

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
Sezione III-quater
Sentenza 17 maggio 2016, n. 5859

Presidente: Sapone - Estensore: Biancofiore

FATTO E DIRITTO

1. Con ricorso notificato al Ministero della Salute in data 24 febbraio 2016 e depositato il successivo 29 febbraio, la società ricorrente, che commercializza il dispositivo medico Exilor [*recte*: Excilor - n.d.r.] Spray Protector 3 non soggetto a prescrizione, espone che, al fine di garantire una maggiore diffusione sul mercato italiano ed estero ha stipulato un contratto pubblicitario che prevedeva il coinvolgimento del nuotatore F.M. nella realizzazione della campagna pubblicitaria.

In data 26 ottobre 2015 presentava la Ministero della Salute la richiesta di autorizzazione a pubblicizzare detto prodotto tramite cartello/vetrina ed espositori su cui appariva l'immagine del famoso nuotatore ed il Ministero con nota del 9 novembre 2015 accoglieva in parte le richieste della ricorrente, vietando tuttavia "l'utilizzo di una persona/personaggio largamente nota al pubblico".

Espone ancora la società ricorrente che ha ritenuto, quindi, di cambiare la strategia pubblicitaria non utilizzando più espositori e cartelli/vetrina con l'immagine del nuotatore, ma di tener conto ugualmente delle osservazioni ministeriali accedendo tuttavia a forme pubblicitarie via internet e tramite stampa quotidiana e periodica. In particolare la ricorrente: 1) per la pubblicità cartacea (stampa) apportava modifiche al messaggio oggetto della prima richiesta di autorizzazione eliminando la frase "2 volte campione del mondo stile libero"; 2) per la pubblicità su internet realizzava tre video assicurandosi che in ciascuno di essi il ruolo del famoso nuotatore non fosse considerabile quale ruolo attivo, ovvero non interferisse col messaggio informativo concernente il dispositivo medico.

La sezione del Ministero della Salute competente per il rilascio delle licenze effettuava una nuova istruttoria e con la nota impugnata accoglieva la richiesta della ricorrente, ma nuovamente con modifiche, vietando, in specie, anche con riferimento al nuovo messaggio proposto l'utilizzo dell'immagine del ridetto famoso nuotatore.

2. Avverso tale nuovo sostanziale divieto all'utilizzo della detta immagine la ricorrente deduce: 1) Violazione falsa applicazione dell'art. 21 della l. n. 46 del 24 febbraio 1997 e degli artt. 117, lett. f), e 118 del d.lgs. n. 219 del 24 aprile 2006; violazione e falsa applicazione del considerando (2) e (3) nonché dell'art. 90, comma 1, lett. f), della Direttiva 2001/83/CE; violazione dei principi dell'art. 41 Cost. sulla libertà di iniziativa economica; eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, grave carenza di istruttoria e di motivazione, illogicità, irragionevolezza e ingiustizia manifeste, violazione del principio di proporzionalità; 2) con la seconda censura aggiunge anche eccesso di potere per perplessità e contraddittorietà manifeste; 3) con la terza aggiunge alla violazione di legge l'eccesso di potere per disparità di trattamento, grave carenza di motivazione e di istruttoria, perplessità, illogicità, ingiustizia e contraddittorietà manifeste, violazione del principio di proporzionalità.

Conclude con istanza cautelare e chiede pure l'abbreviazione dei termini per la Camera di Consiglio; insta per l'accoglimento del ricorso.

3. Con decreto presidenziale del 1° marzo 2016 il termine di cui al quinto comma dell'art. 55 c.p.a. è stato abbreviato a giorni 10.

4. Pervenuto il ricorso alla camera di consiglio dell'8 marzo 2016 è stato rinviato ad altra data.

5. Il Ministero della Salute si è costituito in giudizio.

6. Alla Camera di Consiglio del 22 marzo 2016 il ricorso è stato trattenuto per la decisione con sentenza in forma semplificata, avvertitene all'uopo le parti costituite.

7. Il ricorso è fondato e va pertanto accolto.

Con esso la società ricorrente impugna la nota indicata in epigrafe che limita l'uso dell'immagine del personaggio famoso nella pubblicità del prodotto in questione, osservando che "dall'immagine o sequenza di immagini proposta nell'istanza di pubblicità, si evince che il personaggio famoso in questione utilizza o utilizzerà il prodotto ciò in considerazione che il testimonial è un campione di nuoto e che il dispositivo medico pubblicizzato è finalizzato all'eliminazione di una patologia che tipicamente si contrae nelle piscine. Tale utilizzo deve considerarsi,

implicitamente, una fattispecie di ruolo attivo nella pubblicità da parte di una persona che gode di ampia fiducia del pubblico che può essere causa di incitamento al consumo del prodotto sanitario, con conseguenze che possono incidere negativamente sulla salute del consumatore".

Il Ministero ha quindi citato a tal proposito la sentenza del TAR Lazio n. 8943/2014 che, statuendo sulla interpretazione dell'art. 117 del d.lgs. n. 219/2006, ha precisato che la raccomandazione di una persona largamente nota al pubblico debba presupporre un ruolo attivo del suddetto personaggio concretizzantesi in una funzione di accreditamento del prodotto e nel conseguente invito ad acquistarlo che va oltre la mera presenza fisica.

A tal riguardo la motivazione del provvedimento non appare rispondente ai contenuti pubblicitari non consentiti dettati dall'art. 117 del d.lgs. n. 219 del 2006. Quest'ultimo in particolare specifica che la pubblicità presso il pubblico di un medicinale non può contenere alcun elemento che "lett. f) comprende una raccomandazione di scienziati, di operatori sanitari o di persone largamente note al pubblico", sicché il Ministero ha ritenuto che l'uso della figura di un famoso campione di nuoto sbilanciasse per così dire, o meglio favorisse l'acquisto del prodotto in questione spingendolo ad incauti acquisiti al punto da lederne la salute.

Ma la sezione nella sentenza citata dal Ministero a sostegno della nota di accoglimento parziale ha proprio specificato quali sono i limiti della norma dettata dall'art. 117, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 219/2006, specificando che:

"b) il menzionato articolo 117 nel vietare un messaggio pubblicitario contenente la raccomandazione di una persona largamente nota al pubblico presuppone un ruolo attivo del suddetto personaggio concretizzantesi in una funzione di accreditamento del prodotto e nel conseguente invito ad acquistarlo;

c) poiché tale ruolo non è in alcun modo individuabile nella mera presenza del personaggio famoso nel messaggio pubblicitario in assenza di alcuna manifestazione di preferenza, sia pure implicita, da parte del suddetto personaggio per l'utilizzo del dispositivo medico, come è dato individuare nella fattispecie in esame, ne discende l'illegittimità del contestato diniego" (TAR Lazio, sezione III-*quater*, n. 8943/2014 cit.).

E nel caso in esame si verifica esattamente la stessa fattispecie, cioè il Ministero ha accolto parzialmente l'istanza pubblicitaria della ricorrente nella misura in cui non compaia il personaggio famoso associato al prodotto, ritenendo cioè che la sola presenza di quest'ultimo sul messaggio via stampa o sul messaggio via internet sol per questo costituisca una raccomandazione all'uso del prodotto, mentre invece la mera presenza dello sportivo non costituisce alcuna manifestazione, sia pure implicita, da parte del suddetto nuotatore per l'utilizzo del dispositivo medico in questione.

8. L'accoglimento della censura principalmente proposta e reiterata sotto più profili nelle tre doglianze rende superflua l'analisi degli altri aspetti che sarebbero peraltro pure essi da accogliere per quanto concerne la dedotta illogicità, irragionevolezza e violazione del principio di proporzionalità.

9. Il ricorso va pertanto accolto e per l'effetto va annullato il provvedimento di cui alla nota del Ministero della Salute a prot. n. 5650-04/02/2016 del 18 gennaio 2016 avente ad oggetto: Richiesta di autorizzazione ad effettuare pubblicità sanitaria concernente il dispositivo medico "Excilor" su quotidiani, periodici e cortometraggi nella parte in cui vieta l'utilizzo del testimonial.

10. Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla la nota del Ministero della Salute a prot. n. 5650-04/02/2016 del 18 gennaio 2016 avente ad oggetto: Richiesta di autorizzazione ad effettuare pubblicità sanitaria concernente il dispositivo medico "Excilor" su quotidiani, periodici e cortometraggi nella parte in cui vieta l'utilizzo del testimonial.

Condanna il Ministero della Salute al pagamento delle spese di giudizio di Euro 1.500,00 a favore della società ricorrente.

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