

ECC.MO TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO

- Roma

Ricorso

per la FEDERAZIONE NAZIONALE DEGLI ORDINI DEI MEDICI CHIRURGHI E DEGLI ODONTOIATRI (più brevemente FNOMCeO), (P. IVA 02340001582), con sede in Roma, Piazza Cola di Rienzo 80/A, in persona del On. Dott. Amedeo BIANCO, presidente e legale rappresentante *pro tempore*, all'uopo facoltizzato con delibera n. 145 del 17.10.2014, rappresentata e difesa ai fini del presente giudizio dal Prof. Avv. Guido Alpa (C.F. LPAPGD47S26G197A), dall'Avv. Roberto Longhin (C.F. LNGRRT55M09F335N; robertolonghin@pec.ordineavvocatitorino.it) e dal Prof. Avv. Marcello Clarich (C.F. CLRMCL57L21B885P) con domicilio eletto presso lo studio dell'ultimo in Roma, Viale Liegi n. 32, come da procura speciale in calce al presente ricorso, che indicano per le comunicazioni PEC marcello.clarich@pec.it; FAX 06/454.94.229

contro

l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (di seguito anche "Autorità" o "Agcm"), in persona del legale rappresentante p.t.

e nei confronti di

Groupon s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t.

Dental Franchising s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t.

per l'annullamento,

previa adozione di idonee misure cautelari *ex art. 55 c.p.a.*

- della deliberazione adottata nell'adunanza del 4.9.2014 dall'Autorità garante della concorrenza 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 € 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, ancorché non conosciuto, e con riserva di proporre motivi aggiunti;

nonché, in subordine

per la riduzione della sanzione irrogata alla FNOMCeO;

e

con ogni ulteriore e consequenziale statuizione, con vittoria di spese, competenze e onorari e per la rifusione del contributo unificato corrisposto in sede di iscrizione a ruolo del presente ricorso.

FATTO

La FNOMCeO è un ente pubblico, come lo sono gli Ordini professionali sulla base del carattere obbligatorio della associazione, che -non avendo finalità economica- è annoverata tra gli enti pubblici non economici (C. Cost. 3.11.2005 n. 405; Cass. civ. SS.UU. 27.1.2009 n. 1874; CdS sez. IV 16.3.2014 n. 1344).

La giurisprudenza qualifica la FNOMCeO e gli Ordini territoriali come enti pubblici esponenziali di categoria che svolgono attività di carattere pubblicistico nel perseguimento di interessi generali tra quelli quello di tutela della salute ed operano con strumenti pubblici sotto la vigilanza del Ministero della Salute.

Funzione primaria della Federazione per specifica attribuzione dell'art. 16 DLCPS 233/46 è quella, tra altre, di

- a) vigilare sul piano nazionale alla conservazione del decoro e dell'indipendenza delle rispettive professioni;
- b) coordinare e promuovere l'attività dei rispettivi ordini.

In ragione di queste attribuzioni la FNOMCeO, con deliberazione 16.12.2006, ha adottato il Codice di Deontologia Medica (di seguito più brevemente CdM 2006) che, in quanto atto di natura regolamentare, è stato trasmesso al Ministero vigilante, il quale non ha formulato rilevi, né osservazioni. Il CdM 2006 è quindi stato inoltrato ai centosei Ordini professionali italiani, che lo hanno recepito.

Il CdM 2006, il cui percorso gestazionale è stato particolarmente lungo, è stato approvato pochi mesi dopo il decreto c.d. Bersani (D.L. 233/2006), che ha reso necessario cercare di armonizzarne le disposizioni deontologiche in materia di pubblicità ancora informate alla L. 175/92 che regolava la pubblicità sanitaria.

La FNOMCeO ha quindi adottato nel 2007 una Linea Guida per cercare di spiegare nella loro portata pratica gli art. 55-57 del CdM 2006 che a seguito degli interventi interpretativi operati dalla giurisprudenza sulla legge 175/92, è presto divenuta desueta e priva di concreto seguito.

Gli art 55, 56, 57 del CdM 2006 che regolano la pubblicità sanitaria, proprio in conseguenza delle difficoltà interpretative della normativa sulla pubblicità mai esplicitamente abrogato dalla legge sulle liberalizzazioni,

hanno poi trovato applicazioni variegata da parte dei singoli Ordini dei medici e degli odontoiatri ai quali il legislatore ha confermato il potere di verifica della trasparenza, veridicità e correttezza dei messaggi pubblicitari degli iscritti.

Il decreto c.d. Bersani è a tutt'oggi invariato e gli Ordini professionali dei medici e degli odontoiatri, in forza della legittimazione ricevuta dal legislatore, hanno continuato a svolgere la funzione di controllo loro delegata sulla pubblicità degli iscritti, specie quella oggetto di segnalazioni che ha suscitato reazione da parte di alcuni operatori del settore.

In proposito, alcune società commerciali come Groupon spa, Dental Franchising (Vitaldent) e anche alcuni singoli professionisti hanno lamentato, con esposti all'AGCM, presunte violazioni della disciplina antitrust, ciò che ha portato all'apertura di un procedimento istruttorio a carico della FNOMCeO.

Il 3.9.2013 l'AGCM ha dunque notificato alla ricorrente la comunicazione di avvio del procedimento volto ad accertare se la condotta della FNOMCeO consistente nell'aver deliberato l'adozione del CdM 2006, nel quale sono contenute alcune disposizioni che disciplinano la pubblicità dei medici e degli odontoiatri, nonché le successive linee guida, costituisca un'intesa restrittiva del Mercato in contrasto con l'art. 101 TFUE.

Il 3.12.2013 la ricorrente è stata ascoltata in audizione. La FNOMCeO ha contestato di aver posto in essere intese restrittive ed ha rappresentato come il CdM 2006 non sia idoneo e concretamente non abbia avuto alcun

impatto restrittivo della pubblicità sanitaria, come comprova la sua presenza con ogni forma e mezzo dovunque, mentre le linee guida poco dopo la loro adozione siano divenute desuete. Dichiarava che il CdM 2006 era in avanzata fase di revisione iniziata nel 2009 e, comunque, argomentava come detto strumento fosse “neutro” e non potesse essere confuso con le condotte relative alla verifica della veridicità dei messaggi pubblicitari poste in essere dai singoli Ordini territoriali ed oggetto delle segnalazioni ricevute dall’AGCM, non avendo la ricorrente avuto alcuna parte nelle relative vicende.

La FNOMCeO ha rappresentato anche con atto del 10.12.2013 l’impegno a modificare le disposizioni del CdM in materia di pubblicità che, tuttavia, veniva considerato non valutabile.

La FNOMCeO ha depositato in data 22.1.2014 una prima memoria di deduzioni, seguita da una ulteriore.

L’istruttoria si è conclusa conclusione nell’aprile 2014 e le risultanze sono state comunicate alla ricorrente.

Nel frattempo la revisione del CdM 2006 è giunta alla sua conclusione e il testo del nuovo CdM 2014 è stato approvato dagli organi competenti il 18.5.2014. Le norme sulla pubblicità sono state integralmente riscritte, la Linea Guida eliminata e la materia interamente rivisitata.

Ne è stata dunque data comunicazione anche all’Autorità, alla quale veniva chiesta la remissione nei termini per l’assunzione di impegni prima di

trasmettere il nuovo CdM 2014 agli Ordini territoriali per il recepimento, essendo ancora possibili emendamenti.

L'istanza è stata respinta siccome tardiva.

La ricorrente ha poi depositato quindi il 27.6.2014 la memoria conclusiva che illustrava nella seduta del 24.7.2014 di audizione davanti al Collegio, nel corso della cui discussione ha rinnovato l'istanza di remissione nei termini per la assunzione di impegni stante la ravvisata persistenza di condotta lesiva della concorrenza, sulla quale l'Autorità si riserva di decidere unitamente alla definizione del procedimento.

Il 24 settembre è stata quindi notificata la deliberazione (assunta il 4 settembre u.s.) con cui l'Autorità ha ritenuto che l'adozione e la diffusione del CdM 2006, la adozione delle Linee Guida integrino un'intesa restrittiva della concorrenza; ha intimato l'adozione di misure atte a porre termine all'illecito; ha irrogato pesante sanzione pecuniaria di 831.816,00 €, fissando anche un breve termine per l'adozione di misure per porre termine all'illecito ritenuto permanente e ancora in atto nel CdM 2014.

Avverso tale provvedimento e gli atti tutti del procedimento la ricorrente propone quindi il presente ricorso, così come in epigrafe, in quanto gli stessi atti sono lesivi della propria posizione giuridica soggettiva e annullabili per i seguenti motivi di

DIRITTO

1. Violazione e falsa applicazione dell'art. 28 della L. 24.11.1981 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.

Preliminarmente, e a prescindere dai vizi che inficiano l'apprezzamento della condotta della FNOMCeO (dei quali si dirà appresso), va rilevato che l'esercizio del potere sanzionatorio era, nel caso in specie, precluso dall'intervenuta maturazione del termine quinquennale di prescrizione del fatto (asseritamente illecito).

Il provvedimento impugnato, assunto il 23.7.2014 e comunicato il successivo 24.9, sanziona infatti l'odierna ricorrente per il fatto di aver *“posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza, ai sensi dell'articolo 101 del TFUE, consistente nell'adozione e diffusione del Codice di deontologia medica del [16 dicembre] 2006”* (lett. a) del dispositivo).

La motivazione del provvedimento chiarisce, ulteriormente, che oggetto del provvedimento sono alcune disposizioni del Codice deontologico del 2006 e delle Linee deliberate dal Consiglio Nazionale della FNOMCeO in uno con il Codice deontologico (par. 76 del provvedimento impugnato); nonché -ancorché non espressamente indicato nella Sez. V (*“Valutazioni”*), delle circolari interpretative del predetto Codice, diffuse dalla FNOMCeO il 19 luglio 2007 e il 20 maggio 2009.

Tutti tali atti, i quali recano le misure regolatrici della pubblicità sanitaria contestate dall'Autorità resistente, sono stati assunti dalla FNOMCeO in un periodo temporale che precede di oltre un quinquennio

l'adozione del provvedimento sanzionatorio, ciò che estingue la pretesa sanzionatoria dell'Agcm.

A questo riguardo, non può essere condiviso l'assunto dell'Autorità circa il preteso carattere continuato della violazione contestata, dal momento che tutte le condotte sono antecedenti al maggio 2009, a parte le presunte (e comunque estranee alla decisione sanzionatoria "campagne mediatiche") (cfr. par. 43 del provvedimento impugnato) della Federazione. In merito è peraltro evidente, e si denuncia, l'erronea qualificazione dell'invio di una segnalazione al Ministro della Salute e al Comando Carabinieri per la tutela della salute, acquisite agli atti del procedimento, quale forma di "campagna mediatica".

Neppure, alla contestata violazione, può attribuirsi carattere permanente.

Infatti, secondo orientamenti consolidati della giurisprudenza (cfr. Cass. civ., sez. III, Sent. 28.5.2013 n. 13201), *"la mera protrazione degli effetti negativi derivanti da una condotta illecita [...] integra un illecito istantaneo ad effetti permanenti e non già un illecito permanente"*.

Più specificamente, l'illecito permanente si caratterizza come noto per la protrazione di un comportamento che non si esaurisce *uno actu* al momento della sua consumazione, determinando una violazione ininterrotta e alimentata continuamente da un'attività perdurante nel tempo. Per converso, l'illecito istantaneo a effetti permanenti va ravvisato laddove il fenomeno lesivo sia propiziato da un comportamento unico che, pur

perfezionandosi ed esaurendosi immediatamente, spiega in modo differito la propria capacità offensiva, innescando cioè un 'processo causale a operatività prolungata'.

Nel caso in specie la stessa Autorità imputa alla Federazione ricorrente l'unico atto dell'emanazione del CdM 2006 e ne riconduce la lesività alla sua concreta *"applicazione, da parte di singoli OMCEO, delle sopra descritte norme deontologiche deliberate dalla FNOMCeO"* (par. 40 del provvedimento impugnato, che richiama le segnalazioni inviate da singoli professionisti, da società di gestione di studi odontoiatrici e dalla soc. Groupon s.p.a. in merito al ricorso degli iscritti all'attività pubblicitaria).

Secondo la stessa impostazione seguita dall'Autorità resistente, il fatto (asseritamente) illecito –cioè l'adozione del Codice e delle sue linee guida- ha dunque prodotto conseguenze lesive (l'avvio dei procedimenti disciplinari a carico dei singoli professionisti) in modo differito e per via, peraltro, di atti compiuti da soggetti diversi dalla Federazione ricorrente (i singoli OMCEO territorialmente competenti).

Per tali ragioni, l'attribuzione di un carattere permanente all'illecito qui in rilievo risulta illogica e irragionevole, e come tale non idonea a superare l'eccezione di prescrizione sopra formulata.

2. Violazione e falsa applicazione di legge con riferimento all'art. 14 della legge n.689/81.

Il provvedimento sanzionatorio impugnato è viziato poi, sul piano procedurale, dalla omessa notifica della contestazione dell'illecito entro il

termine di novanta giorni dall'accertamento della violazione, ai sensi dell'art. 14 della legge n. 689 del 1981.

Al riguardo si osserva che la contestazione del fatto illecito ha avuto luogo con l'atto di avvio del procedimento del 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.

Sul punto sono noti gli orientamenti giurisprudenziali che ravvisano non nella notizia del fatto sanzionabile nella sua materialità, ma nell'acquisizione della piena conoscenza della condotta illecita, l'accertamento della violazione; con la conseguenza che la circostanza che l'Autorità deliberi l'avvio dell'istruttoria a distanza di vari mesi dalla segnalazione della possibile infrazione non può essere considerato *ex se* come un superamento dei termini procedimentale (Cons. Stato, Sez. VI, Sent. 3896/14).

La stessa sentenza appena richiamata ricorda nondimeno che il termine per la contestazione (cioè per la decisione di avviare o meno l'istruttoria) inizia a decorrere dal momento in cui è compiuta - o si sarebbe dovuta ragionevolmente compiere, anche in relazione alla complessità della fattispecie - l'attività amministrativa intesa a verificare l'esistenza dell'infrazione.

Ciò nel solco dell'orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità, secondo cui la data dell'accertamento coincide con "*il momento in cui ragionevolmente la constatazione avrebbe potuto essere tradotta in accertamento*:"

momento dal quale deve farsi decorrere il termine per la contestazione”; infatti, sebbene la constatazione di un fatto nella sua materialità non coincide necessariamente con l’accertamento, ciò tuttavia non esclude che a tali valutazioni si debba procedere in un tempo ragionevole e che *“c il giudice, ove l’interessato abbia fatto valere il ritardo come ragione di illegittimità del provvedimento sanzionatorio, sia abilitato a individuare il momento iniziale del termine per la contestazione non nel giorno in cui la valutazione è stata compiuta, ma in quello in cui avrebbe potuto - e quindi dovuto - esserlo”* (cfr. *ex multis* Cass. civ., SS. UU, Sentenza 9 marzo 2007, n. 5395).

Il principio di diritto sopra richiamato mira a evitare che, attraverso una dilatazione irragionevole dei tempi necessari per concludere l’accertamento dei fatti, un soggetto possa rimanere esposto a tempo indeterminato alla potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione.

Nel caso in specie, è agli atti che l’Autorità resistente ha acquisito sin dal 12 novembre 2010 un articolato esposto-denuncia della Dental Franchising, comprensivo di copiosa documentazione, e avente a oggetto *“condotte gravemente restrittive della concorrenza nel mercato italiano della prestazione di cure odontoiatriche, poste in essere da diversi Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri provinciali italiani”*; e dal 5 ottobre 2011 un esposto-denuncia della soc. Groupon. Entrambi gli esposti, unitamente alle segnalazioni dei singoli professionisti, sono indicati tra gli atti di parte propulsivi della procedura sanzionatoria.

Al che, l'Autorità ha atteso oltre un anno (23 dicembre 2011) per inviare una richiesta di informazioni agli ordini locali interessati; e poi altri due anni per procedere alla contestazione.

Anche a voler concedere che l'accertamento dell'intesa restrittiva presentasse profili di peculiare complessità (ma, in realtà, va denunciato che l'Autorità non ha dovuto affrontare alcuno dei profili probatori normalmente connessi alla dimostrazione di una concertazione o parallelismo nella condotta di più imprese: la presunta intesa consiste in talune disposizioni scritte del CdM 2006), è evidente che due, o addirittura tre anni dalla prima acquisizione degli elementi materiali della violazione costituiscono un periodo assolutamente abnorme e irragionevole, tale da rendere manifesta la denunciata tardività e violazione dell'art. 14 della l. 689/81.

3. 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, 15 della L. 10.10.90 n. 287, nonché agli art. 1, 2, 6, 7, 8, 10, 14 e seguenti del DPR 30.4.98 n. 217; Violazione del principio del giusto procedimento amministrativo sanzionatorio. 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.

3.1 Sempre sul piano procedurale, si rileva che il provvedimento impugnato è stato assunto a conclusione di un procedimento amministrativo regolato dal d.p.r. n. 217/98.

Lo stesso procedimento (e il regolamento che ne reca la disciplina, che in questa sede ugualmente si impugna) viola il principio generale della separazione tra le funzioni istruttorie e le funzioni decisorie dell'Autorità, ed è anzi connotato da un'evidente commistione tra le due funzioni (gli uffici dell'Autorità, preposti alla fase istruttoria, partecipano alla parte decisoria del procedimento; la commissione giudicante concorre alla definizione del procedimento, dunque alla sua stessa impostazione accusatoria, sin dall'avvio del medesimo (deliberato dal collegio) e autorizza l'invio della comunicazione delle risultanze istruttorie.

Proprio questo porta a denunciare l'illegittimità del provvedimento per violazione del giusto procedimento sanzionatorio affittivo, non potendosi ammettere la commistione tra organo istruttorio e organo decisorio ovvero denunciandosi la sua contrarietà ai principi dell'art. 6 CEDU, non essendo sufficiente a superare le garanzie convenzionali la facoltà di ricorso in sede giurisdizionale con il provvedimento sanzionatorio.

Vero è che il procedimento delineato dal DPR 217/98 è più garantistico di quello delineato dalla L. 241/90, consentendo non solo il coinvolgimento partecipativo del destinatario, ma altresì il pieno diritto di difesa anche con il deposito degli atti e la notificazione delle risultanze della conclusione dell'indagine.

Tuttavia la commistione tra organo istruttorio e organo giudicante nel caso di specie porta a denunciare una grave riduzione delle garanzie che presiedono all'imparzialità, considerata proprio la commistione ed i cumulo di funzioni consentita solo dalla lacunosità delle disposizioni di carattere organizzativo che compromettono *ab origine* l'imparzialità dell'organo deputato a giudicare le risultanze dell'istruttoria al quale è rimessa la determinazione della sanzione.

3.2 Tale illegittimità emerge in modo ancor più macroscopico se si osserva come, ancorché il provvedimento qualifichi l'addebito pecuniario come "sanzione amministrativa", la sua natura reale, secondo i criteri indicati dalla Corte di Strasburgo con espresso riferimento ai provvedimenti sanzionatori emanati dall'Autorità odierna resistente (CEDU 27.9.2011 rc. 43509/08, *Menarini c. Italie*), deve essere valutata con riferimento al suo carattere punitivo, alla sua funzione preventiva-deterrente, alla severità del sacrificio imposto che portano a contestare che la classificazione formale ai sensi dell'ordinamento nazionale, non sia in alcun modo dirimente per negare l'applicabilità delle garanzie convenzionali.

In proposito la sentenza sopra richiamata ha osservato che la specifica preordinazione dei provvedimenti sanzionatori dell'AGCM a tutelare un dato interesse (ossia la concorrenza nel mercato) non è affatto incompatibile con un carattere penalistico - punitivo, visto che è del tutto fisiologico anche nel diritto penale la coesistenza tra carattere punitivo e finalità deterrente punitiva.

Le conseguenze che ne derivano sono molteplici e per quel che rileva ai fini della presente censura, la piena applicabilità delle garanzie del giusto processo e la loro appartenenza anzitutto alla fase procedimentale che si svolge avanti all'Autorità, alla quale non può escludersi l'applicabilità dell'art. 6 CEDU (cfr. Allena, art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo, Na 2012; Goisis, Un'analisi critica delle tutele procedimentali e giurisdizionali attraverso la potestà sanzionatoria delle P.A. alla luce dei principi dell'art. 6 CEDU in Dir. proc. amm. 2013, 669).

Tale prospettiva, che ha trovato concreta applicazione in varie sentenze riguardanti proprio Autorità amministrative indipendenti (CEDU 11.6.2009 caso 5242/04; idem 20.1.2011 caso 30183/06; e da ultimo 4.3.2014, nelle procedure riunite n. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10), porta a denunciare la violazione dei principi convenzionali quanto all'organizzazione interna dell'Autorità, attesa l'insussistenza di un'effettiva separazione tra la fase istruttoria e la fase decisoria..

In relazione al regolamento Consob sui procedimenti sanzionatori dinanzi a tale autorità indipendente (regolamento che pure prevede formalmente, a differenza del d.p.r. 217/98, la separazione tra le funzioni istruttorie e le funzioni decisorie), la CEDU ha in particolare osservato come *“l'ufficio IT, l'ufficio sanzioni e la commissione non sono che suddivisioni dello stesso organo amministrativo, che agiscono sotto l'autorità e la supervisione di uno stesso presidente. Secondo la Corte, ciò si esprime nel consecutivo esercizio di funzioni di indagine e di giudizio in seno ad una stessa istituzione; ora, in materia*

penale tale cumulo non è compatibile con le esigenze di imparzialità richieste dall'articolo 6 § 1 della Convenzione (si veda, in particolare e mutatis mutandis, Piersack c. Belgio, 1° ottobre 1982, §§ 30-32, serie A n. 53, e De Cubber c. Belgio, 26 ottobre 1984, §§ 24-30, serie A n. 86, dove la Corte ha concluso per una mancanza di imparzialità oggettiva del "tribunale" in ragione, nella prima di queste cause, del fatto che una corte d'assise fosse presieduta da un consigliere che, precedentemente, aveva diretto la sezione della procura di Bruxelles investita del caso dell'interessato; e, nella seconda, dell'esercizio in successione delle funzioni di giudice istruttore e di giudice di merito da parte di uno stesso magistrato in una stessa causa)" (sentenza CEDU 4.3.2014, nelle procedure riunite n. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, par. 137).

A seguito di quest'ultima pronuncia della Corte EDU, il Consiglio di Stato, adito in relazione ad un procedimento sanzionatorio Consob in corso, con la recentissima ordinanza n. 4492/2014 della Sez. VI ha ritenuto di accogliere l'istanza cautelare in relazione *"all'obbligo della Consob di adeguare il proprio regolamento sanzionatorio per le sanzioni "penali" alla sentenza CEDU summenzionata"*.

Tali rilievi valgono senz'altro per il procedimento dinanzi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che per le ragioni sopra evidenziate è ancor meno garantista e imparziale di quello che il Cons. Stato ha ingiunto alla Consob di adeguare alla giurisprudenza CEDU.

3.3 In subordine, qualora dovesse individuarsi nella legge (artt. 10 e 15 della l. 287/90) una fonte normativa di rango primario che escluda l'applicazione delle predette garanzie ai procedimenti dinanzi all'Agcm, si

solleva in questa sede la questione di legittimità costituzionale della predetta disciplina, in relazione agli artt. 24 (stante l'evidente lesione del diritto di difesa dell'odierna ricorrente) e 117 Cost.

A quest'ultimo riguardo, vale ricordare che a partire dalle sentenze nn. 348 e 349 del 2007 la Corte Costituzionale ha ammesso esplicitamente l'utilizzo della CEDU come parametro interposto all'art. 117, comma 1, Cost. nel giudizio di legittimità costituzionale che ha ad oggetto l'illegittimità di una norma interna.

In alternativa alla rimessione della questione alla Corte Costituzionale, l'ecc.mo giudice potrebbe anche considerare di disapplicare la citata normativa per contrasto con l'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, nel testo consolidato con le modifiche apportate dal Trattato di Lisbona il 13 dicembre 2007, ratificato con legge 2 agosto 2008, n. 130 ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009.

In termini generali, il principio del primato del diritto europeo e l'inapplicabilità (*recte*: disapplicazione) del diritto nazionale in contrasto è stata ammessa per il giudice ordinario già a partire dalla sentenza n. 170 del 1984 della Corte Costituzionale. A maggior ragione, oggi, il potere di disapplicazione del giudice ordinario si esplica anche con riferimento alle disposizioni della Carta di Nizza in forza del richiamo dell'art. 6 TUE. Tale disposizione, infatti, prevede che la Carta di Nizza ha lo stesso valore giuridico dei Trattati europei.

Pertanto, a partire dall'entrata in vigore nel 2009 del Trattato di Lisbona, il giudice ordinario possiede, anche con riferimento alla Carta di Nizza, lo stesso potere di disapplicazione della normativa interna in contrasto con l'ordinamento europeo, alla pari di un Trattato o di un Regolamento europeo.

Peraltro, la stessa Corte Costituzionale ha preso in esame in diverse occasioni l'applicabilità al procedimento amministrativo delle disposizioni della CEDU e della Carta di Nizza che riguardano il processo. In particolare, la sentenza n. 182 del 2008 ha sancito che anche nel procedimento amministrativo devono essere *"garantiti all'interessato alcuni essenziali strumenti di difesa"* e, dopo aver richiamato un suo precedente (n. 104/2006) che aveva affermato l'applicabilità nel procedimento amministrativo dei principi generali che ispirano il *"patrimonio costituzionale comune dei Paesi europei"*, ha confermato che tra siffatti principi di rango internazionale o europeo vi sono sicuramente anche l'art. 6 CEDU e l'art. 47 della Carta di Nizza.

4. Violazione e falsa applicazione di legge con riferimento agli art. 1, comma 4, 2, 14 ter. 21 e 21 bis della L. 10.10.90 n. 287, in relazione all'art. 35 del DPR 221/50 e all'art. 15 del DLCPS 13.9.46 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.

Il provvedimento impugnato ha ritenuto che la ricorrente abbia posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza ai sensi dell'art. 101 TFUE, individuandone la condotta nell'adozione e diffusione del codice di deontologia medica 2006 (più brevemente CdM 2006) e della successiva Linea Guida; e ha disposto che la FNOMCeO assuma misure atte a porre prontamente termine all'illecito riscontrato e si astenga per il futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata, infliggendo altresì pesante sanzione pecuniaria.

4.1 Prioritariamente ad ogni rilievo sulla ritenuta sussistenza di un'intesa restrittiva, la ricorrente ritiene meritevole di censura il deliberato con cui è stato disposto che la Federazione assuma misure atte a porre prontamente termine all'illecito riscontrato, ritenuto ancora in atto nonostante il nuovo CdM 2014 abbia interamente riscritto le disposizioni sulla pubblicità.

Come esposto in narrativa, il CdM 2006 è stato approvato poco dopo l'entrata in vigore del decreto c.d. Bersani che, non avendo esplicitamente abrogato la L. 175/92 che regolava la pubblicità sanitaria, ha creato non poche difficoltà applicative, alle quali la ricorrente ha cercato soluzione senza particolare successo.

Il CdM 2006 è stato quindi oggetto di un procedimento di revisione nella sua interezza che è iniziata nel 2009, poco dopo la conclusione dell'indagine dell'AGCM IC34, per concludersi nel maggio 2014. Il 18.5.2014 è stato adottato il nuovo CdM 2014 che ha sostituito il previgente. Gli articoli

55-57 sulla pubblicità sono stati interamente riscritti, ma il loro tenore non ha soddisfatto. L'Autorità ha ritenuto che le norme sulla pubblicità contenute nel CdM 2014 "non consentono di ritenere superate le problematiche contestate".

Il provvedimento motiva il proprio convincimento ai punti 96-99, argomentando che l'art. 56 del CdM 2014 contiene una aggettivazione aggiuntiva rispetto al dettato normativo sulla liberalizzazione della pubblicità, potenzialmente suscettibile di applicazioni restrittive. Inoltre, la nuova norma deontologica contiene la previsione di un generale divieto di pubblicità comparativa (la norma recita: "*Al medico e alle strutture pubbliche non sono consentite forme di pubblicità comparativa delle prestazioni*") che costituirebbe un'ingiustificata limitazione dell'attività promozionale delle professioni sanitarie, tale da escludere sia stato posto termine all'intesa.

Il provvedimento impugnato non sembra aver colto la dinamica di funzionamento di una Federazione di ordini che, al di là dell'equiparazione dogmatica alle associazioni di imprese ai fini della normativa antitrust, non è certo quella propria dell'imprenditore; inoltre sembra sfuggita la condotta della ricorrente volta a far venire meno far i contestati profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria, anche invocando la funzione deflattiva alla quale la legge ha chiamato a concorrere anche l'Autorità.

I codici deontologici, diversamente da quanto ritenuto nel provvedimento impugnato, sono oggi ascritti da dottrina e giurisprudenza al novero della c.d. "autoregolamentazione sociale", tanto che la S.C. è giunta a

definire le norme deontologiche “vere e proprie norme giuridiche vincolanti nell’ambito dell’ordinamento di categoria” (Cass. civ. SS.UU. 6.6.2002 n. 8225; idem 20.12.2007 n. 5776; idem 23.3.2004 n. 5776), con tutti i conseguenti riflessi che derivano da tale natura, sui quali si argomenterà oltre.

E’ per questa ragione che la ricorrente dopo l’approvazione del CdM 2014, la cui gestazione è durata un quadriennio, prima di renderlo operativo con la trasmissione agli Ordini per il recepimento ha chiesto all’Autorità, anche a fronte dei rilievi presenti nelle conclusioni della istruttoria, la remissione in termini per poter assumere impegni e apportare eventuali emendamenti o correzioni al CdM 2014, al di là degli effetti già eventualmente consumati con il CdM 2006 interamente rimosso.

L’istanza è stata riproposta ed illustrata in sede di adunanza conclusiva, ma la prima è stata rigettata “*attesa la tardività con cui è pervenuta*”, mentre la seconda per l’assenza di ulteriori informazioni “*tali da giustificare una modifica della decisione precedentemente assunta*” (cfr. capo II punti 12 e 17).

Ora, prescindendo dalla considerazione che un’istanza di remissione in termini ha sempre il suo presupposto nel tardivo esercizio di una facoltà rispetto al termine di legge, deve essere posto in evidenza come il termine introdotto dall’art. 14 ter della L. 287/90 non sia un termine insuperabile (TAR Lazio sez. I 9.5.11 n. 3964). Il termine trimestrale per la presentazione di impegni non è un termine “perentorio” e ciò in sintonia con la disciplina comunitaria del procedimento e con la finalità dell’istituto, la cui funzione

deflattiva sottintende l'obbligo di cooperazione con i soggetti che si adoperino per porre in essere misure correttive ai profili ritenuti anticoncorrenziali e più che mai se si tratti di Enti pubblici che si siano adoperati propositivamente ed abbiano esternato disponibilità a far venir meno i presunti profili anticoncorrenziali oggetto di istruttoria.

Il CdM, diversamente da quanto rappresentato nella deliberazione impugnata, non è un atto privato di autoregolamentazione di un associazione di imprese, perché, come meglio esposto nel successivo motivo di ricorso, l'ordinamento giuridico della professione è parte di quello più ampio dello Stato con la conseguenza che le norme deontologiche e i codici in cui sono raccolte, essendo norme dell'istituzione sono anche norme dell'ordinamento statale che "comprende" l'ordinamento professionale (in proposito si veda l'incipit all'evoluzione giurisprudenziale in M.S. Giannini, Le relazioni tra gli elementi degli ordinamenti giuridici, in Riv. trim. dir. pubb. 1990, 997).

In ogni caso, a fronte della rimozione del CdM 2006 e della Linea Guida e dell'adozione del nuovo CdM 2014 che la ricorrente ha trasmesso all'Autorità per quanto concerne le disposizioni sulla pubblicità, nel momento stesso in cui l'istanza di remissione nei termini per l'adozione di impegni è stata rigettata, il provvedimento impugnato diviene illegittimo per violazione dell'art21 bis e per sviamento del fine nella parte in cui ritiene ravvisare la persistenza dell'intesa nel CdM 2014.

4.2 Va inoltre sottolineato che il CdM, al contrario di quanto rilevato *ex adverso*, è un atto di natura regolamentare, o comunque un provvedimento amministrativo di carattere generale, approvato dalla FNOMCeO ai sensi dell'art. 35 del DPR 5.4.50 n. 221, legittimato dai poteri attribuiti all'Ente pubblico non economico dall'art. 15 del DLCPS 233/46 e dall'art. 38 del DPR 221/50 oltreché dall'art. 2229 c.c., trasmesso al Ministero competente che, pur se non sottratto alla disciplina antitrust e alla verifica dell'Autorità, porta a ritenere il provvedimento impugnato illegittimo per violazione degli artt. 21 e 21 bis della L. 287/90 oltreché sul piano del denunciato eccesso di potere per travisamento, difetto di motivazione illogicità e sviamento

In altri termini, come denunciato anche nel successivo motivo di ricorso, la natura provvedimentale del Codice del 2006 precludeva l'esercizio dei poteri sanzionatori dell'Agcm, che avrebbe potuto al più attivare i propri poteri di segnalazione e ricorso ex artt. 21 e 21-bis della legge *antitrust*.

La natura giuridica di quest'atto, siccome ritenuta in violazione delle norme sulla concorrenza, avrebbe cioè dovuto indurre prima ad emettere un parere motivato, nel quale fossero indicati i profili delle violazioni contestate con invito all'Ente pubblico a conformarsi, poi eventualmente a proporre ricorso contro dette norme in ipotesi di loro conferma da parte della ricorrente.

E' dunque illogica la motivazione del provvedimento che, per un verso, rifiuta la disponibilità poenitendi della ricorrente anche mediante confronto al fine della proposizione di impegni e, per altro, pone a

fondamento della contestazione proprio quella condotta e quegli atti adottati dalla ricorrente in sostituzione del CdM 2006 che si è dichiarata pronta ad emendare.

La denunciata violazione rende il provvedimento nella parte oggetto di rilevi censurabile anche sul piano dell'eccesso di potere specie per sviamento, stante la maggior afflittività che la determinazione conclusiva assume sulla ricorrente.

5. Violazione e falsa applicazione di legge con riferimento all'art. 1, 2, 14-ter, 21, 21 bis della L. 10.10.90 n. 287, in relazione agli art. 101 TFUE, nonché all'art. 2 del DL 4.7.2006 n. 223, nonché all'art. 35 del DPR 5.4.50 n. 221 e all'art. 15 del DLCPS 13.9.46 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.

Il provvedimento impugnato si configura illegittimo anche con riferimento ad ulteriore profilo in relazione alla ritenuta sussistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza, ravvisata nell'adozione del CdM 2006 e delle Linee Guida del quale sembra essere stata travisata la natura e funzione.

Merita ricordare che il legislatore nel liberalizzare la pubblicità per i professionisti ha attribuito agli ordini professionali una funzione di controllo dei messaggi pubblicitari degli iscritti che ha conservato invariata anche dopo l'invito contenuto nelle conclusioni dell'indagine dell'Autorità IC34,

nella quale auspicava “l’abrogazione del potere di verifica della trasparenza e veridicità della pubblicità esercitabile dagli Ordini”.

Il concreto esercizio di questo potere di controllo, scarsamente gradito, ha determinato l’inoltro di segnalazioni all’Autorità che il provvedimento impugnato ha ritenuto meritevoli di seguito non tanto per le condotte materiali in esse segnalate, quanto con riferimento al CdM 2006 e nella Linea Guida ritenuti integrare un’intesa restrittiva della concorrenza, a nulla essendo valse le argomentazioni giustificative sulla natura, sulle finalità, sull’interesse generale e sulla neutralità delle disposizioni deontologiche.

Richiamando la giurisprudenza comunitaria e amministrativa secondo la quale gli Ordini e le associazioni di ordini come la FNOMCeO in quanto enti rappresentativi di imprese devono essere considerati ai fini della disciplina antitrust come “associazioni di imprese”, il provvedimento contesta e motiva che il CdM 2006 e le Linee Guida non assolvevano ad alcuna missione di carattere sociale, né prerogative tipiche dei pubblici poteri.

Al contrario il CdM è stato ritenuto un atto autoregolamentare di una professione, il cui esercizio costituisce un’attività economica che negli art. 55-57 mira a restringere la concorrenza. Neppure rileva la trasmissione del CdM 2006 al Ministero vigilante perché, detto in sintesi, le norme del CdM 2006 sarebbero delle semplici disposizioni interne del gruppo, idonee ad ostacolare ingiustificatamente la pubblicità e quindi idonee *ex se* ad integrare un’intesa.

Francamente la qualificazione del CdM 2006 pur dell'angolatura della normativa antitrust è illegittima, tanto più in un momento come quello attraversato dal Paese sempre più bisognoso anche di etica e di deontologia. Il giudizio del valore giuridico della disciplina deontologica, relegata al novero di precetti extra giuridici ovvero norme interne alla categoria, prive di qualunque missione sociale è totalmente superato ed è privo di qualunque attualità.

La giurisprudenza a partire dalla sentenza delle Sezioni Unite 8225/2002 ha archiviato la pregressa catalogazione delle norme della deontologia quali norme extra giuridiche interne alla categoria, giungendo a definirle "vere e proprie norme giuridiche vincolanti nell'ambito dell'ordinamento della categoria". Senza ripetere quanto esposto in proposito nel precedente motivo, quelle del CdM 2006 trovano il loro fondamento nell'art. 38 e segg. del DPR 221/50 e nell'art. 2229 cod. civ. con conseguente loro sottrazione al regime giuridico degli atti privati.

La loro valenza giuridica trova giustificazione nell'investitura normativa statutale ricevuta dall'ordinamento professionale del potere di fissazione delle regole di condotta e della stessa potestà disciplinare che è suggellata dalla sottolineata assunzione di rilevanza giuridica anche per l'ordinamento dello Stato da parte delle norme stesse (cfr. Cass. Civ. SS.UU. 17.6.2010 n. 14617; idem 7.7.2009 n. 15852; idem 30.7.2001 n. 10389), al punto da ritenere ammissibile nei loro confronti in quanto norme di diritto, la censura di violazione di legge, prevista dall'art. 360 n. 3 codice di rito (Cass.

civ. sez. III civ. 14.7.2004 n. 3078). La loro formazione è legittimata attraverso il rinvio alle determinazioni dell'autonomia collettiva ed esse assumono così, per volontà del legislatore, una funzione integrativa della norma legislativa in bianco, ampiamente sostenuta in vari campi del diritto.

La considerazione che il CdM 2006 sia stato adottato nel rispetto dell'art. 35 del DPR 221/50 e sia stato trasmesso al Ministro vigilante senza rilievi da parte dello stesso, porta a qualificarlo un atto di natura regolamentare con valenza di autoregolamentazione sociale. Il CdM 2006 aveva dunque efficacia nell'ordinamento statale in quanto "fonte fatto", "fonte infralegislativa" che in caso di concorrenza di fonti interne poteva trovare applicazione in ragione del principio di competenza.

Nel caso in esame il decreto c.d. Bersani stabilisce che anche per i professionisti la pubblicità informativa è libera nel rispetto di precisi parametri, mentre nel CdM si trovano i criteri che consentono di verificare se il messaggio informativo svolto dai medici e dagli odontoiatri è rispondente ai parametri indicati dal legislatore. Se la norma statale impone che la pubblicità dei professionisti sia trasparente, veritiera, corretta, non equivoca, non ingannevole, non denigratoria, ebbene la norma deontologica va a coprire questi spazi nella loro pratica traduzione in ragione dei doveri che incombono ai medici specie nella divulgazione di messaggi pubblicitari stante la asimmetria con i consumatori -pazienti.

Il loro valore giuridico di norme giuridiche regolamentari risulta rafforzato proprio dalla previsione del comma 3 dell'art. 2 del decreto c.d.

Bersani, il quale dispone che le disposizioni deontologiche e pattizie e i codici di autodisciplina in caso di mancato adeguamento con quanto previsto dal comma 1 **sono in ogni caso nulle**. Se dunque il legislatore ha sanzionato con la nullità le norme deontologiche che non abbiano un certo contenuto, ciò è conseguenza del ruolo che dette norme rivestono nell'ordinamento generale, per nulla colto dal provvedimento impugnato nel relegarle ad atti dell'autonomia privata.

Ne consegue che la valutazione del CdM 2006 operata nel provvedimento impugnato è viziata per travisamento e sviamento, là dove ne esclude la neutralità delle sue disposizioni e, peggio, le ritiene prive di alcuna missione sociale ed anzi il frutto esclusivo di un organo di regolamentazione della professione con la finalità di limitare la concorrenza tra i professionisti. Un travisamento che sconfina nella strumentalità se si pone attenzione all'oggetto delle stesse segnalazioni dalle quali ha preso il via l'indagine, tutte riferite alle "condotte" in cui si sono estrinsecate le verifiche operate dagli Ordini.

La specifica finalità di tutela della concorrenza che per giurisprudenza consolidata consente all'Autorità di intervenire anche con riferimento alla materia di competenza degli Ordini e delle loro Federazioni, non legittimava nel caso di specie il ricorso al potere sanzionatorio senza incorrere nella violazione dell'art. 21 bis e 21 della L. 287/90 (come già denunciato nel precedente motivo di ricorso) proprio in ragione della natura del CdM 2006 e

del soggetto da cui promana che è pur sempre una Pubblica Amministrazione.

Il giudizio valutativo delle norme sulla pubblicità contenute nel CdM 2006 imponeva, una volta individuati i profili ritenuti determinare distorsione della concorrenza, di segnalarlo alla FNOMCeO e questo fin dalla conclusione dell'indagine IC 34 stante il disposto dell'art. 21 della L. 287/90 in modo da consentire quella facoltà conformativa che ha invece negato, ma non anche sanzionare. A maggior ragione poi con riferimento al CdM 2014 stante l'introduzione nella L. 287/90 dell'art. 21 bis che si assume parimenti violato.

Senza tralasciare che la materia aveva dato luogo a problemi interpretativi e applicativi, come riconosciuto nello stesso parere sul DPR recante riforma degli ordinamenti professionali (CdS sezione consultiva AN 5.7.2012 n. 5262/2012) e della condotta evolutiva della ricorrente sulla materia.

Da ciò la ulteriore censura.

6. Violazione di legge con riferimento all'art. 2 della L. 10.10.90 n. 287, in relazione all'art. 2 del D.L. 4.7.2006 n. 223 convertito nella L. 248/2006, nonché all'art. 34 del D.Lgs. 6.3.2010 n. 59, nonché all'art. 4 del DPR 3.8.2012 n. 137, nonché all'art.101 TFUE nonché dell'art. 15 del DLCPS 46 n. 233, nonché all'art. 24 della Direttiva 2006/123/CEE; Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, contraddittorietà, sviamento.

Il provvedimento impugnato ha ravvisato un'intesa restrittiva della concorrenza negli art. 56 e 57 del CdM 2006 che regolavano la pubblicità sanitaria dei medici e degli odontoiatri, ritenendoli idonei a restringere in misura sensibile la concorrenza mediante l'imposizione di ingiustificati divieti o vincoli all'utilizzo dello strumento pubblicitario.

6.1 Anche a voler prescindere dalla natura di atto regolamentare rivestita dal CdM 2006, deve essere posto in evidenza come l'art. 2 della L. 287/90 nell'esplicitare le attività che restringono o falsano la concorrenza non annoveri le modalità di esercizio della pubblicità, le quali vengono quindi in rilievo esclusivamente con riferimento al parametro generale indicato nella norma che deve essere necessariamente coniugato con l'art. 2 del D.L. 223/2006. Quest'ultimo ha posto fine al divieto assoluto per gli esercenti le professioni regolamentate di ricorrere alla informazione commerciale e alla pubblicità che è dunque libera, ma con precisi limiti indicati nella sua trasparenza, veridicità, correttezza e nella non equivacità, non ingannevolezza, non denigratorietà.

Motiva il provvedimento che la previsione deontologica di un divieto assoluto alla "pubblicità promozionale e comparativa" nel contesto del richiamo al principio del "decoro professionale", configuri una limitazione alla concorrenza tra i professionisti idonea a produrre effetti restrittivi, resi ancor più incisivi dalla linea guida varata poco dopo l'adozione del CdM 2006.

Senonché il legislatore comunitario nella direttiva 2006/123/CEE non ha precluso in senso assoluto la possibilità di prevedere divieti relativi al contenuto e alle modalità delle comunicazioni commerciali delle professioni regolamentate (art. 34). Gli Stati membri sono stati lasciati liberi di prevedere divieti, purchè le regole in questione siano qualificate e proporzionate al fine di garantire l'indipendenza, la dignità, l'integrità della professione, ma del pari la tutela generale del consumatore a non essere sviato da messaggi che l'asimmetria dell'informazione tra clienti e prestatori di servizi, in un ambito in cui le conoscenze tecniche sono dirimenti, rende particolarmente insidiose.

Lo stesso legislatore italiano nel liberalizzare la pubblicità per i professionisti ha avuto ben presente queste considerazioni, discendenti per altro dalle raccomandazioni della stessa Commissione Europea che ha riconosciuto esistere ragioni che rendono necessario un certo grado di regolamentazione della pubblicità dei servizi professionali. Ciò si è tradotto nell'esplicitazione contenuta nell'art. 2 del DL 223/2006, nonché nell'ulteriore individuazione di confini meglio delineati dall'art. 3, comma 5, del D.L. 138/2011 e dall'art. 4 del DPR 7.8.2012 n. 137 della trasparenza, veridicità, correttezza e della non equivocità, ingannevolezza e della non denigratorietà e nell'ulteriore previsione contenuta nell'art. 34 del D.Lgs. 6.3.2010 n. 59. La norma ultima citata fa espressamente salva la disciplina introdotta dal c.d. decreto Bersani, aggiungendo che "limitazioni al libero impiego delle comunicazioni commerciali devono essere giustificate da

motivi imperativi di interesse generale nel rispetto dei principi di non discriminazione e proporzionalità”: il che depone per la compatibilità di limitazioni.

Il quadro che se ne ricava lascia trasparire la piena consapevolezza del legislatore del rischio e del danno potenziale dello strumento della pubblicità nel contesto della evidenziata asimmetria.

Non è causale se il Belgio ha vietato in senso assoluto la pubblicità in materia di cure dentistiche con la legge 15.4.58 che la Corte di Giustizia ha ritenuto compatibile con l’ordinamento comunitario (sent. 13.3.2008 – Causa C 446/05 Doulamis); se il codice di deontologia medica vigente in Francia prescrive all’art. 13 sono *“interdit tous procédès directs ou indirect de publicité”*(Code de Deontologie Medicale 2012); se il codice di deontologia dei medici tedeschi vieta la pubblicità comparativa.

6.2. E’ quindi svante l’assunto motivazionale che il divieto di pubblicità comparativa non sia conforme al dettato normativo, né che esso non sia giustificato da ragioni di pubblico interesse, considerati i limiti sostanziali di comparazione delle prestazioni mediche e sanitarie in assenza di indicatori oggettivi. Gli studi svolti in materia hanno posto in rilievo come nella comparazione di una prestazione medica vengano in rilievo non meno di 26 parametri che rendono oggettivamente fuorviante la comparazione, resa ancor più pericolosa per il pubblico interesse a fronte dell’asimmetria tra consumatori e professionisti. D’altro canto è proprio questa la ragione per la

quale la pubblicità comparativa delle prestazioni mediche e odontoiatriche è preclusa nella più parte dei paesi europei.

Il divieto contestato, contenuto nel corpo dell'art. 56 del CdM 2006, era riferito a questa pubblicità ovvero alla pubblicità comparativa delle prestazioni, alla promozione del loro consumo come se si trattasse di un prodotto da banco che trova il suo bilanciamento proprio nell'intento di tutela della salute, bene costituzionalmente garantito dall'art. 32 della Costituzione al quale la FNOMCeO e gli Ordini concorrono.

La stessa motivazione sulla possibilità che la comparazione possa avvenire su aspetti diversi dalle prestazioni, quali l'innovatività delle tecniche o delle apparecchiature non è idonea a superare le ragioni di tutela avute presenti dalla norma, essendo questi aspetti pur sempre inscindibili con la funzionalità all'oggetto della prestazione; ed anzi risultando ancor potenzialmente più pericolosi nell'asimmetria che connota le parti, considerato che questi messaggi tendono a persuadere il cliente attraverso elementi di capacità evocativa emozionale, eccedenti l'ambito informativo.

Un qualunque consumatore non è in grado di capire se, ad esempio, la pubblicità di un laser per la rimozione di una carie sia solo promozionale o indichi uno strumento migliore, più efficace di un trapano tradizionale o comunque se il messaggio di sua miracolosità sia veritiero e la sua utilizzazione realmente innovativa in campo odontoiatrico.

6.3. Quanto poi ai rilievi motivazionali sul parametro del "decoro professionale" gli stessi sono apodittici e non sono idonei a comprovare un

effetto restrittivo della concorrenza, trattandosi di un parametro che si colloca sullo stesso piano di quelli ulteriori indicati come limiti invalicabili tanto dal legislatore comunitario che nazionale. Il sostantivo “decoro” non si discosta da “onore della professione” contenuto nell’art. 8 della direttiva 2000/31/CEE ed è sussuntivo ed esplicativo di trasparenza, veridicità, correttezza, non denigratorietà. (Nel vocabolario della lingua italiana il sostantivo “decoro” ha come sinonimi dignità, onore, decenza, convenienza).

La stessa Suprema Corte riconosce come il “decoro” e la “dignità” professionale devono essere sempre considerati limiti invalicabili anche nell’esercizio della pubblicità (Cass. civ. SS.UU 18.11.2010 n. 23287).

Il passaggio argomentativo svolto al punto 83 e seguenti, nel quale si afferma che il parametro del decoro è suscettibile di interpretazioni restrittive della pubblicità in mancanza di criteri che concorrano a individuarne l’esatto contenuto, è dunque apodittico risultando poco chiaro come detto parametro si traduca in effetti restrittivi della concorrenza. Fermo rimanendo che il CdM 2006 riconosce che la pubblicità sanitaria è libera, non emergono le ragioni in base alle quali il richiamo al decoro professionale comporterebbe un divieto o un effetto restrittivo a poter fare pubblicità venendo in rilievo solo con riferimento alle modalità con cui è svolta. La trama argomentativa del provvedimento impugnato non è idonea a validare l’assunto restrittivo perché identico ragionamento è estensibile agli altri parametri indicati dal legislatore che sono indeterminati e quindi parimenti idonei a potenziali identiche applicazioni. Indipendenza, dignità, onore,

lealtà, trasparenza, veridicità, non denigratorietà, non ingannevolezza, non equivocità, correttezza contenuti nei precetti normativi richiamati, non sono potenzialmente diversi da decoro e dignità.

Anche la stessa giurisprudenza amministrativa non ha mancato di riconoscere come decoro e dignità professionale siano criteri di etica professionale volti a garantire il corretto espletamento della professione (TAR Lazio sez. I 25.2.2011 n. 1757).

6.4. Il D.L. 223/2006 che ha liberalizzato la pubblicità d'altro canto nulla ha disposto circa il rilievo disciplinare delle modalità e del contenuto con cui la pubblicità è realizzata, né ha inciso sulla norma generale di cui all'art. 38 del DPR 221/50 e art. 16 del DLCP 233/46 che consente di sottoporre a procedimenti disciplinari i medici e gli odontoiatri che si rendano colpevoli di fatti non conformi alla dignità e al decoro professionale, con la conseguenza che non può essere ritenuto in contrasto con l'art. 101 TFUE tipizzare mediante norme deontologiche le forme di illecito non già nella pubblicità informativa in sé, ma nelle modalità e nel contenuto con cui essa viene realizzata in quanto lesiva del decoro (Cass. civ. SS.UU. 10.8.2012 n. 14368).

Da ciò la censura di cui in rubrica con riferimento al denunciato eccesso di potere per difetto di motivazione che sconfinava nell'illogicità e nello sviamento con riferimento alle considerazioni e argomentazioni svolte dal punto 92 del provvedimento sulla permanenza dell'illecito ravvisata nel CdM 2014.

6.5. La Federazione, come esposto in narrativa, dopo un lungo percorso revisivo iniziato nel 2009, è pervenuta ad approvare un nuovo CdM 2014 nel quale ha eliminato ogni riferimento a decoro professionale o divieto di pubblicità promozionale per evitare equivoci di sorta (il divieto era infatti riferito alla promozione della domanda di prestazioni) e lo stesso mantenimento del divieto di pubblicità comparativa è stato circoscritto alle sole prestazioni, ma tutto ciò non è stato ritenuto idoneo e sufficiente a superare le problematiche concorrenziali.

La presenza di aggettivazione aggiuntiva nell'art. 56 del CdM 2014 rispetto ai parametri di legge costituirebbe secondo il provvedimento impugnato un freno alla pubblicità in quanto suscettibile di interpretazione restrittiva alla stessa stregua del parametro del decoro.

Senza ripetere quanto sopra argomentato anche questa motivazione si configura apodittica considerato che l'aggettivo "obiettivo" è meramente rafforzativo di pubblicità veritiera; "pertinente" è sinonimo di "corretta" oltrech  rafforzativo di "non equivoca; "prudente" è anch'esso rafforzativo di non denigratoria.

Quanto poi alla argomentazione sulla delimitazione del divieto alla pubblicità comparativa sembra sfuggita la delimitazione a "prestazioni", la cui lettura operata dal provvedimento appare forzata e sviante, ma soprattutto illogica a fronte della manifestata disponibilità ad apportare correzioni ed emendamenti al CdM 2014, cos  da escludere che la disposizione sia idonea a configurare intesa restrittiva.

7. Violazione di legge con riferimento con riferimento agli art. 1, c. 4, 2, 14,15 della L. 10.10.90 n. 287 in relazione agli art. 4,14,21 del DLCPS 13.9.46 n. 233 e art. 33 del DPR 5.4.50 n. 221. Violazione dei 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.

I. Premesso il carattere pregiudiziale e assorbente delle precedenti censure (volte a ottenere l'annullamento integrale dei provvedimenti impugnati e dell'accertamento delle violazioni), la ricorrente ha da ultimo motivo di dolersi della sanzione amministrativa pecuniaria inflitta che, anche con riferimento al sindacato di merito riservato al G.A., non appare sorretta da adeguata giustificazione motivazionale, né da proporzionalità e da equità a fronte della condotta contestata.

L'art. 15 della L. 287/90 e l'art. 11 della L. 689/81 richiede ai fini del trattamento sanzionatorio che sia accertata la gravità dell'infrazione, dipendente essenzialmente dalla natura dei comportamenti tenuti dalle imprese sotto il profilo della loro idoneità a restringere la concorrenza. Il provvedimento impugnato ha motivato che la valutazione della gravità discende dalla natura dell'intesa ravvisata nel CdM 2006 siccome volta a limitare i comportamenti economici di professionisti indipendenti. Motiva ancora il provvedimento che la natura dell'intesa risulterebbe "grave" perché la condotta è stata realizzata a fronte della intervenuta

liberalizzazione dei servizi professionali da parte del DL 223/2006, anno dal quale è perdurata a tutt'oggi.

Siffatta motivazione non risulta essersi realmente fatta carico del profilo soggettivo, né quello oggettivo della gravità della condotta rimasti l'uno totalmente ignorato, l'altra su un piano di astrattezza che porta a ritenere ingiustificato e, comunque, sproporzionato l'importo della sanzione.

Il concetto di gravità indicato nell'art. 15 della L. 287/90 non è ulteriormente specificato dal legislatore tanto che in un intento suppletivo il vuoto è stato colmato con standardizzazione di orientamenti che hanno trovato condivisione nella giurisprudenza.

La gravità è stata graduata in tre tipologie di condotte: poco gravi, gravi e molto gravi a seconda dell'impatto sul mercato.

Il provvedimento impugnato è motivato apoditticamente perché la sua motivazione rimane su un piano di astrattezza e non pone alcuna attenzione al mercato; essa superfeta due elementi astratti quali sono la introduzione della legge sulle liberalizzazioni e l'intento, rimasto totalmente indimostrato, di limitare i comportamenti economici dei professionisti mediante norme deontologiche foriere di potenziali sanzioni disciplinari.

Nessun riferimento di concretezza risulta contenuto nel provvedimento, ma neppure negli atti sia con riferimento al mercato, sia alla restrizione della concorrenza che non è motivo come siano stati incisi.

L'assunto è anzi smentito dalle rilevazioni statistiche del mercato della pubblicità. L'indagine ha rilevato un incremento esponenziale del fatturato e

degli investimenti del settore della pubblicità sanitaria che sconfessa l'assunto di gravità attribuito alle condotte contestate. Il settore della pubblicità sanitaria è infatti risultato essere l'unico in controtendenza nell'ultimo triennio, avendo vissuto una crescita continua nonostante la situazione di crisi in cui versa il Paese. In totale controtendenza all'andamento in generale degli investimenti nel settore pubblicitario, la pubblicità sanitaria sconfessa il provvedimento impugnato. I dati statistici elaborati dall'osservatorio economico AdEX confermano come nel 2013, a fronte di una riduzione degli investimenti del mercato pubblicitario pari al -14,6% equivalente a 774,5 milioni di euro, l'investimento nella pubblicità sanitaria (cura della persona) sia stato in netta controtendenza con un incremento di +18,4%; nel 2009 l'incremento è stato del +7,5%, mentre nel 2006 l'incremento è stato del +16,23 (cfr 13 rapporto IEM) : fin d'ora viene quindi formulata istanza di acquisizione dall'Istituto di Statistica dei dati statistici delle rilevazione degli investimenti relativi al settore della pubblicità.

I dati statistici evidenziati sono inversi a quelli delle sanzioni disciplinari cui il CdM 2006 è stato ricollegato per giustificare l'intesa.

Le sanzioni che fino al 2006 erano ricorrenti ogni qualvolta fosse violata la L. 175/92 della adozione del CdM 2006 sono state molto poche e sono decresciute fino a quasi scomparire mano a mano che è stata chiarita la portata del DL 223/2006 sulla L. 175/92.

Le stesse risultanze dell'istruttoria svolta dall'Autorità comprovano come l'esercizio del potere di controllo delegato agli Ordini non abbia affatto avuto seguiti disciplinari e gli stessi soggetti che hanno inoltrato le segnalazioni e gli esposti dall'Autorità non hanno avuto preclusioni nell'accesso alla pubblicità.

E' circostanza notoria nel WEB come Groupon lo abbia letteralmente inondato di pubblicità sanitaria o come Vitaldent abbia invece ricoperto della sua pubblicità tutti i tram delle più importanti linee del territorio nazionale.

Il profilo oggettivo della ritenuta gravità è dunque totalmente indimostrato.

Quanto al profilo soggettivo il provvedimento non ha minimamente considerato che il CdM 2006 è sostanzialmente coevo al DL 223/2006 che ne ha preceduto l'approvazione di qualche mese, determinando una difficoltà di interpretazione dei suoi effetti sulla legge 175/92 che regolava la pubblicità sanitaria. Lo stesso Ministero della Sanità ancora il 30.4.2008 diramava la circolare 18082, nella quale informava sulla non totale abrogazione della L. 175/92 e gli stessi Comuni, unici titolari del potere autorizzativo, hanno continuato a chiedere agli Ordini il nulla osta. Se la FNOMCeO ha ritenuto di adottare una Linea Guida questa aveva il solo scopo di cercare di fare chiarezza e non certo di impedire la pubblicità.

Non è stato inoltre considerato che la Linea Guida è divenuta desueta dopo poco dalla sua adozione e nessun ordine l'ha più tenuta in alcuna considerazione.

Neppure è stato considerato che a seguito della conclusione dell'indagine IC34 la FNOMCeO ha attivato il procedimento di revisione del CdM 2006, la cui gestazione è stata particolarmente lunga, ma non certo informata nel concreto in funzione di coordinamento della componente imprenditoriale astrattamente delineata nel provvedimento impugnato. Il CdM 2006 ha infatti tutt'altra finalità, ancorchè in esso siano contenute alcune norme sulla pubblicità preordinate esclusivamente alla tutela del pubblico interesse salute tutelato costituzionalmente.

Comunque valutate sul piano astratto, dall'istruttoria non emerge l'impatto concreto che queste norme e linea guida abbiano avuto non solo nei confronti degli iscritti agli albi, ma soprattutto nei confronti del mercato, degli operatori del settore pubblicitario o degli stessi consumatori.

Dal che un primo profilo di censura.

* * *

II. Ulteriore profilo di censura merita poi la quantificazione della sanzione che non pare sorretta da legittimità, né da ragionevolezza.

II.a. L'art. 15 della L. 287/90 contempla la possibilità sanzionatoria da quantificarsi con riferimento al "fatturato" realizzato dal soggetto resosi responsabile dell'illecito. La ricorrente in quanto Ente pubblico non economico non ha un fatturato ed il suo bilancio sul versante delle entrate è costituito esclusivamente dal prelievo coattivo attribuito dall'art. 14 del DLCPS 233/46, il quale dispone che la FNOMCeO stabilisce il contributo annuo che ciascun ordine deve versare (e di conseguenza prelevare dagli

iscritti) in rapporto al numero degli iscritti per le spese di funzionamento della Federazione.

Il bilancio della ricorrente, preso in considerazione dal provvedimento impugnato come unica voce di entrate, è dunque composto esclusivamente da una parte delle quote corrisposte dagli iscritti agli albi professionali poi riversate alla FNOMCeO, delle quali non sembra esserne stata considerata la natura.

Non si tratta di utili, né di contributi volontari degli “associati” come il provvedimento definisce gli iscritti agli albi, ma di parte della **tassa** prevista dall’art. 4 della Legge professionale ovvero il DLCP 233/46 che attribuisce agli ordini potestà coattiva nei confronti dei medici e degli odontoiatri tenuti per legge all’iscrizione e alla corresponsione di una tassa annuale.

Anche a voler condividere *per inconcessum* l’assimilazione della FNOMCeO ai fini del diritto della concorrenza ad una associazione di imprese, le sue entrate di bilancio non sono certo assimilabili al fatturato di un’impresa, sia perché hanno **natura di tassa**, sia perché sono soggette a **prelievo coattivo** mediante ruolo, sia perché hanno **vincolo di destinazione** con il funzionamento di Ente pubblico.

La natura di tali somme, destinate per legge al funzionamento dell’Ente nello stesso limite delle attività istituzionali, ne impedisce la riconduzione tout court a quelle indicate nell’art. 15 della L. 287/90 che, se consentita, finirebbe per pregiudicare la stessa attività dell’Ente e ritenere che un prelievo coattivo possa essere distratto per pagare una sanzione.

Non è infatti casuale l'uso del sostantivo "fatturato" nella L. 287/90 e non anche "proventi" o altro generico termine alle disponibilità economiche del soggetto. Il riferimento al fatturato è infatti razionalmente correlato al "prodotto" dell'intesa che non è minimamente ravvisabile nel caso in esame, cossichè il provvedimento finisce per violare la norma denunciata e la sua ratio.

La ricorrente, pur a fronte dell'orientamento della giurisprudenza sulla assoggettabilità anche degli ordini e delle loro Federazioni alla disciplina antitrust, ritiene che la natura dei proventi con cui sono costituiti i bilanci che la stessa legge qualifica "tasse" prescritte dallo Stato per il funzionamento di tali Enti istituzionali - non sia stata adeguatamente valutata nel governo della sanzione e sia mancata una necessaria coniugazione di questa con la modalità di determinazione delle sanzioni prevista dalla L. 287/90 (ciò è stato posto in evidenza in TAR Lazio sez. I 21.6.2001 n. 5486).

IIb. Neppure sotto il profilo quantitativo la sanzione appare corretta perché innanzitutto travisa una condotta istantanea con quelli che ha ritenuto essere i suoi effetti nel corso del tempo. La condotta contestata si è concretizzata nell'adozione del CdM 2006 che, a prescindere dalla natura giuridica, non può certo legittimare una pesante sanzione in ragione della sola sua adozione, a prescindere da ogni concreta verifica su quali pregiudizi esso abbia determinato realmente sul libero gioco della concorrenza. In assenza di questa verifica, di cui non v'è traccia nel provvedimento (e dunque in violazione/falsa applicazione dello stesso principio di offensività

delle sanzioni amministrative), la misura della sanzione diviene irragionevole tenuto conto che la sua natura afflittiva non può legittimarne la misura solo con riferimento alla condotta in sé, quanto agli effetti ed alle conseguenze da essa derivate, alla gravità del danno, alla natura del mezzo e ad ogni altra modalità d'azione, non esclusa la respiscenza manifestata con l'avvio revisivo del CdM 2006 e la disponibilità ad impegni per il CdM 2014.

Nessuna di queste risulta presa in considerazione salvo la revisione del CdM 2006, la cui esclusione dal novero delle attenuanti stride con la stessa disponibilità manifestata dalla ricorrente con la richiesta di remissione nei termini rifiutata.

Nel governo della sanzione doveva essere inoltre considerata la difficoltà applicativa del DL 223/2006 stante la sua mancata abrogazione espressa della L. 175/92, le modalità e i tempi di operatività dell'Ente totalmente diversi da quelli propri dell'imprenditore, la finalità perseguita con il CdM le cui norme in materia di pubblicità miravano a tutelare il consumatore stante l'asimmetria informativa. Inoltre su 106 ordini solo pochi sono stati quelli destinatari di segnalazioni e pochissime le sanzioni disciplinari inflitte nelle quali è stata ravvisata la asserita leva a base dell'intesa.

Iic. La stessa parametrizzazione dell'entità della sanzione sul bilancio del 2013 nella misura del 5%, poi moltiplicata per la ritenuta durata dell'infrazione asseritamente perpetrata dal 2006, si appalesa illegittima, anzitutto, per violazione dell'art. 15 della legge n. 287/90, là dove stabilisce

(comma 1), che *“Nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione, dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida, determinando i termini entro i quali l'impresa deve procedere al pagamento della sanzione”*.

Tra i parametri di quantificazione della percentuale del fatturato sopra indicata, vi è dunque sia la gravità, sia la durata della presunta infrazione; tanto che la stessa percentuale viene determinata dall'Agcm, nella misura del 5%, al par. 112 della Sez. VI del provvedimento, dopo aver valutato, nella Sez. V precedente, la gravità e la durata della violazione. In questo contesto, si rivela del tutto illegittima la successiva operazione compiuta dall'Agcm (moltiplicazione del 5% per ciascuno degli *otto* anni di durata della presunta infrazione, salvo ridurre poi l'importo della sanzione fino al 10% del fatturato, corrispondente al massimo edittale).

In questo modo, la FNOMCeO si vede sanzionata nella misura massima prevista dalla legge a fronte di un illecito antitrust per il quale l'Autorità, nel medesimo provvedimento, aveva stimato nel 5% del fatturato la sanzione più congrua, in ragione della gravità e della durata dell'infrazione; e ciò in evidente contraddittorietà interna allo stesso provvedimento e illogicità.

Siffatta operazione risulta, peraltro, ancor più illecita, in ragione dell'intervenuta prescrizione (come denunciata nel primo motivo di ricorso),

in forza della quale l'Agcm avrebbe potuto al più apprezzare, ai fini dell'irrogazione della sanzione, la gravità le non meglio precisate (e, in realtà, inesistenti) "iniziative mediatiche" della Federazione successive al 24 settembre 2009 (*dies a quo* del quinquennio antecedente il provvedimento impugnato).

Ile. La quantificazione è inoltre illogica considerata la mancata valutazione dei proventi di quegli anni a prescindere che essi possano o meno essere inferiori a quelli del 2013. Il criterio stereotipo adottato rende la sanzione vessatoria e al limite della ragionevolezza, considerato il tenore dell'art. 15 della L. 287/90 che limita al 10% del fatturato nell'ultimo esercizio, indiscutibilmente rispettato ma mediante una meccanica che non ha legittimazione.

Anche sul punto il provvedimento si configura viziato sul piano dell'eccesso di potere per difetto ed insufficienza della motivazione oltreché per sua illogicità che rendono l'entità della sanzione irragionevole e meritevole di essere annullata o, subordinatamente, in ogni caso, riformata nei termini giustificati da un corretto governo della pena, oggettivamente mancato nella valutazione della vicenda.

Ilf. La quantificazione della sanzione è illegittima anche in relazione ai principi di affidamento e certezza del diritto, atteso che l'Autorità resistente - investita istituzionalmente della funzione di verificare che la concorrenza si svolga liberamente, e munita di una direzione istruttoria dedicata al settore in esame- e- ha atteso oltre sette anni dall'emanazione del CdM 2006 (e tre anni

dopo l'esposto denuncia) prima di segnalare le proprie censure alla parte ricorrente. Una più sollecita attivazione dei poteri istruttori dell'Agcm (dei quali in ogni caso si contesta l'esercizio, per le ragioni dedotte *supra*) avrebbe infatti ragionevolmente compreso la durata della presunta violazione e, conseguentemente, determinato una riduzione della sanzione.

ISTANZA CAUTELARE

La ricorrente confida che il ricorso, stante la sua fondatezza, potrà trovare accoglimento. Allo stato evidenzia tuttavia il danno di estrema gravità e urgenza che deriva dalla sua esecuzione tanto con riferimento ai brevissimi termini accordati per porre fine all'intesa asseritamente ritenuta persistere, quanto e soprattutto con riferimento alla pesante sanzione pecuniaria inflitta.

a. Il termine del 31.1.2015 accordato per porre prontamente fine all'illecito ravvisato nel CdM 2014 è oggettivamente impossibile a poter consentire qualunque intervento, tenuto conto che la FNOMCeO non ha una potestà diretta di intervento sul CdM.

La deontologia è la risultante della coscienza collettiva della professione, la cui codificazione passa per un procedimento complesso come del pari il *contrarius actus* regolarmente che coinvolge i rappresentanti dei 550.000 medici e odontoiatri, impensabile a poter essere anche solo consultati nel breve termine assegnato. Neppure può trovare seguito una semplice circolare di indirizzo, essendo gli Ordini territoriali gli unici depositari del potere disciplinare chiamati a valutare ex art. 2 DL 233/06 veridicità,

trasparenza, non denigratorietà, obiettività dei messaggi pubblicitari ovvero le condotte di violazione del CdM.

b. Quanto alla sanzione pecuniaria la sua entità rischia di pregiudicare il funzionamento dell'attività dell'Ente, essendo i proventi di bilancio destinati alla retribuzione del personale dipendente, alla formazione degli iscritti, alla rappresentatività in sede comunitaria e a quelle ulteriori attività in funzione delle quali sono stati prelevati coattivamente dagli iscritti agli albi.

L'entità del bilancio 2013 è stata infatti interamente consumata e quella del bilancio 2014 sufficiente a garantire il funzionamento dell'Ente fino al prossimo prelievo che verrà a scadere solo dopo la primavera 2015, con la conseguenza che il pagamento della sanzione metterebbe in crisi un Ente ausiliario dello Stato nel suo compito di governo della professione che concorre alla tutela della salute.

c. Peraltro, se si opera quel bilanciamento -proprio della fase cautelare del processo amministrativo- degli interessi contrapposti, l'interesse dell'amministrazione all'immediata esecuzione dei provvedimenti impugnati risulta obiettivamente recessivo rispetto a quello della Federazione ricorrente al corretto funzionamento della propria attività istituzionale, compromesso tanto dall'obbligo procedimentale di immediata revisione delle regole deontologiche, quanto dall'entità della sanzione pecuniaria.

La ricorrente chiede quindi la sospensione della esecutività dell'impugnato provvedimento per il tempo necessario a consentire la definizione del merito del ricorso. *Salvis Juribus.*

Per tutte le sovraesposte ragioni la FNOMCeO chiede che l'Ecc.mo Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, disattesa ogni contraria istanza, domanda o eccezione, voglia accogliere il presente ricorso con le statuizioni tutte di cui in epigrafe, annullando i provvedimenti impugnati, previa adozione di idonee misure cautelari e sospensione della loro efficacia esecutiva, o subordinatamente ridurre la sua sanzione amministrativa pecuniaria inflitta contenendola nella misura massima e comunque nei limiti di ragionevolezza.

In via istruttoria, si chiede che l'ecc.mo Tribunale voglia disporre l'acquisizione degli atti tutti del procedimento conclusosi con il provvedimento impugnato.

Con ogni ulteriore consequenziale declaratoria e con vittoria di spese ed onorari di causa e con la rifusione del contributo unificato, nella misura di € 4.000, stante il valore della controversia pari a € 831.816,00.

Salvis Juribus.

Torino-Roma, 30 ottobre 2014

(Avv. Prof. Marcello Clarich)

(Avv. Prof. Guido Alpa)

(Avv. Roberto Longhin)

PROCURA SPECIALE

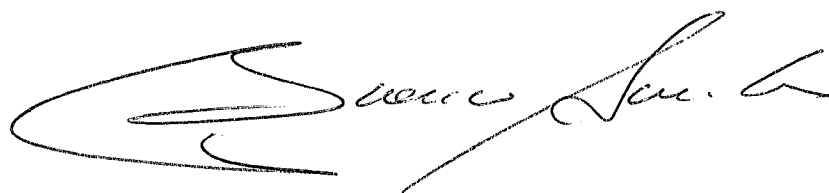
Io sottoscritto On. **AMEDEO Dott. BIANCO**, nella qualità di Presidente legale rappresentante della FEDERAZIONE NAZIONALE DEGLI ORDINI DEI MEDICI CHIRURGHI E DEGLI ODONTOIATRI, delego a rappresentarmi e difendermi, nel presente giudizio, in ogni sua fase e grado, conferendo loro tutti i poteri di legge ivi compreso quello proporre motivi aggiunti di ricorso, di proseguire il giudizio nella fase esecutiva, la fase cautelare, la chiamata di terzi e le relative opposizioni, l'eventuale giudizio di falso, la attivazione del giudizio di ottemperanza l'Avv. Roberto Longhin (C.F. LNGRRT55B09F335N), il prof. Avv. Guido ALPA (LPAPGD47S26G197A) e il prof. Avv. Marcello Clarich, (C.F. CLRMCL57L21B885P) ai quale conferisco tutti i poteri di legge, nonché ogni più ampia facoltà, non escluse quelle di accettare o derogare giurisdizione e competenza, proporre impugnazioni, transigere e conciliare, incassare somme e quietanzare, disconoscere documenti, proporre querela di falso, chiamare in causa terzi, proporre domande nuove e riconvenzionali, deferire e riferire il giuramento decisorio, proporre motivi aggiunti, rinunciare agli atti ed accettare rinunce, eleggere domicilio altrove, anche ai fini dell'esecuzione forzata, visionare atti e documenti relativi a procedure, anche esecutive, di cui sono parte, con la facoltà di estrarne copia, nominare sostituti e procuratori domiciliatari a cui vengono conferite le medesime facoltà, prestare il consenso alla cancellazione della trascrizione di pignoramenti e domande giudiziali.

Eleggo domicilio presso lo studio del Prof. Avv. Marcello Clarich in Roma, Viale Liegi, 32, ovvero nel "domicilio digitale" PEC marcello.clarich@pec.it ai sensi dell'art. 52, comma 1, lett. b), D.L. 90/2014 ss. mod., censita al ReGinDe.

Sono inoltre consapevole che i dati personali che ho fornito e che fornirò saranno trattati con le garanzie previste dal D.Lgs. 196/2003, con le modalità anche telematiche e digitali e per le finalità di cui ho ricevuto precise e chiare informazioni. Presto pertanto il mio espresso consenso, a tutti gli effetti di Legge ai sensi degli artt. 23-27 DLgs. 196/2003, al loro trattamento, anche nel caso in cui fossero dati sensibili o giudiziari, affinché vengano utilizzati dai nominati difensori nonché dai loro colleghi e/o collaboratori di studio, nel limite del mandato professionale e nei limiti della vigente autorizzazione del Garante per il trattamento dei dati personali sensibili da parte dei liberi professionisti.

Dichiaro inoltre di avere ricevuto dai nominati procuratori preventivo di massima non vincolante delle spese e competenze relative alla presente azione giudiziale ai sensi della normativa vigente, nonché gli estremi della polizza assicurativa a copertura della responsabilità professionale.

Roma, 30 ottobre 2014



LA FIRMA È AUTENTICA

Prof. Avv. Marcello Clarich

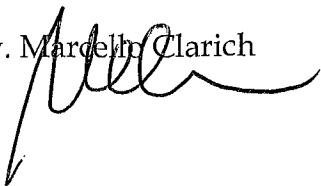


RELATA DI NOTIFICAZIONE

Io sottoscritto prof. avv. Marcello Clarich, con studio in Roma, Viale Liegi n. 32, ai sensi della legge 21 gennaio 1994 n. 53 e in virtù dell'autorizzazione del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma rilasciata in data 20 aprile 2006 prot. n. 712/06, previa iscrizione al numero **1849** del mio registro cronologico, ho notificato, per conto della **FEDERAZIONE NAZIONALE DEGLI ORDINI DEI MEDICI CHIRURGHI E DEGLI ODONTOIATRI** (più brevemente **FNOMCeO**), con sede in Roma, Piazza Cola di Rienzo 80/A, in persona del Presidente legale rappresentante *pro tempore* On. Amedeo Dott. BIANCO, il sopra esteso ricorso al TAR Lazio a:

- **AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO**, in persona del legale rappresentante *pro tempore* nel domicilio *ex lege* presso **l'Avvocatura Generale dello Stato in 00186 Roma, Via dei Portoghesi n. 12**, inviando copia conforme all'originale per mezzo del servizio postale con raccomandata a.r. n. **76595987259-9**, spedita dall'Ufficio postale di Roma 39, via Yser n. 4, 00198 Roma, in data corrispondente a quella del timbro postale.

prof. avv. Marcello Clarich

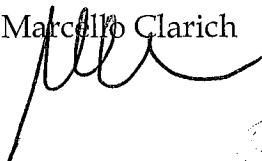


RELATA DI NOTIFICAZIONE

Io sottoscritto prof. avv. Marcello Clarich, con studio in Roma, Viale Liegi n. 32, ai sensi della legge 21 gennaio 1994 n. 53 e in virtù dell'autorizzazione del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma rilasciata in data 20 aprile 2006 prot. n. 712/06, previa iscrizione al numero 1850 del mio registro cronologico, ho notificato, per conto della **FEDERAZIONE NAZIONALE DEGLI ORDINI DEI MEDICI CHIRURGHI E DEGLI ODONTOIATRI** (più brevemente **FNOMCeO**), con sede in Roma, Piazza Cola di Rienzo 80/A, in persona del Presidente legale rappresentante *pro tempore* On. Amedeo Dott. BIANCO, il sopra esteso ricorso al TAR Lazio a:

- **AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO**, in persona del legale rappresentante *pro tempore* nella sede per la carica in 00198 Roma, Piazza Verdi n. 6/A, inviando copia conforme all'originale per mezzo del servizio postale con raccomandata a.r. n. 76595987258-8, spedita dall'Ufficio postale di Roma 39, via Yser n. 4, 00198 Roma, in data corrispondente a quella del timbro postale.

prof. avv. Marcello Clarich

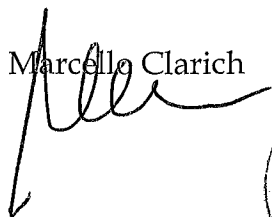


RELATA DI NOTIFICAZIONE

Io sottoscritto prof. avv. Marcello Clarich, con studio in Roma, Viale Liegi n. 32, ai sensi della legge 21 gennaio 1994 n. 53 e in virtù dell'autorizzazione del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma rilasciata in data 20 aprile 2006 prot. n. 712/06, previa iscrizione al numero 1851 del mio registro cronologico, ho notificato, per conto della **FEDERAZIONE NAZIONALE DEGLI ORDINI DEI MEDICI CHIRURGHI E DEGLI ODONTOIATRI (più brevemente FNOMCeO)**, con sede in Roma, Piazza Cola di Rienzo 80/A, in persona del Presidente legale rappresentante *pro tempore* On. Amedeo Dott. BIANCO, il sopra esteso ricorso al TAR Lazio a:

- **Groupon s.r.l.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede in 20124 Milano, Corso Buenos Aires n. 54, inviando copia conforme all'originale per mezzo del servizio postale con raccomandata a.r. n. 76595987227-9, spedita dall'Ufficio postale di Roma 39, via Yser n. 4, 00198 Roma, in data corrispondente a quella del timbro postale.

prof. avv. Marcello Clarich



RELATA DI NOTIFICAZIONE

Io sottoscritto prof. avv. Marcello Clarich, con studio in Roma, Viale Liegi n. 32, ai sensi della legge 21 gennaio 1994 n. 53 e in virtù dell'autorizzazione del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma rilasciata in data 20 aprile 2006 prot. n. 712/06, previa iscrizione al numero **1852** del mio registro cronologico, ho notificato, per conto della **FEDERAZIONE NAZIONALE DEGLI ORDINI DEI MEDICI CHIRURGHI E DEGLI ODONTOIATRI** (più brevemente **FNOMCeO**), con sede in Roma, Piazza Cola di Rienzo 80/A, in persona del Presidente legale rappresentante *pro tempore* On. Amedeo Dott. BIANCO, il sopra esteso ricorso al TAR Lazio a:

- **Dental Franchising s.r.l.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede in **00196 Roma, Via Giandomenico Romagnosi n. 3**, inviando copia conforme all'originale per mezzo del servizio postale con raccomandata a.r. n. **76595987257-7**, spedita dall'Ufficio postale di Roma 39, via Yser n. 4, 00198 Roma, in data corrispondente a quella del timbro postale.

prof. avv. Marcello Clarich



RELATA DI NOTIFICAZIONE

Io sottoscritto prof. avv. Marcello Clarich, con studio in Roma, Viale Liegi n. 32, ai sensi della legge 21 gennaio 1994 n. 53 e in virtù dell'autorizzazione del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma rilasciata in data 20 aprile 2006 prot. n. 712/06, previa iscrizione al numero **1853** del mio registro cronologico, ho notificato, per conto della **FEDERAZIONE NAZIONALE DEGLI ORDINI DEI MEDICI CHIRURGHI E DEGLI ODONTOIATRI (più brevemente FNOMCeO)**, con sede in Roma, Piazza Cola di Rienzo 80/A, in persona del Presidente legale rappresentante *pro tempore* On. Amedeo Dott. BIANCO, il sopra esteso ricorso al TAR Lazio a:

- **Dental Franchising s.r.l.** in persona del legale rappresentante *pro tempore*, presso la sede in **20149 Milano, Corso Sempione n. 77**, inviando copia conforme all'originale per mezzo del servizio postale con raccomandata a.r. n. **76595987226-8**, spedita dall'Ufficio postale di Roma 39, via Yser n. 4, 00198 Roma, in data corrispondente a quella del timbro postale.

prof. avv. Marcello Clarich



843 N. Raccomandata

76595987259-9



Posteitaliane

EP0795-EP0489 - Mod. 22 AG - MOD. 04001 (ex wetsite) - St. [4] Ed. 03/04

Accettazione **RACCOMANDATA**

RICEVUTA

È vietato introdurre denaro e valori nelle raccomandate: Poste Italiane SpA non ne risponde

Si prega di compilare a cura del mittente a macchina o in stampatello

DESTINATARIO	AUTORITÀ GARANTE DELLA CONSCIENZA E DEL TERZO IN PERSONA DELLE SUE RISPONDE ANTANTE PRO TEMPORE NEL DOMINIO EX IL LO (DESTINATARIO) CAPORE CENTRALE DELLO STATO		
	VIA / PIAZZA	VIA DEL FOTOGRAFIA	
C.A.P.	00186	COMUNE	ROMA
PROV.	RM		

MITTENTE	PER CONTO DI F.NONC EO - TAR LAZIO		
	MITTENTE PROF. AVV. MARCELLO CLARICH		
	VIA / PIAZZA	Viale Liegi, 32 - 00198 Roma	
	C.A.P.	0645494442	COMUNE PROV.

SERVIZI ACCESSORI RICHIESTI	<input checked="" type="checkbox"/> A.R.
Contrassegnare la casella interessata	

Fraz. 55288 Sez. 3 Operaz. 0434
 Causale: AG 14/11/2014 17:30
 Peso gr.: 275 Tariffa € 9,60 Affr. € 9,60
 Serv. Agg.: AR
 Bollo AR: 766084348507
 (accettazione manuale)

TASSE

850 N. Raccomandata

76595987258-8



Posteitaliane

EP0795-EP0489 - Mod. 22 AG - MOD. 04001 (ex wetsite) - St. [4] Ed. 03/04

Accettazione **RACCOMANDATA**

RICEVUTA

È vietato introdurre denaro e valori nelle raccomandate: Poste Italiane SpA non ne risponde

Si prega di compilare a cura del mittente a macchina o in stampatello

DESTINATARIO	AUTORITÀ GARANTE DELLA CONSCIENZA E DEL TERZO IN PERSONA DELLE SUE RISPONDE ANTANTE PRO TEMPORE NEL DOMINIO EX IL LO (DESTINATARIO) CAPORE CENTRALE DELLO STATO		
	VIA / PIAZZA	PIAZZA VESPAI	
C.A.P.	00186	COMUNE	ROMA
PROV.	RM		

MITTENTE	PER CONTO DI F.NONC EO - TAR LAZIO		
	MITTENTE PROF. AVV. MARCELLO CLARICH		
	VIA / PIAZZA	Viale Liegi, 32 - 00198 Roma	
	C.A.P.	0645494442	COMUNE PROV.

SERVIZI ACCESSORI RICHIESTI	<input checked="" type="checkbox"/> A.R.
Contrassegnare la casella interessata	

Fraz. 55288 Sez. 3 Operaz. 0435
 Causale: AG 14/11/2014 17:31
 Peso gr.: 367 Tariffa € 10,95 Affr. € 10,95
 Serv. Agg.: AR
 Bollo AR: 766084340447
 (accettazione manuale)

TASSE

1 N. Raccomandata

76595987227-9



Posteitaliane

EP0795-EP0489 - Mod. 22 AG - MOD. 04001 (ex wetsite) - St. [4] Ed. 03/04

Accettazione **RACCOMANDATA**

RICEVUTA

È vietato introdurre denaro e valori nelle raccomandate: Poste Italiane SpA non ne risponde

Si prega di compilare a cura del mittente a macchina o in stampatello

DESTINATARIO	COMORON SRL IN PERSONA DI LEGALE RAPPRESENTANZA ESCRITTORE		
	VIA / PIAZZA	CASA BUENOS AIRES	
C.A.P.	20124	COMUNE	MILANO
PROV.	MI		

MITTENTE	PER CONTO DI F.NONC EO - TAR LAZIO		
	MITTENTE PROF. AVV. MARCELLO CLARICH		
	VIA / PIAZZA	Viale Liegi, 32 - 00198 Roma	
	C.A.P.	0645494442	COMUNE PROV.

SERVIZI ACCESSORI RICHIESTI	<input checked="" type="checkbox"/> A.R.
Contrassegnare la casella interessata	

Fraz. 55288 Sez. 3 Operaz. 0436
 Causale: AG 14/11/2014 17:32
 Peso gr.: 275 Tariffa € 9,60 Affr. € 9,60
 Serv. Agg.: AR
 Bollo AR: 766084348438
 (accettazione manuale)

TASSE

1852 N. Raccomandata

76595987257-7



Posteitaliane

EP0795-EP0489 - Mod. 22 AG - MOD. 04001 (ex wetsite) - St. [4] Ed. 03/04

Accettazione **RACCOMANDATA**

RICEVUTA

È vietato introdurre denaro e valori nelle raccomandate: Poste Italiane SpA non ne risponde

Si prega di compilare a cura del mittente a macchina o in stampatello

DESTINATARIO	CENTRAL FRANCHISING SRL - IN PERSONA DI LEGALE RAPPRESENTANZA P.T.		
	VIA / PIAZZA	VIA GIANNOTTENICO POTENGGIOLI	
C.A.P.	00186	COMUNE	ROMA
PROV.	RM		

MITTENTE	PER CONTO DI F.NONC EO - TAR LAZIO		
	MITTENTE PROF. AVV. MARCELLO CLARICH		
	VIA / PIAZZA	Viale Liegi, 32 - 00198 Roma	
	C.A.P.	0645494442	COMUNE PROV.

SERVIZI ACCESSORI RICHIESTI	<input checked="" type="checkbox"/> A.R.
Contrassegnare la casella interessata	

Fraz. 55288 Sez. 3 Operaz. 0437
 Causale: AG 14/11/2014 17:33
 Peso gr.: 276 Tariffa € 9,60 Affr. € 9,60
 Serv. Agg.: AR
 Bollo AR: 766084348437
 (accettazione manuale)

TASSE

1853 N. Raccomandata

76595987226-8



Posteitaliane

EP0795-EP0489 - Mod. 22 AG - MOD. 04001 (ex 6151e) - St. [4] Ed. 03/04

Accettazione **RACCOMANDATA** RICEVUTA
È vietato introdurre denaro e valori nelle raccomandate; Poste Italiane SpA non ne risponde

Si prega di compilare a cura del mittente a macchina o in stampatello

DESTINATARIO	RENTAL FRANCHISING SRL - IN PERSONA DEL CALE		
	RACCOMANDATE		
	DESTINATARIO		
DESTINATARIO	VIA/PIAZZA		N° CIV.
	C.A.P.	COMUNE	PROV.
	MITTENTE		
MITTENTE	VIA/PIAZZA		
	C.A.P.	COMUNE	PROV.
	C.A.P. COMUNE PROV.		

SERVIZI ACCESSORI RICHIESTI	<input checked="" type="checkbox"/> A.R.
Contrassegnare la casella interessata	

Fraz. 55201 Sez. 3 Operat. 0438
 Causale: AG 14/11/2014 17:34
 Peso gr.: 330 Tariffa: 7 9,60 Affr. 0 9,60
 Serv. Agg.: AR

Bollo (accettazione manuale) 766094348416

TASSE