

Il consumatore al riparo da pratiche commerciali sleali e pubblicità redazionale

di Alessia Tranfo

Title: The consumer protected from unfair commercial practices and editorial content

Keywords: Unfair commercial practices; Advertisement; Freedom of the press.

1. – Con la sentenza pronunciata il 2 settembre 2021 (C-371/20, *Peek & Cloppenburg KG Düsseldorf contro Peek & Cloppenburg Hamburg*) la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (d'ora in avanti "CGUE" o "la Corte") affronta il tema ancora attuale della "pubblicità redazionale".

Si tratta di una forma di comunicazione occulta, trasmessa sui media mediante formati tali da impedire al consumatore medio di riconoscere il fine pubblicitario del messaggio. Quest'ultimo viene difatti inserito in un contesto apparentemente spontaneo e armonicamente integrato con altre immagini, suoni o informazioni tali da distogliere l'attenzione del destinatario dalla reale natura della comunicazione. In presenza di una pubblicità redazionale l'utente infatti sarebbe indotto a percepire il contenuto pubblicato come una disinteressata scelta della redazione, anziché come una puntuale volontà dell'impresa inserzionista di promuovere un prodotto o un servizio (sulla nozione di pubblicità redazionale G. Buccirossi, *Le diverse forme di pubblicità redazionale*, in *Il diritto industriale*, 1/1995, p. 72).

La Corte è chiamata a decidere sulla questione pregiudiziale sollevata dal *Bundesgerichtshof* tedesco (Corte federale di giustizia) in merito all'interpretazione del punto 11, prima frase, dell'Allegato I della direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio in materia di pratiche commerciali sleali poste in essere da imprese nei confronti dei consumatori (d'ora in avanti anche la "Direttiva") (sulla normativa europea in materia di tutela del consumatore si rimanda, *ex multis*, a M. Bertani, *Pratiche commerciali scorrette e consumatore medio*, Milano, 2016; G. De Cristofaro, *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti fra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, in *Contratto e impresa Europa*, 1/2007, p. 41).

Specificatamente, l'Allegato I della Direttiva enuclea un elenco tassativo di pratiche commerciali, considerate intrinsecamente ingannevoli, nonché lesive dell'interesse del consumatore, in presenza delle quali non occorre alcuna valutazione del caso concreto per qualificare la condotta del professionista come sleale. Nel caso di specie rileva, in particolare, la disposizione di cui al punto 11 secondo cui è sempre ingannevole "l'impiego di contenuti redazionali nei media per promuovere un prodotto, qualora i costi di tale promozione siano stati sostenuti dal

professionista senza che ciò emerga chiaramente dai contenuti o da immagini o suoni chiaramente individuabili per il consumatore” (c.d. pubblicità redazionale o *advertorial* o pubblicità occulta).

In altre parole, l’Allegato I declina nuovamente il principio di trasparenza e vieta ai professionisti di suscitare nel consumatore false impressioni circa la natura dei prodotti pubblicizzati imponendo loro di esplicitare i casi in cui un contenuto promozionale sui media sia stato pubblicato a seguito della corresponsione di un compenso all’editore (sul tema si rimanda a P. Bartolomucci, *Le pratiche commerciali sleali e il contratto: un’evoluzione del principio di trasparenza*, in E. Minervini – L. Rossi carleo (a cura di) *Le pratiche commerciali sleali, direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, 2007, pag. 276).

La ratio sottesa a siffatta disposizione risiede nella necessità di rendere le pratiche commerciali, ed in particolar modo le comunicazioni pubblicitarie, riconoscibili come tali demarcando una netta distinzione con qualsiasi altra tipologia di comunicazione. In tal modo, la Direttiva ambiva a consentire al consumatore di accorgersi della finalità promozionale dell’informazione trasmessa per permettergli di calibrare di conseguenza il suo livello di attenzione e di affidamento. Vale la pena menzionare le parole dell’Autorità italiana Garante per la Concorrenza e il Mercato (d’ora in avanti “AGCM”) che ben riassume i rischi della pubblicità redazionale definendola “particolarmente insidiosa poiché è in grado di condizionare impropriamente il destinatario in quanto capace di aggirare o annullare molte delle difese che l’utente di una pubblicità riconoscibile pone in essere” (Provvedimento AGCM nr. 27493 del 19 dicembre 2018).

Ad onore del vero, la pubblicità redazionale era già stata oggetto del vaglio della Corte in precedenti decisioni in occasione delle quali i giudici avevano sancito, dapprima, la non applicabilità agli editori della normativa europea in materia di pratiche commerciali scorrette e, dipoi, la necessità di qualificare come “annuncio” qualsiasi pubblicazione commerciale diffusa a mezzo stampa dietro corrispettivo (sentenza del 17 ottobre 2013, RLVs, C- 391/12).

Dopo circa un decennio, la Corte è nuovamente chiamata a tutelare l’esigenza di verità del consumatore e ostracizzare ogni pratica commerciale che adombri un inganno o una omissione tale da indurre in errore sulle finalità esclusivamente informative della comunicazione.

2. – Prima di soffermarci sul merito della decisione assunta dalla Corte in relazione all’interpretazione del punto 11 dell’Allegato I della Direttiva, vale la pena tratteggiare brevemente i contorni fattuali da cui origina la pronuncia in esame.

In sintesi, la questione pregiudiziale si inserisce nel giudizio radicato dalla Peek & Cloppenburg Hamburg contro la Peek & Cloppenburg Düsseldorf, due società giuridicamente ed economicamente indipendenti, dedite alla vendita al dettaglio di capi di abbigliamento riportanti la denominazione sociale “Peek&Cloppenburg”. L’attrice contestava alla controparte di aver pubblicato su una rivista di moda a tiratura nazionale una comunicazione promozionale che avrebbe integrato la fattispecie della pubblicità redazionale. In particolare, la Peek&Cloppenburg Düsseldorf pubblicava su una rivista di moda a tiratura nazionale un invito a una serata di vendite private denominata “Grazia StyleNight By Peek&Cloppenburg”. Nel corpo dell’annuncio veniva suggerito con toni accattivanti di iscriversi all’evento, venivano pubblicate alcune immagini dei capi di abbigliamento e a margine del testo principale, infine, si leggeva che l’iniziativa era promossa dalla Peek&Cloppenburg Düsseldorf.

A seguito del lancio della campagna promozionale, la Peek&Cloppenburg Hamburg adiva il Tribunale regionale locale contestando la violazione da parte della società di Düsseldorf del divieto di contenuti redazionali ai sensi del punto 11 dell’Allegato I della Direttiva e della normativa tedesca di recepimento e insistendo

quindi per accertare il danno derivante dalla pubblicazione da parte della convenuta di annunci pubblicitari ritenuti non immediatamente identificabili come tali.

La vicenda processuale proseguiva fino alla Corte federale tedesca che nutrivà dubbi in relazione all'interpretazione della nozione di "costi sostenuti dal professionista" menzionati al punto 11 dell'Allegato I della Direttiva, pertanto, sospendeva il procedimento principale e sollevava la questione pregiudiziale nanti alla Corte.

Quest'ultima veniva chiamata a vagliare se una pratica commerciale possa definirsi ingannevole solo qualora i "costi occulti sostenuti dal professionista" siano stati corrisposti in denaro oppure se la nozione di "costi sostenuti" possa includere una contro prestazione di qualsiasi natura (ad es. somma di denaro, consegna di beni o prestazioni di servizi).

3. – Definiti i fatti da cui origina la pronuncia in esame, giova concentrarsi sulla nozione di *pratica commerciale* a cui la Corte ha dovuto rivolgere la propria attenzione per acclarare se la pubblicazione sulla rivista di moda da parte della Peek&Cloppenburg Düsseldorf ricadesse o meno nella sfera di applicazione della Direttiva. Quest'ultima difatti è rivolta esclusivamente alle "pratiche commerciali sleali tra professionista e consumatore". Segnatamente, l'art. 2, lett. d) definisce come pratica commerciale "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". Una lettura poco attenta potrebbe indurre in errore e far supporre che la Direttiva si applichi solo laddove vi sia un potenziale lesivo nei confronti del consumatore, escludendo i casi in cui il pregiudizio sia arrecato da un professionista nei confronti di un altro professionista.

I giudici di Lussemburgo si affrettano a dipanare ogni dubbio ed escludono l'ipotesi secondo cui il caso di specie non possa ritenersi suscettibile alla normativa sopracitata.

La Corte aderisce – dunque – alle conclusioni dell'avvocato generale M. Szpunar, presentate il 24 giugno 2021 e si colloca in posizione di piena continuità con la propria consolidata giurisprudenza in materia di ambito di applicazione della Direttiva (sentenza del 17 gennaio 2013, Köck, C-206/11; sentenza del 9 novembre 2010, Mediaprint, C-540/08).

In particolare, i giudici di Lussemburgo precisano come dall'ambito di applicazione di tale Direttiva restino escluse solamente, come risulta dal considerando 6 della medesima, le disposizioni nazionali sulle pratiche commerciali sleali che ledono unicamente gli interessi economici dei concorrenti o che sono connesse ad un'operazione tra professionisti.

La Corte – dunque – mira a sottolineare come la Direttiva intenda assolvere a una duplice funzione di tutela. Da un lato, si pone l'obiettivo di preservare la fiducia del consumatore in relazione alle comunicazioni commerciali dei professionisti, dall'altro, garantisce gli interessi degli eventuali concorrenti del professionista che, in un regime di libero mercato, deve comunque rispettare una soglia minima di regole tali da rendere la competizione leale e, più in generale, assicurare il corretto funzionamento del mercato interno ai sensi dell'art. 1 della Direttiva.

Ciò premesso, la Corte rileva come la Direttiva non escluda la possibilità per un professionista concorrente dell'inserzionista di contestare una pratica commerciale sleale dinanzi al giudice nazionale.

Invero, se da un lato, è evidente che l'interesse dei consumatori possa essere tutelato dal consumatore stesso che ha subito il pregiudizio, nulla preclude che anche il concorrente possa esperire azioni giudiziarie contro il professionista sleale, come previsto dall'art. 11 della Direttiva, nel qual caso dette azioni assumono la

forma del *private enforcement* del diritto in materia di protezione dei consumatori. Spetta difatti agli Stati membri assicurare che esistano mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali. Tali mezzi possono includere disposizioni giuridiche ai sensi delle quali i concorrenti possono promuovere un'azione giudiziaria contro le suddette pratiche (V. Di Cataldo, *Pratiche commerciali scorrette e sistemi di enforcement*, in *Giur. comm.*, 2012, I, p. 803; C. Dalia, *Sanzioni e rimedi individuali effettivi per il consumatore in caso di pratiche commerciali scorrette*, in *Rivista di Diritto industriale*, 6/2020, p.331).

Tornando ora specificatamente al caso oggetto della pronuncia in esame, la Corte affronta un altro tema preliminare alla risoluzione della questione pregiudiziale.

In particolare, la Corte richiama l'attenzione su una sfumatura che apparentemente potrebbe destare qualche perplessità in merito alla qualificazione della condotta della Peek&Cloppenburg Düsseldorf come pratica commerciale ai sensi della Direttiva.

Come anticipato, difatti, la pubblicazione sulla rivista di moda riguardava un'operazione promozionale organizzata in collaborazione con la società editrice della rivista ed era quindi diretta anche a promuovere le vendite di quest'ultima. Ciò potrebbe nuovamente far dubitare circa il carattere di pratica commerciale della comunicazione pubblicata dalla Peek&Cloppenburg Düsseldorf.

Tuttavia, la Corte – senza peraltro dilungarsi sul punto – suggerisce una diversa lettura sottolineando come il fatto che tale pubblicazione riguardasse un'operazione promozionale da cui anche l'editore avrebbe tratto vantaggio economico, non può rimettere in discussione il carattere di «pratica commerciale» di tale operazione. La Corte, pertanto, ammette che la Direttiva possa trovare applicazione anche nel caso in cui le pratiche commerciali di un operatore siano svolte da un'altra impresa, che agisce in nome e/o per conto di tale operatore, “sicché le disposizioni della Direttiva potrebbero, in talune situazioni, essere opponibili sia a detto operatore sia all'impresa de qua, quando l'uno e l'altra rispondano alla definizione di «professionista»”.

4. – Acclarato l'ambito *ratione materiae* della Direttiva – dunque – la sua opponibilità sia da parte dei consumatori sia da parte dei professionisti terzi, la Corte percorre un ragionamento lineare e coerente con i suoi precedenti per addivenire alla soluzione della questione pregiudiziale in merito alla nozione di “costi sostenuti” dall'inserzionista per promuovere un prodotto.

Difatti, benché nel caso di specie non vi sia stato alcun esborso da parte della società di Dusseldorf in favore dell'editore, la Corte è chiamata ad accertare se il mero fatto che il professionista abbia concesso gratuitamente alla società editrice immagini di cui detiene i diritti di sfruttamento economico possa considerarsi una controprestazione avente valore patrimoniale e dunque integri la definizione di “costi sostenuti” di cui alla Direttiva.

In primis, la Corte si concentra sul tenore letterale del punto 11 dell'Allegato I della Direttiva evidenziando una certa eterogeneità delle varie traduzioni che non consentono di ravvisare una soluzione univoca. A titolo meramente esemplificativo, in talune versioni linguistiche, come in quella spagnola, tedesca e inglese, sono impiegati termini che evocano un esborso pecuniario da parte del professionista. In altre versioni, al contrario, come quella in lingua francese o italiana si utilizzano termini più generici, che lasciano margine per consentire di includere nella nozione di «costi sostenuti» qualsiasi controprestazione di carattere patrimoniale.

La Corte è ben conscia che il tema della pluralità di testi e linguaggi che permeano l'ordinamento europeo non possa divenire giustificazione per depauperare il diritto europeo del suo carattere uniforme, pertanto, considerata la debolezza del criterio dell'interpretazione letterale, ci si sposta sul piano dei criteri

di interpretazione sistematica e teleologica, affermando la necessità di valutare la formulazione della norma in esame “anche in relazione al suo contesto e agli obiettivi che persegue” (sul tema la produzione dottrinale è sconfinata, si rimanda, tra gli altri, G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010; R. Sacco, *La traduzione giuridica*, in U. Scarpelli – P. Di Lucia (a cura di), *Il linguaggio del diritto*, Milano, 1994, pag. 482).

Allorché, come già detto, l’obiettivo perseguito dalla Direttiva è segnatamente quello di assicurare una duplice tutela contro le pratiche commerciali sleali, sia qualora quest’ultime si rivelino lesive degli interessi del consumatore, sia qualora eccpite da altri professionisti concorrenti, e si fonda sulla circostanza che, rispetto a un professionista, il consumatore sia la parte debole, in particolare per quanto riguarda il livello di informazione (sentenza del 18 ottobre 2012, *Purely Creative*, C-428/11, sentenza del 12 giugno 2019, *Orange Polska*, C-628/17), pertanto, ogni comunicazione commerciale deve assolvere l’onere di chiarezza nel modo più immediato, senza lasciare alcuna zona grigia.

Orbene, in questo contesto si inserisce il punto 11 dell’Allegato I della Direttiva che nell’ambito della varietà dei mezzi di informazione impone alle imprese inserzioniste un obbligo di indicare chiaramente di aver finanziato la pubblicazione di un contenuto volto a promuovere un prodotto o un servizio. Il tenore della norma in esame, chiarisce la Corte, garantisce che qualsiasi pubblicazione, che tesse le lodi di un prodotto, sulla quale il professionista interessato abbia esercitato un’influenza - in vista di un proprio interesse commerciale - sia chiaramente segnalata e riconoscibile come tale dal consumatore.

In tale contesto, la forma concreta del finanziamento, sia essa una somma di denaro o qualsiasi altra contropartita avente un valore patrimoniale, è irrilevante sotto al profilo della tutela del consumatore e della fiducia dei lettori nella neutralità della stampa (L. Principato, *La pubblicità redazionale fra libertà di cronaca e libertà di comunicazione pubblicitaria*, in *Diritto Informazione*, 2003, p. 857). Proprio allo scopo di tutelare il diritto del pubblico a ricevere una

corretta informazione, distinta e distinguibile dal messaggio pubblicitario e non lesiva degli interessi dei singoli, i messaggi pubblicitari devono essere chiaramente distinti dai testi giornalistici, quest’ultimi devono difatti rimanere scevri da qualsiasi finalità promozionale in quanto espressione della libertà di pensiero.

Alla luce di dette considerazioni, la Corte suggerisce una ampia interpretazione della nozione di “spese sostenute” annoverando, tra le controprestazioni che qualificano una pratica commerciale come sleale, anche la cessione a titolo gratuito di immagini coperte da diritti d’utilizzazione economica, laddove non sia esplicitato in modo inequivocabile la natura pubblicitaria del contenuto pubblicato.

La sentenza in commento ha il merito di aver puntualizzato alla luce dell’intera normativa europea le nozioni di “professionista”, nonché, di concetto di “pratiche commerciali” e di “costi sostenuti” in relazione alla particolare forma della pubblicità redazionale a mezzo stampa.

Tuttavia, la pronuncia pecca di poca audacia in quanto sottende e implicitamente solleva alcuni quesiti in merito al rapporto tra la pubblicità redazionale e la libera informazione, quest’ultima coperta da tutela costituzionale in ogni Stato membro, senza però fornire alcun criterio sulla base dei quali riconoscere l’una e l’altra.

Un intervento della Corte meno asciutto avrebbe permesso di affrontare un tema di non trascurabile rilevanza che, invece, di fatto è rimasto stagiato sullo sfondo.

In presenza di pubblicità redazionale e in assenza di chiarimenti dalla CGUE, invero, il messaggio commerciale trasmesso, da un lato, soddisfa la libertà di

comunicazione pubblicitaria e, dall'altro, la libertà d'informazione, così si palesa come plausibile – se non probabile – il rischio che si possa effettuare una illegittima compressione della libertà di manifestazione del pensiero in applicazione dei limiti dettati per la pubblicità commerciale.

Alessia Tranfo
Università degli Studi di Genova
Alessia.tranfo@hotmail.it