

La pubblicità delle farmacie, tra libertà fondamentali e tutela della salute dei cittadini. Il test di proporzionalità in concreto dei giudici di Lussemburgo

di Marina Roma

Title: Advertising for pharmacies: fundamental freedoms and protection of health. The European Court of Justice's proportionality test

Keywords: Freedom of establishment; Freedom to provide services; Pharmacies

1. – Il caso oggetto della pronuncia origina da un ricorso per inadempimento afferente la legge sul diritto farmaceutico della Repubblica di Polonia.

La disposizione all'attenzione della Corte è l'art. 94a, paragrafo 1 così come modificato dalla legge relativa al rimborso dei medicinali, dei prodotti alimentari destinati ad un'alimentazione particolare e dei dispositivi medici del 12 maggio 2011, che vieta «la pubblicità delle farmacie e dei punti di vendita farmaceutici e delle loro attività», punendo la relativa violazione con un'ammenda fino al corrispondente di circa 12.000 euro.

Secondo la tesi della Commissione, l'introduzione di un simile divieto avrebbe violato non solo l'art. 8 paragrafo 1 della direttiva (CE) n. 31/2000 – per cui gli Stati membri provvedono affinché l'impiego di comunicazioni commerciali che costituiscono un servizio della società dell'informazione, fornito da chi esercita una professione regolamentata, sia autorizzate nel rispetto delle regole professionali – ma anche degli articoli 49 e 56 TFUE, in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi.

Con la sentenza in esame, i giudici del Lussemburgo tornano su una questione già oggetto di un precedente recente (Corte giust., sent. 4-5-2017, c-339/15, *Vanderborght*), arricchendo l'argomentazione in diritto con la conduzione di un *test* in concreto sulla proporzionalità delle misure oggetto di scrutinio.

Dinnanzi al dilemma della doppia anima del farmacista – professionista e operatore nel settore della salute – la Corte entra, senza condizionamenti, nel cuore delle molteplici problematiche, cui la Repubblica di Polonia ha tentato di far fronte, offrendo considerazioni valide in linea generale, rispetto al tema più ampio del rapporto tra le libertà fondamentali previste dai Trattati e la tutela di interessi di carattere generale.

2. – Stabilire come le farmacie possano pubblicizzare i propri servizi, i propri prodotti e, perfino, la propria esistenza è un compito delicato per il legislatore, chiamato a contemperare, da un lato, le esigenze di tutela la salute dei cittadini,

dall'altro, l'esercizio delle prerogative di chi esercita quella che, a tutti gli effetti, è un'attività economica.

Il rischio principale è che forme pubblicitarie totalmente de-regolate, banalizzando il farmaco a normale prodotto di consumo, possano indurre una tendenza del pubblico ad un uso scorretto o eccessivo, fino (nei casi più gravi) a causare dipendenze. Questo è, peraltro, l'argomento principale, che la Repubblica di Polonia utilizza al fine di giustificare il divieto.

A ciò si aggiunge il punto di vista strettamente deontologico: il farmacista – quale professionista del settore della salute – ha come compito primario quello di dispensare i farmaci, in base alle proprie conoscenze mediche e previa consulenza al cliente, non certo la mera vendita di beni di consumo generici. Occorre, dunque, scongiurare che la professione sia svolta sulla base di logiche puramente commerciali: una regolamentazione insufficiente potrebbe creare un conflitto di interessi, spingendo il farmacista a promuovere prodotti più remunerativi a scapito di quelli più appropriati per la salute del paziente.

Vi è, infine, da tenere in considerazione la peculiare posizione degli eventuali destinatari: è chiaro che un soggetto malato o, banalmente, preoccupato per la propria salute è più vulnerabile a determinati messaggi pubblicitari. Al cittadino comune manca, inoltre, quel bagaglio di conoscenze specialistiche per effettuare valutazioni compiute sui rischi, cui si espone: chi esercita professioni sanitarie dovrebbe colmare questo divario informativo in modo responsabile, senza aggravarlo con informazioni incomplete o distorte.

Per costante giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, il regime delle farmacie rientra a pieno titolo nella materia «*tutela della salute*». Proprio allo scopo di garantire, attraverso la distribuzione dei farmaci, un diritto fondamentale come quello alla salute, il legislatore italiano è intervenuto – anche incisivamente – sulla disciplina di tale attività.

Un esempio è il sistema di pianificazione sul territorio, volto ad evitare che vi sia una concentrazione eccessiva di esercizi in certe zone, più popolate e perciò più redditizie, e, allo stesso tempo, una copertura insufficiente in altre con un minore numero di abitanti. Non solo. Sul farmacista gravano una serie di obblighi, sviluppatisi nel corso del tempo e dell'aumento delle conoscenze in materia farmacologica, fino ad arrivare alle previsioni contenute nel decreto legislativo 3 ottobre 2009, n. 153, che ha posto a carico delle farmacie una serie di funzioni assistenziali di stretta collaborazione col Servizio sanitario nazionale. La disciplina include, altresì, specifiche disposizioni sulla pubblicità dei farmaci, con la previsione di categorie di farmaci per cui la pubblicità è vietata e, comunque, di un'autorizzazione da parte del Ministero della Salute.

Si tratta – per utilizzare le parole della Consulta – di una «complessa regolamentazione pubblicistica dell'attività economica di rivendita dei farmaci» (sentenza n. 150 del 2011), rispetto alla quale «l'individuazione del punto di equilibrio tra i diversi interessi è affidato al legislatore, cui è rimessa la relativa valutazione, fermo (...) il limite della non irragionevolezza delle scelte compiute». Tale operazione di bilanciamento deve, però, essere «preordinata al fine di assicurare e controllare l'accesso dei cittadini ai prodotti medicinali ed in tal senso a garantire la tutela del fondamentale diritto alla salute, restando solo marginale, sotto questo profilo, sia il carattere professionale sia l'indubbia natura commerciale dell'attività del farmacista» (cfr. Corte costituzionale, sent. n. 216 del 2014).

Un'impostazione molto distante da quella (come si vedrà) proposta dalla Corte di Giustizia nella sentenza in commento, tutta incentrata sulla proporzionalità delle misure adottate dalla Repubblica di Polonia.

3. – Come anticipato in apertura, il primo ordine di censure riguardava la violazione dell'art. 8 paragrafo 1, della direttiva (CE) n. 31/2000.

Tale disposizione stabilisce che gli Stati membri devono garantire che l'impiego di comunicazioni commerciali che costituiscono un servizio della società dell'informazione o ne sono parte, fornite da chi esercita una professione regolamentata, «siano autorizzate», «nel rispetto delle regole professionali relative, in particolare, all'indipendenza, alla dignità, all'onore della professione, al segreto professionale e alla lealtà verso clienti e colleghi».

La Corte conferma la tesi della Commissione, sostenendo che la disposizione poc'anzi richiamata sarebbe privata di ogni effetto utile, qualora le norme professionali potessero vietare in modo generale e assoluto ogni tipo di pubblicità online.

Confermerebbe tale lettura il successivo paragrafo 2, per cui gli Stati membri e la Commissione sono tenuti a incoraggiare l'elaborazione di codici di condotta con lo scopo non di vietare tale tipo di pubblicità, bensì di precisare le informazioni che possono essere fornite, nel rispetto di dette regole professionali.

Più articolate sono le argomentazioni formulate rispetto alla violazione degli articoli 49 e 56 del TFUE, in relazione alle quali la Corte accoglie la tesi della Commissione.

La Corte muove dalla giurisprudenza costante, per cui devono considerarsi restrizioni alle libertà fondamentali «*tutte le misure che vietino, ostacolino o scoraggino*» l'esercizio di quelle medesime libertà (Corte giust., sent. 8-6-2023, c-468/20, *Fastweb e a.*). Da ciò, ricava che una normativa nazionale (come, appunto, quella polacca) che vieta in modo generale e assoluto ogni tipo di pubblicità per una determinata attività limita la possibilità, per le persone che esercitano detta attività, di farsi conoscere presso la loro potenziale clientela e di promuovere i servizi che si propongono di offrire a quest'ultima. Inoltre, una simile disposizione ha l'effetto di rendere più difficili le condizioni di accesso al mercato per le nuove farmacie, arrecando un pregiudizio maggiore agli operatori stabiliti in Stati membri diversi dalla Repubblica di Polonia, i quali dovrebbero compiere sforzi supplementari per farsi conoscere presso clienti residenti in Polonia.

Ciò appurato, la Corte valuta gli argomenti della Repubblica di Polonia, che invoca ragioni di tutela della salute pubblica e, nello specifico, la necessità di evitare un consumo eccessivo di farmaci e salvaguardare l'indipendenza professionale dei farmacisti.

Affinché una restrizione alle libertà fondamentali possa dirsi compatibile con il Trattato – ricorda la Corte – non è sufficiente che essa sia giustificata da una ragione imperativa di interesse generale, dovendo anche rispettare il principio di proporzionalità, ossia essere idonea a garantire, in modo coerente e sistematico, la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non ecceda quanto necessario per conseguirlo. Spetta, peraltro, allo Stato membro interessato – continua la Corte – dimostrare il ricorrere di queste due condizioni cumulative (per un inquadramento sul principio di proporzionalità nell'ordinamento dell'Unione europea D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità*, in M.A. Sandulli (cur.), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 149 ss.).

Secondo la Corte, alla luce dell'obiettivo di scongiurare un utilizzo smodato di farmaci, il divieto non risulterebbe proporzionato per plurime ragioni. Anzitutto, esso colpisce indiscriminatamente tutte le attività svolte dalle farmacie, incluse quelle (come le campagne di *screening*) non sono connesse alla vendita di medicinali. Con specifico riguardo alla vendita di medicinali – anche a voler tacere della possibilità di acquistare quelli non soggetti a prescrizione al di fuori delle farmacie – il punto centrale è che la Repubblica non dimostra che la limitazione introdotta abbia avuto un effettivo impatto nella diminuzione delle vendite dei farmaci.

Analogamente, rispetto alla necessità di tutelare l'indipendenza della professione di farmacista da eventuali pressioni esercitate dai proprietari di farmacie

o di punti vendita farmaceutici, la Corte ritiene centrato il rilievo della Commissione per cui tale problematica non sarebbe direttamente connessa alla questione se le farmacie possano essere oggetto di pubblicità

Il divieto di qualsiasi forma di pubblicità, infatti, non è idoneo a preservare i farmacisti dalle pressioni che i proprietari delle farmacie potrebbero esercitare per influenzare il modo in cui i farmacisti consigliano i loro clienti, posto che una simile ingerenza potrebbe sussistere indipendentemente dall'esistenza o meno di una pubblicità di tali farmacie.

4. – Come si accennava in apertura, la sentenza non costituisce certo il primo arresto sul tema.

Si richiama esplicitamente Corte giust., sent. del 17-7-2008, C-500/06, *Corporación Dermoestética*, in merito alla normativa italiana sul divieto di effettuare pubblicità dei trattamenti medicochirurgici sulle reti televisive nazionali. L'assenza di una corrispondente limitazione con riguardo alle reti televisive locali avrebbe denotato un'incoerenza intrinseca del regime, giudicato incompatibile con i Trattati in quanto caratterizzato da un'incoerenza che lo rendeva inadeguato a soddisfare la finalità che il Governo avrebbe inteso conseguire.

È seguita *Vanderborght* – diffusamente richiamata – vertente sulla domanda pregiudiziale, presentata nell'ambito di un procedimento penale a carico del sig. Luc Vanderborght, dentista stabilito in Belgio, accusato di aver violato una normativa nazionale che vietava qualsiasi tipo di pubblicità per prestazioni di cura del cavo orale e dei denti. In tal sede, si era concluso che tale normativa eccedesse «quanto necessario per realizzare gli obiettivi perseguiti da detta normativa», ossia la tutela della sanità pubblica nonché la dignità della professione di dentista. A giudizio della Corte, infatti, un divieto generale (come quello previsto dalla normativa belga) avrebbe colpito indistintamente qualsiasi tipo di messaggio pubblicitario, inclusi quelli per nulla dannosi per gli interessi che tale divieto vorrebbe salvaguardare: i medesimi obiettivi avrebbero potuto essere perseguiti, pertanto, mediante misure meno restrittive.

La pronuncia in commento prende le mosse proprio sentenza *Vanderborght*, ma si caratterizza per un approccio decisamente più pragmatico, in cui la compatibilità della legge polacca con i Trattati, infatti, non viene solo esaminata in astratto, bensì guardando alle conseguenze dell'applicazione in concreto.

In altri termini, la valutazione sulla proporzionalità delle misure si arricchisce di analisi numeriche, attraverso cui la Corte valuta l'efficacia del divieto previsto dalla normativa polacca rispetto all'obiettivo – dichiarato in fase pre-contenziosa – di ridurre il consumo di farmaci. Decisivo è il fatto che lo Stato membro ammetta che il consumo eccessivo di medicinali sia rimasto significativo, *nonostante* il divieto di cui legge sul diritto farmaceutico modificata (enfasi aggiunta). A nulla vale l'argomento per cui, in assenza del divieto, il consumo sarebbe stato ancora più elevato, se non supportato da evidenze empiriche. L'impossibilità di raccogliere dati sul consumo di medicinali prima che la disposizione *de qua* entrasse in vigore per confrontarli con quelli relativi al periodo successivo – invocata dalla Repubblica di Polonia – non può fungere da scusante, se non ne vengono esposte le motivazioni.

Analogamente, la necessità di considerare il contesto in cui le norme oggetto di scrutinio si inseriscono è motivata con un riferimento a dati numerici. Su stimolo della Commissione, la Corte evidenzia come in Polonia sia possibile acquistare almeno taluni medicinali non soggetti a prescrizione al di fuori delle farmacie, in particolare in negozi, supermercati, chioschi o stazioni di servizio. Tale circostanza non può – secondo la Corte – essere tralasciata, in quanto gli acquisti di farmaci senza prescrizione al di fuori della farmacia, pur rimanendo una percentuale minore, costituiscono comunque un terzo del totale (secondo lo studio citato).

Anche con riferimento alle potenziali ricadute sull'indipendenza

nell'esercizio della professione, l'enfasi è posta sull'assenza di una correlazione dimostrata tra il divieto di pubblicità e la maggiore autonomia di giudizio da parte dei farmacisti.

5. – La Corte mostra una chiara diffidenza in merito all'effettiva efficacia di divieti generalizzati, già ampiamente disvelata nella sentenza del 2017 sul caso belga. Anzi, la Corte sembra lanciare un monito rispetto ai relativi rischi.

In primis per la concorrenza. Lo si afferma esplicitamente nella sentenza in commento: il divieto di effettuare qualsiasi forma di promozione pubblicitaria rischia di favorire le farmacie presenti su un mercato da molti anni, a scapito di quelle che intendono entrare in tale mercato, per offrirvi un maggior numero di servizi o servizi di migliore qualità.

Non solo.

Un divieto non specificamente circostanziato – evidenzia la Corte – colpisce anche quelle pubblicità che potrebbero andare a vantaggio dei destinatari, senza che ciò necessariamente comporti un aumento della quantità di medicinali acquistati. La promozione dell'attività delle farmacie potrebbe consentire, infatti, una maggiore informazione in merito alla disponibilità di prezzi più bassi o ai servizi supplementari offerti da una determinata farmacia. Divieti generali, invece, travolgono tutte le attività svolte dalle farmacie, incluse quelle (come le campagne di *screening*) non sono connesse alla vendita di medicinali: «In tale misura un siffatto divieto non ha alcun rapporto con l'obiettivo di tutela della salute pubblica».

V'è di più. Simili divieti – proprio perché formulati in termini generici – possono essere più facilmente aggirati. A questo riguardo, la sentenza menziona la possibilità – opportunamente valorizzata anche dalla Commissione – che i cittadini effettuino i propri acquisti di medicinali presso esercizi di vendita alternativi (come supermercati). Tali esercizi – pur offrendo minori garanzie rispetto, in quanto soggetti a obblighi meno stringenti rispetto alle farmacie – sfuggono all'applicazione del divieto.

Il messaggio è chiaro: la disciplina della pubblicità delle farmacie deve vietare unicamente quei messaggi promozionali che presentano un pericolo dimostrato per la salute dei cittadini; al contrario, è da incentivare, invece, la diffusione di informazioni potenzialmente utili.

Su come ciò si traduca in termini pratici, (comprensibilmente) la Corte non fornisce indicazioni puntuali.

Da un lato, suggerisce, quali misure meno restrittive, «misure che disciplinano il contenuto della pubblicità per taluni servizi offerti dalle farmacie» (cfr., punto 113).

Dall'altro – in relazione sia all'obiettivo di ridurre il consumo di farmaci, sia a quello di garantire l'indipendenza della professione – richiama la necessità di focalizzarsi sui messaggi pubblicitari, riferiti non tanto alle farmacie, quanto proprio ai medicinali, che dovrebbero favorirne «l'uso razionale», presentandoli «in modo obiettivo e senza esagerarne le proprietà», senza essere ingannevoli (cfr., punto 122).

Quest'ultimo principio era stato, peraltro, già ribadito in una recente pronuncia relativa ad una normativa tedesca che vietava ad una farmacia per corrispondenza, stabilita in un altro Stato membro, di promuovere l'intera gamma di medicinali soggetti a prescrizione, tramite omaggi in denaro o sconti percentuali su acquisti futuri di altri prodotti (Corte giust., sent. 27-2-2025, C-517/23, *Apothekerkammer Nordrhein c. DocMorris NV*). In tal sede, la Corte ha puntualizzato come la pubblicità presenti specifici pericoli anche se correlata a farmaci non soggetti a prescrizione medica: il consumatore finale, infatti, valuta autonomamente, senza l'assistenza di un medico, l'utilità o la necessità di acquistare tali farmaci e, non disponendo necessariamente delle conoscenze specifiche e

oggettive che gli consentano di valutarne il valore terapeutico, rischia di essere maggiormente soggetto all'influenza di messaggi promozionali (cfr., punti 70-72, che richiamano Corte giust., sent. 22-12-2022, C-530/20, *EUROAPTIEKA*). Anche l'obiettivo di garantire l'indipendenza della professione – guardando alla giurisprudenza della Corte – essere meglio tutelato focalizzandosi sul contenuto della pubblicità, ad esempio vietando solo quei messaggi pubblicitari contrari all'etica professionale, come quelli di carattere elogiativo, ingannevole o comparativo (Corte giust., sent. 12-9-2013, C-475/11, *Konstantinides*).

Ciò detto, non v'è dubbio che, da questa prospettiva, il compito del legislatore si faccia obiettivamente più complicato, dovendo questi non solo individuare misure meno restrittive, ma anche dimostrarne la relativa efficacia, rispetto all'obiettivo di tutela della salute e salvaguardia dell'indipendenza della professione, a fronte di dati numerici non sempre facili da reperire.

Marina Roma
Università di Genova
roma.marinaroma@gmail.com