l’attività professionale, nonché mediante inserzioni sugli elenchi telefonici*” e previa autorizzazione del sindaco. Di fatto, la risalente legge citata vietava la pubblicità a scopo promozionale in tale ambito. Con l’integrazione operata dalla **Legge 3 maggio 2004, n. 112**, i riformati artt. 1 e 4 hanno, quindi, introdotto la facoltà, regolamentata e vincolata, di inserzioni pubblicitarie attraverso giornali quotidiani e periodici di informazione e le emittenti radiotelevisive locali, principio poi ulteriormente sviluppato e ampliato in modo organico dalla citata Legge Bersani.

[3] In merito al tormentato processo di adeguamento degli artt. 55 e 56 del Codice deontologico da parte della Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri leggasi anche “*Nuove indicazioni sulla pubblicità informativa sanitaria*” ).

[4] “*Più in generale, considerare illegittime le “comunicazioni informative” che presentino “qualsiasi elemento di carattere promozionale o suggestivo” implica, di fatto, vietare ogni forma di pubblicità delle professioni sanitarie, andando ben oltre i parametri di cui all’articolo 4 del D.P.R. 137 del 7 agosto 2012.*

*Ad avviso dell’Autorità, quindi, l’articolo 41-bis, comma 1, ove approvato nei termini proposti, determina una ingiustificata inversione di tendenza rispetto all’importante e impegnativo processo di liberalizzazione delle professioni sopra descritto, e non risulta motivato, né proporzionato all’interesse generale di tutelare la sicurezza del consumatore” (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, AS1553 – Legge di Bilancio 2019 – Osservazioni in merito agli articoli 41-bis e 51 del Disegno di Legge AC 1334, 13 dicembre 2018, pag. 6).*

[5] *“La norma [NB: l’art. 1 co. 536 del DEF] viola pertanto le disposizioni di rango eurounitario e nazionale che attribuiscono all’Autorità [Garante della Concorrenza e deil Mercato] la competenza esclusiva a vigilare sulla correttezza e trasparenza delle comunicazioni informative e promozionali anche in ambito sanitario”* (Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato, AS1574 – OSSERVAZIONI IN MERITO ALLA LEGGE DI BILANCIO 2019, 19 marzo 2019, pag. 2).