

N. 04943/2015 REG.PROV.COLL.
N. 14513/2014 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 14513 del 2014, proposto da:
Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli
odontoiatri, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e
difesa dagli avv.ti Piero Guido Alpa, Roberto Longhin e Marcello
Clarich, elettivamente domiciliata in Roma, viale Liegi, 32, presso lo
studio dell'avv. Marcello Clarich;

contro

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in persona del
legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avvocatura
Generale dello Stato, presso la quale domicilia in Roma, Via dei
Portoghesi, 12;

nei confronti di

Groupon Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata
e difesa dagli avv.ti Roberto Panetta e Aldo Russo, elettivamente

domiciliata in Roma, Via di Monte Giordano, 36, presso lo studio dell'avv. Niccolò Rossi;

Dental Franchising Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Andrea Cicala, Alfredo Luente e Francesco Goisis, elettivamente domiciliata in Roma, viale di Villa Massimo, 57, presso lo studio professionale Ass Baker & Mckenzie; Cappello Alvise, Maurizio Pedone, Emidio Aquilio, rappresentati e difesi dagli avv.ti Silvia Stefanelli e Marco De Fazi, elettivamente domiciliati in Roma, Via della Giuliana, 44, presso lo studio dell'avv. Marco De Fazi;

Angelo Gottardo, rappresentato e difeso dagli avv. Marco De Fazi, Silvia Stefanelli, elettivamente domiciliato in Roma, Via della Giuliana, 44, presso lo studio dell'avv. Marco De Fazi;

Emidio Aquilio, Stefano Salzano, Progetto dentale Apollonia srl, in persona del legale rappresentante p.t., Alvise Capello, Amico Dentista s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., DP Group s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi dagli avv. Marco De Fazi, Silvia Stefanelli, elettivamente domiciliati in Roma, Via della Giuliana, 44, presso lo studio dell'avv. Marco De Fazi;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

l'Associazione Italiana Odontoiatri, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Maria Maddalena Giungato, presso il cui studio in Roma, Vico Mazzarino, 14, è elettivamente domiciliata;

l'Ordine dei medici chirurghi ed odontoiatri della provincia di

Bologna, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Alberto Santoli, Piergiorgio Villa, con domicilio eletto presso Piergiorgio Villa in Roma, Via Donatello, 23;
ad opponendum:

Studio Dentistico Dr. Aquilio ed altri, Stefano Salzano, Soc. Progetto Dentale Srl, Alvise Cappello, Soc. Amicodentista Srl, Soc Dp Group Srl, ed altri Aquilio Emidio, rappresentati e difesi dagli avv.ti Silvia Stefanelli e Marco De Fazi, elettivamente domiciliati in Roma, Via della Giuliana, 44, presso lo studio dell'avv. Marco De Fazi; Emilio Archetti, rappresentato e difeso dagli avv.ti Innocenzo Gorlani, Mario Gorlani e Ilaria Romagnoli, elettivamente domiciliato in Roma, Via Livio Andronico, 24, presso lo studio dell'avv. Ilaria Romagnoli;

per l'annullamento

della deliberazione adottata nell'adunanza del 4.9.2014 dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, esternata con comunicazione 19 settembre u.s. (pervenuta il 25 successivo), pubblicata sul bollettino dell'Autorità n. 37 del 24.9.2014, con la quale la ricorrente è stata ritenuta responsabile di una intesa restrittiva della concorrenza ai sensi dell'art. 101 TFUE, con conseguente irrogazione della sanzione amministrativa di Euro 831.816,00 e imposizione dell'obbligo di assumere misure atte a porre termine all'illecito riscontrato;

- dell'atto di avvio del procedimento del 3 settembre 2013;
- della decisione assunta dall'Autorità resistente il 20 dicembre 2013 a seguito della richiesta formulata dalla ricorrente il 10 dicembre 2013;
- della decisione assunta dall'Autorità resistente il 12 febbraio 2014 a

seguito della richiesta formulata dalla ricorrente il 22 gennaio 2014;

- della comunicazione delle risultanze istruttorie inviata alla FNOMCeO il 22 aprile 2014;
- della delibera assunta dall'Autorità il 19 giugno 2014, di rigetto della richiesta formulata dalla ricorrente con la memoria del 23 maggio 2014;
- della decisione, assunta dall'Autorità nella sua adunanza del 23 luglio 2014, di rigettare la richiesta 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 nell'audizione finale dell'8 luglio 2014;
- del decreto del Presidente della Repubblica 30 aprile 1998, n. 217, recante il "Regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato";
- di ogni altro atto connesso, presupposto e conseguente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, di Groupon Srl e di Dental Franchising Srl;

Visti gli atti di intervento;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 marzo 2015 la dott.ssa Roberta Cicchese e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri (d'ora in avanti anche Federazione o FNM CeO) ha impugnato il provvedimento indicato in epigrafe, con il quale l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora in avanti anche Autorità o AGCM) la ha ritenuta responsabile di una intesa restrittiva della concorrenza ai sensi dell'art. 101 TFUE, con conseguente irrogazione della sanzione amministrativa di Euro 831.816,00 e contestuale imposizione dell'obbligo di assumere misure atte a porre termine all'illecito riscontrato.

In particolare la condotta sanzionata dall'AGCM è consistita nella adozione, da parte della Federazione, di alcune disposizioni del codice deontologico adottato nel 2006 e nelle linee guida successivamente deliberate, contenenti norme *“idonee a restringere in misura sensibile la concorrenza mediante l'imposizione di ingiustificati divieti o vincoli all'utilizzo dello strumento pubblicitario”*, condotta protrattasi per otto anni, in considerazione del fatto che i profili di criticità presenti nelle citate disposizioni non sono stati modificati nel tempo, ancorché incompatibili con il quadro normativo vigente al momento della loro adozione e ulteriormente evolutosi in senso di liberalizzazione, anche pubblicitaria, dell'attività professionale, e sono state in parte conservate nel nuovo codice deontologico adottato nel 2014.

Avverso tale provvedimento e gli atti endoprocedimentali la FNM CeO ha articolato i seguenti motivi di dogianza:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 28 della legge 24 novembre 1981, n. 689, eccesso di potere per travisamento ed erronea

valutazione dei presupposti , difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, in relazione all'omessa rilevazione dell'intervenuta decorrenza del termine di prescrizione.

Sostiene la ricorrente che l'esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Autorità sarebbe stato precluso dall'intervenuta maturazione del termine quinquennale di prescrizione dal verificarsi del fatto asseritamente illecito.

Ed infatti il codice deontologico è stato adottato nel 2006, come pure le linee giuda, mentre invece le circolari interpretative, pure ritenute integranti la condotta anticoncorrenziale, sono state adottate, rispettivamente il 19 luglio 2007 e il 20 maggio 2009, data dopo la quale nessuna attività sarebbe stata posta in essere dalla Federazione.

Non sarebbe, infine, rinvenibile, in concreto, una ipotesi di violazione a carattere continuato o permanente, ricorrendo, al più una fattispecie di illecito istantaneo con effetti permanenti.

Violazione e falsa applicazione di legge, con riferimento all'art. 14 della legge 24 novembre 1981, n. 689.

Rileva la ricorrente come la contestazione dell'illecito, in violazione di quanto prescritto dal citato articolo 14, è avvenuta dopo che era decorso il termine di novanta giorni dall'accertamento dell'infrazione.

La contestazione, infatti, è avvenuta a mezzo della comunicazione di avvio del procedimento il 3 settembre 2013, mentre l'accertamento ha avuto luogo, o comunque avrebbe potuto e dovuto aver luogo, ben prima del novantesimo giorno antecedente tale data.

La peculiare fattispecie di intesa ritenuta sussistente, e cioè la mera

adozione di un codice deontologico e delle relative linee guida, infatti, escludeva la necessità di una indagine complessa ed articolata sulla sussistenza di un accordo tra più parti, così che già dall'acquisizione, in data 12 novembre 2010 dell'articolato esposto – denuncia della Dental Franchising e di quello del 5 ottobre 2011 da parte di Groupon, l'Autorità avrebbero avuto a disposizione un quadro istruttorio che non richiedeva la necessità di ulteriori e complesse indagini.

Violazione e falsa applicazione dell'art. 6 della CEDU e del principio generale della separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie, in relazione agli art. 10, 11 e 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nonché degli artt. 1, 2, 6, 7, 8, 10, 14 e seguenti del d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217, violazione del principio del giusto procedimento amministrativo sanzionatorio, eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche ed in particolare travisamento ed erronea valutazione dei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, contraddittorietà, sviamento.

La commistione tra funzioni istruttorie e funzioni giudicanti che connota il procedimento seguito dall'Autorità violerebbe, a giudizio della FNM CeO, i principi di cui all'art. 6 della Carta EDU, determinando una riduzione delle garanzie di imparzialità nell'organo decidente, tanto più grave laddove si consideri che l'intero procedimento si conclude con l'irrogazione di una sanzione che, pur qualificata come “*amministrativa*”, ha in realtà carattere penalistico – punitivo.

Ove non si dovesse ritenere la realizzata violazione delle necessarie garanzie di imparzialità direttamente fonte di illegittimità dell'atto, la

ricorrente chiede la rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale delle disposizioni applicate, in quanto in contrasto con gli articoli 24 e 117 della Costituzione, alla luce del parametro interposto dell'art. 6 della CEDU e dell'art. 47 della Carta di Nizza.

Violazione e falsa applicazione di legge con riferimento agli artt. 1, comma 4, 2, 14 ter, 21 e 21 bis della legge dieci ottobre 1990, n. 287, in relazione all'art. 35 del d.P.R. n. 221/50 e all'art. 15 del DLCPS 13 settembre 1946, n. 233, eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche e in particolare travisamento ed erronea valutazione dei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, contraddittorietà, sviamento.

La ricorrente contesta la valutazione dell'Autorità nella parte in cui ha ritenuto che i profili di criticità riscontrati nelle disposizioni contenute nel codice deontologico del 2006 non siano venute meno con l'adozione del successivo codice del 2014.

Lamenta poi la ritenuta tardività della dichiarazione di impegni e la mancata concessione della rimessione in termini, tanto più che il termine trimestrale per la presentazione degli impegni, anche alla luce della finalità deflattiva del procedimento antitrust e della necessaria cooperazione tra amministrazione e professionista, non potrebbe essere qualificato perentorio.

Rappresenta infine come il codice deontologico sia un atto di natura regolamentare, adottato nel rispetto di tutte le previsioni normative vigenti in materia, ciò che avrebbe richiesto, prima dell'emanazione del provvedimento sanzionatorio, l'emissione, da parte dell'Autorità, di un parere motivato, nel quale fossero indicati i profili delle

violazioni contestate ed un invito all'ente pubblico a conformarsi alle stesse.

Violazione e falsa applicazione di legge con riferimento agli artt. 1, comma 4, 2, 14 ter, 21 e 21 bis della legge dieci ottobre 1990, n. 287, in relazione all'art. 35 del d.P.R. n. 221/50 e all'art. 15 del DLCPS 13 settembre 1946, n. 233, violazione del principio dell'autonomia delle PA, eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, contraddittorietà, sviamento.

La ricorrente, ribadita la natura normativa delle disposizioni contenute nel codice deontologico e la loro concorrenza a determinare il quadro normativo nazionale, anche alla luce dei poteri pubblicistici di cui l'ente è investito, contesta la qualificazione della Federazione in termini di *“associazione di imprese”*, nonché la ritenuta contrarietà delle disposizioni adottate alle norme di legge asseritamente violate.

Ribadisce poi la neutralità della condotta posta in essere, consistita nella mera adozione delle disposizioni, inidonea ad integrare un comportamento anticoncorrenziale.

Violazione di legge con riferimento all'art. 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, in relazione all'art. 2 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito nella legge n. 248/2006, nonché all'art. 34 del d.lgs. 6 marzo 2010, n. 59, nonché all'art. 4 del d.P.R. 3 agosto 2012, n. 137, nonché all'art. 101 del TFEU nonché all'art. 15 del DLCPS 13 settembre 1946, n. 233, nonché all'art. 24 della direttiva 2006/123/CEE, eccesso di potere eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei presupposti, difetto di

istruttoria e di motivazione, illogicità, contraddittorietà, sviamento
La concreta portata delle norme deontologiche, a giudizio della ricorrente, sarebbe rispettosa della intervenute norme di liberalizzazione delle professioni mediche e di abrogazione del divieto di pubblicità per gli esercenti le professioni regolamentate, atteso che la normativa vigente prevede comunque la necessità che le informazioni pubblicitarie fornite siano sottoposte a determinati limiti.

La Federazione si sarebbe limitata a ribadire la sussistenza dei suddetti limiti, anche nel rispetto dei principi comunitari in materia, a tutela della dignità e del decoro professionale, nonché a tutela del paziente.

Con particolare riferimento alla ritenuta portata anticoncorrenziale del divieto di pubblicità comparativa, ribadito nel codice deontologico del 2014, la FNM CeO rileva che il provvedimento sanzionatorio non avrebbe sufficientemente enucleato le ragioni per le quali tale divieto sarebbe stato idoneo a produrre effetti restrittivi della concorrenza.

Violazione di legge con riferimento agli artt. 1, comma 4, 2, 14 ter , 21 e 21 bis della legge dieci ottobre 1990, n. 287, in relazione agli artt. 4, 14 e 21 del DLCPS 13 settembre 1946, n. 233 e art. 33 d.P.R. 5 aprile 1950 n. 221, violazione di principi di affidamento e certezza del diritto, eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, contraddittorietà, sviamento.

La ricorrente censura infine le modalità di determinazione della sanzione, non sostenuta, a suo giudizio, da adeguata giustificazione

motivazionale e comunque tale da risultare non proporzionata ed iniqua rispetto alla condotta contestata.

In particolare sarebbe apodittica la qualificazione della gravità, completamente disancorata da riferimenti alla fattispecie concreta e dagli effetti sul mercato che la condotta sanzionata ha prodotto.

Medesima carenza motivazionale affliggerebbe la valutazione dell'aspetto soggettivo della violazione, non avendo l'Autorità considerato le difficoltà interpretative che hanno accompagnato l'entrata in vigore del d.l. 223/2006 e la sostanziale desuetudine delle linee guida.

Sempre in punto di quantificazione, poi, la FNM CeO contesta sia il criterio del 5% del fatturato 2013 per ogni anno di violazione, sia la correttezza dell'attività di moltiplicazione di tale importo per il numero di anni decorsi dall'adozione delle linee guida, meccanismo che porterebbe ad individuare un importo finale non congruente con la gravità dei fatti.

Contesta, ancora la ricorrente, la qualificazione del suo bilancio in termini di fatturato, atteso che essa non ricava utili, ma riceve dagli associati somme aventi natura di tassa, sia perché suscettibili di prelievo coattivo mediante ruolo, sia perché acquisite con un vincolo di destinazione.

Infine lamenta la violazione dei principi di affidamento e certezza del diritto, ribadendo l'eccessivo e non giustificato intervallo di tempo intercorso tra la conoscenza dell'illecito e l'inizio del procedimento.

Nel rappresentare il pregiudizio derivante dall'esecuzione del provvedimento, la ricorrente censura, infine, la brevità del termine ad essa concesso per l'adeguamento.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato e la Groupon Srl si sono costituite ed hanno chiesto la reiezione del ricorso, mentre la Dental Franchising Srl, pure destinataria della notifica del ricorso, ha chiesto di essere estromessa dal giudizio, in quanto non controinteressata in senso tecnico.

L'Associazione Italiana Odontoiatri e l'Ordine dei medici chirurghi ed odontoiatri della provincia di Bologna hanno spiegato intervento *ad adiuvandum*, mentre i dottori Cappello Alvise, Maurizio Pedone, Angelo Gottardo, Emidio Aquilio, Stefano Salzano, Emilio Archetti, Progetto Dentale Srl, Alvise Amicodentista Srl e Dp Group Srl hanno spiegato intervento *ad opponendum*.

Alla udienza pubblica del 25 marzo 2015 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente deve essere dichiarata la tardività dell'intervento del dottor Emilio Archetti, avvenuto il 23 marzo 2015 e, dunque, oltre il termine di cui all'art. 50, comma 3, c.p.a., così che l'interventore deve essere estromesso dal giudizio, con conseguente espunzione dal fascicolo processuale degli atti e dei documenti da lui depositati.

Va poi accolta la domanda di estromissione dal giudizio della Dental Franchising Srl, che ha rappresentato come la circostanza di essere autrice di uno degli esposti a seguito dei quali l'Autorità ha attivato il procedimento sanzionatorio nei confronti della FNMCEO non vale a renderla “*controinteressata*” in senso tecnico e, dunque, necessaria destinataria della notifica del ricorso (cfr., es multis, T.A.R. Trentino-Alto Adige, Trento, sez. I, 7 novembre 2013, n. 360).

A tanto consegue l'espunzione dal fascicolo anche degli atti difensivi

di tale parte.

Va poi esaminata l'eccezione di inammissibilità dei due interventi *ad adiuvandum*, formulata da Gruopon s.r.l. sul presupposto che sia l'Associazione Italiana Odontoiatri che l'Ordine dei medici chirurghi ed odontoiatri della provincia di Bologna sarebbero titolari di un interesse immediato e diretto all'impugnazione e non di un interesse dipendente, ciò che sarebbe confermato dal fatto che l'Ordine ha in realtà proposto un proprio autonomo ricorso.

L'eccezione va respinta.

Osserva infatti il collegio come il provvedimento impugnato sia stato emesso nei confronti della sola FNM CeO - soggetto distinto dai singoli ordini provinciali in essa federati e, a maggior ragione, dall'associazione - unico autore del codice deontologico, ragion per cui i due interventori devono ritenersi titolari di posizioni giuridiche sicuramente dipendenti, se non, addirittura, di mero fatto.

Proprio perché si tratta di interventi dipendenti, tuttavia, gli stessi saranno esaminati limitatamente alle sole doglianze che si innestino su quelle già introdotte dalla ricorrente principale, atteso che l'intervento ammesso nel processo amministrativo è quello con il quale il terzo si limita a chiedere l'accoglimento della domanda già proposta dal ricorrente, senza ampliare in alcun modo la materia del contendere ed accettando il processo nello stato e nel grado in cui si trova.

Ciò comporta, in particolare, l'inammissibilità dell'eccezione di difetto di legittimazione passiva della ricorrente FNM CeO, articolato dall'Ordine dei medici di Bologna.

Va pure respinta la richiesta, presentata da tale ultimo interventore, di

riunione del presente ricorso a quello presentato dall'Ordine avverso la medesima deliberazione AGCM oggi contestata.

Risulta, infatti, in più punti rappresentata in atti l'esigenza di sollecita definizione del presente giudizio.

Da ultimo occorre precisare l'estraneità al presente giudizio dell'esame della condotta tenuta dalla Federazione in tempo successivo all'emanazione dell'atto impugnato, censurata negli scritti difensivi della Groupon s.r.l.

Può dunque passarsi all'esame del ricorso il quale, come esposto nella narrazione in fatto, ha ad oggetto il provvedimento con il quale l'AGCM ha ritenuto che l'adozione e la diffusione del Codice di deontologia medica 2006 e delle Linee Guida poste in essere dalla Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri abbia integrato un'intesa restrittiva della concorrenza, ai sensi dell'articolo 101 del TFUE.

In particolare il provvedimento ha ritenuto che tali disposizioni, come pure quelle successivamente adottate e contenute nel codice deontologico del 2014, contengano delle previsioni contrarie alla disciplina vigente in materia di pubblicità per le professioni regolamentate e si presentino idonee, attraverso la virtuale minaccia dell'applicazione delle sanzioni disciplinari collegate alla violazione delle norme deontologiche, ad alterare il normale funzionamento del meccanismo concorrenziale tra gli iscritti all'albo.

Con riferimento alla contrarietà di tali previsioni alla normativa vigente in materia di pubblicità per le professioni regolamentate il provvedimento contiene una puntuale e condivisibile ricostruzione delle disposizioni applicabili.

Viene in primo luogo in rilievo l'art. 2, comma 1, lettera b), del decreto legge n. 223/0625, convertito nella legge 4 agosto 2006, n. 248, c.d. "riforma Bersani", ha stabilito che "*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*". Al comma 3, poi, la disposizione ha previsto che, a garanzia dell'effettività della liberalizzazione introdotta, 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.

L'art. 3, comma 3, del d.l. n. 138/11, convertito nella legge n. 148 del 14 settembre 2011, ha poi stabilito 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, veritieri, corrette e non devono essere equivoche, ingannevoli, denigratorie*".

Successivamente l'art 10 della legge n. 183/11 (legge di stabilità 2012), 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, ai sensi dell'art. 3, comma 5 bis, l'abrogazione delle *“norme vigenti sugli ordinanti professionali in contrasto con i suddetti principi”*.

Infine 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.. 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. 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”*.

Dalla ricostruzione del quadro normativo, arricchita nella delibera con richiami giurisprudenziali (Cassazione civile 15 gennaio 2007, n. 652, 9 marzo 2012, n. 3717 e 12 luglio 2012, n. 11816), emerge, a giudizio del collegio, che condivide sul punto le conclusioni rassegnate nei paragrafi da 75 a 99 del provvedimento, anche in tema di abrogazione della normativa previgente, la non conformità alla normativa vigente di previsioni che stabiliscano divieti di pubblicità, anche per attività professionali, ulteriori rispetto a quelli normativamente fissati.

I limiti normativamente previsti, a loro volta, sono sostanzialmente funzionali alla tutela del destinatario dell'informazione, cui deve essere rivolto un messaggio conforme a criteri di correttezza, veridicità e non ingannevolezza del messaggio utilizzato, e alla tutela dei concorrenti, limitatamente al divieto di utilizzo di informazioni aventi contenuto denigratorio.

In conclusione, sulla base delle norme primarie applicabili e dei principi comunitari vigenti in materia, sia la pubblicità promozionale che la pubblicità comparativa sono lecite, e non possono essere vietate, laddove prive di profili di ingannevolezza, equivocità e denigratorietà.

Quanto infine alla ritenuta idoneità delle previsioni contenenti divieti di pubblicità, ulteriori rispetto a quelle normativamente ammesse, ad alterare il normale meccanismo concorrenziale, questa è stata correttamente desunta dalla funzione stessa della diffusione dei messaggi pubblicitari e dalla previsione di sanzioni disciplinari per il caso di violazione delle prescrizioni deontologiche.

Passando dal piano dei principi a quello della sussistenza dei presupposti di fatto per l'adozione del provvedimento sanzionatorio, deve in primo luogo osservarsi come non appare controversa la presenza dei divieti di pubblicità promozionale e comparativa nell'articolo 56 del Codice di deontologia medica 2006, la violazione dei quali, come pure di qualunque comportamento comunque disdicevole al "decoro" della professione era punibile dalle Commissioni disciplinari con le sanzioni previste dalla legge.

Il meccanismo era poi rafforzato da un dettagliato procedimento di controllo preventivo descritto al punto 9 delle vecchie linee guida, il

quale 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*”.

Tali forme di controllo preventivo venivano poi ribadite in due circolari interpretative del Codice di deontologia medica 2006 e delle Linee Guida fornite dalla FNOMCEO, a mezzo delle quali venivano disciplinate forme preventive di controllo sui messaggi pubblicitari degli iscritti e ribadito il divieto di pubblicità comparativa.

E' del pari pacifico che il divieto di pubblicità comparativa permane pure nel codice deontologico approvato nel 2014, che, pur abbandonando il criterio del “decoro” quale parametro di valutazione dei messaggi pubblicitari, continua a utilizzare, al secondo comma dell'art. 54, una serie di parametri, alcuni dei quali molto generici e comunque non previsti dalla vigente normativa,

potenzialmente idonei a produrre il medesimo effetto di una applicazione restrittiva della concorrenza, in precedenza riconducibile al richiamo al concetto di "decoro professionale".

Così ricostruiti i fatti e le valutazioni operate nel provvedimento impugnato, può dunque passarsi all'esame delle censure articolate in gravame, che risultano strutturate in tre blocchi, un primo gruppo contenente doglianze di natura procedimentale, il secondo doglianze di natura sostanziale avverso l'attività di qualificazione posta in essere dall'Autorità e la terza contenente critiche alle modalità di calcolo della sanzione.

Con il primo motivo di doglianza parte ricorrente ha sostenuto l'illegittimità del provvedimento per avere l'Autorità attivato il procedimento sanzionatorio dopo il decorso del termine di prescrizione dall'adozione degli atti nei quali, secondo il provvedimento stesso, si sarebbe concretizzata la condotta contestata.

La censura è infondata.

Ed infatti il provvedimento, con argomentazione logica che il collegio condivide, rileva come l'illecito antitrust sia consistito nell'adozione e nel mantenimento in vigore delle disposizioni contenenti i divieti di pubblicità. Tale condotta, per sua stessa natura, deve considerarsi permanente, atteso che la lesività della stessa e la sua idoneità ad alterare il normale esplicarsi della concorrenza nel campo medico ed odontoiatrico produce effetti per tutto il tempo della vigenza delle norme deontologiche.

Non può invece ritenersi la sussistenza di un illecito istantaneo con effetto permanente, atteso che non si è in presenza di effetti

anticoncorrenziali che conseguono ad una condotta antigiuridica iniziale poi interrotta, ma di effetti che conseguono alla permanenza del comportamento antigiurico suddetto.

Nel caso in esame, poi, la permanenza della condotta è addirittura confermata dall'adozione del successivo codice deontologico, nel quale, come visto, non sono stati rimossi tutti i profili di illegittimità rilevati.

L'accertata permanenza degli effetti, a prescindere dal richiamo, pure operato dalla difesa erariale, a singoli eventi interruttivi, ha precluso in concreto l'utile decorrenza di un termine di prescrizione, non essendo sostanzialmente mai cessata l'infrazione.

Risulta, invece, in parte fondato il secondo motivo di gravame, con il quale parte ricorrente ha lamentato la tardiva contestazione dell'illecito, avvenuta, in violazione dell'art. 14 del d.lgs. 689/1981, decorso il termine di novanta giorni dall'accertamento della violazione.

Ed infatti, pur richiamato il costante orientamento giurisprudenziale secondo il quale il computo dei termini della fase preistruttoria dei procedimenti dell'Autorità va collegato *“non già alla data di commissione della violazione, ma al tempo di accertamento dell'infrazione, da intendersi in una prospettiva teleologicamente orientata e quindi non già alla notizia del fatto sanzionabile nella sua materialità, ma all'acquisizione della piena conoscenza della condotta illecita, implicante il riscontro della esistenza e della consistenza della infrazione e dei suoi effetti”* occorre rilevare come nel caso in esame è proprio il provvedimento a rilevare come il procedimento abbia avuto inizio da rilevazioni d'ufficio effettuate sul sito internet della Federazione, wwwfonmcealt, sul quale sono stati pubblicati il *“Codice*

di deontologia medica 2006” e la “*Linea guida inerente l'applicazione degli artt. 55, 56 e 57 del codice di deontologia medica*”.

In tali dati l’Autorità ha rinvenuto la medesima versione dei testi da essa già valutata in una precedente indagine conoscitiva, conclusa nel 2009.

Il provvedimento dà pure atto del fatto che l’AGCM ha ricevuto, a partire dal 2010, numerose segnalazioni da parte di singoli professionisti, di società che gestiscono studi odontoiatrici e dalla società Groupon S.p.A., che hanno lamentato di essere stati convocati in audizione o di essere stati assoggettati a sanzioni disciplinari da parte di singoli Ordini dei medici e degli odontoiatri in esecuzione delle suddette disposizioni del Codice deontologico e delle Linea guida, né la difesa erariale ha smentito l’avvenuta ricezione da parte dell’Autorità, proprio nel 2010, di un esposto estremamente complesso e completo da parte della società Dental Franchising.

La particolare risalenza delle risultanze istruttorie sulla cui base l’Autorità ha poi agito, va considerata, nel caso in esame, unitamente alla circostanza che la condotta oggetto di contestazione è consistita, proprio e solo, nell’emanazione della norma - e non nell’adozione di eventuali atti applicativi, imputabili ai singoli ordini – nonché il fatto che l’istruttoria non è consistita - né poteva o doveva, in considerazione del tipo di fattispecie, consistere - nella ricerca delle prove di un eventuale accordo.

Tali dati, unitamente al fatto che l’intera attività preistruttoria ed istruttoria si è sostanzialmente dispiegata nella mera analisi giuridica delle disposizioni censurate, depongono inequivocabilmente nel

senso che l'AGCM ha utilizzato un termine palesemente incongruo per procedere alla contestazione.

Tale comportamento, oltre che in violazione del citato articolo 14, compatibile con il peculiare procedimento in esame, pur con i limiti di adattamento richiamati dall'art. 31 della legge 287/1990, è sicuramente contrario ai principi positivizzati nella legge n. 241/90 e, più in generale, ad una esigenza di efficienza dell'agire amministrativo e di certezza del professionista sottoposto al procedimento, esigenze clamorosamente frustrate dall'opposta ricostruzione prospettata e secondo cui non si applicherebbe né il termine dell'art. 14, né altro termine, del quale non viene infatti individuata la durata.

La sopra rilevata natura permanente dell'illecito, tuttavia, fa sì che l'illegittimità riscontrata non estenda i suoi effetti all'intero procedimento, ma delimiti semplicemente il periodo rispetto al quale la contestazione può dirsi tempestivamente operata, da individuarsi, a questo punto, nell'intervallo di tempo che va dalla comunicazione di avvio del procedimento al giorno di emanazione dell'atto.

Tale parziale accoglimento produce di conseguenza un effetto sul calcolo della sanzione, da parametrarsi ad un periodo di violazione pari ad un anno, ragion per cui le ricadute dell'accoglimento verranno analizzate in sede di valutazione dell'importo della sanzione.

Va invece respinto il terzo motivo di dogliananza, con il quale, rilevata la natura penalistica – punitiva della sanzione inflitta, parte ricorrente ha lamentato la violazione dell'art. 6 della Carta Europea dei diritti dell'Uomo, in considerazione della riduzione delle garanzie di

imparzialità nell'organo decidente, dovuta alla commistione, nel procedimento svoltosi dinanzi all'Autorità, tra le funzioni istruttorie e quelle giudicanti.

Ed infatti la consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, pur accogliendo una nozione molto ampia di illecito penale, afferma comunque che la conformità con l'articolo 6 C.E.D.U. non viene meno qualora, in un procedimento di natura amministrativa, una pena sia inflitta da un'autorità amministrativa, purché la decisione di questa *“che non soddisfi le condizioni di cui all'articolo 6 § 1 debba subire un controllo a posteriori da un organo giudiziario avente giurisdizione piena”*: invero *“la natura di un procedimento amministrativo può differire, sotto diversi aspetti, dalla natura di un procedimento penale nel senso stretto della parola”*, e se tali differenze non possono esonerare gli Stati contraenti dal loro obbligo di rispettare tutte le garanzie offerte dall'articolo 6, possono tuttavia influenzare le modalità della loro applicazione.

Ora, nel caso di specie, la ricorrente Federazione ha avuto la possibilità di impugnare la sanzione amministrativa in questione dinanzi al T.A.R., che emetterà una decisione appellabile dinanzi al Consiglio di Stato e *“tali organi soddisfano i requisiti di indipendenza e di imparzialità del «giudice» di cui all'articolo 6 della Convenzione”* ed esercitano in materia una piena giurisdizione.

In conclusione, insomma, secondo la vincolante interpretazione della Corte di Strasburgo, non si può ipotizzare un contrasto tra l'art. 6 della Convenzione e l'ordinamento nazionale, ove quest'ultimo comunque stabilisca, avverso una determinata sanzione sostanzialmente penale, una tutela giurisdizionale rispettosa dei

principi fissati dal ripetuto art. 6: ciò che per l'appunto si verifica per le sanzioni in materia di concorrenza, con consequenziale superamento pure della prospettata questione di costituzionalità.

Esaminate le censure di rito, si può procedere all'esame ed alla decisione del secondo gruppo di doglianze sulle quali, nel rispetto del dovere di sintesi e concisione di cui agli art. 2, II comma, ed 88, II comma, lett. d), c.p.a. si osserva che:

- a) la nozione di “*impresa*”, alla quale occorre fare riferimento per l'applicazione della l. n. 287/90, è quella risultante dal diritto comunitario e si riferisce a tutti i soggetti che svolgono un'attività economica e, quindi, siano “*attivi*” in uno specifico mercato; per questo sono ormai considerate “*imprese*”, ai fini specifici della tutela della libera concorrenza, anche gli esercenti le professioni intellettuali che offrono sul mercato, dietro corrispettivo, prestazioni suscettibili di valutazione economica (TAR Lazio, Roma, sez. I, 16 febbraio 2015, n. 2688, 11 giugno 2014, n. 8349, 25 febbraio 11, n. 1757, 17 maggio 2006, n. 3543 e 3 settembre 2004, n. 8368,)
- b) gli ordini professionali vanno, di conseguenza, qualificati quali associazioni di imprese degli ordini professionali. (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, sez. VI, 22 gennaio 2015, n. 238, Tar Lazio, Roma, sez. I, n. 8349/2014 cit., Consiglio di Stato, sez. VI, 9 marzo 2007, n. 1099, T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 11 marzo 2005, n. 1809), le cui deliberazioni sono letteralmente riconducibili a quelle descritte dall'art. 2, comma 1, del d.lgs. 287/1990;
- c) la distinzione tra concorrenza commerciale e concorrenza professionale, trova una netta smentita nella giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha recentemente riaffermato, conformemente,

peraltro, ad una giurisprudenza consolidata, il principio secondo cui la nozione eurounitaria di impresa include anche l'esercente di una professione intellettuale, con la conseguenza che il relativo Ordine professionale può essere qualificato alla stregua di un'associazione di imprese ai sensi dell'art. 101 TFUE (Corte di giustizia 18 luglio 2013, C-136/12)

d) le restrizioni alla concorrenza poste da codici deontologici non possono essere considerate necessarie al conseguimento dell'obiettivo legittimo collegato a garanzie accordate ai consumatori, a tutela dei quali, come sopra già rilevato, esiste un ampio ventaglio di rimedi privatistici (nello stesso senso Consiglio di Stato n. 238/2015, cit.);

e) un'associazione di imprese ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 101, par. 1, TFUE, è dunque un ordine professionale, non esercita, nell'elaborazione di regole deontologiche come quelle di cui si tratta, né una funzione sociale fondata sul principio di solidarietà, né prerogative tipiche dei pubblici poteri (Consiglio di Stato n. 238/2015, cit.);

g) il controllo operato sul medesimo codice deontologico dal ministero vigilante riguarda aspetti diversi da quelli presi in esame dal provvedimento impugnato, in ragione delle diverse competenze del ministero e dell'Autorità.

Da ultimo deve osservarsi come correttamente l'Autorità abbia ritenuto la tardività degli impegni presentati dalla Federazione e come la permanenza di alcuni profili di criticità, attinenti come visto, al divieto di pubblicità promozionale e di pubblicità comparativa, anche nel codice del 2014, renda del tutto irrilevante la censura concernente

la non perentorietà del termine.

Neppure può trovare applicazione alla fattispecie l'invocato articolo 21 bis della legge 287/1990, a norma del quale “*L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate*”, atteso che per quanto sopra osservato la ricorrente non può considerarsi, a fini dell'analisi qui ricorrente, una pubblica amministrazione nell'esercizio di potestà regolamentari.

Venendo all'attività di determinazione della sanzione, deve in primo luogo rilevarsi come la valutazione di gravità dell'infrazione riscontrata, diversamente da quanto prospettato in gravame è stata puntualmente correlata dall'Autorità (par. 102 ss) sia alla natura dei comportamenti contestati, idonei a limitare i comportamenti economici di professionisti indipendenti mediante previsioni deontologiche la cui violazione è assistita da meccanismi sanzionatori, sia alla consapevolezza dell'illegittimità della condotta, assolutamente indiscutibile, alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia, quantomeno con riferimento al periodo al quale, alla luce dell'accoglimento del secondo motivo di dogianza, deve essere ridotto il periodo utilmente valutabile (3 settembre 2013 – 4 settembre 2014).

Dalla rilevata sufficienza della motivazione in punto di gravità deriva pure la congruità della percentuale del 5% del fatturato dell'anno 2013, pari alla metà del massimo irrogabile, individuata quale misura del calcolo al quale rapportare la sanzione e che, per quanto sopra

osservato in ordine al periodo valutabile, individua l'importo finale della stessa in € 415.908,00, con conseguente irrilevanza delle ulteriori doglianze attinenti alla durata della infrazione e alla violazione dell'affidamento della parte.

Da ultimo, il collegio rileva che può considerarsi legittimo, ai fini dell'irrogazione della sanzione, il riferimento al totale delle entrate contributive associative quale “fatturato” ex art. 15 l. n. 287/90, atteso che la nozione di cui a tale norma di legge non può che essere intesa in senso lato, in riferimento ai soggetti sanzionati e alla loro conformazione associativa.

Nel caso di specie la contribuzione associativa ben poteva essere presa a parametro, come già evidenziato da questa Sezione, secondo la quale – in relazione a sanzione “anticoncorrenziale” avverso Ordine professionale – tale modalità era legittima “...avuto riguardo agli orientamenti contenuti nella Comunicazione della Commissione Europea 2006/C 210/02 recante orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento CE n. 1/2003. Inoltre, come già affermato dalla Sezione (sentenze 30 luglio 2014, n. 8349 e 11 marzo 2005 n. 1809), deve ritenersi corretta la determinazione della sanzione da irrogarsi, ai sensi dell'art. 15 della legge n. 287 del 1990, a carico di un ente di tipo associativo assumendo quale base di computo le entrate contributive ad esso proprie, per quanto queste non ineriscano ad un fatturato in senso stretto” (Tar Lazio, Sez. I, 25.2.11, n. 1757).

Da ultimo, in considerazione della palese contrarietà delle disposizioni deontologiche sanzionate ad un quadro normativo delineatosi a partire dal 2006, va respinta la censura di incongruità

del termine assegnato per l'adeguamento alla delibera dell'Autorità.

Alla luce delle argomentazioni che precedono e nei limiti evidenziati, il ricorso è fondato solo in parte ed entro tali limiti va accolto, con reiezione delle ulteriori doglianze.

Il provvedimento impugnato va, per l'effetto, annullato nella sola parte in cui procede alla quantificazione della sanzione nei confronti della ricorrente, che come visto deve essere ridotta, in ragione della durata utilmente valutabile, all'importo di € 415.908,00.

Le spese di lite possono essere compensate in ragione della socombenza reciproca.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

- 1) dichiara la tardività dell'intervento del dottor Emilio Archetti;
- 2) estromette dal giudizio la Dental Franchising s.r.l.;
- 3) accoglie il ricorso nei sensi e nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto:
 - a) annulla il provvedimento impugnato limitatamente alla parte in cui determina l'importo della sanzione inflitta alla Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri e ridetermina la sanzione in euro € 415.908;
 - b) lo respinge quanto al resto;
- 4) dichiara integralmente compensate tra le parti le spese di lite.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 marzo 2015 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Tosti, Presidente

Giulia Ferrari, Consigliere

Roberta Cicchese, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/04/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)