



## Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE  
YVES BOT  
presentate il 4 luglio 2013<sup>1</sup>

### Causa C-59/12

**BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts  
contro  
Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV**

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Bundesgerichtshof (Germania)]

«Tutela dei consumatori — Pratiche commerciali sleali — Direttiva 2005/29/CE — Ambito di applicazione *ratione personae* — Informazioni ingannevoli diffuse da una cassa malattia costituita sotto forma di organismo di diritto pubblico — Nozione di “professionista”»

1. Con la presente domanda di pronuncia pregiudiziale, il Bundesgerichtshof (Germania) chiede alla Corte di interpretare la nozione di «professionista» ai sensi della direttiva 2005/29/CE<sup>2</sup> concernente le pratiche commerciali sleali e di precisare così l'ambito di applicazione delle norme sancite da quest'ultima. In particolare, si pone la questione se la pubblicità ingannevole diffusa da un organismo di diritto pubblico incaricato di una missione di interesse generale, quale una cassa malattia, possa costituire una pratica commerciale sleale adottata da un professionista nei confronti dei consumatori ed essere quindi condannata dagli Stati membri.

2. Tale questione si colloca nel contesto di una controversia che oppone la BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts (in prosieguito: la «BKK»), una cassa malattia tedesca, alla Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV (associazione per la lotta contro la concorrenza sleale; in prosieguito: la «Wettbewerbszentrale»), in merito ad una pubblicità diffusa dalla BKK presso i suoi iscritti e considerata ingannevole.

3. Le implicazioni della risposta alla questione sollevata dal giudice del rinvio sono chiare. Si tratta di precisare l'ambito di applicazione della direttiva e, in particolare, di stabilire la portata concreta che il legislatore dell'Unione ha inteso attribuire alla nozione di professionista o di impresa, dato che esso utilizza indistintamente l'una o l'altra di tali nozioni. L'obiettivo è semplice: occorre garantire un livello elevato di protezione dei consumatori conformemente alla finalità perseguita dall'articolo 169 TFUE assicurando un'attuazione efficace e coerente della lotta contro le pratiche commerciali sleali che costituiscono l'oggetto della direttiva e, in particolare, impedendo che il consumatore rimanga privo di tutela nell'ambito del regime giuridico dell'organismo in questione.

4. Nelle presenti conclusioni proporrò alla Corte di accogliere l'interpretazione suggerita dal giudice del rinvio nonché dal governo italiano e dalla Commissione europea nelle loro osservazioni scritte.

<sup>1</sup> — Lingua originale: il francese.

<sup>2</sup> — Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali») (GU L 149, pag. 22; in prosieguito: la «direttiva»).

5. Infatti, sosterrò che la natura e l'importanza dell'interesse pubblico sul quale si basa la tutela dei consumatori giustificano il fatto che le disposizioni controverse consentano di prendere in considerazione il comportamento di un organismo che, a prescindere dal suo status o dalla missione di interesse generale affidatagli, venga meno al proprio dovere di diligenza professionale e adotti nei confronti dei consumatori pratiche commerciali sleali nel suo settore di attività. Proporrò quindi alla Corte di dichiarare che un organismo come quello in discussione nel procedimento principale può essere qualificato come «professionista», ai sensi delle disposizioni applicabili, qualora diffonda presso i consumatori una pubblicità commerciale al pari di qualsiasi altro operatore di mercato che svolga la medesima attività.

6. Fonderò le mie considerazioni sia sulla giurisprudenza della Corte relativa alla nozione di impresa nel diritto della concorrenza che sul tenore letterale dell'articolo 2, lettera b), della direttiva e sullo scopo della medesima.

## **I – Ambito normativo**

### *A – Diritto dell'Unione*

7. Ai sensi del suo articolo 1, in combinato disposto con il considerando 14, la direttiva è intesa a conseguire un livello elevato di tutela dei consumatori mediante un'armonizzazione completa delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pratiche commerciali sleali.

8. I termini impiegati dal legislatore dell'Unione sono definiti all'articolo 2 della direttiva. Conformemente a tale articolo 2, lettera b), per «professionista» deve intendersi «qualsiasi persona fisica o giuridica che, nelle pratiche commerciali oggetto della (...) direttiva, agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e chiunque agisca in nome o per conto di un professionista».

9. Inoltre, ai sensi dell'articolo 2, lettera d), della direttiva, per «pratiche commerciali delle imprese nei confronti dei consumatori» deve intendersi «qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresi la pubblicità e il marketing, posta in essere da un professionista, direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori».

10. Ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva, quest'ultima «si applica alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori (...) poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto».

11. Infine, l'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva istituisce un divieto assoluto delle pratiche commerciali sleali. Il paragrafo 2 del medesimo articolo definisce come segue gli elementi costitutivi di siffatte pratiche:

«Una pratica commerciale è sleale se:

- a) è contraria alle norme di diligenza professionale,
- e
- b) falsa o è idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che raggiunge o al quale è diretta (...).

B – *Diritto tedesco*

12. La direttiva è stata trasposta nell'ordinamento giuridico tedesco con la legge sulla concorrenza sleale (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*)<sup>3</sup>.

13. Le nozioni di pratica commerciale e di professionista sono state definite all'articolo 2 dell'UWG, mentre il divieto delle pratiche commerciali sleali e ingannevoli è previsto rispettivamente agli articoli 3 e 5 della medesima legge.

**II – Controversia principale e questione pregiudiziale**

14. La controversia principale verte sulla pubblicità diffusa dalla BKK presso i suoi iscritti nel dicembre 2008, il cui tenore era il seguente:

«Chi lascia adesso BKK (...) si vincola alla nuova cassa [malattia obbligatoria] per i 18 mesi successivi. Così facendo, Lei si perde le interessanti offerte che BKK (...) intende offrire il prossimo anno ed è possibile che alla fine Lei incorra in un ulteriore pagamento, qualora alla nuova cassa non sia sufficiente il denaro versato e pertanto riscuota un contributo supplementare».

15. Dinanzi al giudice nazionale, la Wettbewerbszentrale sostiene che la BKK diffonde una pubblicità ingannevole. Essa chiede, tra l'altro, il ritiro di tale pubblicità e il rimborso delle spese extragiudiziarie. La BKK ritiene, dal suo canto, che il proprio comportamento non possa essere valutato sotto il profilo delle disposizioni della direttiva, in quanto essa, nella sua qualità di organismo di diritto pubblico incaricato di una missione di interesse generale, non persegue alcuno scopo di lucro e non può pertanto essere qualificata come «professionista» ai sensi dell'articolo 2, lettera b), della direttiva.

16. Il giudice del rinvio investito della controversia si interroga sull'ambito di applicazione della direttiva. Esso si domanda se la BKK, agendo in tal modo nei confronti dei propri iscritti, si sia comportata alla stregua di un «professionista» ai sensi dell'articolo 2, lettera b), della direttiva, nel qual caso il suo comportamento potrebbe configurarsi come pratica commerciale sleale vietata dagli articoli 5, paragrafo 1, della direttiva e 3 dell'UWG.

17. In considerazione dei dubbi relativi all'interpretazione delle disposizioni controverse, il Bundesgerichtshof ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione:

«Se l'articolo 3, paragrafo 1, [della direttiva] in combinato disposto con l'articolo 2, lettera d), della [medesima] (...) debba essere interpretato nel senso che l'azione di un professionista, la quale si configuri come pratica commerciale di un'impresa nei confronti dei consumatori, può ravvisarsi anche nel fatto che una cassa malattia del regime legale fornisca informazioni (ingannevoli) ai propri iscritti circa gli svantaggi derivanti agli stessi in caso di passaggio a un'altra cassa malattia del regime legale».

18. La Wettbewerbszentrale, il governo italiano e la Commissione hanno depositato osservazioni scritte dinanzi alla Corte.

3 — BGBl. 2004 I, pag. 1414; in prosieguo: l'«UWG».

### III – Analisi

19. Con la sua questione il giudice del rinvio chiede alla Corte, sostanzialmente, se l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva, in combinato disposto con l'articolo 2, lettera d), della stessa debba essere interpretato nel senso che un organismo di diritto pubblico incaricato della gestione di un regime legale di assicurazione malattia possa essere qualificato come «professionista» o come «impresa» qualora diffonda presso i propri iscritti una pubblicità ingannevole, che potrebbe quindi costituire una pratica commerciale sleale.

20. La questione è dunque se, nel contesto del diritto dei consumatori, si possa qualificare come «professionista» o come «impresa» un organismo di diritto pubblico incaricato di una missione di interesse generale, quale una cassa malattia, o se tale organismo, tenuto conto del regime nel quale esso opera e della missione attribuitagli, sia escluso dall'ambito di applicazione della direttiva.

21. Prima di iniziare l'esame della questione sollevata dal Bundesgerichtshof, desidero formulare tre osservazioni.

22. In primo luogo, la risposta alla questione sollevata dal giudice del rinvio dovrebbe consentire di elaborare un'interpretazione autonoma ed uniforme della nozione di professionista nell'intera Unione europea. Infatti, come risulta chiaramente dal considerando 14 della direttiva, il legislatore dell'Unione mira ad un'armonizzazione completa delle norme relative alla lotta contro le pratiche commerciali sleali e rinvia ai diritti degli Stati membri solo ai fini della determinazione del regime delle sanzioni applicabili in caso di violazione delle misure prescritte dalla direttiva<sup>4</sup>. A tale proposito, la Corte dovrà quindi stabilire il significato e la portata della suddetta nozione tenendo conto, in particolare, del contesto in cui viene utilizzata e degli obiettivi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte<sup>5</sup>.

23. In secondo luogo, l'interpretazione che la Corte è invitata ad elaborare deve consentire di assicurare un'applicazione più coerente ed uniforme della nozione di professionista nel contesto più ampio del diritto dei consumatori. Infatti, benché la tutela dei consumatori sia un obiettivo perseguito costantemente dal legislatore dell'Unione e dalla Corte, il professionista, di per sé, non è definito chiaramente, il che costituisce un paradosso. Infatti, tale nozione non rinvia ad un'unica definizione, sebbene si tratti di una nozione fondamentale per l'attuazione dei diritti dei consumatori, comune a tutti i testi relativi a tale materia<sup>6</sup>. Come ha rilevato la Commissione l'8 febbraio 2007 nel suo Libro verde sulla revisione dell'acquis relativo ai consumatori<sup>7</sup>, tali divergenze non trovano alcuna seria giustificazione nell'oggetto specifico delle direttive in questione e l'incertezza che ne deriva è aggravata dal fatto che gli Stati membri utilizzano clausole minime per estendere in vari modi le definizioni vaghe della nozione di professionista<sup>8</sup>.

4 — Articolo 13 della direttiva.

5 — Ricordo che, secondo una giurisprudenza finora costante, dalle esigenze tanto dell'applicazione uniforme del diritto dell'Unione quanto del principio d'uguaglianza deriva che una disposizione di diritto dell'Unione che non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri per quanto riguarda la determinazione del suo senso e della sua portata deve normalmente dar luogo, nell'intera Unione, ad un'interpretazione autonoma ed uniforme che tenga conto del contesto della disposizione e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte (v. sentenza del 21 dicembre 2011, Ziolkowski e Szeja, C-424/10 e C-425/10, Racc. pag. I-14035, punti 32 e 34 e la giurisprudenza ivi citata).

6 — Analogamente, mi sembra interessante rilevare che, nel contesto più ampio del diritto dei consumatori, il legislatore dell'Unione non utilizza una terminologia uniforme per designare la controparte del consumatore. Tale controparte viene indicata in maniera variabile con la denominazione di professionista o di impresa, come avviene nella direttiva, o di commerciante, di prestatore o di venditore, il che viene tradotto nella versione inglese delle direttive in materia di diritto dei consumatori con i termini «trader», «seller», «supplier», «vendor» o «business».

7 — COM(2006) 744 def.

8 — Punti 4.1 e 4.2 dell'allegato I.

24. In terzo luogo, il giudice del rinvio solleva la questione in quanto, nell'ambito del diritto della concorrenza, la Corte ha escluso dalla nozione di impresa gli organismi che esercitano attività aventi uno scopo esclusivamente sociale, come quelle svolte dalle casse malattia tedesche o dagli organismi che partecipano alla gestione di un servizio pubblico di previdenza sociale<sup>9</sup>. Tale interpretazione, pur riguardando una controversia diversa da quella del caso di specie, nondimeno fornisce una chiave di lettura che mi pare pertinente ai fini della presente analisi. Pertanto, inizierò il mio esame rammentando tale giurisprudenza.

25. Nel diritto della concorrenza, la Corte definisce l'impresa come «qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento»<sup>10</sup>. La nozione di impresa è quindi una nozione funzionale. Essa viene definita anzitutto in base all'attività economica svolta, la quale deve consistere, secondo la Corte, nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato<sup>11</sup>. La nozione di impresa non è determinata dallo status giuridico né dalle modalità di funzionamento. Tale interpretazione appare indispensabile per un'attuazione efficace delle regole di cui agli articoli 101 TFUE e 102 TFUE, in quanto consente di evitare che gli operatori economici si sottraggano alle norme in materia di concorrenza adottando uno status giuridico tale da escluderle dal loro ambito di applicazione.

26. Così, nella sentenza Commissione/Italia<sup>12</sup>, la Corte ha qualificato come «impresa» un organismo statale, l'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, che dipende dal Ministero delle Finanze italiano. La Corte ha tenuto conto del fatto che tale organismo esercitava attività economiche di natura industriale o commerciale consistenti nell'offrire beni o servizi sul mercato, mentre l'esistenza o meno di una personalità giuridica diversa da quella dello Stato, attribuita dal diritto nazionale, a suo avviso era irrilevante per stabilire se detto organismo dovesse essere considerato un'impresa. In tale giurisprudenza la Corte fa quindi riferimento alle imprese pubbliche, alle imprese cui sono riconosciuti diritti speciali o esclusivi nonché alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse generale.

27. Ai sensi del diritto della concorrenza, un organismo di diritto pubblico va quindi considerato come un'impresa qualora sia appurato che, mediante tale organismo, lo Stato esercita attività economiche di natura industriale o commerciale consistenti nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato.

28. Per contro, la Corte ha escluso dalla nozione di impresa due categorie di attività, vale a dire quelle che comportano l'esercizio di prerogative di pubblici poteri<sup>13</sup> e quelle che perseguono uno scopo esclusivamente sociale<sup>14</sup>. Pertanto, qualora sia connessa all'esercizio di pubblici poteri o all'adempimento di una missione esclusivamente sociale, l'attività considerata è priva di carattere economico, il che esclude che l'organismo in questione possa essere qualificato come «impresa».

29. A tale proposito, è particolarmente interessante la citata sentenza AOK Bundesverband e a. Infatti, nella causa che ha dato origine a tale sentenza la Corte era invitata a qualificare l'attività delle casse malattia tedesche, come quella in discussione nella controversia principale, alla luce delle regole di cui agli articoli 101 TFUE, 102 TFUE e 106 TFUE. In un primo tempo, la Corte ha riconosciuto che le casse malattia e gli organismi che partecipano alla gestione del servizio pubblico della previdenza sociale svolgono una funzione di natura esclusivamente sociale che osta alla loro equiparazione alle imprese. Per giungere a tale conclusione, la Corte si è basata sul carattere obbligatorio dell'iscrizione al regime previdenziale nonché sul principio di solidarietà sul quale esso è fondato. Tuttavia, la Corte ha successivamente ammesso che era possibile che, «ad eccezione delle loro funzioni di natura

9 — Sentenza del 16 marzo 2004, AOK Bundesverband e a. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, Racc. pag. I-2493).

10 — Sentenza del 23 aprile 1991, Höfner e Elser (C-41/90, Racc. pag. I-1979, punto 21).

11 — Sentenza dell'11 luglio 2006, FENIN/Commissione (C-205/03 P, Racc. pag. I-6295, punto 25).

12 — Sentenza del 16 giugno 1987 (118/85, Racc. pag. 2599).

13 — Sentenza del 19 gennaio 1994, SAT Fluggesellschaft (C-364/92, Racc. pag. I-43).

14 — Sentenze Höfner e Elser, cit., e del 17 febbraio 1993, Poucet e Pistre (C-159/91 e C-160/91, Racc. pag. I-637).

esclusivamente sociale nell'ambito della gestione del sistema di previdenza sociale tedesco, le casse malattia (...) svolgano operazioni a fini diversi da quelli sociali e che sarebbero di natura economica»<sup>15</sup>. La Corte ha espressamente riconosciuto che, in tal caso, le decisioni che le casse malattie sarebbero indotte ad adottare potrebbero eventualmente analizzarsi come decisioni di imprese<sup>16</sup>. Così, in applicazione di tali principi, nella sentenza *Aéroports de Paris/Commissione*<sup>17</sup>, il giudice dell'Unione ha operato una distinzione tra, da un lato, le attività puramente amministrative, in particolare le funzioni di polizia di cui è incaricato l'organismo e, dall'altro, le attività di gestione e di esercizio degli aeroporti parigini che sono compensate da canoni commerciali e rientrano, pertanto, nella nozione di attività economica.

30. Tali cause illustrano con particolare chiarezza la dualità delle funzioni svolte da alcune imprese incaricate di missioni di interesse generale, quali la fornitura di acqua e di energia, i trasporti, la gestione dei rifiuti, i servizi sociali e sanitari o ancora l'istruzione e i servizi postali.

31. Come si è già rilevato, il criterio adottato dal giudice dell'Unione nelle suddette cause mi sembra pertinente ai fini del presente esame.

32. È vero che il diritto della concorrenza e quello dei consumatori presentano differenze sostanziali inerenti alla loro natura e al loro ambito di applicazione. Inoltre, essi perseguono scopi diversi e il legislatore dell'Unione si è peraltro preoccupato di distinguere le norme applicabili alle imprese nell'ambito del diritto della concorrenza di cui agli articoli da 101 TFUE a 106 TFUE da quelle relative alla tutela dei consumatori di cui all'articolo 169 TFUE. Tuttavia, il diritto della concorrenza e quello dei consumatori rientrano entrambi nel diritto economico e concorrono alla regolamentazione del mercato prevenendo e contrastando gli eccessi inerenti al libero funzionamento del medesimo di cui sono vittime i consumatori e le imprese concorrenti. Se, nell'ambito del diritto della concorrenza, la nozione di impresa è una nozione funzionale definita unicamente dall'esercizio di un'attività economica, nell'ambito del diritto dei consumatori la nozione di professionista presenta, a mio avviso, le medesime caratteristiche. Tale valutazione è fondata sul tenore letterale dell'articolo 2 della direttiva – che fornisce indicazioni sulla portata concreta dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva – nonché sulla finalità della direttiva.

33. Ricordo che, ai sensi dell'articolo 2, lettera b), della direttiva, per professionista si intende «qualsiasi persona fisica o giuridica che, nelle pratiche commerciali oggetto della (...) direttiva, agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale».

34. È chiaro che il legislatore dell'Unione ha adottato una definizione estremamente ampia della controparte del consumatore. Da un lato, impiegando l'espressione «qualsiasi persona fisica o giuridica», esso include tra gli organismi interessati le persone giuridiche tanto di diritto privato quanto di diritto pubblico. Orbene, è superfluo rilevare che, generalmente, le persone giuridiche di diritto pubblico vengono costituite per uno scopo di interesse generale.

35. Dall'altro, la nozione di professionista è definita dall'attività commerciale svolta. Ricordo che la direttiva riguarda solo le «pratiche commerciali» delle imprese, definite all'articolo 2, lettera d), della direttiva come «qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresi la pubblicità e il marketing (...), direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori».

15 — Sentenza *AOK Bundesverband e a.*, cit. (punto 58).

16 — *Idem*.

17 — Sentenza del Tribunale del 12 dicembre 2000 (T-128/98, Racc. pag. II-3929).

36. A tal riguardo, è interessante osservare che la definizione della nozione di professionista proposta dal legislatore dell'Unione all'articolo 2, lettera b), della direttiva è identica a quella utilizzata per designare il commerciante nell'ambito della direttiva 85/577/CEE<sup>18</sup> sulla vendita porta a porta.

37. La nozione di professionista va quindi interpretata, alla luce delle disposizioni sopra richiamate, nel senso che indica una persona fisica o giuridica la quale, nel contesto considerato e indipendentemente dalla sua natura pubblica o privata, agisca nel quadro di un'attività commerciale.

38. È inoltre utile rilevare che, nella versione inglese della direttiva, la nozione di professionista viene tradotta con il termine «trader» e quella di impresa con il termine «business». La nozione di «business» è priva di equivalenza in francese. Tuttavia, quando è riferita all'attività di una persona, essa viene tradotta indifferentemente con l'espressione «activité professionnelle ou commerciale» [attività professionale o commerciale] o con il termine «commerce» [commercio]. Quando è riferita al soggetto che esercita tale attività, viene tradotta con le nozioni di professionista o di commerciante<sup>19</sup>.

39. A mio avviso, il tenore dell'articolo 2, lettere b) e d), della direttiva consente di definire la nozione di professionista come una nozione funzionale, caratterizzata dall'esercizio di un'attività commerciale e indipendente dallo status giuridico nonché dai compiti incombenti all'organismo. Siffatta definizione consente quindi di includere gli organismi di diritto pubblico incaricati di una missione di interesse generale che, come si è già visto, possono svolgere attività di natura economica e lucrativa nelle quali potrebbero eventualmente rientrare alcuni comportamenti sleali.

40. È chiaro che tale esercizio di qualificazione richiede un approccio caso per caso. Per quanto riguarda gli organismi come quello in questione, occorre determinare la natura dell'attività in cui si inserisce il comportamento considerato e distinguere tra, da un lato, gli atti che perseguono uno scopo puramente sociale – i quali, non avendo natura commerciale, sarebbero quindi sottratti all'ambito di applicazione della direttiva – e, dall'altro, gli atti compiuti nell'ambito di un'attività economica o commerciale, come la pubblicità controversa, e che, ancorché accessori, potrebbero rientrare in tale ambito di applicazione.

41. Siffatta interpretazione della nozione di professionista è conforme a quella proposta dal legislatore dell'Unione nel contesto più ampio delle direttive in materia di diritti dei consumatori. Ad esempio, la direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori<sup>20</sup>, definisce il professionista come «qualsiasi persona fisica o giuridica che (...) agisce nel quadro della sua *attività professionale, sia essa pubblica o privata*»<sup>21</sup> e la direttiva 98/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 1998, relativa alla protezione dei consumatori in materia di indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori<sup>22</sup>, come «qualsiasi persona fisica o giuridica che vende o mette in commercio prodotti che rientrano nella sfera della sua *attività commerciale o professionale*»<sup>23</sup>. Infine, nell'ambito della nuova direttiva 2011/83/UE<sup>24</sup>, il

18 — Direttiva del Consiglio del 20 dicembre 1985 per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali (GU L 372, pag. 31). L'articolo 2 della direttiva 85/577 definisce come commerciante «la persona fisica o giuridica che, nel concludere la transazione in questione, agisce nell'ambito della propria attività commerciale o professionale, o la persona che agisce a nome o per conto di un commerciante».

19 — IATE, base terminologica interattiva europea.

20 — GU L 95, pag. 29.

21 — Articolo 2, lettera c), della direttiva 93/13. Il corsivo è mio.

22 — GU L 80, pag. 27.

23 — Articolo 2, lettera d), della direttiva 98/6. Il corsivo è mio.

24 — Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (GU L 304, pag. 64).

legislatore dell'Unione definisce il professionista come «*qualsiasi persona fisica o giuridica che, indipendentemente dal fatto che si tratti di un soggetto pubblico o privato, agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale (...) anche tramite qualsiasi altra persona che agisca in suo nome o per suo conto*»<sup>25</sup>.

42. Tutte le menzionate direttive hanno in comune il fatto che il professionista può essere sia una persona fisica che una persona giuridica, di diritto pubblico o di diritto privato, la quale, nei rapporti con i consumatori, agisce nel quadro della sua attività commerciale o professionale, il che presuppone che essa agisca nell'ambito di un'attività abituale e lucrativa.

43. Alla luce del testo dell'articolo 2, lettera b), della direttiva, non vedo alcun elemento che possa giustificare l'esclusione dall'ambito di applicazione della direttiva delle persone giuridiche di diritto pubblico incaricate di una missione di interesse generale, quale una cassa malattia, qualora le medesime si avvalgano di una pratica commerciale.

44. Ritengo peraltro che la finalità della direttiva imponga di includere siffatto organismo nella nozione di professionista.

45. Infatti, la direttiva mira a conseguire un livello elevato di protezione dei consumatori e a garantire la correttezza delle operazioni commerciali impedendo e contrastando le pratiche commerciali sleali<sup>26</sup>.

46. Per conseguire tali obiettivi, il legislatore dell'Unione ha scelto di procedere ad un'armonizzazione completa delle normative nazionali e ha optato per un ambito di applicazione della direttiva estremamente ampio. Infatti, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, quest'ultima è intesa a disciplinare tutte le operazioni tra professionisti e consumatori, in tutti i settori, e si applica non solo alle fasi della pubblicità o della commercializzazione, ma anche durante e dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto.

47. La ratio legis della direttiva è espressa al suo articolo 5, che sancisce il divieto assoluto delle pratiche commerciali sleali. Tale disposizione deve quindi permettere di impedire o reprimere gli atti rientranti nell'ambito di un'attività commerciale che, da un lato, siano contrari alle norme di diligenza professionale e, dall'altro, siano idonei a falsare in misura rilevante il comportamento commerciale del consumatore. La direttiva mira dunque a garantire che i consumatori non siano trattati in inganno o sottoposti ad un marketing aggressivo e che le qualità vantate dai professionisti nell'ambito della loro attività commerciale siano chiare, accurate e comprovate, permettendo in tal modo ai consumatori di fare scelte informate ed appropriate.

48. Ritengo che, per assicurare l'efficacia di una disposizione siffatta e, nel lungo periodo, un'attuazione efficace e coerente della lotta contro le pratiche commerciali sleali, sia non solo legittimo, ma anche indispensabile poter qualificare come «professionista» un organismo come quello in discussione nel procedimento principale qualora esso adotti nei confronti dei consumatori, nella fattispecie gli iscritti, un comportamento commerciale. Infatti, a mio avviso, non sussiste alcun motivo per cui il regime giuridico di tale organismo o i compiti affidatigli debbano privare il consumatore di qualsiasi tutela contro un atto che l'abbia indotto in inganno o in errore.

49. In primo luogo, il fatto che un organismo di diritto pubblico sia incaricato di una missione di interesse generale non implica a fortiori che il medesimo non eserciti attività commerciali o economiche nel suo segmento di mercato. Come si è già rilevato, l'analisi svolta dalla Corte nella citata sentenza AOK Bundesverband e a. è particolarmente istruttiva a tale riguardo, in quanto la controversia che ha dato origine a detta sentenza riguarda i compiti e le attività gravanti sulle casse

25 — V. articolo 2, punto 2, della direttiva 2011/83. Il corsivo è mio.

26 — Considerando 1, 8 e 11 della direttiva.

malattia tedesche. Ricordo che, in tale sentenza, la Corte ha espressamente riconosciuto che le casse malattia tedesche possono svolgere operazioni a fini diversi da quelli sociali e che sarebbero di natura economica<sup>27</sup>. Orbene, è indispensabile che dette operazioni di natura economica siano soggette al rispetto delle regole prescritte dalla direttiva, al pari di qualsiasi operazione della medesima natura che possa essere svolta da un operatore privato.

50. In secondo luogo, non vi è alcuna ragione che consenta di esonerare un organismo di diritto pubblico incaricato di una missione di interesse generale dal rispetto di norme tanto importanti quanto quelle di diligenza professionale o di giustificarlo, in considerazione dei compiti ad esso incombenti, qualora menta ai consumatori o adotti un comportamento sleale nei confronti degli altri operatori economici. È chiaro che i vincoli cui tale organismo è soggetto in ragione della missione di interesse generale svolta non lo esonerano dall'obbligo di dare prova di buona fede nel suo ambito di attività e di agire con cautela e competenza nei confronti dei consumatori, in quanto la diligenza professionale si impone in tutti i tipi di attività, forse ancora maggiormente nei settori di interesse generale come quello della sanità. Pertanto, non vedo motivi per i quali un tale organismo dovrebbe essere soggetto, nell'ambito della sua attività commerciale, a regole diverse da quelle alle quali è soggetto un istituto di diritto privato.

51. Alla luce di tali elementi, sono quindi convinto che la natura e l'importanza dell'interesse pubblico sul quale è basata la tutela dei consumatori giustifichino il fatto che l'articolo 5 della direttiva consenta di prendere in considerazione gli atti delle imprese che, a prescindere dal loro status e dalla missione di interesse generale ad esse incombente, vengano meno al proprio obbligo di diligenza professionale e adottino pratiche commerciali sleali nel rispettivo settore di attività.

52. Pertanto, se il comportamento in questione soddisfa le condizioni espressamente stabilite dall'articolo 5 della direttiva – vale a dire che si tratti di una pratica commerciale incompatibile con le norme di diligenza professionale e idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori –, esso costituisce di per sé una pratica commerciale sleale, a prescindere dal regime di diritto pubblico o di diritto privato nel cui ambito opera l'organismo in questione e dal compito di interesse generale ad esso incombente.

53. Se si escludessero tali organismi dall'ambito di applicazione della direttiva, si rischierebbe di pregiudicare l'effetto utile della medesima riducendone in misura piuttosto significativa l'ambito di applicazione.

54. Inoltre, se l'applicabilità delle regole della direttiva dipendesse della natura del regime in cui opera il professionista e dei compiti ad esso incombenti, si introdurrebbe nell'Unione una tutela del consumatore a geometria variabile, il che rischierebbe di pregiudicare l'armonizzazione alla quale mira il legislatore dell'Unione. Infatti, le modalità di gestione dei servizi di interesse generale variano nei diversi Stati membri, i quali possono affidarli ad un'impresa pubblica o delegarne l'esercizio ad un'impresa privata. Inoltre, anche nell'ambito delle attività di interesse generale possono sussistere differenze da uno Stato membro all'altro, peraltro accentuate per effetto dell'apertura alla concorrenza dei servizi di interesse generale e della rapidità con la quale vi procedono gli Stati membri. Il confine tra le attività facenti parte dei servizi di interesse generale in senso stretto e le attività connesse soggette al gioco della concorrenza è quindi variabile, fluttuante, il che non può evidentemente costituire un criterio di valutazione.

55. Pertanto, alla luce degli obiettivi perseguiti dal legislatore dell'Unione, ritengo che la nozione di «professionista», di cui all'articolo 2, lettera b), della direttiva, debba includere le persone giuridiche di diritto pubblico incaricate di una missione di interesse generale, quale una cassa malattia, allorché le medesime si avvalgono di una pratica commerciale.

27 — Punto 58.

56. Alla luce di tutti gli elementi che precedono, ritengo quindi che l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva, in combinato disposto con l'articolo 2, lettera d), della medesima, debba essere interpretato nel senso che un organismo di diritto pubblico incaricato di una missione di interesse generale, quale una cassa malattia, può essere considerato un «professionista» qualora divulghi presso i consumatori una pubblicità commerciale.

#### **IV – Conclusione**

57. Alla luce delle suesposte considerazioni, suggerisco alla Corte di rispondere al Bundesgerichtshof nei termini seguenti:

L'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»), in combinato disposto con l'articolo 2, lettera d), della medesima direttiva, deve essere interpretato nel senso che un organismo di diritto pubblico incaricato di una missione di interesse generale, quale una cassa malattia, può essere considerato un «professionista» qualora divulghi presso i consumatori una pubblicità commerciale.